

Leandro Saito

A “propriedade” intelectual como barreira à entrada de
novos *players* no mercado de *softwares*

São Paulo

Ibpi - Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual

2012

O IBPI – Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual não se responsabiliza pelos conteúdos, originalidade, bem como pelas opiniões emitidas na presente obra. A responsabilidade é dos próprios autores. A reprodução total ou parcial desta obra para fins não comerciais é permitida. Você deve sempre dar crédito ao autor original.

Plataforma de publicação digital: www.ibpibrasil.org

ISBN (versão digital) **978-85-66001-01-3**

IBPI – Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual

Direção geral – *Newton Silveira*

Direção acadêmica – *Karin Grau-Kuntz*

Direção Internacional – *Gert Würtenberger*

Biblioteca Eletrônica do IBPI – *Karin Klempf Franco*

Composição e Capa– *Roberto Grau-Kuntz*

Conselho Editorial

Allan Rocha de Souza

Bruno Lewicki

Denis Borges Barbosa

Enzo Baiocchi

Guilherme Carboni

Newton Silveira

Pedro Paranaguá

Roberto Reis

Victor Albuquerque

SUMÁRIO

Apresentação	8
Agradecimentos	10
Capítulo 1- Introdução	11
1. Introdução	11
2. Metodologia de pesquisa e divisão de capítulos	16
Capítulo II - Os direitos intelectuais e o acesso ao conhecimento	18
1 - Os direitos intelectuais	18
2 - Desenvolvimento histórico da propriedade industrial	21
3 - Desenvolvimento histórico da proteção autoral	28
4 - Fundamentos filosóficos da propriedade intelectual	33
5 - Fundamentos econômicos da propriedade intelectual	37
6 - Desenvolvimentos recentes dos direitos intelectuais	46
7 - Propriedade Intelectual e acesso à informação	50
7.1 - Os sistemas de comunicação	50
7.2 - As fontes de regulação	52
8 - As formas de regulação e o caso do Software	53
Capítulo III - A propriedade intelectual do Software	54
1 - Conceitos preliminares	54
2 - O desenvolvimento histórico da proteção do software	63
2.1 - <i>WIPO Model provisions on the protection of computer software</i>	65
2.2 - A adoção do regime autoral	66
2.2.1 - Proteção do <i>software</i> nos EUA	70
2.2.2 - Proteção do <i>software</i> no Brasil	71
3 - Objeto da tutela do programa de computador	72
4 - Problemas da proteção autoral do <i>software</i>	75
5 - O acesso ao código-fonte	75
6 - Proteção do <i>software</i> por meio de outros regimes protetivos	81
6.1 - A proteção patentária	81
6.1.1 - A proteção patentária nos EUA	81
6.1.2 - A proteção patentária na Europa	85
6.1.3 - A proteção patentária no Brasil	86
6.1.4 - Problemas gerados pela proteção patentária do software	87
6.2 - A proteção pelo segredo industrial e comercial	89
6.3 - A proteção pela teoria da concorrência desleal e do parasitismo	89
6.4 - A proteção pelo direito contratual	90
7 - A interoperabilidade entre os programas de computador	90
Capítulo IV - Direito da concorrência e sua intersecção com os direitos intelectuais	99
1 - Breve desenvolvimento histórico do direito antitruste	99

1.1 - Primeiro período	101
1.2 - Segundo período	104
1.3 - Terceiro período	109
2 - As escolas econômicas e os interesses protegidos pelo direito antitruste	111
2.1 - As escolas econômicas	112
2.2 - Interesses protegidos pelo direito antitruste	121
3 - Intersecção entre o direito concorrencial e os direitos intelectuais	125
3.1 - Direitos intelectuais e abuso de poder	134
Capítulo V - Controle antitruste em mercados de alta tecnologia	135
1 - Características dos mercados de alta tecnologia	136
1.1 - Competição Schumpeteriana	139
1.2 - O modelo de KENNETH ARROW sobre o estímulo à inovação	142
1.3 - O modelo de GILBERT e NEWBERY	143
1.4 - Desenvolvimentos recentes	144
2 - Controle antitruste nos mercados de alta tecnologia	146
2.1 - Poder de mercado e metodologia de análise antitruste de mercados de alta tecnologia	153
2.2 - Barreiras à entrada nos mercados de alta tecnologia	158
2.2.1 - Efeitos ou externalidades de rede	160
2.2.2 - A questão dos custos de mudança (<i>switching costs</i>)	167
2.2.3 - Padronização e efeitos de rede	168
2.2.4 - Uma primeira conclusão	174
2.3 - Restrições verticais	176
2.3.1 - Venda casada (<i>tying</i>)	176
Capítulo VI - Julgamento do Caso Microsoft na união Europeia e nos EUA	180
1. Características do mercado de <i>softwares</i>	181
2 - <i>Microsoft</i>	185
3 - Caso julgado nos EUA (DOJ v. Microsoft Corp.)	186
3.1 - Início do processo	193
3.2 - Decisão proferida em 1995 pela Court of Appeals do Distrito de Columbia (D.C. Circuit)	194
3.3 - Decisão proferida em 1998 pela Court of Appeals do Distrito de Columbia (D.C. Circuit)	194
3.4 - Decisão proferida em 2001 pela Court of Appeals do Distrito de Columbia (D.C. Circuit)	194
3.5 - Decisões posteriores	196
3.6 - Eficácia das sanções impostas	196
3.6.1 - Criação de possibilidades de escolha aos consumidores	201
3.6.1.1 - Garantir aos OEMs e ISVs o direito de modificar aspectos funcionais do computador	201
3.6.1.2 - Garantir aos OEMs e ISVs o direito de obterem informações adequadas e acesso a aspectos técnicos essenciais, para que possam	203

desenvolver aplicativos para o Windows	
3.6.1.3 - Garantir aos OEMs e ISVs a proteção contra retaliação da Microsoft por disponibilizarem alternativas aos consumidores	204
3.6.1.4 - Garantir aos OEMs e ISVs incentivos econômicos para que realizem mudanças que beneficiarão consumidores	204
3.6.2 - Reduzindo as barreiras à entrada	205
3.6.2.1 - Middlewares e as barreiras à entrada dos aplicativos (applications barriers to entry)	205
3.6.2.2 - Microsoft Office e as barreiras à entrada dos aplicativos (applications barriers to entry)	207
3.6.3 - Prevenindo a Microsoft de fortalecer seu monopólio no mercado de sistemas operacionais através da venda casada de outros produtos	207
3.6.4 - Conclusão	208
4 - Caso julgado na União Europeia (Sun Microsystem v. Microsoft Corp.)	210
4.1 - Eficácia das sanções impostas	212
4.1.1 - A problemática da interoperabilidade	217
5 - Desenvolvimentos recentes do ambiente tecnológico (IT ecosystem)	219
6 - Conclusão	223
Capítulo VII - A “propriedade” intelectual como barreira à entrada de novos players no mercado de <i>softwares</i>	226
1 - Da inadequação do direito autoral para a proteção dos programas de computador	226
1.1 - Adoção de um regime protetivo <i>sui generis</i>	229
2 - O caso dos sistemas operacionais desenvolvidos para telefones móveis	231
3 - Outras soluções possíveis para o problema das barreiras à entrada	234
Bibliografia	235
ANEXO I - Market Share do mercado de sistemas operacionais	249
ANEXO II - Market Share do mercado de navegadores de Internet	250
RESUMO	

Apresentação

Não é sempre que isso acontece, mesmo na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Normalmente, o talento capaz de articular idéias criativas demora mais tempo para aparecer e amadurecer. Diante do trabalho de Leandro Saito, lembro-me da afirmação de Schumpeter, de que o homem atinge o auge de sua capacidade criativa entre os 20 e os 30 anos de idade¹.

O que se mostraria sentença de morte para muitos é, no caso de Leandro, uma forma de justificar o excepcional trabalho que concebeu ainda tão jovem.

Não bastasse sua qualidade, o texto de Leandro caiu em mãos de uma das mais reconhecidas especialistas mundiais na interface entre propriedade intelectual e concorrência, a Dra. Karin Grau-Kuntz, que, generosamente, debateu e estimulou Leandro ao aperfeiçoamento do trabalho original.

O resultado é o livro que ora me cabe apresentar.

Sugiro ao leitor que preste muita atenção a ele, pois está diante de um daqueles casos referidos por Schumpeter.

Impossível não notar a originalidade da obra, a coragem e a profundidade da pesquisa empreendida. Não tenho dúvidas ao afirmar que, no Brasil, é um dos melhores textos já produzidos sobre a intersecção entre barreiras à entrada no mercado de *software* e direito de autor.

O livro é instigante também porque deixa de lado a hipocrisia que tende a pautar as discussões nesse campo, colocando-as na devida perspectiva. Lida-se não apenas com a tutela de expressões da criatividade humana, mas com dinheiro, muito dinheiro. Os interesses em jogo não podem ser desprezados, como se não existissem e não orientassem a opinião de muitos doutrinadores, contratados pelas empresas para escrever “livros” que sustentam suas posições e são largamente distribuídos pelos Tribunais de Brasília.

O ponto de partida da análise de Leandro é também uma de suas conclusões: “a escolha do regime autoral para tutela dos programas de computador decorreu antes de interesses comerciais dos grandes fabricantes de computador do que de sua real adequação para proteção desses bens”. E, na esteira do quanto ensinado por Karin Grau-Kuntz: “a propriedade intelectual se justifica na medida em que promove o estímulo criativo, garantindo aos criadores uma vantagem concorrencial que poderia levar à recuperação dos investimentos realizados. A proteção deve, portanto, garantir um incentivo suficiente e nunca um completo controle sobre a obra”. “O que vimos ao longo da década de 90 foi

¹ Cf. Rubens Vaz da Costa, Introdução à *Teoria do Desenvolvimento Econômico*, publicada na coleção “Os Economistas” da Editora Abril, em 1.982.

um processo constante e crescente de restrições impostas aos usuários, que ao proteger cegamente interesses específicos gerou um desequilíbrio sem precedentes entre os direitos autorais e os interesses da sociedade. Mais do que isso, estas restrições acabam por influir diretamente sobre o processo social criativo, levando a uma expansão dos direitos dos autores para muito além dos limites inicialmente imaginados”.

Com esse pano de fundo, o texto encerra grande parte do ferramental necessário à compreensão da realidade jurídica dos *softwares*, explicando e sistematizando, de forma clara, as várias teorias construídas e empregadas para destrinçar um dos maiores problemas da Economia da Informação: qual o melhor caminho a seguir? Quais consequências serão sentidas, no futuro, em decorrência das escolhas jurídicas que fizermos agora? Ao correr do texto o leitor vai formando sua própria “caixa de ferramentas” com elementos da doutrina econômica, da propriedade intelectual e do direito concorrencial, tornando-se capaz de perceber que inexistem donos da verdade e muito menos verdades absolutas.

É impressionante como, nos dias de hoje, criam-se verdadeiras “lendas urbanas” sobre a propriedade intelectual, que vão se firmando sem maiores comprovações. A mais repetida delas: “quanto mais forte a proteção jurídica dada ao exclusivo, maior a inovação e o desenvolvimento”. A obra de Leandro funciona como antídoto para esse tipo de armadilha, propondo reflexão sobre estribilhos ditos e repetidos a exaustão.

O tom não é panfletário, mas sereno. Ao final, compreende-se que a propriedade intelectual nada tem de “natural”, decorrendo de um *toque de Midas jurídico*, apto a transformar em mercadoria algo antes impossível de se comercializar.

Insista-se: vale prestar atenção nesta obra e deixar-se semear pelas reflexões que ela traz.

São Paulo, setembro de 2012.

Paula A. Forgioni

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais por terem-me proporcionado todas as condições materiais, apesar de todas as dificuldades, e por todo suporte que sempre recebi para realizar meus estudos.

À professora Paula A. Forgioni, pela confiança depositada em mim quando aceitou orientar-me na Tese de Láurea da graduação, pelo apoio com o qual sempre pude contar e por tudo que pude aprender no tempo em que fui seu estagiário.

À professora Karin Grau-Kuntz que, além de analisar minuciosamente meu trabalho, realizou inúmeros e valiosos comentários, que certamente muito contribuíram para a melhoria deste livro. Sua coragem em questionar posições tidas como verdadeiros dogmas pela doutrina nacional faz-me continuar a acreditar no estudo sério e imparcial do Direito. Devo agradecer ainda pela sua enorme disponibilidade e paciência, sempre disposta a explicar prontamente meus questionamentos a respeito dos mais diversos assuntos sejam eles extremamente simples ou de enorme complexidade. Por fim agradeço também por ter viabilizado a publicação deste livro pelo IBPI.

À Maira Rocha pelas inúmeras discussões e por tudo que aprendi com ela, pelo incentivo na realização deste trabalho e por ter encontrado tempo para ler e fazer importantes sugestões, mesmo e apesar da correria do escritório.

Aos meus amigos, que me acompanharam desde os primeiros até os últimos dias da faculdade, tornando estes cinco anos os melhores da minha vida. Tenho certeza que mais do que amigos da faculdade fiz os melhores amigos da minha vida.

Por fim, agradeço à Carla, minha namorada, que me acompanhou e me incentivou desde que escrevi as primeiras linhas deste livro. Sua compreensão e seu apoio foram fundamentais nos momentos mais difíceis desta jornada e sua alegria e seu carinho me dão coragem para enfrentar as dificuldades e continuar a correr atrás dos nossos sonhos.

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO

For the more we learn about law, the more we grow convinced that nothing important about it is wholly uncontroversial.

RONALD DWORKIN²

1 - Introdução

O advento da chamada Economia da Informação na década de 80, bem como os avanços proporcionados pela nova Revolução Tecnológica trouxeram profundas transformações na sociedade e, como reflexo, no Direito.³

A diferença fundamental entre a Economia Industrial tradicional e a Economia da Informação reside no fato de que nessa nova ordem os tradicionais fatores de produção – trabalho e capital – perdem importância frente aos pilares da economia da informação: trabalhadores capacitados e conhecimento.⁴

Dentro desse contexto, a mente humana (o conhecimento) passa a ser “uma força direta de produção, não somente um elemento decisivo no sistema produtivo”.⁵⁻⁶ As indústrias tradicionais, com as características da dispersão da produção entre diversas unidades fabris e diversas firmas, mercados estáveis, elevados investimentos de capital, taxas modestas de inovação e entrada lenta e não frequente de novos *players*, dão lugar às indústrias da nova economia, que possuem como principais características modestos investimentos de capital, taxas

² RONALD DWORKIN, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 10.

³ Diversos nomes foram atribuídos a essa nova revolução. MANUEL CASTELLS chama de Revolução das novas tecnologias de informação, NICHOLAS NEGROPONTE de era da pós-informação, JEAN LOJKINE nomeou-a revolução informacional e JEREMI RIFKIN de era do acesso (MARCOS WACHOWICZ, *Revolução tecnológica e a propriedade intelectual*, In EDUARDO SALLES PIMENTA (Org.), *Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 225).

⁴ YIMING LIU, *IPR and development in a knowledge economy*, Berkeley, 2007, disponível em <http://repositories.cdlib.org/ischool/2007-011>, acesso no dia 26 jan. 2009, p.2.

⁵ MARCOS WACHOWICZ, *Revolução tecnológica e a propriedade intelectual*, cit., p. 234.

⁶ Conforme PAULA A. FORGIONI: “A partir dos anos 80, aflorou a chamada *Economia da Informação*, consolidando ambiente no qual a força competitiva das empresas depende de sua capacidade de gerar, processar e aplicar *informações*. Essa mudança no ambiente institucional mostra-se tão marcada que muitos passam a identificar o ente produtivo com a organização de *quatro* fatores de produção: capital, trabalho, recursos naturais e tecnologia” (*Evolução do Direito Comercial Brasileiro – Da Mercancia ao Mercado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 171-172).

elevadíssimas de inovação, entrada e saída frequente de novos *players*, bem como economias de escala no consumo.⁷

Tais alterações modificam, inclusive, as relações sociais, gerando a percepção de que o “poder e a liberdade passam a depender das possibilidades de acesso e controle dessas novas tecnologias e das informações veiculadas”.⁸ Mais do que isso, as transformações da sociedade da informação têm o condão de alterar até mesmo a compreensão da ordem jurídica que disciplina a estrutura social. Ou seja, “até mesmo sem alterar a ordem jurídica, transformações sociais desse porte provocam, necessariamente, uma reinterpretação da ordem vigente”.⁹ Essa reinterpretação pode incidir de forma local, sob uma norma específica, ou mesmo de forma global, ou seja, relativa ao *topoi* que organizam o sistema normativo.¹⁰

Por vezes, a reinterpretação de antigos institutos não se mostra suficiente. Surge, assim, a necessidade de modernização do direito positivo para que este se adapte às novas técnicas e formas de interação social. E a inadequação da atual legislação de proteção dos direitos intelectuais¹¹ é patente. Tal inadequação é ainda mais acentuada no mercado de programas de computador (*softwares*)¹².¹³

⁷ RICHARD. A. POSNER, *Antitrust law*, 2nd edition, Chicago, The University of Chicago Press, 2001, pp. 245-246.

⁸ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR; JULIANO S. A. MARANHÃO, *Software livre: a administração pública e a comunhão do conhecimento informático*, In TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, *Direito Constitucional – Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos humanos e outros temas*, Barueri, Manole, 2007, pp. 260-261.

⁹ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR; JULIANO S. A. MARANHÃO, *Software livre: a administração pública e a comunhão do conhecimento informático*, cit., pp. 260-261.

¹⁰ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR; JULIANO S. A. MARANHÃO, *Software livre: a administração pública e a comunhão do conhecimento informático*, cit., pp. 260-261.

¹¹ O uso da nomenclatura “propriedade intelectual” traz uma enorme carga valorativa e gera inúmeros problemas no enquadramento destes direitos sobre bens intelectuais. Por tal razão, seguindo JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, adotaremos aqui a terminologia “direitos intelectuais” em detrimento da usual “propriedade intelectual” (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito intelectual e os negócios*, palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 27 abr. 2010). Em outra ocasião o autor manifestou-se no mesmo sentido: “São freqüentemente qualificados como direitos de propriedade, particularmente nas modalidades de propriedade literária ou artística e propriedade industrial. Mas a qualificação nasceu no final do século 18 e continua a existir com clara função ideológica, para cobrir a nudez crua do monopólio sob o manto venerável da propriedade” (*Direito intelectual, exclusivo e liberdade*, In *Revista da ABPI*, n.º 59, 2002, pp. 44-49). Sobre a inadequação da expressão propriedade intelectual, afirma MARK LEMLEY que “If people think of intellectual property as a form of property because of its name and are misled by the connection, then the name should probably go.” (*Property, intellectual property and free riding*, In *Texas law review*, vol. 83, 2004-2005, p. 1033).

¹² Tecnicamente, há uma diferença conceitual entre as expressões “programas de

A proteção dos *softwares*, na maior parte dos países do mundo, é efetivada por meio do direito autoral, sendo, portanto, tratados como obra literária.¹⁴ Essa proteção não se restringe ao programa escrito em linguagem natural, chamado de código-fonte (*source code*)¹⁵, mas também se estende ao programa escrito em linguagem de máquina, para ser executado pelo computador, chamado de código-objeto (*object code*).¹⁶

No modelo de *software* livre, a ausência de direitos de exclusivo torna livre o acesso tanto ao código-objeto como ao código-fonte do programa. O que permite que seu usuário possa estudar, copiar, distribuir e desenvolver livremente o programa, de forma a adaptá-lo às suas necessidades pessoais.¹⁷

Por outro lado, no modelo de *software* proprietário, o detentor dos direitos autoriza a execução do programa apenas no computador do licenciado, de modo

computador” e “*software*”. O termo inglês *software* (que não tem tradução para o português) é mais abrangente, pois, além do programa de computador propriamente dito (conjunto de instruções dirigidas ao computador) a expressão abarca também a metodologia de operação, a documentação completa, além de outros elementos relacionados ao programa. No entanto, tanto a doutrina como a jurisprudência têm tratado ambos como sinônimos (MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2008, pp. 3-5). No presente trabalho utilizaremos as expressões “programas de computador” e “*software*” indistintamente, salvo quando a distinção se fizer necessária.

¹³ Nesse sentido podemos citar PEDRO PARANAGUÁ MONIZ (*Software livre como alternativa de desenvolvimento e de negócio: em busca da soberania nacional*, In PATRICIA LUCIANE DE CARVALHO (org.), *Propriedade intelectual – Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2005, 497-503); RONALDO LEMOS (*Direito, tecnologia e cultura*, Rio de Janeiro, FGV, 2005) DENIS BORGES BARBOSA, *A proteção do software*, 2001, disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/77.doc>, acesso no dia 16 jan. 2010; MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit.; dentre outros.

¹⁴ Exploraremos a evolução dos regimes protetivos do *software* no CAPÍTULO III.

¹⁵ Conforme definição do glossário disponível no site da Universidade da Califórnia (“<http://iet.ucdavis.edu/glossary.cfm>”, acesso no dia 23 mai. 2009): “**Source code:** Computer programs or operating systems are originally written by a human being in a programming language. This is called the source code of the software. To be actually used by a computer, the program has to be translated by the computer from the source code into the machine language that the computer understands and can execute. This translation process is referred to as compiling”

¹⁶ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.; JULIANO. S. MARANHÃO, *Free software and non-exclusive rights*, disponível em http://www.sampaioferraz.com.br/images/Free_Software.pdf, acesso no dia 23 mai. 2009.

¹⁷ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.; JULIANO. S. MARANHÃO, *Free software and non-exclusive rights*, cit., p. 2.

que o usuário final tenha acesso apenas ao código-objeto. A proteção contra a cópia e a distribuição destes programas decorre justamente da tutela efetivada por meio dos direitos intelectuais que incidem sobre estes bens. Esta proteção tem como fundamento o incentivo à criação destes novos produtos, por meio da garantia de uma vantagem concorrencial¹⁸ que possibilite ao agente poder recuperar os investimentos realizados.

A tutela do *software* não teria maiores consequências não fossem as particularidades deste setor. Estes bens se inserem dentro do que se convencionou chamar de “mercados de alta tecnologia”. A eficácia do controle antitruste nesses mercados é objeto de intensas discussões.¹⁹ A instabilidade estrutural destes mercados, associada aos processos de “destruição criativa” descritos por JOSEPH ALOIS SCHUMPETER, levam alguns a sustentarem que a concentração de mercado se mostra mais eficiente para criação de estímulos à inovação do que o mercado competitivo. Seguindo esta linha, a intervenção governamental poderia trazer prejuízos ao mercado, sufocando a inovação e prejudicando o bem-estar social.

No entanto, há que se observar com cautela análises que se valem da concorrência Schumpeteriana como parâmetro absoluto. Os mercados de *software* possuem particularidades que criam complicações adicionais, como a problemática dos efeitos de rede e do efeito *lock-in*. As barreiras à entrada neste mercado são de duas ordens. Em primeiro lugar, temos os efeitos de rede, que fazem com que um sistema operacional seja mais valorizado à medida que mais pessoas o utilizem.²⁰ Em segundo lugar a proteção da “propriedade intelectual” do *software* impede que os concorrentes tenham acesso a detalhes tanto do código-fonte como das interfaces necessárias para se realizar a interoperabilidade do

¹⁸ Seguindo KARIN GRAU-KUNTZ, ao longo de todo trabalho iremos ressaltar que a proteção conferida pelos direitos intelectuais não representa de modo algum garantia do retorno dos investimentos, mas apenas uma vantagem concorrencial que possibilita ao agente a recuperação, ou não, de seu investimento. Dentre inúmeros textos podemos citar *Sobre a controvertida questão da patente “pipeline”*, In *Revista Eletrônica do IBPI – Edição Especial – Patentes Pipeline*, disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/155123c1662385b4ffff819cac144221.pdf>, acesso no dia 31, jul., 2012.

¹⁹ Sobre o tema, vide LUIZ FERNANDO SCHUARTZ, *Mercados de Novas Tecnologias – Crise Anunciada do Direito da Concorrência?*, In MARCO AURÉLIO GRECO; IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (Org.), *Direito e Internet – Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada*, São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2001, pp. 95-135.

²⁰ Usuários de computador interagem entre si, sendo assim, quanto maior o número de usuários de determinado sistema ou plataforma, maior a demanda. Isso ocorre pois a compatibilidade entre os *softwares* apenas será plena quando estes utilizarem a mesma plataforma ou forem desenvolvidos para o mesmo sistema operacional (MARIA J. GIL-MOLTÓ, *Economic aspects of the Microsoft Case: Networks, interoperability and competition*, disponível em <http://www.le.ac.uk/economics/research/RePEc/lec/leecon/dp08-39.pdf>, acesso no dia 24 mai. 2009).

sistema operacional. De modo que não permite aos concorrentes poderem adaptar o código-fonte de seus sistemas operacionais de forma a desenvolver um sistema compatível com os programas redigidos para a plataforma líder de mercado, ou seja, para o sistema operacional hegemônico.

A *Microsoft*, tendo consciência destas barreiras, soube brilhantemente explorar seu controle sobre o mercado de sistemas operacionais, impedindo que qualquer concorrente pudesse por em xeque sua hegemonia. Não por outra razão, desde 1990 a empresa vem sendo submetida a inúmeras ações antitruste pela autoridade norte-americana e pela Comissão Europeia, tendo sido condenada a inúmeras imposições e sanções. No entanto, o que sobressaiu nestas decisões foi o fato de nenhum dos remédios propostos ter sido verdadeiramente eficaz. Possivelmente, a ineficácia destas sanções se deve ao não enfrentamento da questão central do caso: a atual estrutura de proteção do *software*.

A questão discutida nos casos da *Microsoft* se relaciona a um tipo específico de *software*: os chamados sistemas operacionais (*OS*, na sigla em inglês). Tratam-se dos programas de computador responsáveis pelo controle das operações básicas da máquina.²¹ A predominância absoluta do programa *Windows*, da *Microsoft*, é evidente.²² Conforme dados constantes no ANEXO I, a participação deste programa no mercado de sistemas operacionais se encontra próxima de 92% do mercado.

O poder de mercado, porém, não pode se limitar à análise do *market share*²³ detido pela empresa. Associados à concentração de mercado devemos destacar a problemática dos efeitos de rede. Como observamos, a entrada de um novo concorrente neste mercado depende da criação de um sistema compatível (interoperável) com os aplicativos desenvolvidos para o sistema operacional hegemônico, ou de outra medida que reduza esta barreira.

²¹Definição do glossário disponível no site da Universidade da Califórnia ("<http://iet.ucdavis.edu/glossary.cfm>", acesso no dia 23 mai. 2009): "**OS (Operating System)**: The software on your computer that controls the basic operation of the machine. The operating system performs such tasks as recognizing keyboard input, sending output to the monitor, keeping track of files and directories on the disk, and controlling other connected devices such as disk drives and printers".

²² JOAQUIM FALCÃO trouxe uma ilustração interessante dessa situação em seu artigo "O Supremo e o *Software*" (disponível em <http://www.diretorio.fgv.br/cts/artigo-supremo-software.htm>, acesso no dia 23 maio. 2009). Afirma o autor que: "O Congresso americano se reuniu recentemente para investigar se *Microsoft* era realmente um monopólio. Os melhores juristas, cientistas e economistas foram convocados. O melhor argumento, porém, não veio deles. Veio do pedido de um depoente na sala de audiências. 'Senhores congressistas, permitam-me pedir-lhes um favor. Aqueles que usam *Word* e *Windows* levantem a mão!' Todos levantaram. Ele exclamou: 'This is monopoly!' E mais não disse."

²³ O *market share*, ou fatia/quota de mercado, pode ser definido como a participação de uma empresa no mercado relevante no qual ela atua.

O desenvolvimento de um sistema operacional compatível com a rede de aplicativos redigidos para o *Windows*, por sua vez, depende do acesso a informações internas do programa. Porém, a proteção do *software*, por meio de seus diversos regimes protetivos, acaba impedindo não apenas o acesso ao código-fonte (*source code*), mas também o acesso às interfaces necessárias para que se realize a interoperabilidade. Por conta disso, a barreira à entrada decorrente da rede de aplicativos do sistema hegemônico torna-se intransponível, sendo inviável o acesso de qualquer *player* ao mercado.²⁴

O que devemos atentar é que, aparentemente, são os direitos de “propriedade” intelectual que levam à manutenção desta estrutura de mercado. O fundo da questão concorrencial, neste caso, se situa numa estrutura de proteção inadequada, que concede direitos de exclusivo durante longos períodos sem que seja garantido o acesso às informações essenciais, mesmo após o escoamento do prazo de proteção.

Nesse cenário se insere o tema do presente trabalho. Buscaremos estudar a atual estrutura de proteção do *software*, analisando os seus possíveis efeitos anticoncorrenciais e sugerindo soluções para tal impasse.

2 - Metodologia de pesquisa e divisão dos capítulos

Para exposição do tema, o estudo partirá da análise dos aspectos conceituais dos direitos intelectuais e da proteção do *software*. Cabe ressaltar que, em vista das recentes mudanças sociais e tecnológicas acima expostas, procuramos sempre nos pautar pelo estudo das mais recentes contribuições doutrinárias sem, no entanto, abandonar o estudo da doutrina clássica sobre o assunto.

Em seguida passar-se-á ao estudo do direito concorrencial e de sua intersecção com os direitos intelectuais. De posse das referências doutrinárias sobre estes temas, passaremos a analisá-los frente aos mercados de tecnologia e, mais especificamente, à luz dos casos *Microsoft* julgados pelos Estados Unidos e

²⁴ “Microsoft has brilliantly exploited its current control of the personal computer operating system (OS) market to grant itself advantages towards controlling tomorrow’s operating system market as well. This exploitation is wholly apart from being an effective company that makes solid, trusted, and popular products. Instead, it flows directly from the control Microsoft has asserted over user “defaults,” a power Microsoft possesses thanks to a combination of (1) Windows’ high market share, (2) the “network effects” that make switching to an alternative so difficult for any given consumer or computer manufacturer, and (3) software copyright, which largely prevents competitors from generating software that defeats network effects. This is “monopoly maintenance” of a sort that may be enabled only by the distinct dynamics of the networked technology industry, and which therefore lends itself to a distinct remedy.” JONATHAN ZITTRAIN, *The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem it can't patch later*, In *Connecticut law review*, vol. 31, 1998-1999, pp. 1361-1374.

pela Comissão Europeia. Por fim, a conclusão se pautará por um estudo zetético-investigativo com o intuito de questionar os institutos de tutela do *software* especialmente com relação aos efeitos anticoncorrenciais produzidos por seu âmbito de proteção. A presente tese será, portanto, dividida em sete capítulos.

O Capítulo I, introdutório, apresentou a delimitação do tema e a justificativa para sua escolha.

O Capítulo II traz uma breve análise histórica dos direitos intelectuais, com fins de traçar a evolução da disciplina e suas consequências. Buscamos trazer uma análise pautada pelas visões mais modernas, de modo a inserir o tema da proteção do *software* dentro do contexto dos direitos intelectuais como informação. Para tanto buscamos destrinchar os fundamentos filosóficos e econômicos de sua proteção, bem como as evoluções recentes da disciplina diante do advento da *Internet*.

O Capítulo III traça os contornos da proteção do *software* por meio de seus diferentes regimes protetivos, definindo o objeto de sua proteção e as consequências desta proteção sobre o acesso às informações internas do programa como o código-fonte e suas interfaces e protocolos. Traz ainda um tópico relativo à interoperabilidade dos programas, definindo seu conceito e as implicações práticas da disciplina jurídica sobre o assunto.

O Capítulo IV inicia a discussão sobre o direito concorrencial, traçando o histórico da disciplina, bem como os interesses tutelados e seus fundamentos teóricos. Especial atenção foi dada ao tratamento da disciplina da intersecção dos direitos intelectuais com o direito antitruste.

O Capítulo V analisa a problemática da intervenção antitruste sobre os mercados de alta tecnologia. Neste realizou-se uma análise das teorias econômicas que estudaram o papel da inovação sobre os mercados e sua relação com a concorrência, bem como traçou-se uma análise das barreiras à entrada e demais particularidades destes setores.

O Capítulo VI, por sua vez, realiza uma breve explicação dos casos Microsoft julgados pela justiça norte-americana e pela Comissão Europeia, explicitando questões teóricas e práticas ligadas às sanções aplicadas e verificando sua eficácia para restabelecimento da competição no mercado.

Por fim, o Capítulo VII sistematiza as observações apresentadas, propõe algumas soluções possíveis ao problema trazendo a conclusão do presente trabalho.

CAPÍTULO II - OS DIREITOS INTELECTUAIS E O ACESSO AO CONHECIMENTO

Imagine a world in which every single person on the planet has free access to the sum of all human knowledge. That's where we're headed. And with your help, we will get there.

Jimmy Wales 25

Antes de iniciarmos nosso estudo sobre a proteção jurídica do *software*, convém procedermos a um breve estudo dos direitos intelectuais ou, conforme nomenclatura difundida, da propriedade intelectual.

Mais do que apresentar conceitos e classificações, esse capítulo tem como principal objetivo inserir o estudo dentro de uma perspectiva constitucionalizante dos direitos intelectuais, ou seja, não os classificando como direitos de propriedades de seus detentores, mas sim como monopólios excepcionais, que só se justificam na medida em que cumpram sua função econômica.

1 - Os direitos intelectuais

Desde os primórdios da civilização humana vislumbramos a subjugação da natureza pelo homem através do uso de sua capacidade criativa no campo da técnica. O termo “técnica” pode ser genericamente definido como a atividade de aproveitamento da natureza em benefício próprio. Concomitantemente ao desenvolvimento das aptidões no campo da técnica, o homem desenvolveu também o sentimento estético.²⁶

Dessa dicotomia²⁷ entre a criatividade exercida no campo da técnica e no campo da estética surge a diferenciação entre a proteção jurídica efetivada por

²⁵ JIMMY WALES, fundador do site Wikipédia (<http://www.wikipedia.org>).

²⁶ NEWTON SILVEIRA, *Propriedade intelectual*, 3ª Ed., Barueri, Manole, 2005, p. 1-4. Conforme já ressaltava GAMA CERQUEIRA: “O poder da inteligência do homem e a atividade de sua imaginação criadora manifestam-se no domínio das artes e das ciências, como no campo da técnica e das indústrias, em obras de vários gêneros, que encontram proteção na lei e constituem origem de variadas relações jurídicas.” (JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, *Tratado de Propriedade Industrial*, vol I, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1946, p. 67).

²⁷ Cabe apontar que a diferenciação entre os campos não é estanque, a “invenção tem um caráter de processo mental unitário”. Assim “ao mesmo tempo em que o homem talha o sílex preparando seus instrumentos de guerra, manifesta arte já na escolha da forma dessas armas e de seus ornamentos. Essa arte inconsciente adquire, paulatinamente,

meio do direito da propriedade industrial e do direito de autor. Desse modo, o direito de autor, genericamente, tratará das criações no campo da estética, enquanto o direito industrial tratará das criações no campo da técnica. A contraposição que se estabelece, portanto, ocorre entre utilidade/estética, ou útil/não-útil. Outra contraposição entre estas duas áreas é a da forma/conteúdo, visto que as criações estéticas sempre se resolvem em determinada forma, ao contrário das invenções, que têm por objeto ideias aplicadas ao campo da técnica.²⁸

-29

Porém, conforme já afirmamos, as dicotomias não são estanques. Não é apenas o direito do autor que tutelará criações de forma ou criações estéticas. A propriedade industrial protege também criações de forma, como o modelo de utilidade e os desenhos industriais.³⁰⁻³¹

consciência de si própria nos tempos modernos". Por isso "cumpre insistir que a utilidade de uma obra não exclui necessariamente seu caráter artístico". A propriedade industrial protege também criações de forma, como o modelo de utilidade, os desenhos industriais e as marcas (NEWTON SILVEIRA, *Propriedade intelectual*, cit., p. 1-4).

²⁸ "Seja no campo da técnica, seja no campo da estética, estamos diante da imaginação criadora, que, aplicada à vida prática, produz as invenções industriais e, orientada para as artes, produz as invenções estéticas. Constitui a invenção uma concepção, uma idéia de solução original, que pode residir no modo de colocar o problema, nos meios empregados ou, ainda, no resultado ou no efeito técnico obtido pelo inventor." (NEWTON SILVEIRA, *Propriedade intelectual*, cit., p. 5 e ss.).

²⁹ "O primeiro grupo denomina-se geralmente, *propriedade literária, científica, artística*, em oposição à propriedade industrial, que designa o segundo. Ambas, sob a denominação genérica de *propriedade imaterial* ou *propriedade intelectual*, constituem objeto do *direito industrial*, considerado como ramo autônomo da ciência jurídica. Mas nos países em que o direito industrial não logou alcançar autonomia didática, doutrinária ou legislativa, a *propriedade imaterial* é desdobrada em *membra disjecta*: a propriedade *literária, científica e artística* é estudada, geralmente, como parte do direito civil, ao passo que a propriedade industrial é considerada como capítulo do direito comercial ou, quando muito, como simples especialidade no quadro desse ramo do direito" (JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, *Tratado de Propriedade Industrial*, cit., pp. 70-71).

³⁰ "[o] modelo de utilidade corresponde a uma forma nova de produto conhecido que resulta em melhor utilização." Assim, "os modelos de utilidade visam a melhorar o uso ou a utilidade dos produtos, dotando-os de maior eficiência ou comodidade em sua utilização, por meio de uma nova configuração." (NEWTON SILVEIRA, *Propriedade intelectual*, cit., p. 7.)

³¹ "Já os desenhos industriais se reduzem a objetos de caráter meramente ornamental, objetos de gosto, como se dizia no passado. A proteção, no caso, restringe-se à nova forma conferida ao produto, sem considerações de utilidade, podendo achar-se aplicada a um objeto útil ou não. Tal forma, entretanto, deve achar-se desvinculada da função técnica, isto é, não pode consistir em uma forma necessária para que o produto preencha a sua finalidade, hipótese em que se configuraria um modelo de utilidade" (NEWTON SILVEIRA, *Propriedade intelectual*, cit., p. 7.). Cabe lembrar que para que a Lei de

Uma diferença fundamental entre o Direito do Autor e o Direito da Propriedade Industrial está no requisito da novidade. Para o direito autoral as obras têm como principal requisito para proteção a originalidade.³² A originalidade pode ser entendida como um “elemento capaz de diferenciar a obra de determinado autor das demais”,³³ porém, não pode ser definida por um conceito objetivo, dependendo sua análise de parâmetros objetivos exteriores ao conceito. Já no campo da Propriedade Industrial a “novidade”, principal requisito para a patenteabilidade de uma invenção, apenas pode ser analisada como conceito objetivo, que considera novo tudo aquilo que não se encontre no estado da técnica, ou seja, que represente um novo conhecimento para toda coletividade.³⁴

No presente trabalho não cabem maiores discussões com relação a alguns dos institutos abarcados pela propriedade intelectual. Quando relevantes para compreensão do tema tais assuntos serão tratados de modo pontual, apenas de forma a possibilitar sua compreensão. O que se busca nesse capítulo é apenas contextualizar a proteção dos programas de computador dentro do panorama dos direitos intelectuais.

Deixando as divergências terminológicas sobre o assunto de lado, utilizaremos a expressão direitos intelectuais, ou “propriedade intelectual”³⁵, para definir a área do Direito que engloba a proteção tanto das criações estéticas como

Propriedade Industrial proteja essa nova forma, deve esta obrigatoriamente ser submetida à industrialização.

³² Além da originalidade, a lei nº 9610/98 elenca outros requisitos para proteção pelo direito autoral, como a necessidade da obra se enquadrar dentro do rol do art. 7º da lei, estar exteriorizada por qualquer meio, bem como estar dentro do período de proteção fixado pela lei (até 70 anos após a morte do autor).

³³ PEDRO PARANAGUÁ; SÉRGIO BRANCO, *Direitos Autorais*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2009, disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20autorais_net.pdf?sequence=1, acesso no dia 19 mar. 2012, p. 24.

³⁴ NEWTON SILVEIRA, *Propriedade intelectual*, cit., pp. 8-9.

³⁵ O uso da expressão Propriedade Intelectual foi difundido apenas nas últimas décadas. GAMA CERQUEIRA entendia que a expressão Propriedade Imaterial seria a mais precisa (“Deve-se, porém, preferir a denominação propriedade imaterial, que está mais de acordo com o objeto dos direitos a que se aplica”, *Tratado de Propriedade Industrial*, cit., p. 68-69). Alguns atribuam a popularização desse termo à criação da WIPO (“The modern use of the term intellectual property as a common descriptor of the field probably traces to the foundation of the World Intellectual Property Organization (WIPO) by the United Nations. [...] Since that time, numerous groups such as the American Patent Law Association and the ABA Section on Patent, Trademark, and Copyright Law have changed their names (to the American Intellectual Property Law Association and the ABA Section on Intellectual Property Law, respectively)”, MARK A. LEMLEY, *Property, intellectual property and free riding*, cit., p. 1033).

das criações técnicas incluindo, assim, a proteção dos sinais distintivos (marcas, nomes empresariais, indicações geográficas e outros signos de identificação de produtos, serviços, empresas e estabelecimentos), a das criações intelectuais (patentes de invenção, modelo de utilidade e desenho industrial), a repressão à concorrência desleal e a proteção das obras tuteladas pelos direitos de autor, pelos direitos conexos, enfim, todas as criações oriundas do intelecto humano.³⁶

2 - Desenvolvimento histórico da propriedade industrial

Na Ásia antiga a ideia de direitos exclusivos e inventos ainda não existia. Porém, não raramente inventores e artistas eram agraciados com altas honrarias e prêmios.³⁷ Um exemplo de prêmio concedido na China e na Pérsia consistia na obrigação do inventor de fornecer seu artigo exclusivamente ao Rei, recebendo em troca um *status* honorário de fornecedor de sua majestade.³⁸

Durante a antiguidade clássica invenções e artes eram apreciadas com contemplação pelos gregos, mas, ainda assim, eram consideradas meras frivolidades. Curiosamente a maior parte dos prêmios era concedida aos artistas em detrimento dos cientistas e inventores, o que demonstra a maior valorização do estímulo estético em relação ao utilitário³⁹. Há relatos, porém, de que na Grécia

³⁶ CLÁUDIO R. BARBOSA, *Propriedade intelectual – Introdução à propriedade intelectual como informação*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2.008, p. 7.

³⁷ “In the realms of ancient Asia, exclusive rights of authors and inventors were unknown. Inherent private, exclusive rights were unthinkable and the granting of exclusive rights to authors were unusual. It is true that the State had a monopoly power, but the lending of such power was dictated by concepts of an archaic feudalism. This does not mean that authors and inventors were forgotten. They were often held in high honor. Under the more enlightened dynasties, rewards and incentives were granted with some regularity. In countries as far apart as Persia and China, periodic prize awards were given for unusual performance in the arts and crafts. Among others, the early arts of Persian rugs and Chinese silk were cultivated by such awards. The ancient and continued renown of these arts indicates that the encouragement was effective.” (F. D. PRAGER, *The early growth and influence of intellectual property*, In *Journal of the patent Office society*, vol. 34, 1952, p. 111).

³⁸ “One special type of prize award, in use from China to Persia and beyond, contained an archaic, exclusive element. It was an order to make the newly invented or improved article for the King only; that is, a state monopoly occasioned by an invention and coupled with an award to the inventor, giving him honorary status as his Majesty’s supplier and vassal. Such orders are known, for instance, in the early history of chinaware and other oriental products.” (F. D. PRAGER, *The early growth and influence of intellectual property*, cit., p. 112).

³⁹ “The prizes awarded by the cities of Greece were hardly ever given to craftsmen, rarely to scientists, much more readily to artists.” (F. D. PRAGER, *The early growth and influence of intellectual property*, cit., p. 112).

Antiga, muitos séculos antes de Cristo, eram realizadas na cidade de *Sybaris* competições de culinária que garantiam ao vencedor o direito exclusivo de preparar seu prato durante um ano.⁴⁰

Importante notar que já na antiguidade a transmissão de informações se submetia a uma espécie de controle, especialmente pelo fato de que muitas delas representavam segredos religiosos, militares e econômicos. Assim, apesar de não existir um sistema jurídico de proteção, seu conteúdo em grande parte era acessível apenas aos sacerdotes e guerreiros.⁴¹

Os princípios do Direito Romano impediam o surgimento de qualquer noção de propriedade imaterial. No período Imperial houve uma profunda mudança na forma de pensar das pessoas. Os monopólios passaram a ser ilegais.⁴² Nesta época, o único “direito” de que gozavam os autores era a possibilidade de decidir como e quando seu trabalho seria publicado.⁴³ No entanto, podemos notar que já havia entre os romanos uma rudimentar distinção entre os bens incorpóreos e corpóreos, mas sem que essa diferença levasse ao conceito da separação entre a ideia e o objeto que substancia a criação.⁴⁴ Dessa forma, não havia ainda qualquer noção que se assemelhasse à visão moderna dos direitos intelectuais.

Uma diferença fundamental que podemos apontar é que, na antiguidade, o criador de uma obra visava unicamente a atribuição de seu nome à criação e não a busca de proveitos econômicos por seu uso, pois tal atribuição representava, antes

⁴⁰ “Nevertheless, a Greek compiler, Athenaeus, of the third century A.D., mentions in his *Deipnosophistae* that several centuries B.C. there were culinary competitions in the city of *Sybaris*, which became proverbial for its luxury. The successful cook, inventor of a new dish, was given an exclusive right to prepare it during one year.” (M. FRUMKIN, *The origins of patents*, In *Journal of the Patent Office Society*, vol. 27, 1945, p. 143). F. D. PRAGER, por outro lado, afirma que tal história não passa de mera piada popular e que, ainda que fosse verdadeira, jamais seria levada a sério nas cidades gregas e nos impérios helênicos (F. D. PRAGER, *The early growth and influence of intellectual property*, cit., p. 114).

⁴¹ CLÁUDIO R. BARBOSA, *Propriedade intelectual – Introdução à propriedade intelectual como informação*, cit., pp.21 e ss.

⁴² Tanto assim que o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano expressamente previa em seu Livro IV, Título LIX que: “...*monopoliis, in quocunque loco vel civitate sint, nullius materiae vel rei utatur, ac NE si sacrum quidem reportaverit rescriptum, exceptis reliquis, neque preces suppeditet vel addere conetur.*”. Na tradução em espanhol: “... no use de monopólios de ninguna materia o cosa, cualesquiera que sean El lugar ó la ciudad em que estén, ni si verdaderamente presentare um sacro rescripto, excepción hecha de lo demás, ni presente súplicas ó intente añadirilas.” (D. ILDEFONSO; L. GÁRCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona, Jaime Molina Editor, 1892).

⁴³ F. D. PRAGER, *The early growth and influence of intellectual property*, cit., p. 116.

⁴⁴ “No conceito romano de ‘imaterial’ não existe qualquer componente de criatividade ou ação, apenas existe (ou não) um corpo” (CLÁUDIO R. BARBOSA, *Propriedade intelectual – Introdução à propriedade intelectual como informação*, cit., pp. 22-23).

de tudo, prestígio e honras. Obviamente que a partir disso o autor poderia auferir proveitos econômicos, mas sem que esses fossem seu principal objetivo.⁴⁵

Durante a Idade Média relatos apontam um completo abandono do estímulo às “*useful arts*”. Nesse período presenciamos um esvaziamento de qualquer desenvolvimento das artes industriais e das ideias políticas. O renascimento das artes úteis ocorre nos séculos seguintes, em meio aos círculos de artistas. O mecanismo dos prêmios era muito utilizado como estímulo à criação intelectual, sendo muito comum a organização de competições de arte de construção no norte da Itália, em Flandres e no norte da França.⁴⁶

Em meados do século XII também podemos encontrar menções a “privilégios” e direitos exclusivos. Benjamin de Tudela relata que o Rei de Jerusalém concedia a alguns tintureiros, mediante o pagamento de determinada taxa anual, direitos exclusivos. Há notícia de um diploma de 1105, concedido por um parente próximo de “William the Conqueror”, contendo uma autorização para que um abade instalasse moinhos de vento numa certa área.⁴⁷ Nesse momento, como ressaltamos, tais proteções se davam de forma pontual, sem que fosse desenvolvido uma teoria geral e concisa sobre o assunto.

As discussões jurídicas sobre o tema se intensificam durante o período Mercantilista. As inúmeras descobertas científicas do período, bem como o desenvolvimento dos sinais distintivos utilizados no crescente e pujante comércio, criaram a necessidade do desenvolvimento de proteções dessas criações intelectuais.⁴⁸ Desse modo, o primeiro registro de que se tem notícia relativo a um privilégio de invenção que guardasse alguma semelhança com as modernas patentes foi concedido ao arquiteto Filippo Brunelleschi, em 1421, pelo estado de Florença, pelo qual se garantiu a ele o direito exclusivo, por 3 anos, de construção e utilização de um instrumento de sua invenção, que servia para o transporte de carga por via fluvial, estipulando, ainda, que qualquer instrumento que imitasse tal invenção deveria ser queimado.⁴⁹

⁴⁵ CLÁUDIO R. BARBOSA, *Propriedade intelectual – Introdução à propriedade intelectual como informação*, cit., p. 23.

⁴⁶ F. D. PRAGER, *The early growth and influence of intellectual property*, cit., p. 116-119.

⁴⁷ “The first mention of windmills is to be found in a ‘diploma’ granted in 1105 by a near relative of William the Conqueror, Count William of Mortagne, Who authorises a Norman Abbot to establish them in a certain área. It is not impossible that this grant was connected with the invention of the windmill – at least we may believe it to be so, until we discover an earlier mention of that device” (M. FRUMKIN, *The origins of patents*, cit., p. 144).

⁴⁸ CLÁUDIO R. BARBOSA, *Propriedade intelectual – Introdução à propriedade intelectual como informação*, cit., pp. 25 e ss.

⁴⁹ M. FRUMKIN, *The origins of patents*, cit., p. 144. No mesmo sentido, FÁBIO KONDER COMPARATO afirma “As primeiras atribuições de patentes de invenção ocorreram no século XV, nas cidades italianas onde se organizou, pioneiramente, a economia capitalista. Em 1421, a República de Florença concedeu a um inventor o direito exclusivo de

Os privilégios de invenção criados nesse período eram conhecidos como “patentes reais”⁵⁰, justamente por terem sido concedidas pelo Rei. Fator que contribuiu para o desenvolvimento dessa prática foi a enorme importância da produção de vidros na região de Veneza, que estimulou a outorga de inúmeras “patentes reais” desses métodos de produção. Por conta da proteção concedida a estes produtos e, como consequência, dos altos valores cobrados pelo direito de produção destes inventos, muitos artistas venezianos começaram a sair da região para produzi-los em outros países (onde não haveria a proteção destes bens).⁵¹ Tais artistas buscavam rapidamente a concessão de um monopólio da produção através desses métodos, o que fez com que estas “patentes reais” fossem introduzidas em diversas regiões.⁵²

Mais do que proveitos econômicos aos inventores, essas novas soluções técnicas representavam vantagem competitiva para os Estados Nacionais tanto no desenvolvimento das navegações como no comércio internacional. Os países tinham interesse nessas invenções, especialmente no tocante a métodos de drenagem, equipamentos óticos, equipamentos de navegação, bem como quaisquer outros inventos necessários para que os países europeus vencessem a intensa competição pelos territórios de “além-mar”.⁵³ Por outro lado buscavam sufocar o desenvolvimento tecnológico de suas colônias, de modo a incrementar a renda dos detentores de tecnologia, ou seja, das metrópoles europeias.⁵⁴

exploração de sua invenção” (*Parecer sobre a inconstitucionalidade das patentes pipeline*, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI n.º 4234, Relatora Ministra Carmen Lúcia, pendente de julgamento, disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=12879>, acesso no dia 28 jun. 2010, p. 2).

⁵⁰ Utilizaremos a terminologia “patentes reais” para designar os privilégios de invenção concedidos nesse período, de modo a diferenciá-los das modernas patentes de invenção. Como demonstraremos, tais institutos guardam profundas diferenças entre si.

⁵¹ Não havia nesse período qualquer noção de período de graça ou de prioridade do pedido. Ou seja, a proteção concedida por um Rei não impedia que outro Rei concedesse o privilégio sobre a mesma proteção em outra região.

⁵² M. FRUMKIN, *The origins of patents*, cit., p. 144. O autor aponta inclusive que, por tal razão, a maioria das primeiras patentes concedidas se relacionavam à métodos de produção de vidro e seus criadores eram italianos.

⁵³ “Não por acaso, eram severamente punidos os flagrados traficando conhecimento das metrópoles às colônias. Plantas e esquemas de indústrias têxteis eram contrabandeados, sob o grande risco, para as colônias americanas, uma vez que, se os responsáveis pelo contrabando fossem descobertos, eram duramente reprimidos.” (CLÁUDIO R. BARBOSA, *Propriedade intelectual – Introdução à propriedade intelectual como informação*, cit., pp. 25 e ss.).

⁵⁴ “Nessa direção, no Brasil colônia, a Carta Régia de 30 de julho de 1766 proibiu o ofício dos ourives, assim como o Alvará de 5 de janeiro de 1785 determinou a extinção de todas

Durante o reinado da Rainha Elizabeth foi concedido o primeiro privilégio de invenção da Inglaterra.⁵⁵ A proteção concedida a Edward Darcy sobre o monopólio da importação e fabricação de cartas de jogo colocou em evidência a natureza que detinham estas “patentes reais” de privilégios concedidos pelo rei em troca de favores. Nesse período os privilégios eram outorgados a invenções que não apresentavam qualquer novidade, sendo apenas monopólios concedidos de acordo com a vontade do soberano.⁵⁶

Na mesma época foram introduzidas “patentes reais” na França e na Alemanha. Henrique II, Rei da França, expressou importante princípio que até

as manufaturas. Era certo que o desenvolvimento da industrialização na colônia implicaria diminuição do mercado garantido aos Estados industrializados aliados ao governo de Portugal.” (CLÁUDIO R. BARBOSA, *Propriedade intelectual – Introdução à propriedade intelectual como informação*, cit., p. 26).

⁵⁵ Alguns afirmam que a primeira patente havia sido concedida no reinado de Edward III ao tecelão flamengo John Kempe, porém, FRUMKIN afirma que isso não passa de mera lenda: “According to an erroneous tradition patents were known at the time of Edward III; this may be dismissed as a pure legend” (M. FRUMKIN, *The origins of patents*, cit., p. 144.)

⁵⁶ A concessão feita pela rainha Elizabeth sobre o monopólio da fabricação e importação de cartas de jogo, demonstra um exemplo desses privilégios. Conforme aponta PAULA A. FORGIONI: “A rainha Elizabeth havia concedido, em 1598, a Edward Darcy, o monopólio da importação e fabricação de cartas de jogo em seu reino. Discutiu-se, então, a licitude de tais concessões. Darcy argumentou que as cartas de jogo não constituiriam um bem essencial à vida, incitando, ao invés, o ócio e o vício, razão por que sua produção e comercialização deveriam ser controladas. De outra parte, a rainha, no que diz respeito às diversões de seus súditos, teria o poder de ditar normas, permitindo-as apenas na medida em que as considerasse adequadas e razoáveis.” (*Os fundamentos do antitruste*, 3 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 53). A ilegalidade desta concessão se tornou paradigmática pois iniciou a mudança nas relações entre a Coroa e o Parlamento. Conforme THOMAS B. NACHBAR: “In 1602, Edward Darcy sued Thomas Allen in King’s Bench for infringement of a royal patent granting Darcy the exclusive right to make, import, and sell playing cards in England. The court held in Darcy v. Allen that the royal grant to Darcy was void at common law. According to Coke’s report of the case, the basis for the outcome was that a monopoly in a formerly available commodity was void as an abrogation of the right of all subjects to engage in a trade and as a harm to the public in the form of reduced employment and higher prices. The royal prerogative did not extend to the making of such grants. Darcy was a landmark case, although not for its impact on the common law. The case broke no new legal ground; the rule it applied had been widely established for some time. Nor did Darcy signal the death of exclusive trade privileges or trade monopolies; courts (common-law and conciliar) upheld those institutions for decades to follow. Rather, Darcy’s significance is as evidence of an important political compromise between the Crown and Parliament over the exercise of royal authority. [...] Darcy and the cases that followed were an assault on the monarchy, not on exclusive trade privileges” (*Monopoly, mercantilism, and the politics of regulation*, In *Virginia law review*, Vol. 91, n.º 6, 2005, p. 1327-1334)

hoje constitui a base da propriedade industrial: o inventor deve revelar todos os segredos de sua invenção, para que o público possa se beneficiar desse conhecimento. A concessão de tais privilégios, porém, não obedecia uma regra geral aplicável a todos os casos. Seus termos eram decididos de forma casuística, variando enormemente as condições de proteção. Em alguns casos, por exemplo, concedeu-se proteção por mais de 30 anos para determinados casos.⁵⁷ Com os abusos cometidos pela Coroa Inglesa, em 1602, Francis Bacon, discursando na “House of Commons”, da Inglaterra, introduziu outro importante princípio do direito das patentes: o monopólio apenas pode ser concedido para novos produtos: surge a novidade como requisito para o patenteamento.⁵⁸

Importante ressaltar que os privilégios de invenção concedidos nesse momento não tinham qualquer conexão com o conceito de propriedade sendo, em verdade, uma espécie de privilégio concedido a título de honraria, que criava um verdadeiro monopólio sobre determinada atividade comercial.⁵⁹ A concessão dessas proteções não tinha como objetivo incentivar o investimento e o progresso técnico, mas sim proteger um ofício entendido como de interesse público. Assim, para que os mestres de ofício pudessem exercer a função pública de ensinar seus aprendizes, conferia-se uma proteção a sua guilda, de modo a garantir a utilização exclusiva destes conhecimentos, enquanto os aprendizes fossem treinados.⁶⁰

Posteriormente, a Revolução Industrial trouxe profundas alterações na base socioeconômica vigente, transformando uma incipiente indústria arcaica numa verdadeira economia industrial moderna. As mudanças ocasionadas por tal

⁵⁷ OREN BRACHA, *Owning ideas: A history of anglo-american Intellectual Property*, disponível em <http://www.utexas.edu/law/faculty/obracha/dissertation/>, acesso no dia 27, jul., 2012, p. 17. Conforme aponta o autor, em 1577 foi concedida patente para a fabricação de “sulphur, brimstone and oils” pelo período de 30 anos, ao passo que para o produto “Turkye haftes” a concessão foi de apenas 6 anos.

⁵⁸ M. FRUMKIN, *The origins of patents*, cit., p. 146 e ss.

⁵⁹ Nesse sentido relata CLÁUDIO R. BARBOSA que “não é estranho que todo o sistema de privilégios não visasse a participação dos criadores, autores ou inventores (mesmo porque, a novidade não era um elemento essencial à concessão daquelas patentes), e sim de indivíduos que pertencessem à classes dominantes” (*Propriedade intelectual – Introdução à propriedade intelectual como informação*, cit., p. 26).

⁶⁰ “Os antecedentes remotos das patentes já são encontrados no *Ancien Régime*. Ali se concediam privilégios aos inventores, não para incentivá-los à pesquisa e ao progresso científico, mas porque se entendia que desempenhavam um ofício no interesse público. Os mestres de ofício desempenhavam verdadeiro ofício público, o de ensinar os aprendizes. Não é à toa que os períodos de privilégio são exatamente múltiplos dos prazos de aprendizado nas guildas. Serviam, portanto, para garantir a utilização exclusiva e proteger aquela guilda, enquanto os aprendizes eram treinados na fabricação do produto sob privilégio.” (CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito industrial, direito concorrencial e interesse público*, In *Revista CEJ*, Brasília, n.º 35, 2006, p. 13).

revolução impulsionaram o sistema de privilégios de invenção de forma sem precedentes. Enquanto a produção mercantilista se baseava na comercialização de manufaturas praticamente artesanais e na comercialização de produtos de menor valor agregado, a partir da Revolução Industrial ocorre o desenvolvimento da produção mecanizada com a produção em massa desses novos produtos industriais.⁶¹

Mais do que a modificação das estruturas de produção, o fim do Antigo Regime e o advento do Estado Liberal levaram à redefinição da função econômica do sistema de direito industrial. Com a quebra do poder dos corpos econômicos e políticos intermédios e o fortalecimento do Estado, ocorre a liberalização do exercício de qualquer profissão, iniciando-se a liberdade de competição.⁶²

Nesse cenário, a justificação da proteção com base nos privilégios reais deixa de ser aplicável, ganhando força a justificativa com base no estímulo à criatividade e à invenção.⁶³

A Revolução Francesa e a Declaração de Independência dos EUA também contribuíram fortemente para a consolidação do sistema de patentes. Suas mais importantes contribuições foram: (i) a extinção dos privilégios e (ii) o fortalecimento do instituto da propriedade. Tais mudanças alteraram profundamente o conceito das patentes que, antes tidas como privilégios reais, passaram a se amoldar num rudimentar conceito de propriedade imaterial que viria a se desenvolver nos séculos seguintes.

Cabe apontar que a “transformação” dos privilégios reais em direitos de “propriedade” intelectual suscita inúmeras controvérsias. Para COMPARATO, os detentores dos direitos sobre os inventos criaram uma forma de proteção baseada na ideia de propriedade por conta da impossibilidade da manutenção de qualquer instituto baseado em privilégios no ambiente revolucionário do final do séc. XVIII.⁶⁴

⁶¹ CLÁUDIO R. BARBOSA, *Propriedade intelectual – Introdução à propriedade intelectual como informação*, cit., pp. 28.

⁶² CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito industrial, direito concorrencial e interesse público*, cit., p. 13.

⁶³ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito industrial, direito concorrencial e interesse público*, cit., p. 13.

⁶⁴ “A idéia de se reconhecer aos inventores industriais um direito de propriedade sobreveio mais de um século depois, e fundou-se na importância extraordinária atribuída a esse direito no ambiente revolucionário burguês do final do século XVIII. A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional francesa em 1789, considerou a propriedade ‘um direito inviolável e sagrado’. Ainda na França, a Declaração de Direitos da Constituição jacobina de 1793 estatuiu que o ‘direito de propriedade é o que pertence a todo cidadão, para a fruição e disposição, como ele bem entender, de seus bens, de suas rendas, do fruto de seu trabalho e de sua indústria’ (art. 16)” (FÁBIO KONDER COMPARATO, *Parecer sobre a inconstitucionalidade das patentes pipeline*, cit., pp. 2-3).

Tal qualificação jurídica, como se verá, não é adequada, suscitando inúmeros problemas.

3 - Desenvolvimento histórico da proteção autoral

Relata ASCENSÃO⁶⁵ que o mais remoto antecedente do direito autoral nos remete à invenção da imprensa.⁶⁶ Porém, em sua origem, a *ratio* da tutela era voltada à proteção dos investimentos, e não da criação intelectual. Essa tutela tinha, inclusive, um caráter de “privilégio” editorial, ou seja, os “direitos” eram concedidos pelo monarca aos editores⁶⁷, trazendo a estes a exclusividade de

⁶⁵ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito autoral*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 4-5.

⁶⁶ Conforme já apontamos anteriormente, faz-se necessário, mais uma vez, destacarmos a importância central do desenvolvimento tecnológico para o surgimento e desenvolvimento dos direitos intelectuais. Antes do surgimento da imprensa as cópias eram realizadas à mão, exemplar por exemplar, sendo difícil o compartilhamento e a disseminação das obras intelectuais. A imprensa possibilitou a disseminação em massa de textos antes restritos a poucas pessoas (nesse sentido PAUL EDWARD GELLER: “Only when media technology and market conditions made piracy profitable could copyright arise. However, once that risk threshold was reached, initial legal responses were state-enforced monopoly and censorship schemes, not yet copyright. One function, but not the only function, which the law tried to fulfill at this threshold was protection against piracy”, *Copyright history and the future: what's culture got to do with it?*, In *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 47, 2000, p. 210). Trazendo tal evolução ao século XXI, hoje podemos presenciar a massificação da digitalização de músicas, livros e textos e a disseminação desse conteúdo através da *Internet*. Assim como a indústria da música sofreu fortes abalos com o advento do MP3 na década de 1990, a indústria do filme vem experimentando fortes prejuízos com o advento do DIVX, alguns acreditam que nos próximos anos a indústria dos livros passará por crise semelhante com a popularização dos livros digitais, como o Kindle da Amazon (Conforme PAUL KRUGMAN: “*Bit by bit, everything that can be digitized will be digitized, making intellectual property ever easier to copy and ever harder to sell for more than a nominal price.*” *Bits, Bands and Books*, coluna publicada em 6 de junho de 2008, disponível em http://www.nytimes.com/2008/06/06/opinion/06krugman.html?_r=1, acesso no dia 20 jan. 2010). Assim, novas tecnologias sempre tiveram o condão de extinguir antigos modelos de negócio de venda de bens intelectuais, forçando as empresas a se adaptarem e o Direito a se modernizar. Nesse mesmo sentido ASCENSÃO: “Os meios técnicos provocam novos problemas. Temos a comunicação por satélites de radiodifusão direta, a ‘reprografia’, possibilitando a reprodução incontrolável e em massa de documentos, a utilização de obras por computadores, as formas cada vez mais aperfeiçoadas de reprodução de gravações sonoras e/ou audiovisuais... Por todo o lado a técnica faz surgir uma nova problemática que transborda dos quadros clássicos.” (*Direito autoral*, cit., p. 7).

⁶⁷ Sendo o privilégio concedido pelo Rei aos editores, o monarca poderia exercer um forte controle sobre o que poderia ser publicado, ou seja, existia uma censura editorial exercida pelo soberano.

reprodução e distribuição, bem como a proteção contra cópias de suas obras. Por tal razão, podemos dizer que nesse momento vislumbramos apenas um direito editorial e não um direito dos autores.⁶⁸

Além disso, os privilégios concedidos pelos monarcas, desde o início, tiveram uma enorme conotação de controle e de censura sobre a informação. A concessão de privilégios editoriais pelo Rei criava um vínculo de dependência dos editores com o monarca. Por essa razão o poder real tinha conhecimento de tudo que era escrito, podendo determinar o que seria e o que não seria publicado no seu reinado. Dessa forma, a concessão desses privilégios era realizada por meio de um forte controle da informação, ou nas palavras de ROBERT DARNTON: “what you have is a centralized administration for controlling the book trade using censorship and also using a monopoly of the established publishers”.⁶⁹ O controle das ideias, portanto, se baseava em um elaborado sistema de censura que, por sua vez, era potencializado pelo monopólio na produção de livros pelas guildas de livreiros.⁷⁰⁻⁷¹

PAUL EDWARD GELLER⁷² aponta três aspectos do controle e da censura da produção editorial nesse período: (i) o controle centralizado da monarquia sobre as mídias, exercendo a censura diretamente e conferindo poderes de polícia

⁶⁸ Cabe apontar que, conforme afirma ELIZABETH EISENSTEIN, durante esse período “Eram os impressores que eram caçados se imprimissem o texto proibido. Então, nós pensamos na perseguição dos autores, mas foram os impressores quem mais sofreram.” (Em trecho do documentário *Steal this film II*, disponível em <http://www.stealthisfilm.com/Part2/>, acesso no dia 28 jan. 2010).

⁶⁹ Em trecho do documentário *Steal this film II*, cit.

⁷⁰ No entanto, todo esse controle incentivou a criação de inúmeros sistemas piratas de produção e distribuição de livros em toda Europa. Com isso, inúmeros livros eram contrabandeados para fora da França, impressos em larga escala por impressores situados em locais ao redor do país e retornavam por meio de um sistema alternativo de distribuição. Esses impressores eram tidos como “piratas” pelos impressores franceses, que controlavam o monopólio de impressão no país. Esse sistema alternativo foi crucial para a dispersão das ideias iluministas o que, de certa forma, “preparou” o caminho para a revolução de 1789 (ROBERT DARNTON, *Steal this film II*, cit.).

⁷¹ “O sistema era arquitetado como um esquema de manutenção de privilégios concedidos aos que orbitavam o governo central, sendo os exemplos meritocráticos das cidades-estado italianas exceções às regras nacionais habituais. Isso ficava especialmente claro ao manter-se o direito de reprodução de livros com as editoras e não com os autores, o que se apresentava sob duas justificativas dentro da ótica do governo central: a) consolidava-se um controle das informações que eram publicadas com censura natural de informações contrárias ao governo estabelecido; e b) mantinha-se a concentração de renda na atividade de publicação, não na criação.” (CLÁUDIO R. BARBOSA, *Propriedade intelectual – Introdução à propriedade intelectual como informação*, cit., pp. 26-27).

⁷² PAUL EDWARD GELLER, *Copyright history and the future: what's culture got to do with it?*, cit.

delegados às guildas de livreiros, para que estas reprimissem a produção de livros proibidos; (ii) as leis *ad hoc*, que garantiam direitos de *copyright* ou patentes não como regra aplicável a todos, mas sim a grupos específicos, de acordo com o interesse da Coroa; (iii) tais regras eram aplicadas pelas Cortes do executivo ou pelas grupos de livreiros que possuíam poderes para tal.

Pelas razões acima apontadas, até o século XVII os autores raramente possuíam poderes para controlar a impressão e distribuição de suas produções intelectuais. Tínhamos, portanto, um sistema de *pré-copyright*, visto que a racionalidade da tutela se centrava no controle da informação e na censura.

Ao longo dos séculos XVII e XVIII, com o desenvolvimento do comércio e das trocas mercantis entre os Estados, surgem as ideias liberais, que trazem um enorme impulso à criação intelectual e às liberdades civis. Nesse período ocorre uma importante mudança no controle da mídia:

In recognizing authors’ private rights in works of the mind, copyright laws tended to decentralize power over the dissemination of creative content through more powerful media such as print.⁷³

O desenvolvimento do mercantilismo, com a melhoria dos sistemas de comunicação e transporte, levou também a uma expansão sem precedentes dos mercados que, nesse momento, se internacionalizaram, esboçando o que viria a se tornar a globalização econômica.

O incremento da inter-relação entre diferentes mercados e diferentes países fez com que livros ingleses passassem a ser impressos em países vizinhos⁷⁴, sem a necessária autorização dos detentores da obra. A França, com suas fronteiras de difícil policiamento, teve seu mercado inundado por livros contrabandeados e pirateados.⁷⁵ Muitos desses livros, inclusive, tinham sua impressão proibida.⁷⁶ Por

⁷³ PAUL EDWARD GELLER, *Copyright history and the future: what’s culture got to do with it?*, cit., p. 219.

⁷⁴ Ou mesmo no próprio país, conforme relata PAUL EDWARD GELLER “In England, unauthorized books, whether shipped in from abroad or printed at home, sometimes by Stationers themselves, often competed with those licitly published pursuant to royal patents or Stationers’ copyrights” (*Copyright history and the future: what’s culture got to do with it?*, cit., p. 220).

⁷⁵ “France, with porous borders and a large land-mass hard to police, found its provincial book markets well supplied by smugglers, renegade printers, and peddlers. These enterprising traffickers offered banned writings along with pirated texts that undercut the monopolies of Parisian publishers.” (PAUL EDWARD GELLER, *Copyright history and the future: what’s culture got to do with it?*, cit., p. 220).

essa razão a prensa de tipos móveis de Gutenberg⁷⁷ foi, por diversas vezes, associada à ideia de rebelião e emancipação.

Foi a ineficiência desse sistema centralizado de patentes reais e privilégios para proteção dos interesses dos editores que levou a criação de um novo sistema.⁷⁸ Na Inglaterra a resposta veio com a edição do British Statute of Anne, de 10 de abril de 1710.⁷⁹ Muitos atribuem o surgimento da tutela do autor ao advento dessa lei. Esse estatuto instituiu a proibição da cópia de livros por 14 anos após a publicação, um modelo que foi adotado por outros países como a Dinamarca e as colônias inglesas da América do Norte.

Na França pós-revolução de 1789 foram editadas duas leis⁸⁰ voltadas a proteção dos autores contra a exploração de seus trabalhos sem autorização. Essa proteção se estendia para diversos tipos de mídia.⁸¹ Outra importante contribuição

⁷⁶ ELIZABETH EISENSTEIN relata o caso de um impressor holandês que escolhia as obras que iria publicar com base nas obras proibidas no *Index*, pois sabia que essas obras venderiam bem (Em trecho do documentário *Steal this film II*, cit.).

⁷⁷ Importante ressaltar que os chineses já utilizavam uma forma rudimentar da prensa desde o século XI, porém, o impacto da invenção de Gutenberg foi imenso, visto que esta possibilitou a dispersão da produção de livros pela Europa.

⁷⁸ "Like other commodities, books thus tended to move throughout an ever-larger marketplace. Stationers' copyrights and royal patents or privileges did not succeed in fully sealing off local markets from each other. [...] Over time, abandoning their faith in such monopolies to build industry, lawmakers had to face the challenge of fashioning a new regime in response to piracy in dynamic media markets." (PAUL EDWARD GELLER, *Copyright history and the future: what's culture got to do with it?*, cit., p. 220-221).

⁷⁹ British Statute of Anne, de 10 de abril de 1710: "Whereas Printers, Booksellers, and other Persons, have of late frequently taken the Liberty of Printing, Reprinting, and Publishing, or causing to be Printed, Reprinted, and Published Books, and other Writings, without the Consent of the Authors or Proprietors of such Books and Writings, to their very great Detriment, and too often to the Ruin of them and their Families: For Preventing therefore such Practices for the future, and for the Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books [...]" (A íntegra e a reprodução do document original podem ser obtidos em <http://www.copyrighthistory.com/anne.html>, acesso no dia 27 jan. 2010).

⁸⁰ A primeira lei de 13 de janeiro de 1791 e a segunda de 19 de julho de 1793.

⁸¹ "This pair of statutes subjected all exploitation of works, both in immaterial media like live performances and material media like print, to authors' rights that were formulated in categorical terms covering all classes of works. The Law of 1791, enacted after intense lobbying by the playwrights' trade association, recognized the freedom to operate public theaters as well as authors' rights to control the public staging of their works. The Law of 1793 extended protection to 'any ... production of the mind or genius belonging to the fine arts [beaux-arts].' It granted authors rights to control the copying of their works and the distribution and sale of copies." (PAUL EDWARD GELLER, *Copyright history and the future: what's culture got to do with it?*, cit., p. 226-227).

desses estatutos franceses foi a definição de que as obras, após o decurso do tempo de proteção, entrariam em domínio público.

Apesar do novo enfoque trazido tanto pela lei inglesa, quanto pelas leis francesas, o desenvolvimento dos regimes autorais tomaria rumos muito diferentes na tradição anglo americana e na europeia. O *copyright* inglês sempre teve sua proteção centrada na materialidade do exemplar e na exclusividade de sua reprodução. Por esta razão, é conhecido também como “sistema comercial”.⁸² Já o modelo europeu do direito autoral desenvolveu-se com base na tutela da atividade criadora, muito mais do que na materialidade do exemplar.⁸³ Conhecido também como sistema individual, é caracterizado como subjetivo, “dirigido à proteção do autor e consubstanciado na exclusividade que se lhe outorga”.⁸⁴

Ao longo do século XIX, com a expansão industrial e o aumento da inter-relação entre os mercados, verificamos novas alterações nos direitos autorais. Nesse contexto ganha relevância a indústria da cultura, que irá explorar economicamente e em larga escala os bens culturais. Para estas indústrias a vantagem concorrencial garantida pela proteção autoral mostra-se de extrema importância para a continuidade dos ciclos de produção.⁸⁵⁻⁸⁶ Além disso, a modernização dos processos e o surgimento de novas mídias levou ao crescente

⁸² CARLOS ALBERTO BITTAR, *Direito de autor*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2008, p. 9.

⁸³ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito autoral*, cit., p. 5.

⁸⁴ CARLOS ALBERTO BITTAR, *Direito de autor*, cit., p. 9.

⁸⁵ Importante lembrarmos que, diferentemente da propriedade tradicional, a propriedade intelectual não traz qualquer garantia de retorno do investimento. Conforme aponta KARIN GRAU-KUNTZ: “Enquanto o proprietário da casa pode contar com o seu imóvel para se abrigar da chuva, o titular do exclusivo não poderá, de antemão, contar com qualquer garantia para ser compensado por sua invenção. Isso porque quem decidirá pelo cabimento da compensação e pelo montante do retorno econômico, ou seja, quem determinará o valor econômico da invenção é o próprio mercado. Se a invenção for bem recebida pelo mercado, o inventor contará com um bom retorno econômico; se a invenção não for bem recebida, o inventor não será compensado pelo investimento relacionado com a invenção. O direito exclusivo sobre bens imateriais implica risco (e risco é parte do jogo econômico). A propriedade sobre coisas, ao contrário, implica a certeza de usufruto direto.” (*Sobre a controvertida questão da patente “pipeline”, In Revista Eletrônica do IBPI – Edição Especial – Patentes Pipeline*, cit., p. 85).

⁸⁶ Mais uma vez a inovação tecnológica tem papel central na mudança dos direitos de propriedade intelectual. A necessidade de investimentos faz-se necessário, em primeiro lugar, para a aquisição de novas prensas modernizadas, em seguida vem a fotografia, a gravação de áudio, o rádio, a televisão, dentre outras novas mídias que necessitam de constantes e pesados investimentos de capital (PAUL EDWARD GELLER, *Copyright history and the future: what’s culture got to do with it?*, cit., p. 229-230).

risco da “pirataria”. Por fim, os próprios autores passaram a ter preocupações de cunho pessoal, que serão desenvolvidas na teoria dos direitos morais do autor.⁸⁷

Ao longo do século XIX presenciamos também o desenvolvimento dos direitos de execução pública e dos trabalhos derivados. Autores e editores passaram a reivindicar direitos sobre as traduções de seus trabalhos comercializadas em outros países. Porém, o conceito de trabalhos derivados poderia abarcar possibilidades infinitas de manifestações baseadas em outros trabalhos, e, por tal razão, nesse período os tribunais passaram a limitar esses direitos, afirmando que a proteção do direito autoral se estende a **expressão** e as **formas**, e nunca as **ideias**, aos **temas** ou aos **fatos**.⁸⁸

O conceito de imaterialidade da obra só foi desenvolvido completamente no final do século XIX por juristas alemães. É nesse momento que surge a concepção pura dos bens incorpóreos.⁸⁹

Por fim, a já mencionada crescente dispersão de obras literárias europeias, por meio de exemplares pirateados⁹⁰, levou os países centrais da Europa a pressionarem outros países a adotarem legislações autorais. Essa pressão levou à assinatura da Convenção de Berna em 1886, da Convenção de Roma em 1961 e, finalmente, do Acordo TRIPS, no âmbito da OMC, em 1994.

4 - Fundamentos filosóficos da propriedade intelectual

Traçado um breve histórico da evolução dos direitos intelectuais, convém analisarmos seus fundamentos e justificativas.

Diversas são as teorias filosóficas que buscam justificar a existência da propriedade intelectual. WILLIAM FISHER⁹¹ entende que as diversas linhas de pensamento podem ser divididas em quatro grandes grupos: (i) teoria utilitária (*utilitarianism*); (ii) teoria do trabalho (*labor theory*); (iii) teoria da personalidade (*personality theory*); e (iv) teoria do plano social (*social planning theory*).⁹²

⁸⁷ Os autores passam a se preocupar com perda de autoria e alterações em seus trabalhos, especialmente quando esses atingiam o mercado de massa (PAUL EDWARD GELLER, *Copyright history and the future: what's culture got to do with it?*, cit., p. 229-232).

⁸⁸ “In response, courts devised limiting doctrines in cases of derivative works, most notably ruling that copyright does not protect ‘ideas’, ‘themes’, ‘facts,’ etc., but rather only ‘expression’ or ‘forms’” (PAUL EDWARD GELLER, *Copyright history and the future: what's culture got to do with it?*, cit., p. 229-230).

⁸⁹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito autoral*, cit., p. 5.

⁹⁰ Portanto mais baratos que os “originais”, ou seja, do que aqueles fabricados com a autorização do autor.

⁹¹ WILLIAM FISHER, *Theories of intellectual property*, disponível em <http://www.law.harvard.edu/faculty/ffisher/ipttheory.html>. Acesso no dia 11, abr., 2010.

A teoria utilitária entende que a propriedade intelectual tem por objetivo impedir que agentes econômicos que não incorreram no que WILLIAM LANDES e RICHARD POSNER⁹³ chamam de “costs of expression” possam se aproveitar da inovação e competir com produtos similares a preços abaixo do ofertado pelo criador da inovação. Ou seja, ela justifica a proteção para evitar o famoso efeito carona (*free riding*).⁹⁴⁻⁹⁵

A segunda teoria (*labor theory*) tem como base as idéias de JOHN LOCKE, tendo como fundamento o direito natural do criador de receber os frutos de seu trabalho. Porém, essa apropriação somente se legitima se as outras pessoas não sofrerem um “net harm” nesse processo. Segundo FISHER os autores entendem por “net harm”:

such injuries as being left poorer than they would have been under a regime that did not permit the acquisition of property through labor or a constriction of the set of resources available for their use – but does not include a diminution in their opportunities to

⁹² LINDA R. COHEN e ROGER G. NOLL apontam 3 tradições: (i) a comunitária; (ii) a dos direitos morais ou naturais; e (iii) a visão utilitária. A visão comunitária “reflects the notion that creative acts are one step in a historical continuum, and so usually not attributable to a specific person”. Esta visão tem por consequência uma proteção mínima dos direitos intelectuais. A visão dos direitos morais ou naturais, por sua vez, “is based on the idea that a creative act is an extension of an individual’s identity and therefore ought to be completely controlled by the creator”. Resta claro que esta visão traz um endurecimento dos direitos intelectuais, impedindo, inclusive, em alguns casos sua alienação. Por fim, a visão utilitária se baseia na ideia da maximização do bem-estar agregado, levando a um balanceamento dos benefícios e prejuízos da proteção. (*Intellectual property, antitrust and the new economy*, In *University of Pittsburgh law review*, vol. 62, 2001, pp. 453-463).

⁹³ WILLIAM LANDES; RICHARD POSNER, *An economic analysis of copyright law*, In *The Journal of Legal Studies*, vol. 18, n.º 2, 1989, pp. 325-363.

⁹⁴ WILLIAM FISHER, *Theories of intellectual property*, cit. Segundo MILTON LUCÍDIO LEÃO BARCELLOS a primeira teoria apontada por FISHER busca a “lapidação dos direitos de propriedade através da maximização da justiça social, de modo a equilibrar os direitos de exclusividade que estimulam a constante realização de invenções e criações intelectuais de um lado e de outro a tendência que tais direitos geram em limitar o acesso do público a tais criações” (*Tentando interpretar as quatro teorias da propriedade intelectual na realidade brasileira*, In *Revista da ABPI*, n.º 80, jan./fev. 2.006, p. 25).

⁹⁵ MARK A. LEMLEY afirma que nos EUA a teoria dominante é a utilitária ou do incentivo econômico: “The principal basis for IP protection in the United States is the utilitarian or economic incentive framework. That is, IP in the United States is fundamentally about incentives to invent and create” (*A new balance between IP and antitrust*, Stanford law and economics Olin Working Paper, n.º. 340, 2007, disponível em <http://ssrn.com/abstract=980045>, acesso no dia 6 ago. 2010).

acquire property rights in unowned resources by being the first to labor upon them.⁹⁶

A aplicação desta teoria usualmente leva à visão maximalista da proteção dos direitos intelectuais, que entende pela possibilidade de controle total do criador sobre sua obra.⁹⁷

A teoria da personalidade tem como fundamento as idéias de KANT e HEGEL, segundo as quais a propriedade privada é essencial para a satisfação das necessidades humanas. Assim, a propriedade intelectual se justifica a medida que:

they shield from appropriation or modification artifacts through which authors and artists have expressed their "wills" (an activity thought central to "personhood") or on the ground that they create social and economic conditions conducive to creative intellectual activity, which in turn is important to human flourishing.⁹⁸

Por fim, a quarta teoria (*social planning theory*) busca inspiração em diversos autores como JEFFERSON e MARX, tendo uma base similar à da teoria utilitária em sua orientação teleológica, diferindo porém desta teoria ao buscar uma sociedade mais rica do que o "social welfare" objetivado pelos utilitaristas. Assim, os defensores dessa teoria entendem que a propriedade intelectual cria um incentivo para a expressão criativa no âmbito das questões políticas, sociais e estéticas, potencializando as bases de uma cultura e uma sociedade democrática. Além disso, a propriedade intelectual protege um setor de criação e comunicação livre da influência do estado das elites e das hierarquias culturais.⁹⁹

Conclui FISHER que as quatro teorias expostas são misturadas e aplicadas de forma conjunta na área da propriedade intelectual, sendo que suas ambiguidades e inconsistências acabam limitando seu poder argumentativo. O autor defende que todas essas teorias possuem argumentos limitados e que uma solução seria um maior diálogo entre elas, de modo a conciliá-las.¹⁰⁰

⁹⁶ WILLIAM FISHER, *Theories of intellectual property*, cit.

⁹⁷ "Creators are entitled to exclusive control of IP and to exploit these rights in essentially an unconstrained way to maximize their wealth, including the transfer of these exclusive and unconstrained rights to others if that is the most profitable avenue available to the creator" (LINDA R. COHEN; ROGER G. NOLL, *Intellectual property, antitrust and the new economy*, cit., p. 456).

⁹⁸ WILLIAM FISHER, *Theories of intellectual property*, cit.

⁹⁹ WILLIAM FISHER, *Theories of intellectual property*, cit.

¹⁰⁰ WILLIAM FISHER, *Theories of intellectual property*, cit. Ainda nesse sentido v. MILTON LUCÍDIO LEÃO BARCELLOS, *Tentando interpretar as quatro teorias da propriedade*

MILTON LUCÍDIO LEÃO BARCELLOS, ao analisar os fundamentos da propriedade intelectual usualmente apontados pela doutrina nacional, conclui que estes podem ser perfeitamente enquadrados nas teorias do autor norte-americano, concluindo que o inciso XIX, do artigo 5º da Constituição Federal de 88 traz implícito o diálogo entre as teorias utilitarista e a do plano social destacadas por FISHER.¹⁰¹

CALIXTO SALOMÃO FILHO, tendo em foco especialmente o instituto das patentes, trabalha com as diferentes teorias de justificação da propriedade intelectual desenvolvidas na Alemanha. Afirma que estas apresentam, geralmente, cinco justificativas: (i) teoria do direito natural, que busca uma explicação jus naturalista para a proteção; (ii) teoria contratual, que enxerga uma recompensa da comunidade ao criador pela publicização de sua descoberta; (iii) teoria do estímulo, que entende que a recompensa tem por fim estimular o aumento do bem-estar individual proporcionado pela invenção; (iv) teoria do estímulo às invenções, que busca incentivar o progresso tecnológico, atribuindo um preço ao interesse público; e (v) teoria do estímulo ao investimento, que vê nas patentes um estímulo concorrencial às empresas, ao proteger e estimular os investimentos em inovação. Conclui que as quatro primeiras teorias, por se basearem no estímulo individual, possuem inúmeras fraquezas e questionável fundamentação. Para ele, a única teoria que ainda se sustenta é a do estímulo ao investimento. Conforme ressalta:

nessa vertente a patente é vista como um incentivo concorrencial às empresas, uma proteção e um estímulo a seus investimentos. Assim configurada ela pode ser concebida [...] como forma de proteger a instituição concorrência.¹⁰²

As diversas teorias filosóficas que justificam a propriedade intelectual devem ser sempre analisadas em conjunto, sendo que, a depender do caso e do instituto analisado, poderá se destacar uma dessas fundamentações. Tal destaque ocorre

intelectual na realidade brasileira, cit. p. 27-28.

¹⁰¹ Ao interpretar o inciso XXIX, do artigo 5º da CF 88 o autor aponta que “Verificamos aí nitidamente um diálogo de preponderância entre as teorias utilitarista e do plano social destacadas por Fisher. Portanto, a hermenêutica dialógica almejada por Fisher em relação à compreensão da propriedade intelectual no sistema norte-americano também pode ser vista, sob um ângulo não idêntico, mas apenas similar, no sistema brasileiro idealizado pelo Constituinte Originário para a proteção e exercício de direitos de propriedade intelectual” (MILTON LUCÍDIO LEÃO BARCELLOS, *Tentando interpretar as quatro teorias da propriedade intelectual na realidade brasileira*, cit. p. 29-30).

¹⁰² CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito industrial, direito concorrencial e interesse público*, cit., p. 18

especialmente no ramo dos direitos autorais. Porém, conforme ressalta CALIXTO SALOMÃO FILHO, no Direito Industrial a justificação da proteção apenas se sustenta enquanto estímulo ao investimento. Por tal razão faz-se necessária análise mais detida dos fundamentos econômicos da propriedade intelectual.

5 – Fundamentos econômicos da propriedade intelectual

A análise econômica do instituto da propriedade nos leva à compreensão da inadequação do enquadramento dos direitos sobre bens imateriais (especialmente da informação) sob tal instituto.

O fundamento econômico básico da propriedade intelectual sempre se relacionou à necessidade de criação de incentivos para que alguém se disponha a criar um bem intelectual. Conforme explicaremos, a justificativa do tratamento dos bens intelectuais como propriedade se deve a uma suposta necessidade de internalização de externalidades¹⁰³ negativas e de se evitar a prática do *free-riding* pelos competidores, causando um desequilíbrio concorrencial. Porém, a questão que há tempos se coloca se relaciona à necessidade de limitação dessa proteção para que tal incentivo não extrapole seus fins, causando enorme prejuízo social.¹⁰⁴

Sob o ponto de vista econômico a propriedade surge para resolver o problema de escassez de recursos presentes na natureza. Diante da finitude e da mencionada escassez de recursos, a sociedade cria uma forma de organização e de distribuição dos bens disponíveis baseada no sistema de trocas.¹⁰⁵ Neste sistema fazia-se necessário que duas pessoas tivessem o interesse de trocar entre si objetos de mútuo interesse (por exemplo o produtor de laranjas poderia trocar suas laranjas pelos objetos de metal produzidos pelo ferreiro). No entanto, muitas vezes estas trocas se mostravam muito custosas, posto que nem sempre os produtos

¹⁰³ Externalidades podem ser entendidas como “o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não tomam parte da ação” (N. GREGORY MANKIW, *Introdução à economia*, 3ª ed., São Paulo, Cengage Learning, 2008, p. 11). Ou, na definição de FÁBIO NUSDEO, “externalidades correspondem, pois, a custos ou benefícios circulando *externamente* ao mercado, vale dizer, que se quedam incomensurados, pois, para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar um preço” (*Curso de economia: Uma introdução ao direito econômico*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 153).

¹⁰⁴ THOMAS JEFFERSON em 1813 já afirmava que a questão é saber se o benefício que estimula a inovação “worth to the public the embarrassment of an exclusive patent”. Tanto que o autor já nessa época defendia que “inventions cannot in nature, be a subject of property” (*Basic writings of Thomas Jefferson* 708, 712-713, Philip S. Foner, 1944, *apud*, MARK LEMLEY, MARK A. LEMLEY, *Property, intellectual property and free riding*, cit., p. 1031).

¹⁰⁵ PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, Tese de doutorado, São Paulo, PUC-SP, 2009, pp. 39-40.

oferecidos por uma parte eram de interesse da outra parte.¹⁰⁶ Ou seja, antes da moeda as trocas dependiam de uma coincidência de vontades: “eu ter o que você quer, e você ter o que eu quero, ao mesmo tempo”¹⁰⁷. Com a criação da moeda esse encontro de desejos se torna desnecessário, uma vez que agora você troca seu produto por moeda, que por sua vez pode ser trocada pelos bens de seu interesse. Da mesma forma pode-se receber moeda e guardar para consumo futuro. Por fim, a moeda facilita as trocas uma vez que serve como unidade de conta: não precisamos saber quantos sapatos vale um boi, mas sim quantas moedas um boi vale e quantas moedas vale um sapato. Assim, a moeda passa a ter três usos predominantes: (i) reserva de valor; (ii) valor intermediário de trocas e (iii) unidade de conta.¹⁰⁸ Fundamento basilar desse sistema é a atribuição de um direito de propriedade sobre os bens disponíveis.

O regime de propriedade cria um direito *erga omnes* de usar, gozar, dispor e reaver a coisa apropriada, gerando uma relação de exclusividade entre o proprietário e a coisa apropriada. É justamente esta expectativa de deter um direito exclusivo sobre um bem que levará as pessoas a se decidirem por quais produtos irão adquirir no mercado.¹⁰⁹

Essa visão se relaciona à teoria da “tragédia dos commons” desenvolvida por GARRETT HARDY, em seu famoso artigo de 1968. Em síntese, a ideia central desenvolvida é a de que, em um mundo onde os recursos são limitados e pressupondo que os homens se comportem racionalmente, estarão eles compelidos a aumentarem seus rebanhos ilimitadamente. Seguindo tal lógica as áreas comuns (“commons”¹¹⁰) tenderiam a ser destruídas. Para evitar esta

¹⁰⁶ Conforme apontam BERNARDO GUIMARÃES e CARLOS EDUARDO GONÇALVES: “Por exemplo, nós professores de economia precisaríamos, para comer pão, convencer o padeiro a nos ceder seu produto durante um ano em troca de algumas aulas de economia - a única coisa que saberemos fazer direito. Mas se ele não estivesse interessado em aprender economia, ficaríamos sem pão. Seria preciso então procurar outro padeiro, ou fazer nosso próprio pão, ou ainda desistir de comer pão - três opções nada boas. Da mesma maneira, o padeiro que quisesse comprar um sofá estaria em dificuldades, pois necessitaria achar alguém querendo vender um sofá e comprar pães. Do mesmo modo, o artista querendo comer precisaria encontrar um sapateiro querendo comprar sua carne etc. Caos!” (*Introdução à economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 151).

¹⁰⁷ BERNARDO GUIMARÃES; CARLOS EDUARDO GONÇALVES, *Introdução à economia*, cit., p. 151.

¹⁰⁸ BERNARDO GUIMARÃES; CARLOS EDUARDO GONÇALVES, *Introdução à economia*, cit., p. 151.

¹⁰⁹ “Property rights are an instrument of society and derive their significance from the fact that they help a man form those expectations which he can reasonably hold in his dealings with others.” (HAROLD DEMSETZ, *Toward a theory of property rights*, In *The American Economic Review*, vol. 57, n.º. 2, 1967, pp. 347-348).

¹¹⁰ LAWRENCE LESSIG define os *commons* como “a resource to which anyone within the

consequência negativa HARDYN propõem a criação de direitos de propriedade sobre essas terras comuns. Ou seja, ao impedir o uso de um bem comum por terceiros a propriedade evita a criação de externalidades negativas decorrentes do uso comum, evitando a exaustão dos recursos. Dito de outra forma, os direitos de propriedade possuem valor na medida que limitam a criação de externalidades não compensadas. Ou seja, regimes de propriedade têm a capacidade de criar incentivos para internalização das externalidades sempre que os ganhos sociais dessa internalização superarem os seus custos.¹¹¹⁻¹¹²

No entanto, a aplicação da tragédia dos *commons* aos direitos intelectuais pode gerar uma série de problemas. Isso ocorre basicamente por duas razões: (i) a informação não é um bem escasso e, por essa razão (ii) o regime de propriedade não se mostra adequado para tutelar esses bens.

Quanto ao primeiro ponto, a informação se caracteriza como bem público¹¹³ puro, segundo a definição da economia.¹¹⁴

relevant community has a right without obtaining the permission of anyone else. In some cases, permission is needed but is granted in a neutral way.” (*The future of ideas – The fate of the commons in a connected world*, New York, Random House, 2001, p. 19-20). LESSIG utiliza os exemplos das ruas públicas, nas quais ninguém pede permissão para ter acesso. Outros exemplos citados pelo autor são os parques e as praias, as teorias de Albert Einstein e os trabalhos em domínio público. Porém, devemos notar que há uma diferença fundamental entre as praças públicas e as teorias de Einstein: conforme veremos, enquanto teorias são inteiramente não-rivais, ruas e praças são bens que se sujeitam ao regime de bens rivais. Cabe apenas apontar que tal distinção não influencia na caracterização dos *commons*, visto que esses podem tanto ser rivais como não-rivais.

¹¹¹ HAROLD DEMSETZ, *Toward a theory of property rights*, cit. Nesse sentido, v. MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., pp. 1.037-1.038.

¹¹² Recursos sem dono pertencem a toda coletividade, sendo, portanto, o custo de sua utilização compartilhado por todos. É por esta razão que os recursos sem dono tendem a se exaurir. Como exemplo podemos citar animais selvagens como os tigres e os rinocerontes, que por não possuírem direitos de propriedade incidentes sobre eles estão extremamente ameaçados de extinção, ao passo que animais domesticados que são propriedade de seus criadores como bois e ovelhas não estão de forma alguma ameaçados (Conforme apontam BERNARDO GUIMARÃES e CARLOS EDUARDO GONÇALVES, *Introdução à economia*, cit., pp. 104-105).

¹¹³ Também podem ser chamados de bens cooperativos ou bens não-competitivos. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. assim os define: “Os bens cooperativos são bens chamados não-exclusivos, não-rivais, portanto, não-competitivos, e, se colocados na mão da iniciativa privada pura e simplesmente, provocam distorções dentro do mercado” (Prefácio da obra ELIZABETH M. M. QUERIDO FARINA, et al., *Competitividade: mercado, estado e organização*, São Paulo, Singular, 1997).

¹¹⁴ O conceito de bem público para a economia é diferente do conceito jurídico do termo. Para o Direito o bem público pode ser entendido como “todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios,

A informação é um bem não exclusivo (ou não excludente) pois suas características não permitem que o criador impeça outras pessoas de terem acesso a ela.¹¹⁵ Assim, uma teoria desenvolvida por ALBERT EINSTEIN pode ser utilizada por qualquer pessoa indiscriminadamente. Por essa razão, enquanto qualquer pessoa puder ter acesso livremente a eles, poucos agentes econômicos se disporão a investir em sua criação.¹¹⁶

A segunda característica dos bens públicos é a não rivalidade. Bens não-rivais são aqueles cujo consumo por uma pessoa não impede que outras também tenham acesso a eles. Dito de outra forma, à medida que alguém “consome” uma informação, a quantidade disponível não diminui para as outras pessoas. O custo marginal para produção de uma unidade adicional desses bens é próximo de zero.¹¹⁷ Impossível, portanto, impedir a distribuição gratuita e a sua cópia. Desse modo, a demanda comercial por bens que possam ser obtidos sem custos fora do mercado tende a ser extremamente reduzida.¹¹⁸ Tal característica, em tese, levaria novamente à minimização do benefício social.¹¹⁹

respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passamde autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público” (CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 24 ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 886).

¹¹⁵ “The creator who wants to sell her idea is in an even more difficult position. Selling information requires disclosing it to others. Once the information has been disclosed outside a small group, however, it is extremely difficult to control.” (MARK LEMLEY, *A new balance between IP and antitrust*, cit., p. 4).

¹¹⁶ “O problema prático que se apresenta nesse cenário é a falta de incentivo aos empresários para sua produção, pois sabem que dificilmente terão seus custos cobertos por alguém que deseja pagar por essa informação. Do ponto de vista social, há clara perda no bem estar, pois praticamente não haveria produção para tais bens, ainda que houvesse mercado para sua comercialização.” (PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., p. 43)

¹¹⁷ A veiculação da informação por meio de um suporte físico encarece o custo marginal do produto. Porém, considerando que na era digital a tendência é a da dispersão de informação e conteúdo por meio da rede de computadores, despreendida, assim de um suporte físico fixo, como um CD ou um livro, o custo marginal desses bens intelectuais tende a ser zero. Nesse sentido, MARK LEMLEY afirma “If we assume that is nearly costless to distribute information to others – an assumption that was once unrealistic but has become much more reasonable with the development of the Internet – it will prove virtually impossible to charge for information over the intermediate run in the absence of some property rights in that information. If the author of a book charges more than the cost of distribution in hope of recovering some of her expenditures in writing the work, competitors will quickly jump in to offer the book at a lower price” (*A new balance between IP and antitrust*, cit., p. 4)

Por tais razões, a característica da informação como bem público gera a ineficiência na distribuição desses produtos, pois poucos agentes econômicos estariam dispostos a ofertar produtos que poderiam ser facilmente copiados, ou até mesmo obtidos gratuitamente.¹²⁰ Esse efeito é conhecido usualmente como *free-rider* (carona), pois agentes econômicos que não contribuíram para o desenvolvimento do bem podem se aproveitar dos benefícios trazidos pela inovação, sem que incorram nos custos despendidos pelo seu criador.¹²¹

Por tal razão, o Direito atribui uma exclusividade a um bem público (do ponto de vista econômico), transformando-o em um bem rival e exclusivo (ou, ao menos, parcialmente exclusivo). Essa exclusividade atribui ao titular do direito a prerrogativa de evitar que terceiros se apropriem da informação protegida.¹²² Dito de outro modo:

a informação precisa tornar-se escassa para que seja produzida em escala e alcance valor agregado para ser alocada conforme os mecanismos previstos socialmente. Daí a existência da propriedade intelectual como mecanismo que confere status de 'escassez' a um determinado ativo intelectual protegido.¹²³⁻¹²⁴

¹¹⁸ Disso decorrem os maiores problemas dos produtores de conteúdo do século XXI: como comercializar bens intelectuais, como as músicas e os filmes, que podem ser facilmente copiados e distribuídos gratuitamente pela Internet.

¹¹⁹ PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual - Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., p. 43.

¹²⁰ CLÁUDIO R. BARBOSA, *Propriedade intelectual enquanto informação - Uma perspectiva de "Law and Economics"*, UC Berkeley, Berkeley Program in Law and Economics, disponível em <http://www.escholarship.org/uc/item/9q80d5w8>, acesso no dia 30 jan. 2.010.

¹²¹ "If the goal of creating property rights is to equate private and social costs and benefits by having the property owner internalize the social costs and benefits, those who 'free ride' - obtain a benefit from someone else's investment - are undermining the goals of the property system. The professed fear is that property owners won't invest sufficient resources in their property if others can free ride on that investment." (MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., pp. 1039-1040).

¹²² Nas palavras de CLÁUDIO R. BARBOSA: "Propriedade intelectual, portanto, existe porque é a forma jurídica encontrada (qual seja, "a atribuição de exclusividade") para contornar um problema econômico que decorre da informação ser um bem público, ou seja, não existir um interesse "natural" em sua criação" (*Propriedade intelectual enquanto informação - Uma perspectiva de "Law and Economics"*, cit., p. 5).

¹²³ PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual - Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., p. 44.

¹²⁴ "Intellectual property, then, is not a response to allocative distortions resulting from scarcity, as real property law is. Rather, it is a conscious decision to create scarcity in a type of good in which it is ordinarily absent in order to artificially boost the economic

Quanto ao segundo ponto, a tutela da informação como direito de propriedade pode trazer inúmeros problemas. O regime de propriedade não internaliza apenas externalidades negativas, mas também leva à internalização de externalidades positivas. Alguns argumentam que a internalização dessas externalidades positivas deve ser garantida aos criadores para que possam recuperar o valor social de sua criação. Porém, tal assertiva contraria o próprio conceito econômico de “*consumer surplus*”, que comprova a existência de uma quantidade de benefício social que não pode ser capturada pelo produtor.¹²⁵ Tal regra se aplica a qualquer mercado, sendo impossível ao produtor internalizar todos os benefícios sociais trazidos pelo seu produto.¹²⁶ Considerando que as externalidades positivas trazidas pelos bens intelectuais são em sua maioria “informação”, a internalização destas tem como consequência a restrição à dispersão do conhecimento, trazendo perversos prejuízos ao bem-estar social.¹²⁷

Impossível, portanto, uma abordagem da propriedade intelectual sob a teoria da tragédia dos *commons*, pois, como afirmamos, esta ocorre apenas quando recursos naturais finitos podem ser extintos pelo uso predatório. A informação, por outro lado, consiste num bem público puro (segundo o conceito dos economistas), o que significa que esta não se exaurirá de forma alguma com o uso por toda coletividade. Pelo contrário:

copying information actually multiplies the available resources, not only by making a new physical copy but by spreading the idea and therefore permitting others to use and enjoy it.¹²⁸

Conclui LEMLEY que:

returns to innovation. If property law is the creation of barriers to entry, as Demsetz suggests, the question is whether those barriers are properly scaled to the problem.” (MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., p. 1055).

¹²⁵ MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., pp. 1047 e ss.

¹²⁶ PHILIP AREEDA e HERBERT HOVENKAMP afirmam, inclusive, que “*free riding on the positive externalities created by others is everywhere, and society does little to eliminate it*” (*Antitrust law*, apud MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., p. 1049).

¹²⁷ “Considerando seus efeitos em relação a internalização das externalidades positivas, pode não ser o melhor mecanismo a possibilitar a difusão do conhecimento de valor agregado, responsável igualmente pelo crescimento econômico.” (PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual - Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., p. 46).

¹²⁸ MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., p. 1051.

the result is that rather than a tragedy, an information commons is a 'comedy' in which everyone benefits.¹²⁹

Em muitos casos a superproteção desses direitos pode, inclusive, acabar gerando um efeito reverso, ou seja, um desestímulo à criação, implicando em inúmeros custos. Para MARK LEMLEY estes podem ser classificados em cinco categorias: (i) os direitos de propriedade intelectual, ao afastarem a concorrência, levam à distorção dos mercados, gerando ineficiências estáticas sob a forma de *deadweight loss*; (ii) direitos de propriedade intelectual interferem na possibilidade de outros criadores desenvolverem novas invenções com base nas criações existentes, gerando ineficiências dinâmicas; (iii) a proteção conferida pela propriedade intelectual estimula o comportamento *rent seeking*; (iv) a aplicação dos direitos de propriedade intelectual gera custos administrativos; e (v) o sobreinvestimento em pesquisa e desenvolvimento gera distorções por si só.¹³⁰

O primeiro destes custos, conhecido como *deadweight loss*, consiste na “queda do excedente total que resulta quando um imposto (ou outra política) distorce um resultado de mercado”¹³¹. Tal efeito ocorre quando produtores vendem seus bens com preços superiores ao custo marginal dos produtos¹³², criando um *deadweight loss* no preço pago pelo consumidor. O impacto dessa ineficiência irá variar de acordo com as características do bem tutelado.¹³³

O segundo é caracterizado pelo aumento das ineficiências dinâmicas decorrentes do controle do criador sobre as externalidades positivas decorrentes de sua invenção. Esse controle exacerbado poderia impedir o desenvolvimento de novas tecnologias derivadas de sua criação.¹³⁴ Na área da pesquisa farmacêutica, por exemplo, a incerteza gerada quanto à extensão dos direitos de propriedade

¹²⁹ MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., p. 1051.

¹³⁰ MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., p. 1058-1059.

¹³¹ N. GREGORY MANKIW, *Introdução à economia*, cit., p. 163.

¹³² Conforme a doutrina econômica neoclássica, em uma situação de concorrência perfeita, os preços tendem a se igualar ao custo marginal do produto, maximizando o bem-estar social. Dessa forma, em uma situação de monopólio o agente poderia cobrar preços superiores ao custo marginal, se apropriando do excedente do consumidor e distribuindo uma quantidade de bens inferior ao socialmente desejável. Para mais informações v. HAL R. VARIAN, *Microeconomia: uma abordagem moderna*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.

¹³³ MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., p. 1.059.

¹³⁴ Aqueles que desejarem desenvolver novos usos da invenção acabam por não poder aproveitar os benefícios gerados por sua melhoria, visto este deverá repassar parte dos benefícios auferidos ao criador original, na forma de *royalties*, o que tornaria seu produto não competitivo (MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., pp. 1059-1061).

intelectual poderia sujeitar pesquisadores ao risco de violação de patentes durante o desenvolvimento de novos fármacos, uma vez que estes geralmente se baseiam em invenções já patenteadas. A privatização das pesquisas farmacêuticas tem criado uma série de impedimentos para que pesquisas subsequentes sejam desenvolvidas. Isto acaba diminuindo o ritmo das pesquisas e criando inúmeras dificuldades para o desenvolvimento de estudos nesta área, especialmente quando realizadas por entidades públicas.¹³⁵

O terceiro problema analisado se relaciona ao comportamento conhecido no âmbito da ciência econômica como *rent seeking*. Segundo tal teoria, as proteções conferidas pelo Estado (como direitos de propriedade) levariam os agentes econômicos beneficiados a pressionarem o governo pela aprovação de mais medidas benéficas, desperdiçando recursos escassos com atividades improdutivas.¹³⁶ ¹³⁷ Aplicando-se a teoria ao caso da propriedade intelectual autores defendem que os agentes econômicos acabam investindo recursos que não aumentam o produto social, como no caso dos *lobbys* para aprovação de leis restritivas da propriedade intelectual, e que visam apenas impedir a transferência de riqueza já existente. LEMLEY cita como exemplo as inúmeras extensões do período de proteção do *copyright* pelo Congresso Norte-Americano.¹³⁸⁻¹³⁹

¹³⁵ “In biomedical research, as in postsocialist transition, privatization holds both promises and risks. Patents and other forms of intellectual property protection for upstream discoveries may fortify incentives to undertake risky research projects and could result in a more equitable distribution of profits across all stages of R&D. But privatization can go astray when too many owners hold rights in previous discoveries that constitute obstacles to future research (16). Upstream patent rights, initially offered to help attract further private investment, are increasingly regarded as entitlements by those who do research with public funds. A researcher who may have felt entitled to coauthorship or a citation in an earlier era may now feel entitled to be a coinventor on a patent or to receive a royalty under a material transfer agreement. The result has been a spiral of overlapping patent claims in the hands of different owners, reaching ever further upstream in the course of biomedical research.” O resultado disso é que “each upstream patent allows its owner to set up another tollbooth on the road to product development, adding to the cost and slowing the pace of downstream biomedical innovation” (MICHAEL A. HELLER; REBECCA S. EISENBERG, *Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research*, In *Science*, vol. 280, 1998, pp. 698-701).

¹³⁶ RONALDO FIANI, *Uma avaliação crítica da teoria de rent seeking*, disponível em http://www.ie.ufrj.br/eventos/seminarios/pesquisa/uma_avalicao_critica_da_teorija_d_e_rent_seeking.doc, acesso no dia 31 ago. 2010.

¹³⁷ Autores neoclássicos como MANCUR OLSON defendem que a atuação estatal sempre privilegiaria interesses privados em detrimento do “interesse público”. Por esta razão, o Estado sempre acabaria sendo levado pelo comportamento *rent seeking*, beneficiando interesses privados concentrados que se mobilizariam para pressionar pela adoção de medidas de seu interesse (*The logic of collective action*, Cambridge, Harvard University Press, 1971).

O quarto custo analisado é o dos gastos incorridos pelo governo na proteção de direitos de propriedade intelectual. A proteção desses bens envolve a manutenção de órgãos administrativos especializados, sem contar o tempo e os gastos dispendidos pelos elaboradores das leis de proteção desses bens, o que representa enormes custos para o Estado. Além disso, devemos lembrar também os custos gerados pelos inúmeros processos administrativos e judiciais de reconhecimento e de impugnação de pedidos de patentes e de infração a direitos conexos.¹⁴⁰

Por fim, LEMLEY aponta que uma norma legal que permitisse ao criador a internalização completa dos benefícios sociais advindos de sua invenção levaria a um estímulo demasiado para que investidores apliquem seus recursos nessas formas de produção em detrimento das outras. Isto levaria a uma enorme distorção do equilíbrio econômico.¹⁴¹

Não cabe aqui a defesa da abolição dos direitos intelectuais: conforme já demonstramos, em muitos setores a proteção da informação é fundamental para o estímulo ao desenvolvimento criativo. Porém, a questão central reside na medida da limitação desses direitos para que cumpram com seu principal objetivo: o estímulo à atividade intelectual e ao desenvolvimento tecnológico e científico.¹⁴²

Devemos ter em conta que a propriedade intelectual se justifica na medida em que promove o estímulo criativo, garantindo aos criadores uma vantagem concorrencial que poderia levar à recuperação dos investimentos realizados. A proteção deve, portanto, garantir um incentivo suficiente (“sufficient incentive”) e nunca um completo controle sobre a obra (“complete control”).¹⁴³ Por conta disso

¹³⁸ Ressalta o autor que “the very process of government granting rights over creations encourages creators to petition Congress to give them still more rights. This sort of legislative rent-seeking has proven to be a real problem in intellectual property, particularly in the copyright field, where Congress of late seems willing to give copyright owners whatever they ask for, at least as long as there is no large vested interest making demands on the other side. This rent-seeking is a cost of government-granted intellectual property fights. Indeed, economic theory suggests that private parties will spend up to the total value of the benefit seeking to capture it” (MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., p. 1063).

¹³⁹ Um caso paradigmático julgado pela Suprema Corte dos EUA foi o *Eldred vs. Aschcroft*, que decidiu pela constitucionalidade do *Sonny Bonny Act*. LAWRENCE LESSIG, *Free culture – The nature and future of creativity*, cit., p. 213-247.

¹⁴⁰ MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., p. 1.064.

¹⁴¹ MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., p. 1.064.

¹⁴² “If IP protection is too strong, it can reduce economic welfare by inhibiting some kinds of technological change and excessively encouraging other types relative to the progress that would be forthcoming with weaker IP protection” (LINDA R. COHEN; ROGER G. NOLL, *Intellectual property, antitrust and the new economy*, cit., p. 458).

¹⁴³ “Intellectual property law is justified only in ensuring that creators are able to charge a

aos criadores não deve ser garantido o direito de controlar as externalidades positivas decorrentes de suas criações, com exceção daquelas necessárias para cobrir os seus custos médios fixos.¹⁴⁴

Sob esta ótica, uma importante contribuição para esse balanceamento foi a criação dos chamados *creative commons*, licenças flexíveis que permitem ao criador da obra distribuir gratuitamente seu trabalho, sem abrir mão de alguns de seus direitos. Por meio dela ele pode definir quais direitos que deseja resguardar e quais deseja abrir mão.¹⁴⁵ Iniciativas como esta têm por fim criar um balanço entre os interesses do criador e o interesse público.

6 – Desenvolvimentos recentes dos direitos intelectuais

O desenvolvimento da Internet no final da década de 80¹⁴⁶ perseguia o ideal de criação de um território livre, aberto, descentralizado, no qual cada indivíduo

sufficiently high price to ensure a profit sufficient to recoup their fixed and marginal expenses.” (MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., p. 1057)

¹⁴⁴ “The argument so far shows that there is no economic justification for granting inventors and creators the right to control positive externalities flowing from their creations, except to the extent necessary to enable them to cover their average fixed costs.” (MARK LEMLEY, *Property, intellectual property, and free riding*, cit., p. 1058)

¹⁴⁵ Nas palavras de RONALDO LEMOS “o Creative Commons cria instrumentos jurídicos para que um autor, um criador ou uma entidade diga de modo claro e preciso, para as pessoas em geral, que uma determinada obra intelectual sua é livre para distribuição, cópia e utilização. Essas licenças criam uma alternativa ao direito da propriedade intelectual tradicional, fundada de baixo para cima, isto é, em vez de criadas por lei, elas se fundamentam no exercício das prerrogativas que cada indivíduo tem, como autor, de permitir o acesso às suas obras e a seus trabalhos, autorizando que outros possam utilizá-los e criar sobre eles.” (*Direito, tecnologia e cultura*, São Paulo, FGV, 2005, p. 83). JOSÉ EDUARDO FARIA, afirma que, diante das mudanças do século XXI, com a transnacionalização dos mercados, a desregulamentação do Direito Civil, e o advento das redes de produção, cria-se a necessidade de uma “flexibilidade, uma adaptabilidade e uma multidimensionalidade que só podem ser formalizados normativamente por meio de institutos jurídicos mais flexíveis, capazes de inter cruzar regras de direito público e direito privado, e de contratos mais plásticos, abertos e funcionalmente diferenciados”. Dentre esses institutos flexibilizados, o autor coloca as *creative commons*: “Ao contrário da tradicional figura do *copyright*, que autoriza a utilização de conteúdos mediante o pagamento de direitos do autor, o princípio orientador das *creative commons*, o chamado *copyleft*, baseia-se na livre utilização da obra original e na livre circulação do conhecimento a partir de determinadas regras e de um controle mínimo.” (*Direito e conjuntura*, São Paulo, Saraiva, 2008, pp. 87-88).

¹⁴⁶ Apesar da ARPANET ter começado a funcionar no final da década de 1960, o uso do termo *Internet* ocorreu apenas em 1974. Neste trabalho consideramos o ano de 1988 como marco da criação da rede, quando ocorreu a sua abertura para fins comerciais.

conectado à rede seria o centro da informação.¹⁴⁷ Sua constituição seria colaborativa, ou seja, todos os indivíduos conectados poderiam criar conteúdo que, por sua vez, seria acessível a todos. Suas palavras-chave seriam “interatividade, descentralização e democratização simbólica”.¹⁴⁸

Porém, contrariando essas expectativas, o que vimos ao longo da década de 90 foi um processo constante e crescente de restrições impostas aos usuários, que ao proteger cegamente interesses específicos gerou um desequilíbrio sem precedentes entre os direitos autorais e os interesses da sociedade. Mais do que isso, estas restrições acabam por influir diretamente sobre o processo social criativo, levando a uma expansão dos direitos dos autores para muito além dos limites inicialmente imaginados a eles.¹⁴⁹

O *Audio Home Recording Act* (AHRA) de 1992 marcou o início do que RONALDO LEMOS chama de a “vitória” dos detentores de conteúdo. O AHRA obrigava os fabricantes de equipamentos de gravação digital (na época as fitas *DAT* e o *Mini-Discs*) a implementarem medidas de proteção tecnológica em seus produtos, de modo a impedir a cópia em larga escala. Em seguida, presenciamos a decisão judicial que condenou o site “MP3.com” e a decisão que julgou o *Napster* ilegal.¹⁵⁰ Logo após tivemos a promulgação do *Digital Millennium Copyright Act*

¹⁴⁷ YOCHAI BENKLER via a *Internet* dos anos 90 como uma possível alternativa ao mercado de mídia de massa: “There is an alternative. The Internet graphically represents this for us, at least as it was in the 1990s. In this information environment, the end points are users—an ambiguous category from the perspective of an established conception of an information environment composed of (a small number of professional) producers and (a large number of passive) consumers. Users sometimes receive information and sometimes rework it and send it to others. They can play the roles of producer and consumer.” (*From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access*, In *Federal Communications Law Journal*, vol. 52, n.º 3, 2000, p. 564).

¹⁴⁸ RONALDO LEMOS, *Creative commons, mídia e as transformações recentes do direito da propriedade intelectual*, In *Revista Direito GV*, vol. 1, n.º 1, 2005, p. 181. MARK A. LEMLEY e LAWRENCE LESSIG afirmam que o crescimento extraordinário da Internet decorre de seus princípios estruturantes baseados em padrões abertos utilizados na rede: “It is a view of many in the Internet community, and ours as well, that the extraordinary growth of the Internet rests fundamentally upon its design principles. Some of these principles relate to the openness of the Internet’s standards and the openness of the software that implemented these standards.” (*Open access to cable modems*, In *Whittier law review*, vol. 22, n.º 1, 2000, p. 3-34).

¹⁴⁹ “This regulation of the creative process, which began as a tiny regulation governing a tiny part of the market for creative work, has become the single most important regulator of creativity there is. It is a massive expansion in the scope of the government’s control over innovation and creativity; it would be totally unrecognizable to those who gave birth to copyright’s control.” (LAWRENCE LESSIG, *Free culture - The nature and future of creativity*, cit., p. 162).

¹⁵⁰ “Among the other recent actions that strengthened copyright are the court decisions in

(DMCA)¹⁵¹, lei norte-americana que regula diversos assuntos relacionados ao *copyright*, como a responsabilidade dos provedores por violação de direitos autorais e a criminalização de condutas que contribuam para a quebra de medidas eletrônicas de proteção.¹⁵²⁻¹⁵³

A partir de 2000 os detentores de conteúdo passaram a pressionar o Congresso americano para que fosse aprovado o *Consumer Broadband and Digital Television Promotion Act* (CBDTPA). Em seguida outro projeto ainda mais severo foi colocado em pauta, o chamado *Inducing Infringement of Copyrights Act* (INDUCE Act), que, caso aprovado, poderia tornar ilegal aparelhos como MP3 players, iPods, gravadores de CD bem como quaisquer aparelhos ou softwares que pudessem ser utilizados com o intuito de violar direitos autorais.¹⁵⁴ Por fim, tivemos a edição do *Sonny Bonny Act*, também conhecido como *Mickey Mouse Protection Act*¹⁵⁵, isso

the years 2000 that declared MP-3 and Napster to infringe copyrights of recorded music.” (LINDA R. COHEN; ROGER G. NOLL, *Intellectual property, antitrust and the new economy*, cit., p. 472).

¹⁵¹ Conforme aponta LAWRENCE LESSIG: “The DMCA was enacted as a response to copyright owners’ first fear about cyberspace. The fear was that copyright control was effectively dead; the response was to find technologies that might compensate. These new technologies would be copyright protection technologies – technologies to control the replication and distribution of copyrighted material. They were designed as code to modify the original code of the Internet, to reestablish some protection for copyright owners.” (*Free culture – The nature and future of creativity*, cit., p. 157)

¹⁵² Como, por exemplo, o desbloqueio de aparelhos de DVD que rodam apenas discos de determinadas regiões, ou a quebra da criptografia que protege DVDs e CDs para evitar a cópia. Conforme ressaltam LINDA R. COHEN e ROGER G. NOLL, a quebra da criptografia pode ter uma série de usos não ilegais, porém, as restrições a estes direitos acabam por tornar todos os usos ilegais: “The implicit policy underpinning these cases is similar to the policy embodied in a provision of the Digital Millenium Copyright Act that makes breaking encryption codes a felony. To protect copyrighted products against duplication or unauthorized used, rights holders sometimes use encryption methods that grant access only to authorized users. One purpose of breaking encryption code is gain access to illegal purposes, but many other purposes are benign and indeed are within the rights of the person trying to gain access. [...] Likewise, altering a copyrighted work for personal use – such as to add one’s voice to a song, to write marginal notes in a book, or to add code to extend the utility of a computer program – is not illegal.” (*Intellectual property, antitrust and the new economy*, cit., p. 473).

¹⁵³ RONALDO LEMOS, *Creative commons, mídia e as transformações recentes do direito da propriedade intelectual*, cit., p. 181.

¹⁵⁴ Como afirma RONALDO LEMOS, “são duas as intenções do INDUCE Act: a primeira, revogar a derrota dos estúdios de Hollywood no caso Sony, pelo qual esta obteve o direito de comercializar o videocassete. Isto porque ficou decidido que qualquer tecnologia que prove ter usos substancialmente legítimos não pode ser considerada em si ilegal” (*Creative commons, mídia e as transformações recentes do direito da propriedade intelectual*, cit., p. 183)

porque o real intuito dessa lei era o de estender por mais 20 anos o prazo de proteção dos direitos autorais nos EUA, pelo fato de que o personagem *Mickey Mouse*, criado em 1928, cairia em domínio público em 1998.

Esse processo de crescimento do controle sobre as obras culturais e a informação através de leis restritivas acaba por ampliar os direitos autorais e os direitos intelectuais em geral, levando a um desequilíbrio sem precedentes entre o interesse público e o direito do criador da obra.

Desde 1790, quando houve a edição do primeiro *copyright act* vimos o período de duração destes direitos se ampliarem continuamente, passando de 14 para 75 anos, o que justifica concluir que “no plausible incentive rationale exists for this incredibly long duration”.¹⁵⁶

Essa modificação legal que tem por fim impedir a decadência de modelos de negócio ultrapassados, deturpa a principal motivação dos direitos de autor: remunerar o autor da obra de modo a incentivar a criação intelectual.¹⁵⁷ Além disso, essa extensão do conteúdo do direito de autor tem o condão de restringir a criatividade e o desenvolvimento cultural da sociedade.¹⁵⁸ Disso, conclui-se que os direitos intelectuais necessitam de uma urgente revisão, para que possam criar novamente uma adequada ponderação entre os diferentes interesses envolvidos.

¹⁵⁵ Para mais informações vide o caso *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), no qual se discutiu a constitucionalidade da extensão do prazo de vigência dos direitos de autor. Esse caso foi exposto de forma detalhada por LAWRENCE LESSIG (*Free culture - The nature and future of creativity*, cit., pp. 213-247), que, inclusive, foi um dos advogados atuantes na disputa. Exploraremos melhor os pontos discutidos nesse caso quando tratarmos do prazo de proteção dos direitos autorais do *software* no CAPÍTULO VII.

¹⁵⁶ “The duration of copyright protection has been significantly expanded in recent years. The first copyright act of 1790 established the duration of copyright as 14 years, with renewal possible 14 more years. In 1976, legislation extended the duration of copyright to the life of the author plus 50 years, and in 1994 this was extended again to life plus 75 years.” (LINDA R. COHEN; ROGER G. NOLL, *Intellectual property, antitrust and the new economy*, cit., p. 471).

¹⁵⁷ RONALDO LEMOS, *Creative commons, mídia e as transformações recentes do direito da propriedade intelectual*, cit., p. 184.

¹⁵⁸ Conforme aponta LAWRENCE LESSIG: “Free culture is increasingly the casualty in this war on piracy. In response to a real, if not yet quantified, threat that the technologies of the Internet present to twentieth-century business models for producing and distributing culture, the law and technology are being transformed in a way that will undermine our tradition of free culture. The property right that is copyright is no longer the balanced right that it was, or was intended to be. The property right that is copyright has become unbalanced, tilted toward an extreme. The opportunity to create and transform becomes weakened in a world in which creation requires permission and creativity must check with a lawyer.” (*Free culture - The nature and future of creativity*, cit., p. 173).

7 – Propriedade Intelectual e acesso à informação

Para melhor exposição do tema do acesso à informação utilizaremos dois modelos teóricos de análise. O primeiro relacionado à classificação estrutural dos sistemas de comunicação, desenvolvido por YOCHAI BENKLER, e o segundo relacionado à classificação das fontes de regulação, desenvolvido por LAWRENCE LESSIG.¹⁵⁹

7.1 – Os sistemas de comunicação

Os sistemas de comunicação se constroem sobre três camadas: (i) **camada física**, (ii) **camada lógica** e (iii) **camada do conteúdo**.

RONALDO LEMOS cita o exemplo da comunicação humana, que tem na **camada física** o aparelho fonador do corpo humano (pulmões, músculos, diafragma, laringe, boca, etc.); na **camada lógica** a linguagem, que é o código compartilhado pelos interlocutores; e na **camada do conteúdo** a informação, que se transmite sobre as camadas física e lógica.¹⁶⁰ Porém, o que interessa ao caso presente é a aplicação dessa classificação estrutural à Internet e a outras modalidades de tecnologia digital.

A **camada física** da Internet é composta pelo conjunto de computadores e pelos meios físicos que os interconectam.¹⁶¹ A **camada lógica** é composta pelas inúmeras linguagens, que são utilizadas para comunicação das partes físicas. Nessa camada se inserem os programas de computador, os protocolos e as linguagens compartilhadas entre eles. Por fim, a camada do **conteúdo** é composta por tudo o que se transmite na rede virtual: textos, *e-mails*, música, vídeos, etc.¹⁶² No meio digital as três camadas estão sujeitas a diferentes formas de controle e diferentes regimes de propriedade.¹⁶³

A **camada física** se sujeita ao regime de controle privado e propriedade privada, visto que todo computador pertence a uma pessoa ou entidade. Também

¹⁵⁹ No Brasil, a utilização dessas ferramentas metodológicas foi pioneiramente realizada por RONALDO LEMOS (*Direito, tecnologia e cultura*, cit., p. 15-29).

¹⁶⁰ RONALDO LEMOS, *Direito, tecnologia e cultura*, cit., p. 15-16.

¹⁶¹ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS usa a expressão “infra-estrutura” para se referir ao sistema global de comunicações formado pela conjugação da informática e dos recursos de telecomunicações (*A proteção autoral de programas de computador*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2.008, p.7).

¹⁶² Em síntese, o que se transmite é a informação. “Do ponto de vista do conteúdo, o elemento central dessa nova forma de sociedade é a *informação*.” (MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., p.7)

¹⁶³ RONALDO LEMOS, *Direito, tecnologia e cultura*, cit., p. 16.

as ligações que se realizam são propriedade de alguém (os cabos de fibra ótica, por exemplo, pertencem as companhias de telecomunicação). A **camada lógica**, por sua vez, se sujeita à proteção dos direitos intelectuais. Os programas de computador, como o sistema operacional *Windows*, pertencem a alguma empresa que, por sua vez, licencia o seu uso para os usuários. Por fim, a **camada do conteúdo** é controlada por regimes de propriedade, tais quais os direitos autorais, direito de marca, dentre outros.¹⁶⁴

O controle da informação, portanto, poderá ocorrer por meio das três camadas descritas¹⁶⁵, porém, cada uma delas contém elementos “livres”, de *res commune*, não sujeitos a nenhum tipo controle. A liberdade vinculada a esses elementos de natureza livre não é necessariamente determinada pela natureza do bem, mas pelo regime jurídico ao qual a sociedade decide submetê-lo. Os direitos intelectuais representam uma dessas formas de limitação da liberdade sobre os bens intelectuais, conforme analisamos no Capítulo II, supra.

Com o advento da Internet a criação de mecanismos de controle sobre as três camadas tornou-se cada vez mais frequente. A questão se torna ainda mais preocupante ao lembrarmos que o que se encontra em jogo é o acesso à informação.¹⁶⁶

Dentro do contexto da Economia da Informação¹⁶⁷ e sob o ponto de vista da camada lógica, o elemento central, é o programa de computador. Este representa a linguagem desse novo ambiente e, em casos como o do *Windows*, devido ao uso padrão, se transforma em “arquitetura de comunicação”.¹⁶⁸ Assim, feita a análise

¹⁶⁴ RONALDO LEMOS, *Direito, tecnologia e cultura*, cit., p. 16-17.

¹⁶⁵ A camada física, por exemplo, pode limitar o acesso de uma pessoa à informação contida em um suporte físico. Basta lembrarmos que durante muitos anos a Igreja Católica controlava diversas informações contidas em livros de sua propriedade que tinham acesso extremamente restrito. A camada lógica pode controlar a informação na medida em que apenas algumas pessoas tenham acesso a um determinado tipo de linguagem (é o que comumente chamamos de “linguagem em código”, como por exemplo o Código Morse). Por fim, no plano do conteúdo, o detentor de direitos autorais sobre determinada obra pode impedir a circulação de seu conteúdo por meio da proteção autoral.

¹⁶⁶ Conforme aponta RONALDO LEMOS: “Com o advento da *Internet*, a criação de mecanismos de controle sobre as três camadas tornam-se cada vez mais frequentes. A questão se torna ainda mais preocupante ao lembrarmos que o que se encontra em jogo é o acesso à informação. Com isso, não é preciso enfatizar, por ser patente, a dimensão do problema em questão neste livro: os canais pelos quais passa a informação, bem como a própria informação em si, gradualmente se tornam privados e reduzem o espaço dos *commons*, fundamentais à inovação humana descentralizada. Considerando-se o fato de que as comunicações digitais, cada vez mais, tornam-se mais importantes para a comunicação humana, em comparação com todas as outras formas de comunicação, a questão adquire ainda maior relevância” (*Direito, tecnologia e cultura*, cit., p. 16-17).

¹⁶⁷ Descrita no CAPÍTULO I do presente trabalho.

das estruturas comunicativas, é importante procedermos à análise das formas de regulação que incidem sobre tais estruturas. Para tanto, como já indicado, utilizaremos o modelo desenvolvido por LAWRENCE LESSIG.¹⁶⁹

7.2 - As fontes de regulação

Conforme aponta LAWRENCE LESSIG, para qualquer modalidade de direito incidem basicamente quatro formas de regulação: (i) a Lei (*law*); (ii) as normas sociais (*norms*); (iii) o mercado (*market*); e (iv) a arquitetura ou código (*architecture*).¹⁷⁰

A Lei atua na medida em que reprime ações que violem interesses protegidos pelo sistema jurídico como, por exemplo, a violação de direitos autorais com a cópia de um livro ou um CD. Por outro lado as normas sociais não se referem às normas emanadas do Estado, mas sim àquelas aceitas e seguidas pela sociedade. Por sua vez o mercado regula as ações dos indivíduos quando, baseado em normas sociais e jurídicas, direciona os comportamentos daqueles. Por fim, a arquitetura se relaciona aos obstáculos físicos que regulam o comportamento das pessoas.¹⁷¹

Dentre todas estas formas de regulação, a lei é a única que tem a capacidade de regular direta ou indiretamente todos os demais fatores.¹⁷² Quando tratamos de questões ligadas à tecnologia, ganha especial relevo a regulação que incide sobre a arquitetura, ou seja, sobre o código. É ela que permite a construção de ferramentas e de mecanismos para o bloqueio do conteúdo da rede.¹⁷³ O problema dessa

¹⁶⁸ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., p.7.

¹⁶⁹ LAWRENCE LESSIG, *Free culture – The nature and future of creativity*, cit., p. 120 e ss.

¹⁷⁰ LAWRENCE LESSIG, *Free culture – The nature and future of creativity*, cit., p. 120 e ss.

¹⁷¹ LAWRENCE LESSIG, *Free culture – The nature and future of creativity*, cit., p. 120 e ss.

¹⁷² RONALDO LEMOS cita, por exemplo, o caso do cigarro, em que a lei pode influenciar as normas sociais, quando obriga a inclusão de contra-propagandas nas caixas de cigarro (“evite fumar na presença de crianças”), pode influenciar o Mercado, à medida que aumenta os impostos incidentes sobre os fumíferos, e até mesmo a arquitetura, quando disciplina a quantidade de nicotina permitida em cada cigarro (*Direito, tecnologia e cultura*, cit., pp. 22-23).

¹⁷³ “A arquitetura afeta profundamente a *Internet* e os canais digitais de comunicação. É valendo-se dela que se torna possível a construção de ferramentas e a implementação de mecanismos para o fechamento de conteúdo na rede. Dependendo da arquitetura, uma determinada mensagem enviada pode ser interceptada e lida por quaisquer terceiros enquanto trafega até o destinatário (tal qual um cartão-postal), ou pode ser fechada, permitindo que apenas o seu destinatário possa lê-la (tal qual um envelope fechado). É o caso, por exemplo, das comunicações com sites de bancos, onde as mensagens trocadas

regulação é que esta não opera de modo transparente e democrático, mas na maior parte das vezes de modo silencioso, sem gerar grandes discussões. As mudanças ocorridas nas últimas décadas são assustadoras.

Em 1995 a maior parte das linguagens de comunicação utilizadas eram baseadas em modelos abertos, entendidos como aqueles “desenvolvidos e supervisionados em conjunto por todos os usuários da rede, [...] (nos quais) ninguém exerce monopólio de controle sobre eles”¹⁷⁴

Porém, mudanças legais e na arquitetura da rede trouxeram profundas alterações nesse cenário. Podemos encontrar até mesmo tentativas de desenvolvimento de mecanismos de controle de gerenciamento de direitos embutidos nos próprios programas. RONALDO LEMOS cita o exemplo do *software Palladium*, desenvolvido pela *Microsoft*, que permite que o próprio sistema operacional do computador se recuse a executar conteúdo caso os direitos sobre estes sejam duvidosos.¹⁷⁵ O problema desta forma de regulação se encontra na falta de diálogo democrático e na impossibilidade de casuística das violações, por conta da sua natureza auto-executável. Ou seja, o próprio sistema bloqueia determinada ação sem considerar as particularidades do caso concreto.

8 - As formas de regulação e o caso do *Software*

Como já anteriormente afirmado e no âmbito do tema desenvolvido neste trabalho, é a camada lógica aquela com maior relevância. As formas de regulação que incidem sobre ela são, em síntese: (i) a lei, que na forma do direito do autor protege os programas de computador; (ii) a arquitetura, representada pelo código-fonte, que produzido em regime fechado impede que os usuários tenham acesso ao seu funcionamento; e (iii) o mercado que, frente ao poder econômico exercido pela *Microsoft* aliado a outros fatores cria barreiras intransponíveis à participação de outros *players*.

Nos próximos capítulos analisaremos de que modo as formas de regulação incidentes sobre a camada lógica podem levar ao fechamento do mercado de sistemas operacionais ao ingresso de concorrentes, perpetuando o monopólio do programa *Microsoft Windows*.

entre o banco e o usuário só podem ser lidas por esses dois pólos da comunicação, e não por intermediários. Isso ocorre não por existir uma lei, uma norma social ou por fatores diretamente atribuídos ao mercado. Isso acontece porque a arquitetura da comunicação com o banco é diferente da comunicação com outros usuários e, portanto, torna-se confidencial entre as partes graças a um mecanismo técnico chamado criptografia, independente da intervenção da lei, do mercado ou de normas sociais. Aliás, esta é uma das principais consequências da regulação arquitetônica: ela produz efeitos imediatos, com imensa efetividade, independente dos outros fatores reguladores.” (RONALDO LEMOS, *Direito, tecnologia e cultura*, cit., pp. 24-25).

¹⁷⁴ RONALDO LEMOS, *Direito, tecnologia e cultura*, cit., p. 25.

CAPÍTULO III - A PROPRIEDADE INTELECTUAL DO SOFTWARE

Chaque minute qui passe, de nouvelles personnes s'abonnent à Internet, de nouveaux ordinateurs s'interconnectent, de nouvelles informations sont injectées dans le Réseau. Plus le cyberspace s'étend, plus il devient «universel», moins le monde informationnel devient totalisable. L'Universel de la cyberculture est aussi dépourvu de centre que de ligne directrice. Il est vide, sans contenu particulier. Ou plutôt, il les accepte tous puisqu'il se contente de mettre en contact un point quelconque avec n'importe quel autre, quelle que soit la charge sémantique des entités mises en relation.

PIERRE LÉVY¹⁷⁶

1 - Conceitos preliminares

Os primeiros sistemas modernos de processamento de dados surgiram pouco antes da Segunda Guerra Mundial. A característica fundamental que marca a transição entre os sistemas anteriores e os sistemas modernos é a substituição dos elementos mecânicos (como válvulas e cartões perfurados) pelos circuitos eletrônicos. Pertencem a essa primeira geração o *Zuse Z3*, desenvolvido na Alemanha em 1941, o *Colossus Mark 1*, desenvolvido na Inglaterra em 1944 e o *ENIAC*, desenvolvido nos EUA em 1946. Essa geração tinha capacidade de realizar operações em milissegundos.

¹⁷⁵ “Ao que tudo indica, as próximas gerações desse programa virão com um sistema que controlará automaticamente os direitos que um determinado usuário detém sobre o conteúdo que trafega em seu computador, bem como sobre o *software* que compõe a sua camada lógica. Isso quer dizer que, se um determinado usuário desejar executar uma música, um texto, um filme ou um determinado arquivo, ele terá de comprovar que possui direitos sobre aquele conteúdo. Caso não os possua, o próprio sistema operacional irá recusar-se a executar esse conteúdo, em detrimento de qualquer participação do usuário ou de seus direitos legítimos.” (RONALDO LEMOS, *Direito, tecnologia e cultura*, cit., p. 27).

¹⁷⁶ PIERRE LÉVY, *L'universel sans totalite, essence de la cyberculture*, In *Sociétés*, n.º 59, 1998, disponível em <http://caosmose.net/pierrelevy/pierreluniversel.html>, acesso no dia 17 ago. 2010.

A segunda geração de computadores já utilizava circuitos transistorizados, que permitiam que se realizassem operações em microssegundos. A terceira geração, que surgiu na década de 1960, já era capaz de realizar operações em nanossegundos. Os computadores de quarta geração, criados durante a década de 1980, continham chips de silício e microprocessadores e eram capazes de realizar operações em tempos inferiores a 0,5 nanossegundos. Por fim, a quinta geração, que surge a partir de 1985, se caracterizou por poder realizar operações em uma velocidade 40.000 maior do que a capacidade das gerações antecessoras.¹⁷⁷

Desde já devemos ter em mente a distinção entre o *software*, elemento imaterial, e seu suporte físico, chamado de *hardware*, que compreende o conjunto de objetos tangíveis do computador. Os primeiros sistemas computacionais operavam apenas com a parte física do computador (*hardware*). Não havia, assim, controle por meio de programas de computador. Apenas posteriormente houve a incorporação dos *softwares* aos computadores. No início o *software* era desenvolvido pelos próprios fabricantes do *hardware*, sendo moldado especificamente para aquela máquina. Com a separação da produção do *software* e do *hardware*, a partir da década de 1960, surgiu a indústria independente do *software*.¹⁷⁸

Cabe lembrar que na década de 1970 os computadores ainda eram extremamente caros, trancados em salas refrigeradas e operados apenas por poucos. Assim, o número de empresas que podiam investir milhões de dólares para utilizar estes produtos era inexpressivo.¹⁷⁹ Esses computadores eram chamados de “mainframe”, sendo acessados por usuários em terminais. O desenvolvimento dos computadores pessoais (*Personal Computers*, ou *PC*) só foi ocorrer durante os anos de 1980 e 1990, quando foram desenvolvidos processadores mais poderosos por preços mais baratos. Também foram desenvolvidas poderosas redes, que permitiram a troca rápida de arquivos entre computadores.¹⁸⁰

O *hardware*, como parte física do computador, compreende os dispositivos de entrada e de saída de dados, as memórias e a unidade central de processamento (*CPU*). Os dispositivos de entrada são os objetos que permitem ao usuário inserir as informações no computador, como, *e.g.* o *mouse* e o teclado. Os dispositivos de

¹⁷⁷ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., p. 26.

¹⁷⁸ DENIS BORGES BARBOSA, *A proteção do software*, cit.; e MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., p. 26.

¹⁷⁹ “These computers were expensive to purchase and expensive to maintain. As a result, very few consumers had access to computers.” (FEDERICO ETRO, *Competition, innovation, and antitrust – A theory of market leaders and its policy implications*, Berlin, Springer, 2007, p. 208).

¹⁸⁰ THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 16.

saída são aqueles que apresentam ao usuário os dados processados, como o monitor e a impressora. Podemos lembrar, ainda, dos dispositivos mistos, que tanto recebem como enviam dados, como o *modem*. As memórias são as responsáveis pelo armazenamento dos dados. Esse armazenamento pode ser realizado por diversos meios, como os magnéticos, mecânicos ou óticos. Por fim, a unidade central de processamento, CPU, consiste em um complexo circuito eletrônico capaz de processar dados. Este é composto por no mínimo dois circuitos, a Unidade Lógico-Aritmética (ULA) e a Unidade de Controle (UC). A ULA é o circuito lógico responsável pelas operações lógicas e aritméticas, já a UC é responsável por gerar todos os sinais que controlam as operações no exterior da CPU, e ainda por fornecer todas as instruções para o correto funcionamento interno da CPU, controlando a ULA e gerenciando o fluxo de dados entre as diferentes partes do computador.¹⁸¹

Os programas de computador, por sua vez, podem ser definidos como “um conjunto de instruções incorporadas em um suporte físico que permita sua leitura ou compreensão, ou absorção, pelo computador, para que este desempenhe sua função, visando a produzir um efeito previsto e desejado”¹⁸². Essas instruções se encontram na forma de códigos, que estabelecem uma sequência de instruções que serão interpretadas e executadas pela máquina.

Segundo sua funcionalidade os *softwares* podem ser classificados em dois grandes grupos, quais sejam os sistemas operacionais, ou *softwares* de sistema, e os aplicativos, ou *softwares* aplicativos. Os sistemas operacionais são os *softwares* de base, ou seja, aqueles que administram a funcionalidade geral do computador, controlando seu *hardware*. Os aplicativos, por sua vez, são todos os outros programas que podem executar as mais diversas tarefas, como o processamento de textos e a execução de músicas e filmes.¹⁸³

O programa, por sua vez, pode ser escrito em linguagem de máquina ou em linguagem simbólica. Para que possamos compreender esta distinção é necessário

¹⁸¹ EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, *A natureza jurídica do software à luz da lingüística*, In *Revista da ABPI*, n.º 79, São Paulo, 2005, p. 49-50.

¹⁸² EDUARDO VIEIRA MANSO, *A informática e os direitos intelectuais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 73. A construção da definição jurídica do *software* ocorreu primeiramente em âmbito internacional, “sob o marco teórico das Convenções de Berna e de Paris, bem como pelo esforço do Direito Comunitário Europeu” (MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., p. 70). Sua definição suscita inúmeras controvérsias, não cabendo ao presente trabalho expor estas em maiores detalhes.

¹⁸³ “Operating systems are system software products that control the basic functions of a computer and enable the user to make use of such a computer and run application software on it” (THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 13).

analisarmos com maior profundidade o mecanismo de funcionamento dos computadores modernos.

Os computadores modernos funcionam por meio de energia elétrica, utilizando-se, basicamente, de dois estados físicos para seu funcionamento: ligado ou desligado. Na informática estes estados recebem o nome de *bits*.¹⁸⁴ Em miúdos, ao contrário do sistema decimal, segundo o qual dez algarismos (de 0 a 9) são utilizados para realizar qualquer operação matemática, o computador utiliza-se de apenas dois símbolos, um representando a passagem de corrente elétrica e outro representando a ausência de corrente, usualmente representado pelos símbolos 0 e 1. Por essa razão esse sistema é chamado de binário. A passagem ou ausência de corrente elétrica (a “linguagem da máquina”, já indicada como representada pelos algarismos 0 ou 1), provoca mudanças no estado físico do computador. Utilizando-se das quatro operações básicas da matemática os computadores conseguem desempenhar uma série de funções. O responsável pela coordenação destas operações é o *software*.¹⁸⁵

Diante da limitação de transmissão de informações por meio de apenas dois estados físicos, passou-se a agrupá-los em 8 *bits*, ou seja, o computador passou a ler 8 *bits* por vez, ao invés de apenas um. Esse agrupamento recebeu o nome de *byte*. Com os *bytes* a sequência binária é convertida em número decimal. Como todo processador possui uma série de códigos de operação, toda vez que for fornecida uma determinada sequência de números o processador realizará uma determinada operação matemática.¹⁸⁶

Programadores, por sua vez, não desenvolvem os *softwares* em linguagem de máquina, mas sim na chamada “linguagem de programação”.¹⁸⁷ Para este fim

¹⁸⁴ EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, *A natureza jurídica do software à luz da lingüística*, cit., p. 50.

¹⁸⁵ Conforme ANDRÉ NUNES BATISTA, *Copyright e copyleft: O software e o conhecimento*, Tese de láurea, São Paulo, USP, 2007, disponível em <http://go2.wordpress.com/?id=725X1342&site=tagesuhu.wordpress.com&url=http%3A%2F%2Ftagesuhu.files.wordpress.com%2F2008%2F03%2Ftese-final.doc&ref=http%3A%2F%2Ftagesuhu.wordpress.com%2F2008%2F03%2F12%2Fgnulinux%2F>, acesso no dia 19 ago. 2010, pp. 37 e ss.

¹⁸⁶ EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, *A natureza jurídica do software à luz da lingüística*, cit., pp. 51-52. No mesmo sentido MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., pp. 73-74.

¹⁸⁷ “The instructions to be executed by the processor are as a rule not directly written by software developers in binary form. Human-readable programming languages have been developed, along with automatic tools that translate the source code written in those languages into binary form.” THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>, acesso no dia

existem diversas linguagens de programação que, por sua vez, podem ser classificadas em três grupos: linguagens de baixo nível, de médio nível e de alto nível.

A linguagem de baixo nível é a chamada linguagem *assembly*, é constituída por um conjunto de palavras em inglês consistindo, na verdade, em uma tradução do código binário em uma linguagem mais acessível aos olhos humanos (uma vez que se utiliza de palavras, ao invés de números). Porém, esta linguagem é difícil entendimento, uma vez que sua compreensão exige conhecimentos da arquitetura dos *chips* e demais elementos dos computadores.

A linguagem de médio nível, a seu turno, tem sua concepção voltada ao ser humano e à máquina, sendo um meio-termo entre a linguagem de alto e baixo nível. São exemplos as linguagens “C” e “C++”.

Por fim, a linguagem de alto nível é voltada ao ser humano, utilizando-se, assim, de padrões mais estruturados e de fácil compreensão. Tem, assim, por objetivo reduzir as instruções em linguagem de máquina a um único comando, deixando que a máquina se preocupe com os detalhes relacionados ao seu *modus operandi*.¹⁸⁸

O chamado código-fonte, escrito em linguagem de programação por meio de idioma humano, legível pelo homem, é composto “por um conjunto de símbolos e de regras de semântica e sintaxe, contém uma descrição dos procedimentos lógicos empregados e constitui essencialmente um instrumento de comunicação da forma e do conteúdo do programa aos técnicos especializados nessa área”. Já o chamado código-objeto, escrito em linguagem de máquina, é “composto por sinais ou sequências de impulsos elétricos dirigidos à máquina”, tendo, assim, uma “função meramente operacional”.¹⁸⁹⁻¹⁹⁰⁻¹⁹¹

18 set. 2010, p. 10.

¹⁸⁸ MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., pp. 74-75; ANDRÉ NUNES BATISTA, *Copyright e copyleft: O software e o conhecimento*, cit., pp. 37 e ss.

¹⁸⁹ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 26-39. Cabe apontar que o autor faz certa confusão entre o conceito de linguagem de alto e baixo nível, entendendo que aquela se confunde com o código-fonte e esta se confunde com o código-objeto. Porém, conforme apontamos, tanto a linguagem de alto como a de baixo nível são, em verdade, modalidades de linguagem de programação, ou seja, de linguagem em código-fonte. Conforme aponta EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, “Há dois níveis de linguagem de programação: as linguagens de baixo nível e as linguagens de alto nível. A linguagem de baixo nível foi a primeira tentativa de substituição da linguagem de máquina por uma outra, mais próxima do entendimento do ser humano. Aqui, cada instrução equivale a uma instrução em linguagem de máquina, utilizando-se mnemônicos. Já as linguagens de alto nível permitem uma maior independência em relação ao processador, pois o texto escrito em linguagem de programação é convertido para qualquer processador. Não só isso, é muito mais próximo

Independentemente da linguagem escolhida pelo programador, as instruções redigidas em linguagem de programação (código-fonte) devem ser convertidas em linguagem de máquina (código-objeto) para que sejam compreendidas pelo computador. O responsável por esta tarefa é o chamado *software* tradutor (*translator*). Assim, o trabalho do programador consiste em compreender a lógica do computador para que redija instruções a fim de obter os resultados esperados. Considerando que o computador processa estas instruções por meio de imitações de números e aritmética, o programador deve escolher quais conjuntos numéricos (algoritmos¹⁹²) serão mais eficientes para realizar a tarefa pretendida.¹⁹³

Para exemplificarmos a diferença entre as linguagens, podemos citar o exemplo utilizado por RICHARD E. BUCKMAN e JOSHUA GAY.¹⁹⁴ O programa conhecido como “*Hello world*”, que quando executado mostra a frase “*Hello world!*” na tela, em linguagem de médio nível (linguagem “*C*”) é escrito na seguinte forma:

```
int main(){
    printf("Hello World!");
    return 0;
}
```

das diversas línguas, pois utilizam palavras de uso corrente.” (*A natureza jurídica do software à luz da lingüística*, cit., p. 53).

¹⁹⁰ Outras observações apontadas pelo autor: o código-objeto pode tanto estar incorporado à máquina como separado dela, gravado em um disquete ou outra forma de mídia informática. Sendo que, em sua grande maioria, os programas de computador são comercializados apenas em formato de código-objeto. Além disso, o programa objeto pode, ainda, se revestir em duas formas: o programa-objeto original e a sua versão executável. (MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 40 e ss.).

¹⁹¹ Outra modalidade de programa objeto é o *firmware*, que consiste em um programa contido num chip de silício incorporado à máquina, sendo invisível ao usuário e destinado a controlar as funções básicas do computador, de modo a permitir o funcionamento de outros programas. Por tal razão alguns afirmam que este seja uma forma híbrida de *software* e *hardware* ou, ainda, um *hard-software* (MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 40 e ss.).

¹⁹² O Algoritmo é a “esquematisação” do modo de funcionamento do computador. Ou seja, “é a descrição de um padrão de comportamento, expressado em termos de um repertório bem definido e finito de ações primitivas, que provavelmente podem ser executadas. É um texto estático capaz de cobrir toda uma classe de acontecimentos.” (EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, *A natureza jurídica do software à luz da lingüística*, cit., p. 52).

¹⁹³ ANDRÉ NUNES BATISTA, *Copyright e copyleft: O software e o conhecimento*, cit., pp. 37 e ss.

¹⁹⁴ RICHARD E. BUCKMAN; JOSHUA GAY *A note on software*, cit., pp.3-4.

Em linguagem de máquina um pequeno trecho deste mesmo programa apareceria da seguinte forma:

```
1100011110111010100101001001001010101110  
011010101001100000111100101101010111101  
010011111111110010110110000000010100100  
0100100001100101011011000110110001101111  
001000000101011101101110111001001101100  
0110010000100001010000100110111101101111
```

O trecho acima escrito em linguagem de máquina utiliza-se do código binário para representar sua codificação. Uma pessoa sem profundos conhecimentos de programação teria enorme dificuldade para compreender esta representação. Uma simples alteração neste código exigiria um sólido conhecimento sobre o modo como um determinado computador compreende esta linguagem. Tendo em conta que esta representação se refere a um programa extremamente simples, não é difícil compreendermos que qualquer programa utilizado correntemente por nós exigiria um esforço hercúleo para realizar qualquer adaptação em seu código-objeto.

Por outro lado, o programa escrito em linguagem de alto-nível, ou seja, em código-fonte, pode ser facilmente estudado, compreendido e adaptado por qualquer pessoa treinada.¹⁹⁵ Ainda que haja variações na dificuldade de compreensão entre as diferentes linguagens de programação, devemos concluir que estas são muito mais simples de se trabalhar quando comparadas com o programa escrito em linguagem de máquina.¹⁹⁶

¹⁹⁵ JOAQUIM FALCÃO, et. al., trazem analogia elucidativa: “Note-se que em uma analogia explicativa, o código-fonte funciona como o conjunto de instruções que permite o estudo e o entendimento do conjunto de instruções que constituem a essência de um *software*. Nesse sentido, seria como a receita de um bolo. Com o acesso à receita, é possível entender o conjunto de processos pelo qual o bolo foi feito. Sem a receita, é até possível entender esse mesmo processo, mas isto dependerá de uma série de experimentações de tentativa e erro, que podem ou não levar à replicação perfeita do resultado alcançado. Esse conjunto de tentativas e erros é chamado de ‘engenharia reversa’” (*Estudo sobre o software livre, comissionado pelo Instituto Nacional da Tecnologia da Informação da Casa Civil da Presidência da República*, 2005, disponível em http://www.iti.gov.br/twiki/pub/Certificacao/CartilhasCd/Estudo_FGV.pdf, acesso no dia 21 out. 2010, p. 4).

¹⁹⁶ “It is safe to say that one can easily infer how to change the program written in the Java programming language in the same way. However, even many programmers would not know where to begin if they wanted to change the binary representation. When we say “source code,” we do not mean machine language that only computers can

O desenvolvimento do *software* abarca, em geral, três estágios básicos (i) descrição do problema: etapa de análise funcional do programa, em que se delineiam as funcionalidades e os problemas a serem resolvidos; (ii) descrição do programa: etapa de projeto do programa, na qual se desenvolve o método geral para a solução do problema proposto e o algoritmo correspondente (além dos fluxograma do programa, das interfaces, módulos e subprogramas); e (iii) desenvolvimento da codificação: etapa em que se desenvolvem as instruções do programa, primeiramente em linguagem simbólica (código-fonte) para posterior conversão em linguagem de máquina (código-objeto), tendo por base o fluxograma desenvolvido anteriormente.¹⁹⁷

O desenvolvimento de um programa envolve uma série de ações que farão a tradução do diagrama de programação em linguagem de programação, para sua posterior conversão em linguagem de máquina. Assim, a codificação se inicia com a redação do código-fonte. Nesta etapa o programador redige o programa em linguagem de programação como *C* ou *Java*. Em seguida uma ferramenta conhecida como *compiler* traduz esta linguagem para a chamada *assembly language*.¹⁹⁸ Por fim, outra ferramenta conhecida com *assembler* converterá o código em linguagem *assembly* para a linguagem de máquina que, por sua vez, pode ser lida pelo computador.¹⁹⁹⁻²⁰⁰ Conforme MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS

understand – we are speaking of higher-level languages such as C and Java. A few other popular programming languages are C++, Perl, and Python. Some are harder than others to understand and program in, but they are all much easier to work with compared to the intricate machine language they get turned into after the programs are compiled and assembled.” (RICHARD E. BUCKMAN; JOSHUA GAY, *A note on software*, p. 4).

¹⁹⁷ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 45 e ss. DENIS BORGES BARBOSA explica este processo da seguinte forma: “Todo programa perpassa por seis fases básicas: a concepção da idéia que soluciona o famoso problema técnico de que falam a lei de patentes; a formulação do método a seguir, usualmente expresso em fórmulas matemáticas ou lógico-matemáticas, denominado algoritmo; o organograma ou plano de solução, resultante do algoritmo; um texto em linguagem de programação - BASIC, C, PASCAL - que toma os elementos do organograma, chamado de programa fonte ou código-fonte; um texto em linguagem intermediária, assembly ou de compilação; um texto legível diretamente pela máquina, denominado código-objeto” (*A proteção do software*, cit., 15).

¹⁹⁸ “Escrito o *software* em uma linguagem de programação, será submetido ao processo de compilação, que consiste na sua análise do ponto de vista léxico (se há palavras escritas de forma errada), semântico (se foi incluída alguma função ou palavra que não pertença à linguagem) e sintático (se o texto está escrito na sequência correta). Se não houver problema algum, este texto é transformado em uma sequência de bytes que serão executados pelo processador do computador, tornando-se um *software* executável” (EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, *A natureza jurídica do software à luz da lingüística*, cit., p. 53).

¹⁹⁹ “A program usually starts out as source code. This higher-level set of commands is written in a programming language such as C or Java. After that, a tool known as a

“a codificação nada mais é do que o processo de conversão dos dados em símbolos, que exige a elaboração prévia de uma tabela de correspondência entre o símbolo utilizado e o seu significado, conhecida como linguagem de computador”.²⁰¹

Devemos ainda diferenciar as “especificações” (*specifications*) e as “implementações” (*implementations*). As *specifications* correspondem as descrições das operações realizadas pelo *software*, enquanto as *implementations* correspondem ao código em si considerado, que será rodado no computador.²⁰²

As *implementations*, como veremos, são geralmente comercializadas apenas em código binário, não sendo possível o acesso pelo consumidor ao código-fonte, diferentemente do que ocorre com os produtos *open source*.²⁰³

Como vimos, a redação de um *software* deve sempre se basear em uma lógica única (a lógica do computador). Disso decorre a impossibilidade de incoerência lógica entre a linguagem redigida por diferentes programadores. Ou seja, enquanto a redação de um livro por diferentes autores pode levar a uma incoerência lógica entre seus trechos, por conta das distintas visões de mundo e compreensão dos fatos, a redação de um *software* por múltiplos programadores não leva a qualquer incoerência, visto que todos devem obedecer a mesma lógica: a lógica do computador. Esta é a razão pela qual o trabalho de programação adquire uma eficiência excepcional quando realizada por diferentes pessoas. Disso

compiler translates this to a lower-level language known as assembly language. Another tool known as an assembler breaks the assembly code down to the final stage of machine language—the lowest level—which the computer understands natively.” (RICHARD E. BUCKMAN; JOSHUA GAY, *A note on software*, In RICHARD M. STALLMAN, *Free software, free society: Selected essays of Richard M. Stallman*, Boston, Free Software Foundation, 2002, p. 3).

²⁰⁰ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS divide a fase da codificação da seguinte forma: (i) a geração do código-fonte (fase de edição), (ii) a geração do código-objeto (fase da compilação); e (iii) a geração do código executável (fase de montagem) (*A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 45 e ss).

²⁰¹ Após a fase de montagem ainda devem ser realizados os testes do produto e a elaboração da documentação do programa, como o caderno de especificações, as especificações lógicas, os diagramas, fluxogramas, código-fonte comentado, e etc. (MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 45 e ss.).

²⁰² Esta diferenciação foi proposta no julgamento do caso *Microsoft* da Comissão Europeia, conforme afirmam: “In considering the process of development of software products, it is common to distinguish between ‘specifications’ and ‘implementation’. A specification is a description of what the software product must achieve, whereas the implementation relates to the actual code that will run on the computer.” (THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 10).

²⁰³ Vide Capítulo III infra.

decorre o sucesso e o crescimento das formas colaborativas de produção do conhecimento nesta área, das quais destacamos os chamados *software* livre e *open source software*.²⁰⁴

2 - O desenvolvimento histórico da proteção do *software*

O debate em torno da possibilidade de proteção do *software* teve início ao longo das décadas de 1960 e 1980. Relata EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO que o primeiro pedido de registro de *software* que se tem notícia foi realizado em 1961, nos Estados Unidos.²⁰⁵ A seu turno, a discussão com relação à regulamentação jurídica dos bens informáticos teve início por conta do interesse das grandes indústrias na proteção dos investimentos realizados no desenvolvimento de *software* e *hardware*.²⁰⁶⁻²⁰⁷

²⁰⁴ ANDRÉ NUNES BATISTA, *Copyright e copyleft: O software e o conhecimento*, cit., pp. 37 e ss. Conforme aponta RICHARD M. STALLMAN os termos *open source* (código aberto) e *free software* (*software* livre) não se confundem. O movimento *open source* teve início em 1998, tendo sido construído “with a different approach, a different philosophy, different values, and even a different criterion for which licenses are acceptable”. A diferença fundamental entre os movimentos decorre das diferentes justificativas apontadas para que o *software* permaneça livre. Enquanto para os defensores do *open source* o código-fonte deve ser aberto por uma questão de eficiência prática, para os defensores do *free software* a abertura do código-fonte é antes uma questão ética. Na prática, porém, a diferença entre ambos os movimentos não surte grandes efeitos. (*Free software, free society: Selected essays of Richard M. Stallman*, cit., pp. 56-57).

²⁰⁵ No mesmo sentido, MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS afirma que “essa questão surgiu pela primeira vez em 1961, quando foi solicitado o registro de uma fita com instruções gravadas para computador (*computer tape*).” (*A proteção autoral de programas de computador*, cit., p. 84).

²⁰⁶ EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, *A natureza jurídica do software à luz da lingüística*, cit., p. 46. A tutela jurídica de um bem surge justamente quando nasce o interesse econômico do homem sobre aquele produto, conforme MARCOS WACHOWICZ, “um bem se torna objeto do direito quando agrega em si algum atributo de valor ou utilidade para o homem, ou seja, no momento em que se torna capaz de satisfazer as necessidades humanas” (*Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., p. 49).

²⁰⁷ Nesse sentido MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS relata que “A década de 1970 testemunhou um grande crescimento do mercado de ‘*software*’, seja em termos de desenvolvimento da tecnologia e oferecimento de produtos, seja em termos do número e da natureza dos usuários de bens de informática, em virtude da difusão dos computadores de menor porte e dos microcomputadores. Ao lado dos grandes usuários corporativos surgiram os usuários pequenos e individuais, fazendo com que a Informática deixasse de ser um tema circunscrito aos Centros de Processamento de Dados, área reservada para poucas pessoas, iniciadas no assunto.” (*A proteção autoral de programas de computador*, cit., p. 51).

A IBM lançou seu primeiro computador pessoal no início da década de 1980, tendo sido um dos primeiros a possuir um sistema operacional independente, desenvolvido por empresas distintas. Assim, competiam entre si, pela hegemonia nos computadores pessoais IBM, os sistemas operacionais CP/M-86, da *Digital Research*, o UCSD-p System, da *Softech Microsystems* e o PC-DOS, da *Microsoft*. A *Microsoft*²⁰⁸ acabou vencendo a disputa por oferecer um programa mais barato que o CP/M-86 e mais rápido que o UCSD-p System. Já neste momento a *Microsoft* buscava a não vinculação de seu programa à plataforma IBM, travando severas disputas com a empresa, pleiteando pela possibilidade de licenciar seu sistema operacional para outras marcas de computador. Até este momento, em razão da vinculação do *hardware* e do *software* nestes computadores, a estrutura desta indústria era extremamente verticalizada.²⁰⁹

Foi, portanto, a desvinculação dos programas de computador a equipamentos determinados²¹⁰ que levou à criação de um verdadeiro “mercado de *softwares*”. Desenvolveu-se, assim, um processo de massificação destes programas que, por sua vez, acabou por levar ao aumento da “pirataria” (contrafação) e da clonagem de programas. Tal expansão gerou uma enorme preocupação com relação à tutela específica do *software* que, por sua vez, culminou no desenvolvimento de sua tutela jurídica.²¹¹

²⁰⁸ Cabe apontar que neste momento a *Microsoft* ainda era uma empresa pequena, fundada por um jovem programador chamado BILL GATES, que anos antes havia abandonado a Universidade de *Harvard*.

²⁰⁹ FEDERICO ETRO, *Competition, innovation, and antitrust – A theory of market leaders and its policy implications*, cit., p. 209.

²¹⁰ Note-se que o início da desvinculação do *software* ao *hardware* e da interoperabilidade entre estas plataformas se deu com a criação de uma plataforma baseada em *software livre*, chamada de sistema UNIX: “A resposta a esse problema veio em grande medida como uma reação originada na empresa norte-americana AT&T. Por causa de uma limitação legal, a AT&T não possuía autorização para fabricar computadores ela mesma. Por isso, precisava comprar computadores de diversos fabricantes para gerenciar as redes de telefone naquele país. Dois programadores da empresa, sediados nos *Bell Labs*, decidiram enfrentar esse problema. Eles tiveram a idéia de escrever um sistema operacional que pudesse funcionar em qualquer computador, podendo ser traduzido de um padrão para outro. Desse modo, um programa escrito uma única vez poderia ser rodado em vários computadores diferentes. O nome dado a esse sistema operacional foi UNIX. Também por causa das restrições legais impostas à AT&T, a empresa não tinha autorização para vender o sistema operacional que criara. E nesse sentido, optou por distribuí-lo livremente. Os programadores responsáveis pela criação do *software*, Ken Thompson e Dennis Ritchie, convenceram assim a empresa distribuir o UNIX para qualquer interessado” (JOAQUIM FALCÃO, et. al., *Estudo sobre o software livre, comissionado pelo Instituto Nacional da Tecnologia da Informação da Casa Civil da Presidência da República*, cit., p. 5).

²¹¹ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 51 e ss.

Foi o jurista alemão EUGEN ULMER, ao analisar o processo de automação e de processamento de dados, quem vislumbrou a possibilidade de violação de direitos autorais no processo de transferência de dados através do computador. A partir desse momento ganhou força a ideia de que o *software* necessitaria de uma proteção jurídica específica.²¹² Como consequência surgiram na década de 1960 inúmeras propostas de adoção de um regime especial, *sui generis*, para a proteção desses bens.

Cabe apontar que as primeiras propostas apresentadas por H. OHLSCHLEGEL (1965), A. SENHENN (1968), E.GALBI (1970), P. KIRBY (1974) e pelo MITI *Committee* (1972), contemplavam a ideia de que o registro (sob diferentes formas) seria necessário para a proteção dos programas de computador.²¹³ Porém, como veremos, o atual regime jurídico rejeitou esta formalidade, trazendo como requisito para proteção apenas sua publicação ou disponibilização.

2.1 – WIPO Model provisions on the protection of computer software

Em 1971 foi constituído um grupo consultivo de técnicos para debater as melhores formas de proteção do *software*. Tais discussões deram origem ao relatório intitulado “*WIPO Model Provisions on the Protection of Computer Software*”.²¹⁴ Além desse relatório, ainda no mesmo período, a OMPI propôs um tratado internacional denominado “*Draft Treaty for the Protection of Computer Software*”, que foi rapidamente abandonado, após um comitê reunido em Genebra, no ano de 1983, manifestar dúvidas sobre a possibilidade de adoção de um tratado internacional sobre essa matéria.²¹⁵

Esse grupo consultivo analisou três grandes temas concernentes ao assunto: (i) a necessidade de uma proteção jurídica especial para os *softwares*; (ii) a possibilidade de adoção de um sistema de registro e depósito dos programas; e (iii) a viabilidade de implementação de um tratado internacional para regulamentar o assunto.

Quanto ao primeiro tema, entenderam os membros do grupo que a proteção dos programas de computador seria desejável,²¹⁶ e que os mecanismos existentes

²¹² MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., pp. 30 e ss.

²¹³ Para mais informações consultar a obra de MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS (*A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 51 e ss.).

²¹⁴ MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., pp. 30-33.

²¹⁵ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., p. 56.

²¹⁶ Para eles a proteção dos *softwares* é desejável por conta “(1) do investimento e do tempo necessários para o desenvolvimento do ‘*software*’; (2) da probabilidade de futuros

poderiam ser suficientes, mas a incerteza quanto a sua efetividade ainda era muito grande. Assim, analisando a aplicação do direito patentário e do direito autoral para proteção desses programas, o *Advisory Group* entendeu que tanto o direito industrial como o direito autoral poderiam trazer problemas para a proteção dos *softwares*, sendo por isso necessária a edição de nova legislação sobre o assunto.²¹⁷

Quanto à necessidade de registro dos programas, o grupo entendeu que a criação de um sistema de registro próximo ao do sistema de patentes geraria complicações e que sua aplicação estaria vinculada a grandes dificuldades, dada a existência de inúmeras versões distintas dos programas. A opção pelos princípios do direito autoral permitiu o entendimento de que não haveria necessidade de depósito ou qualquer outra formalidade para sua proteção. Com isso a proteção restou desvinculada do requisito de divulgação do código-fonte do *software*.²¹⁸

Por fim, no que toca sua finalidade, a *WIPO Model Provisions on the Protection of Computer Software* não tinha caráter vinculativo, servindo apenas como mera orientação aos países na adoção de normas de proteção aos programas de computador, cabendo a cada um deles decidir o modo de incorporação de tais disposições aos seus ordenamentos. Dessa forma, ainda que não tenham sido acolhidas naquele momento, as disposições tiveram importante influência demonstrando a necessidade de uma nova categoria de direito da propriedade imaterial para a tutela do *software*.²¹⁹

2.2 – A adoção do regime autoral

Diversas são as possibilidades de regime protetivo do software. Nota-se, porém, desde o início, o debate em torno de duas grandes correntes: a primeira

desenvolvimentos; (3) da necessidade de se criar um incentivo para a divulgação; (4) da utilização da proteção como base para o comércio; e (5) da vulnerabilidade do *software*” (MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 56-57).

²¹⁷ Para o grupo, a proteção por meio das patentes seria a mais adequada, porém, surgiriam diversos problemas, como “a caracterização do programa como invenção patenteável; a existência de inventividade apenas em número reduzido de programas; a dificuldade de se examinar o grau de novidade e de inventividade de um programa e a conveniência de se exigir a ampla divulgação do programa”. Já a proteção por meio do Direito Autoral traria dúvidas quanto à possibilidade do programa de computador poder ser considerado obra intelectual, bem como quanto à possibilidade de proibição do uso (e não da reprodução, como é usual no Direito de Autor). (MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 56-57)

²¹⁸ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 57-58.

²¹⁹ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., p. 63.

defendendo a adoção do direito autoral, a segunda defendendo a adoção do direito da propriedade industrial.²²⁰

Conforme vimos, o *software* é primeiramente escrito em linguagem de programação para posterior conversão em linguagem de máquina. A análise da linguagem de programação por meio da linguística pode trazer alguns esclarecimentos quanto a sua natureza jurídica.

Seguindo o modelo descrito por FERDINAND DE SAUSSURE, a linguagem possui dois aspectos: a língua, relacionada à sua estrutura e normatividade; e a fala, relacionada à operação da linguagem pelo indivíduo. Seguindo-se esse modelo, analogamente poderíamos afirmar que “o *software* é equivalente à fala, enquanto a linguagem de programação é equivalente à língua”.

No modelo proposto por LOUIS HJELMSLEV a linguagem consiste numa relação entre um processo e um sistema: “o processo é um número limitado de elementos que constantemente reaparecem em novas combinações”, sendo um exemplo o texto, que é formado por um número limitado de elementos (as palavras), que aparecem em diferentes combinações (formando diferentes textos). Já o sistema é “a estrutura que permite analisar o processo linguístico”, sendo a gramática um exemplo, pois esta permite o entendimento do sistema segundo suas regras.²²¹

Novamente poderíamos afirmar de forma análoga, que “o *software* pode ser considerado um processo elaborado segundo as regras do sistema, que é a linguagem de programação”.²²² Portanto:

encarada como sistema, a linguagem de programação estabelece as regras de criação do software. Ela constituirá a sequência de signos a ser utilizada pelo programador, estabelecerá quais os comandos (=palavras) desta linguagem serão utilizados e em que ordem os mesmos devem ser utilizados. Além disso, o software é um processo, porque só é possível compreendê-lo de uma forma geral, isto é, não é inteligível se for considerado apenas em diversas partes simples. Trata-se do que HJELMSLEV disse, ao afirmar que o todo não é a soma das partes, mas as relações existentes entre seus elementos. Este processo é composto por um número limitado de comandos que se combinam de ilimitadas formas, para formarem novos textos.²²³

²²⁰ MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., pp. 30-33.

²²¹ EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, *A natureza jurídica do software à luz da linguística*, cit., pp. 54-56.

²²² EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, *A natureza jurídica do software à luz da linguística*, cit., p. 57.

Assim como na linguística, o *software* apenas é inteligível quando analisado à luz da linguagem de programação em que foi redigido.²²⁴

Desse modo, diante de suas características de texto, ainda que escrito em linguagem de programação, fica clara a razão do enquadramento do *software* na proteção autoral. É evidente que por conta de suas peculiaridades esta classificação pode acarretar uma série de problemas, especialmente os de cunho concorrencial, que serão analisadas nos capítulos seguintes.

MARCOS WACHOWICZ, porém, afirma que a proteção escolhida não ocorreria:

tanto por questões teóricas ligadas à construção da tutela do direito autoral, mas por questões pragmáticas nas quais se buscava sua máxima proteção num ambiente tecnológico novo, no qual a facilidade de sua reprodução era exponencialmente superior a qualquer experiência anterior desde a Revolução Industrial com a invenção dos tipos móveis por Gutenberg.²²⁵

A Convenção de Concessão de Patentes Européias (*Convention Sur La Délivrance de Brevets Européens*)²²⁶, também conhecida como convenção de Munique, já apontava para a impossibilidade da proteção do *software* pela Propriedade Industrial. Em seu artigo 52 trazia expressa a proibição do patenteamento do *software*.²²⁷

²²³ EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, *A natureza jurídica do software à luz da linguística*, cit., p. 57.

²²⁴ Como afirmamos, existem diversos tipos de linguagem de programação. Como exemplo podemos citar a linguagem Assembly (de primeira geração e de baixo nível), como as linguagens de quarta e quinta geração como a Java, C++, SQL e Prolog.

²²⁵ MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., pp. 133-134.

²²⁶ *Convention Sur La Délivrance de Brevets Européens (Convention Sur Les Brevets Européens)*, de 5 de outubro de 1973, disponível em <http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/1973/f/ma1.html>, acesso no dia 6 de janeiro de 2010.

²²⁷ “Article 52 – Inventions brevetables

(1) Les brevets européens sont délivrés pour les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle.

(2) Ne sont pas considérés comme des inventions au sens du paragraphe 1 notamment:

- a) les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques;
- b) les créations esthétiques;

Podemos dizer que, a partir daí, os países europeus passaram a adotar paulatinamente o direito autoral como forma de proteção dos programas de computador.²²⁸ A Alemanha e a França adotaram tal regime em 1985. Em 1991 foi editada pelo Conselho Europeu a Diretiva 91/250/CEE,²²⁹ que tinha como intuito uniformizar o regime de proteção nos países europeus.²³⁰ Essa Diretiva dispôs em seu artigo primeiro que:

os Estados-membros estabelecerão uma protecção jurídica dos programas de computador, mediante a concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias, na acepção da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas. Para efeitos da presente directiva, a expressão «programas de computador» inclui o material de concepção.²³¹

A importância dessa Diretiva não se limitou aos Estados europeus, influenciando inúmeros países, em especial os da América do Sul.²³²

c) les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, **ainsi que les programmes d'ordinateurs;**

d) les présentations d'informations.

(3) Les dispositions du paragraphe 2 n'excluent la brevetabilité des éléments énumérés auxdites dispositions que dans la mesure où la demande de brevet européen ou le brevet européen ne concerne que l'un de ces éléments, considéré en tant que tel.

(4) Ne sont pas considérées comme des inventions susceptibles d'application industrielle au sens du paragraphe 1, les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal. Cette disposition ne s'applique pas aux produits, notamment aux substances ou compositions, pour la mise en oeuvre d'une de ces méthodes."

²²⁸ Aponta DENIS BORGES BARBOSA que nos 43 principais países do mundo adota-se alguma forma de proteção baseada na lei autoral (*A proteção do software*, cit., p. 7).

²²⁹ Diretiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:PT:HTML>, acesso no dia 28 mai. 2012.

²³⁰ Conforme MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., pp. 30-33.

²³¹ Diretiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, cit.

²³² MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., pp. 30-33.

A consolidação no âmbito internacional da proteção dos programas de computador pelo direito autoral se deu com a assinatura do Acordo *TRIPS (Trade-related aspects of intellectual property rights)*²³³, no âmbito do extinto *GATT* em 1994.²³⁴ Cabe apontar que a “adequabilidade do uso dos direitos autorais para proteção das tecnologias tem sido contestada ardorosamente”, sendo que sua adoção pela maior parte dos países tem sido ditada, principalmente, por um interesse comercial, principalmente norte-americano.²³⁵

Conforme já ressaltamos, o instituto anglo-saxão (*copyright*) possui características diferenciadas do instituto europeu continental (baseado no direito do autor). Ainda que a Convenção de Berna tenha de certo modo atenuado tal distinção, esta implicou no desenvolvimento diferenciado da matéria relativa a *software* nos países que adotam um ou outro modelo.

2.2.1 - Proteção do *software* nos EUA

A primeira disposição normativa tratando dos programas de computador foi editada em maio de 1964 por meio de uma circular do *U.S. Copyright Office*, onde vinha determinada a necessidade do registro do programa. Em maio de 1965 outra circular do mesmo órgão equiparou, para fins de proteção, o programa de computador ao livro.²³⁶

O *Copyright Act* de 1976 não trouxe nenhuma referência específica aos programas de computador. Tal referência foi feita posteriormente através do *Computer Software Copyright Act (Public Law 96/51)*, que modificou o *Copyright Act* de 1976, dispondo sobre a necessidade de registro dos programas de computador.²³⁷

A necessidade de registro do programa de computador, uma característica formal encontrada apenas no sistema anglo-americano, decorre das características do regime anglo-saxão centrado na materialidade da obra, regime que se contrapõe ao continental europeu, centrado na proteção do criador.²³⁸

²³³ *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, disponível em http://www.wto.int/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf, acesso no dia 6 jan. 2010.

²³⁴ Dispunha o acordo em seu Art. 10, 1, que “Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971)”.

²³⁵ DENIS BORGES BARBOSA, *A proteção do software*, cit., p. 7.

²³⁶ MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., pp. 30-33.

²³⁷ MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., pp. 30-33.

²³⁸ MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., pp. 30-33.

2.2.2 – Proteção do *software* no Brasil

No Brasil o início das discussões sobre a proteção jurídica do *software* ocorreu na década de 1980, quando se realizaram pesquisas para analisar um possível modelo de proteção para o país. A Secretaria Especial de Informática (SEI) concluiu naquela época que 99% dos programas de computador existentes no mundo não seriam patenteáveis, por faltar a eles o requisito da novidade. Por esta razão, com a edição da Lei n.º 7646/87, o Brasil optou pela adoção do direito autoral como forma de proteção do *software*.²³⁹

De acordo com a mencionada Lei 7646/87 o *software* deveria ser registrado perante o Conselho Nacional de Informática (CONIN), órgão criado pela Lei n.º 7232/84, vinculado a SEI, composto por 12 membros do governo e 12 representantes da sociedade civil, ficando a presidência a cargo do Secretário Executivo do Ministério de Ciência e Tecnologia. Para que o *software* pudesse ser comercializado no país fazia-se necessário o seu cadastramento na SEI.²⁴⁰

A lei 9609/98, por sua vez, extinguiu a necessidade do registro junto à SEI,²⁴¹ sendo agora facultado ao titular registrar seu programa junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).²⁴² Cabe lembrar que este registro, apesar de não ser requisito para a proteção, permite que o titular comprove com mais facilidade a autoria de seu programa. Em decorrência da natureza autoral a abrangência da proteção é internacional, ao contrário do que ocorre nos casos de marcas e patentes.²⁴³

A constituição federal de 1988 em seu artigo 5º, XXIX, dispôs 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 do País.

²³⁹ MARCOS WACHOWICZ, *O programa de computador e sua proteção no Brasil*, 2001, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2530&p=2>. Acesso no dia 17 mar. 10

²⁴⁰ MARCOS WACHOWICZ, *O programa de computador e sua proteção no Brasil*, cit.

²⁴¹ Conforme dispõe o art. 2º, §3º, da lei 9609/98, “a proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”.

²⁴² Conforme dispõe o art. 3º da lei 9609/98, “Os programas de computador poderão, a critério do titular, ser registrados em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia”.

²⁴³ MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., pp. 41-43.

Considerando que este artigo incorpora a teoria das criações industriais abstratas, bem como que os programas de computador possuem, em verdade, aplicação com finalidade industrial/econômica, sua base constitucional deve ser a deste inciso, e não a dos dispositivos atinentes aos direitos autorais,²⁴⁴ que não trazem qualquer compromisso expresso com a ordem econômica.²⁴⁵

Por esta razão, ainda que se submeta a um regime autoral, os programas de computador estão sujeitos às limitações constitucionais econômicas, devendo ser compatíveis com os objetivos da ordem constitucional brasileira.²⁴⁶

O equilíbrio entre o interesse público e o incentivo à criação no caso do *software* é ainda mais complicado que nos outros setores. Isso decorre das características peculiares deste mercado, caracterizado pelas significativas barreiras à entrada próprias destes produtos. Por conta dos inúmeros problemas gerados por este regime protetivo, alguns afirmam que sua adoção em nosso país (assim como em outros países) decorreu mais de uma pressão externa norteamericana do que de sua adequação para proteção deste bem intelectual.²⁴⁷

3 – Objeto da tutela do programa de computador

Conforme já ressaltamos, o *software* não se confunde com o *hardware*, parte física do computador. Ao longo dos tempos podemos notar que algumas leis buscaram a definição legal dos programas de computador como forma de delimitar o âmbito da tutela jurídica, impedindo que se enquadrem nessa

²⁴⁴ A base constitucional do direito autoral está nos incisos XXVII e XXVIII do Art. 5º: “XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; e

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;”.

²⁴⁵ DENIS BORGES BARBOSA, *A proteção do software*, cit., p. 2.

²⁴⁶ Não por outra razão que DENIS BORGES BARBOSA afirma que “No tocante à propriedade resultante da proteção aos programas de computador, das patentes e dos demais direitos intelectuais de funções essencialmente econômicas, a Carta aceita sem dúvida a restrição à concorrência, mas evitando que os poderes dela resultantes tenham o caráter absoluto – o monopólio só existe em atenção ao seu interesse social e para propiciar o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Pode-se concluir que, ao menos no nível legislativo, a intervenção do Estado é, no caso, não só facultada mais possivelmente obrigatória” (*A proteção do software*, cit., p. 3).

²⁴⁷ DENIS BORGES BARBOSA, *A proteção do software*, cit., p. 4-5.

categoria outros bens que não possam ser assim classificados. Tanto a lei n.º 7647/87 quanto a lei n.º 9609/98 trazem definição análoga: para elas, programa de computador é:

a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.²⁴⁸

Em verdade, os programas de computador nada mais são do que uma série de procedimentos de cálculo, usados em uma sequência determinada, de modo a racionalizar a execução de atividades mais complexas.

Desde já devemos ter em mente que a expressão e o conteúdo da obra não se confundem. Conforme ressalta EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, em qualquer processo signico encontramos um elemento de expressão (significante) que veicula um elemento de conteúdo (significado). Ambos possuem uma forma e uma substância.²⁴⁹ A forma da expressão é o modo pelo qual se expressa o signo (formado pelas regras paradigmáticas e sinalagmáticas), enquanto a substância da expressão é a matéria que suporta esta forma. A forma do conteúdo, por sua vez, é o modo pelo qual se constrói o sentido, enquanto a substância do conteúdo é o sentido da frase.²⁵⁰ Assim, o *software* em si considerado, corresponde à **forma de expressão**, o meio magnético em que este se suporta, à **substância da expressão**, os comandos e suas relações paradigmáticas e sintagmáticas à **forma do conteúdo**, e o resultado produzido pela linguagem de programação à **substância do conteúdo**.

A legislação autoral protege o programa enquanto forma de expressão de um conjunto de instruções, e não o programa enquanto conjunto de instruções em si mesmas, ou seja, enquanto soluções técnicas.²⁵¹ A essência do programa é abstrata,

²⁴⁸ Art. 1º da lei n.º 9609/98.

²⁴⁹ “A forma é o conjunto dos aspectos dos fenômenos linguísticos que podem ser descritos sem se recorrer a premissas de fora da linguagem – sistema. A substância é o conjunto de aspectos dos fenômenos linguísticos que não podem ser descritos sem se recorrer a premissas fora da linguagem” (EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, *A natureza jurídica do software à luz da lingüística*, cit., p. 56.)

²⁵⁰ EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, *A natureza jurídica do software à luz da lingüística*, cit., p. 57.

²⁵¹ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 139-140.

ou seja, é uma ideia. Como já afirmamos, um mesmo programa pode se expressar sob diversas formas, isto é, sob inúmeras expressões diferentes que podem estar transcritas sob as mais diversas formas de linguagem de programação.²⁵²

Por essa razão, diferentes programas podem representar a mesma ideia, sendo que é a sua representação enquanto conjunto de instruções que deverá ser protegida.²⁵³ Assim, o direito autoral protege o autor da duplicação de seu programa e de *subroutines* e *batches* do código, mas não previne que outra pessoa possa escrever um programa com as mesmas funcionalidades por meio de um código diferente.²⁵⁴

A expressão do programa de computador se dá sob a forma de seu código-fonte, redigido por meio da linguagem de programação escolhida. Este código-fonte será compilado sob a forma de código-objeto, quando poderá ser executado pelo computador. É essa expressão o objeto da proteção autoral supra mencionada, e não a sua concepção abstrata. Por essa razão o direito autoral “visa proteger a linguagem de programação enquanto conjunto esquemático de algoritmos desenvolvidos para resolver um problema predeterminado em um sistema informático de tratamento de dados”. Protege-se, portanto, a linguagem e não o algoritmo em si.²⁵⁵

Esta expressão deve ser livre, ou seja, caso esta seja a única forma de expressar alguma coisa, esta seria insuscetível de proteção. Assim, não sendo o *software* nem pura expressão e nem pura ideia, se a expressão for resultado necessário da ideia, então não poderá haver proteção, uma vez que a proteção não poderá impedir o acesso à ideia.²⁵⁶

Por fim, tendo em vista o *software* poder ser escrito sob diferentes linguagens de programação, o direito autoral tutelar também a conversão entre essas diferentes linguagens. Ou seja, a conversão de um programa, por exemplo, escrito

²⁵² Conforme aponta MARCOS WACHOWICZ, “O *software* passou, então, a ser protegido, mas sua idéia básica não, que poderia inspirar outros programadores e analistas de sistemas a desenvolverem *softwares* similares.” (*Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., p. 73).

²⁵³ “O valor econômico do programa deriva assim não da sua novidade enquanto idéia, mas da *realização* desta idéia enquanto conjunto de instruções a uma máquina. Diferentes programas podem representar a mesma idéia, ou mais freqüentemente, incorporam dezenas ou centenas de soluções técnicas, novas ou ressabidas, mas de um modo específico” (DENIS BORGES BARBOSA, *A proteção do software*, cit., p. 10).

²⁵⁴ LINDA R. COHEN; ROGER G. NOLL, *Intellectual property, antitrust and the new economy*, cit., p. 468.

²⁵⁵ MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., p. 73.

²⁵⁶ DENIS BORGES BARBOSA, *A proteção do software*, cit., p. 12.

em linguagem “C++” para linguagem “Pascal” dependerá de autorização do titular da obra, por se assemelhar a um processo de tradução do livro.²⁵⁷

4 - Problemas da proteção autoral do *software*

Já apontamos que a escolha de proteção do *software* por meio do direito autoral ocorreu em razão de suas características de texto redigido em linguagem de programação. Porém, decisivo para a adoção deste modelo de expressão foram as pressões externas sofridas pelos diferentes países. Considerando-se o sempre complicado balanço entre o interesse público e o incentivo à criação e ao investimento, a adoção deste regime neste setor cria problemas peculiares a este microsistema.

Devemos sempre lembrar que o *software*, ao contrário dos livros, não tem como propósito a comunicação, possuindo, ao contrário, mero caráter funcional. Disso decorre que “a fonte primária de valor do programa não é o texto - mas o comportamento do programa”. Tanto assim que no caso do *software* o comportamento do programa é independentes de seu texto, podendo haver códigos distintos que produzam resultados semelhantes.²⁵⁸

Ao contrário dos livros, que pressupõem a revelação da obra integralmente quando o autor realiza a sua publicação, o autor do *software* não revela seu código-fonte quando lança o produto no mercado. Disso decorre uma enorme desproporção entre o interesse público e o interesse privado. No caso da proteção patentária, por exemplo, podemos notar uma consagrada fórmula de equilíbrio entre os interesses envolvidos, posto que o criador é obrigado a revelar integralmente o conhecimento de seu invento para que seja concedido o direito de exclusivo. No caso da proteção autoral do *software*, por sua vez, não existe a obrigatoriedade da disponibilização deste conhecimento novo, ou seja, o agente não precisa revelar detalhes de seu programa e muito menos de seu código-fonte para que receba a proteção sob este regime.²⁵⁹

Aqui faz-se necessária uma análise aprofundada das implicações decorrentes desta proteção relativa ao acesso ao código-fonte.

5 - O acesso ao código-fonte

Já apontamos que o início da produção de bens informáticos foi marcado pela produção de super computadores para usos extremamente restritos. Naquele momento havia, ainda, certa confusão entre o *software* e o *hardware*, uma vez que

²⁵⁷ MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., p. 73.

²⁵⁸ DENIS BORGES BARBOSA, *A proteção do software*, cit., p. 22.

²⁵⁹ DENIS BORGES BARBOSA, *A proteção do software*, cit., p. 7.

ambos eram desenvolvidos pelo mesmo fabricante. O enfoque, à época, porém, se voltava à produção do *hardware*, considerada muito mais lucrativa. Por tal razão deixou-se de lado o investimento no desenvolvimento do *software*, sendo seu aprimoramento relegado aos próprios usuários. Por tal razão grandes empresas disponibilizavam o código-fonte de seus *softwares* para que os usuários livremente os alterassem e adaptassem às suas necessidades. Assim, a restrita comunidade de desenvolvedores da época podia compartilhar suas modificações e desenvolvimentos sobre o código-fonte original sem maiores entraves.²⁶⁰

Não havia, assim, maiores preocupações com relação ao regime protetivo do *software*, posto que este era tido como parte integrante do *hardware*. Não havia também interesse comercial das empresas no licenciamento dos programas, visto que este era comercializado juntamente com o computador.

Paulatinamente esse sistema foi sendo alterado pelas indústrias de computador. Diante da possibilidade de auferir enormes lucros com o licenciamento de *softwares*, estas passaram a impor restrições aos usuários, inibindo a liberdade destes sobre o código-fonte. Com o surgimento de programas de computador concorrentes, as empresas passaram a manter em segredo até mesmo a arquitetura de seu *hardware*, de modo a impedir o desenvolvimento de *softwares* compatíveis e, portanto, concorrentes com seus produtos.²⁶¹ Como já

²⁶⁰ PAMELA SAMUELSON afirma que “IBM, for example, initially published interface specifications and provided customers with source code to make its computer systems more attractive to those customers” (*The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, UC Berkeley Public Law Research Paper n.º 1.323.818, 2008, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1323818>, acesso no dia 2 de outubro de 2010, p. 4). No mesmo sentido, ANDRÉ NUNES BATISTA: “À época não existia uma diferenciação muito clara entre *hardware* e *software* (e o desenvolvimento do *hardware* era tido como mais importante e lucrativo), de modo que as empresas do ramo dedicavam-se quase que exclusivamente ao aprimoramento das máquinas deixando os *softwares* para serem aperfeiçoados pelos próprios usuários. Assim, empresas como a gigante estadunidense IBM (a “Big Blue”) disponibilizavam o código-fonte dos seus *softwares* livremente aos usuários que normalmente realizavam alterações que adequassem o *software* às suas preferências locais. Nesse período, a comunidade restrita de usuários e desenvolvedores de *software* compartilhava abertamente suas modificações, avanços e desenvolvimentos em cima do código-fonte original, disponibilizado juntamente com o *hardware*. Assim, formaram-se grupos ou comunidades de usuários que compartilhavam informações e códigos ligados ao tipo de *hardware* utilizado” (*Copyright e copyleft: O software e o conhecimento*, cit., p. 42).

²⁶¹ “A começar nos anos setenta do século XX, entretanto, gradualmente este esquema foi se alterando. As indústrias de computadores passaram a impor restrições aos usuários de *software* através de licenças de uso que inibiam a liberdade que outrora estes usufruíam. Essa mudança ocorreu principalmente por que tais empresas passaram a vislumbrar a possibilidade de melhores lucros através do licenciamento de *softwares*, bem como por existir um interesse em manter em segredo a arquitetura de seus hardwares, como forma de evitar-se o risco de que terceiros desenvolvessem *softwares* compatíveis com suas

afirmamos, neste período as mesmas empresas eram responsáveis pelo desenvolvimento tanto do *hardware* como do *software*.

A mudança ocorre no início dos anos de 1970, com a queda do custo de produção dos computadores e o aumento explosivo de seu consumo. Nesse período a *IBM* decide separar a venda do *software* e do *hardware*, decisão seguida pelos outros fabricantes. Com o advento do computador pessoal, surgem inúmeras empresas interessadas no desenvolvimento de *software*.²⁶² Diante desse cenário as empresas naturalmente buscaram aumentar seu poder sobre seus produtos não mais distribuindo livremente o código-fonte dos *softwares*, impedindo a disseminação gratuita, a cópia pelos concorrentes e a incorporação de partes de seus *softwares* em produtos da concorrência.²⁶³⁻²⁶⁴

Nesse contexto, a primeira resposta foi jurídica: o direito autoral (na maior parte dos países) passou a tutelar os programas de computador, impedindo sua reprodução pelos consumidores e pelos concorrentes. Porém, tal proteção não poderia impedir que programadores facilmente realizassem a *descompilação* do *software*, de modo a ter acesso ao seu código-fonte. Este acesso permitiria, portanto, que agentes econômicos pudessem estudar e reescrever trechos deste, criando cópias não literais do programa, com as mesmas funcionalidades, mas com códigos diversos. As empresas então encontraram uma segunda resposta: a criptografia²⁶⁵ do código-fonte, de modo a impedir seu acesso por terceiros.

máquinas e se tornassem concorrentes dentro de sua própria arquitetura.” (ANDRÉ NUNES BATISTA, *Copyright e copyleft: O software e o conhecimento*, cit., p. 43).

²⁶² “The industry is young. It generally is regarded as originating in the mid-1960s. The concept of the software product—a product designed by firm A and sold to firm B for use on firm B’s computer—first originated because of the increasing complexity of software and a shortage of the labor needed for each hardware firm to make its own software. The most crucial event was IBM’s decision in late 1968 to “unbundle” its software from its hardware. Sales of software products grew rapidly throughout the 1970s. By the 1980s, the United States had a large and well-developed corporate software products industry with more than 1,800 firms.” (RONALD J. MANN, *Do Patents Facilitate Financing in the Software Industry?*, In *Texas law review*, Vol. 83, n.º 4, 2005, p. 968).

²⁶³ ANDRÉ NUNES BATISTA, *Copyright e copyleft: O software e o conhecimento*, cit., p. 47.

²⁶⁴ Devemos mais uma vez ressaltar a distinção entre os *softwares* comercializados em modelo de código proprietário e os *softwares open source*, ou *free software*. O primeiros não comercializam seus programas com o código-fonte disponível enquanto os segundos disponibilizam livremente seu código-fonte para que sejam conhecidos e alterados pelos usuários. Para maiores informações sobre *open source* e *free software*, conhecer o trabalho de RICHARD STALLMAN e da fundação criada por ele Free Software Foundation em <http://www.fsf.org>.

²⁶⁵ A criptografia consiste numa técnica de transformação da informação da sua forma original para outra não legível, por meio de métodos de codificação que possam apenas ser quebrados pelo detentor da senha usada, impedindo, assim, que terceiros tenham acesso ao código-fonte.

Outra tentativa utilizada pelas empresas foi a de proteger o código-fonte por meio do sistema de patentes. Como veremos, a partir da década de 1990 ganhou força a doutrina do patenteamento de *software*, através das mais inconcebíveis teorias. O problema desse regime protetivo reside, primeiro, na não obrigatoriedade do titular revelar integralmente o código-fonte de seu programa²⁶⁶. Segundo, na possibilidade de patenteamento de trechos de código-fonte não patenteáveis. Ao inserirem um único passo inventivo dentro do código inteiro do programa, seu titular obtém a proteção sobre todo código. Por fim, nas enormes dificuldades em se delimitar quais trechos de seu programa são protegidos por patentes pertencentes a outros titulares.²⁶⁷⁻²⁶⁸

Além destes problemas podemos apontar, ainda, os entraves do sistema de patentes para que se realize a engenharia reversa do *software*. Como este processo constitui um uso do *software*, tal poderia violar um direito de patente que incidisse sobre este bem. A violação pode igualmente ocorrer no processo de *descompilação*, basta lembrarmos que este processo envolve, necessariamente, a criação de uma cópia do *software* patenteado. Foi, inclusive, sob o fundamento de violação de *copyright* que a *Sony* processou a empresa *Connectix* por realizar a engenharia reversa de seu videogame *Playstation*, com o fim de criar um emulador²⁶⁹ que rodasse os jogos desse produto em computadores *Macintosh*.²⁷⁰

A engenharia reversa exerce papel fundamental para que competidores possam desenvolver produtos compatíveis com os bens existentes no mercado, de modo a mitigar os efeitos de rede e outras barreiras à entrada.²⁷¹ Exploraremos tal

²⁶⁶ “The Federal Circuit does not require would-be patentees of software inventions to disclose the implementing source code, or indeed very much at all about their inventions. Accordingly, software patents present unique obstacles to consummation of the patent law's traditional rights-for-disclosure bargain with the public.” (JULIE E. COHEN; MARK A. LEMLEY, *Patent scope and innovation in the software industry*, cit., p. 18).

²⁶⁷ RICHARD M. STALLMAN, *Free software, free society: Selected essays of Richard M. Stallman*, cit., 2002, p. 98.

²⁶⁸ Conforme JULIE E. COHEN; MARK A. LEMLEY :“in most cases it will be impossible even to tell ex ante which portions of a program are patented”. Afirmando os autores também que, por serem a maior parte das invenções internas ao programa, sua presença em outros *softwares* apenas podem ser detectadas com o uso deste. A engenharia reversa do *software* permitiria, por isso, um melhor controle de infração de patentes. (*Patent scope and innovation in the software industry*, cit., pp. 25-28).

²⁶⁹ Emuladores (emulators) “duplicates (provides an emulation of) the functions of one system using a different system, so that the second system behaves like (and appears to be) the first system” (<http://en.wikipedia.org/wiki/Emulator>, acesso no dia 19 de março de 2012).

²⁷⁰ JULIE E. COHEN; MARK A. LEMLEY, *Patent scope and innovation in the software industry*, cit., pp. 19 e ss.

²⁷¹ “Conversely, the existence of compatibility between products or standards can in

ponto no CAPÍTULO V. Além disso, no caso das economias em desenvolvimento, a padronização e a cópia de *softwares* consagrados no mercado pode ser um instrumento que permita a estas empresas atingirem seus objetivos econômico-sociais, sendo a engenharia reversa um meio eficaz para este fim.²⁷²

Cabe apontar que a engenharia reversa envolve um enorme dispêndio de custos e de tempo, o que em muitos casos torna a tarefa impossível de ser realizada. No caso, por exemplo, de um programa como o *Microsoft Windows*, que possui um código-fonte com milhões de linhas escritas, o processo de engenharia reversa seria completamente inviável mesmo para grandes empresas do setor, quem dirá para pequenos desenvolvedores. Este foi um dos pontos abordados no caso julgado pela Comissão Europeia, abaixo analisado.

Receosos do acesso às informações do código fonte, as empresas passaram a desenvolver as mais diversas formas de proteção tecnológica.²⁷³ O uso das técnicas de criptografia de *software* permitiu a elas distribuírem livremente seus programas, sem que o consumidor final pudesse ter, de qualquer modo, acesso ao código-fonte de seus produtos. “A criptografia tornou isso possível codificando as informações contidas no *software* de forma que elas sejam inteligíveis e úteis apenas àqueles que tiverem em sua posse a chave ou senha”.²⁷⁴ Essas restrições tecnológicas receberam o nome de *Digital Rights Management (DRM)*.²⁷⁵ A

certain circumstances lower entry barriers created by network effects. The existing reverse engineering right afforded by the copyright and trade secret laws is particularly important in such markets because it facilitates competition within a network standard in cases in which competition between standards is either impossible or undesirable.” (JULIE E. COHEN; MARK A. LEMLEY, *Patent scope and innovation in the software industry*, cit., p. 22).

²⁷² “A importância das economias em desenvolvimento para o mercado específico de *software* como produtoras ou consumidoras parece ser pequena. Assim, o estímulo à padronização e ao desenvolvimento imitativo nos países em desenvolvimento pode ser compatível com aqueles objetivos gerais, desde que, de um lado, auxilie decididamente na progressiva incorporação das economias em questão numa sociedade globalmente equalitária, e, de outro, não afete, de forma decisiva, a capacidade inovadora das economias centrais.” (DENIS BORGES BARBOSA, *A proteção do software*, cit., p. 25).

²⁷³ No mesmo sentido GIOVANNI SARTOR e GUIDO SCORZA: “Il passaggio inverso (la ricostruzione del sorgente a partire dall’ eseguibile), la c.d. decompilazione, `e operazione estremamente difficile, possibile solo in misura limitata con riferimento a software complessi. Inoltre la decompilazione `e resa ancora pi`u difficile dall’adozione di svariate tecniche di protezione (come quelle crittografiche)” (*L’accesso al codice sorgente: Alcune considerazioni su libert’a, conoscenza e concorrenza in margine al caso Microsoft*, European University Institute working paper n.º 2006/25, 2006, p. 2).

²⁷⁴ ANDRÉ NUNES BATISTA, *Copyright e copyleft: O software e o conhecimento*, cit., p. 55.

²⁷⁵ “As digital files can be copied without degradation of the file content, there is a heightened danger that once digital content is licensed, it is unlawfully reproduced and distributed in spite of potential contractual licensing limitations foreseen by the owner of

princípio tal não obstaria ao desenvolvimento de *softwares* com funcionalidades semelhantes por meio de técnicas de engenharia reversa, porém, com a promulgação de diplomas legais como o *WIPO Copyright Treaty* e o *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*²⁷⁶ trouxeram a consolidação, no âmbito legal, das imposições tecnológicas do *DRM*, impedindo, agora, sob uma perspectiva jurídica o acesso ao conteúdo do *software* pelos programadores. Soma-se a isto a dificuldade acima relatada de se reverter a engenharia de um *software* como o *Windows*, o que acaba por impedir completamente que qualquer programador não pertencente aos quadros da *Microsoft* tenha acesso ao código-fonte deste programa.

Essa situação é ainda mais preocupante pelo fato destes mecanismos tecnológicos não permitirem o acesso ao código-fonte mesmo após o decurso do prazo dos direitos intelectuais, como a expiração da patente ou a extinção dos direitos autorais, visto que estão inseridos no código-fonte do próprio programa. Dessa forma, a complexidade e a extensão do código-fonte dos modernos sistemas operacionais, como o *Windows*, associados às medidas *DRM* e aos diplomas legais, criam verdadeiros bloqueios ao acesso do código-fonte e ao desenvolvimento de *softwares* concorrentes, com funções similares.

Conforme veremos, diante das características do mercado de *softwares* tais bloqueios, em conjugação com o regime jurídico do *software*, impedem a

the content. To meet these concerns, software-based solutions have been developed that protect content and aim at hardwiring contractual licensing conditions into the digital media file, thereby technically preventing unlawful usage. Using such software, it is possible to protect the content at the step of encoding or at least before making the content available to end users.” (THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 22). O problema das proteções exercidas por meio de “travas” tecnológicas se encontra na desconsideração de possíveis usos lícitos deste conteúdo. Conforme aponta LAWRENCE LESSIG: “The controls over access to content will not be controls that are ratified by courts; the controls over access to content will be controls that are coded by programmers. And whereas the controls that are built into the law are always to be checked by a judge, the controls that are built into the technology have no similar built-in check.” (*Free culture – The nature and future of creativity*, cit., p. 152)

²⁷⁶ “An even worse law, the Digital Millennium Copyright Act (DMCA), was designed to bring back copy protection (which computer users detest) by making it a crime to break copy protection, or even publish information about how to break it. This law ought to be called the “Domination by Media Corporations Act” because it effectively offers publishers the chance to write their own copyright law. It says they can impose any restrictions whatsoever on the use of a work, and these restrictions take the force of law provided the work contains some sort of encryption or license manager to enforce them.” (RICHARD M. STALLMAN, *Free software, free society: Selected essays of Richard M. Stallman*, cit., 2002, p. 84).

interoperabilidade de programas concorrentes, criando efeitos anticoncorrenciais intransponíveis no mercado de sistemas operacionais.

6 - Proteção do *software* por meio de outros regimes protetivos

A proteção do *software* não está restrita a tutela por meio do direito autoral, podendo ser aplicável, em menor grau, a tutela por outros regimes protetivos. Assim, determinados aspectos do *software* podem ser protegidos por meio de institutos do direito industrial (patentes, segredo industrial e concorrência desleal) e por institutos do direito obrigacional. Este amplo espectro de proteção levou alguns a afirmarem que:

no other intellectual product has traversed as many forms of IP protection as software interfaces and none has transformed the law so much as it passed through these forms.²⁷⁷

6.1 - A proteção patentária

Por não atenderem aos requisitos da patenteabilidade, como a atividade inventiva, a novidade absoluta e a utilidade industrial, os programas de computador, via de regra, não poderiam ser patenteados. No entanto, conforme veremos, alguns ordenamentos possibilitam o patenteamento de determinadas inovações técnicas relacionadas aos programas de computador.

Inicialmente devemos distinguir entre as inovações técnicas relativas aos programas de computador em si (ou seja, as patentes de programas *per se*) e as inovações relacionadas com programas de computador. Uma das principais questões consiste em saber se o programa se qualifica como um melhoramento novo e não óbvio em relação à técnica de escrever códigos de programas, visto esta constituir uma técnica bem estabelecida.²⁷⁸

Além disso, se considerarmos que os *softwares* são produtos de processos matemáticos e, portanto, sem quaisquer elementos mecânicos ou técnicos, então não seriam eles patenteáveis. A dúvida reside, então, em definir, frente ao caso concreto, se o *software* seria manifestação de uma ideia (portanto não sujeita ao patenteamento) ou uma aplicação técnica patenteável.

6.1.1 - A proteção patentária nos EUA

²⁷⁷ PAMELA SAMUELSON, *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., p. 1.

²⁷⁸ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 67-68.

Nos EUA a noção de patenteabilidade do *software* desenvolveu-se largamente em razão da natureza do regime do *copyright*, mais centrado na proteção do objeto, o que de certo modo o aproxima do Direito Industrial.²⁷⁹

Na fase inicial da introdução do *software* o U.S. Patent Office, adotando a teoria da “*mental steps doctrine*”²⁸⁰, entendia que os programas de computador não seriam patenteáveis. Este entendimento, que perdurou por toda a década de 1970, estava pautado na máxima de que processos que descrevem leis naturais não se enquadrariam na categoria das *useful arts* o que, por sua vez, levou as Cortes a sustentarem que o *software* seria mera concatenação de algoritmos não patenteáveis.²⁸¹

No entanto, com o passar dos anos tal entendimento foi se alterando, tendo a Suprema Corte reconhecido a possibilidade de patenteamento de programas de computador no caso *Diamond v. Diehr*,²⁸² caso que ficou conhecido por criar a chamada “*doctrine of the magic words*”, segundo a qual o *software* apenas seria patenteável se fossem recitadas as “palavras mágicas”, enquanto o requerente

²⁷⁹ MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., p. 107.

²⁸⁰ Conforme MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, a “*mental steps doctrine*” entendia que as invenções que requerem um processo mental para sua utilização, não são consideradas patenteáveis (*A proteção autoral de programas de computador*, cit., p. 69). Ainda, PAMELA SAMUELSON: “Mental processes are likewise processes that would literally seem to be patentable subject matter; yet, the U.S. Patent & Trademark Office (PTO) and the courts have long regarded mental processes as unpatentable.” (*The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., p. 5).

²⁸¹ “The courts held that “processes” describing existing natural laws (whether as basic as $2 + 2 = 4$ or as complex as $E = mc^2$) or reciting steps performable by the human mind do not fall within the category of “useful arts.” Mathematical algorithms (not just formulae) were declared non-patentable subject matter in an early Supreme Court case, *Gottschalk v. Benson*. Throughout the 1970s, courts generally rejected software patent applications on the grounds that software was really just a concatenation of unpatentable algorithms.” (JULIE E. COHEN; MARK A. LEMLEY, *Patent scope and innovation in the software industry*, In *California law review*, Vol. 89, n.º 1, Jan., 2001, p. 8). No mesmo sentido, PAMELA SAMUELSON: “When faced with a patent claim for an algorithm for transforming binary coded decimals to pure binary form, the Supreme Court in *Gottschalk v. Benson* ruled that this mathematical process was ineligible for patent protection, suggesting that processes should be eligible for patent protection only if they transform matter from one physical state to another.” (*The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., p. 5)

²⁸² 450 U.S. 175 (1981). “In *Diehr*, the Supreme Court rejected the “point of novelty” test and ruled that *Diehr*’s process claimed patentable subject matter.” (PAMELA SAMUELSON, *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., p. 11).

figuisse estar patenteando algo totalmente diverso. Essa doutrina foi largamente aplicada durante o período entre 1980 e 1990.²⁸³

Em 1981 o escritório de patentes norte-americano editou o “Manual of patent examining procedure”, que já refletia uma política mais favorável ao patenteamento do *software*.²⁸⁴

Nesse período as decisões da Suprema Corte refletiam três grandes tendências: (i) tradicional, mais restritiva; (ii) intermediária, que entendia que para a concessão bastaria que a reivindicação fosse relacionada a uma máquina (visão técnica); e (iii) radical, baseada na ideia de que a única limitação legal ao patenteamento seria a necessidade de aplicação técnica da invenção.²⁸⁵

Em 1994 houve nova modificação de paradigma. A decisão no caso *Alappat*²⁸⁶ definiu como único requisito para o patenteamento a aplicação do programa de computador a uma máquina.²⁸⁷

A edição das “Examination guidelines for computer-related inventions” em 1996 trouxe novas mudanças, ao ampliar a proteção patentária dos programas *per se*. Esse regulamento refletiu a disputa que se travou entre os que entendiam pela necessidade de amplas possibilidades de patenteamento (posição defendida por grandes fabricantes de computador como a *IBM*, *Apple*, *Intel* e *AT&T*) e aqueles que entendiam que o patenteamento poderia inibir o desenvolvimento de novos produtos (posição sustentada por grandes produtores de *software* como *Adobe*, *Autodesk* e *Oracle*).²⁸⁸ A visão que se consolidou nos anos seguintes foi a da

²⁸³ “The *Diehr* decision and its appellate progeny created what might be termed ‘the doctrine of the magic words.’ Under this approach, software was patentable subject matter, but only if the applicant recited the magic words and pretended that she was patenting something else entirely. During the 1980s and early 1990s, knowledgeable patent attorneys did exactly that, claiming software inventions as hardware devices, pizza ovens, and other ‘machines’” (JULIE E. COHEN; MARK A. LEMLEY, *Patent scope and innovation in the software industry*, cit., p. 9).

²⁸⁴ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 69 e ss.

²⁸⁵ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 69 e ss.

²⁸⁶ 33 F.3d 1526 (*Federal Circuit* 1994).

²⁸⁷ JULIE E. COHEN; MARK A. LEMLEY, *Patent scope and innovation in the software industry*, cit., p. 10.

²⁸⁸ Conforme apontam EROS ROBERTO GRAU, et. al., (*Contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de São Paulo CCSL/USP em conjunto com Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - CTS-FGV acerca do documento: “Procedimentos para o exame de pedidos de patentes envolvendo invenções implementadas por programa de computador” submetido a Consulta Pública pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio*

ampliação das possibilidades de patenteamento. Tanto assim que a restrição ao patenteamento de algoritmos passou a ser limitada apenas aos algoritmos em abstrato, sendo lícito o patenteamento de algoritmos que fossem aplicados de uma forma útil (“*useful way*”).²⁸⁹

A consolidação do patenteamento de *softwares* “puros” ocorreu em 1998, com a decisão proferida no caso *State Street Bank & Trust v. Signature Financial Group*²⁹⁰ quando, no que toca a possibilidade de patenteamento de *software*, foi decidido que a estrutura física que dá suporte à invenção seria desnecessária, bastando que o processo ou a ideia fossem úteis.²⁹¹

No entanto, ao contrário do que possa parecer, a concessão de patentes de *software* não ocorreu largamente apenas após a década de 1990. Pelo contrário, conforme afirmam JULIE E. COHEN e MARK A. LEMLEY:

numerous patents issued in the 1980s and early 1990s cover pure data structures, methods for performing calculations in a data processor, data compression algorithms, and software-based encryption algorithms, despite the then-questionable statutory nature of such claims.²⁹²

Há, inclusive, indicativos no sentido de terem sido concedidas inúmeras patentes deste tipo para aplicações que sequer atendiam aos requisitos da novidade e da não obviedade.²⁹³

Nos últimos anos a concessão de patentes nos EUA tem se caracterizado pela diminuição dos critérios de análise e pela ampliação do escopo da proteção. Em muitos casos foram concedidas proteções para tecnologias triviais como: *hiperlinks*,

Exterior- INPI/MDIC, disponível em: <http://softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/inpi-contribuicao-ccsl-usp-cts-fgv>, acesso no dia 28, jul., 2012, pp. 16-17) a maior parte das empresas de *software*, especialmente as startups (empresas novas), escolhem não patentear suas invenções. As patentes de *software* acabam concentradas em pedidos feitos por grandes empresas (81%, conforme dados de 2006).

²⁸⁹ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., p. 72.

²⁹⁰ 149 F.3d 1368 (*Federal Circuit* 1998).

²⁹¹ JULIE E. COHEN; MARK A. LEMLEY, *Patent scope and innovation in the software industry*, cit., pp. 10-11.

²⁹² JULIE E. COHEN; MARK A. LEMLEY, *Patent scope and innovation in the software industry*, cit., pp. 11-13.

²⁹³ JULIE E. COHEN; MARK A. LEMLEY, *Patent scope and innovation in the software industry*, cit., pp. 11-13.

streamings de vídeo, janelas *pop-up*, dentre outras. Por essa razão, o número de processos relacionados ao patenteamento de software tem se multiplicado neste país.²⁹⁴

Inúmeras críticas têm sido feitas ao sistema de patentes dos EUA, tendo sido realizada em 2011 uma reforma que poucos efeitos trouxe para a solução dos inúmeros problemas apontados. Desse modo é provável que tenhamos modificações na legislação e na jurisprudência do país.²⁹⁵

6.1.2 – A proteção patentária na Europa

No início do desenvolvimento do *software* os países europeus adotavam a posição de que os programas *per se* não seriam patenteáveis. Tanto assim que a Convenção da Patente Européia (CPE) trazia a proibição expressa em seu artigo 52.²⁹⁶ No entanto, a Convenção determinava que a proibição se limitava aos programas de computador "considerados como tal". Por esta razão, ao final da década de 1980 desenvolveu-se interpretação no sentido de estes seriam patenteáveis quando apresentassem uma solução técnica a um problema. Foi durante o julgamento do caso *Vicom* que a Câmara Técnica do Escritório de Patentes Europeu concluiu que um processo:

mesmo que reportando a elementos não patenteáveis (algoritmos) poderiam gerar efeitos que, por sua vez, se traduziriam em uma contribuição ao estado da técnica e, deste modo, desde que satisfeitos todos os requisitos legais (novidade, atividade inventiva e aplicabilidade industrial seriam patenteáveis.²⁹⁷

²⁹⁴ EROS ROBERTO GRAU, et. al., *Contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de Sao Paulo CCSL/USP...*, pp. 18-19). Apontam os autores também o crescimento das chamadas *patent trolls*, expressão que se refere às empresas que compram patentes com a finalidade de ameaçar outras empresas com processos judiciais.

²⁹⁵ EROS ROBERTO GRAU, et. al., *Contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de Sao Paulo CCSL/USP...*, p. 19.

²⁹⁶ “(2) The following in particular shall not be regarded as inventions within the meaning of paragraph 1:

- (a) discoveries, scientific theories and mathematical methods;
- (b) aesthetic creations;
- (c) schemes, rules and methods for performing mental acts, playing games or doing business, and **programs for computers**,” (European Patent Convention - EPC 1973).

²⁹⁷ EROS ROBERTO GRAU, et. al., *Contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de Sao Paulo CCSL/USP...*, p. 20-21.

No final da década de 1990, com o julgamento do caso IBM Program Product (T 1173/97), tornou-se inequívoca a proteção dos programas de computador como invenções, quando comprovado “um resultado técnico novo, cujo efeito deveria ser encontrado necessariamente além da mera interação física entre programa e computador”.²⁹⁸ A partir de 1997 cresce a tendência da concessão de patentes a programas de computador. Porém, cabe ressaltarmos que na Europa a possibilidade de patenteamento ainda se encontra em estágio menos avançado que nos EUA.²⁹⁹ Nos últimos tempos passa a se questionar novamente a patenteabilidade dos programas de computador, sendo a tendência a de se restringir tal proteção.

6.1.3 – A proteção patentária no Brasil

O ordenamento jurídico brasileiro distingue entre as “invenções de *software*” e os programas de computador *per se*. A Lei de Propriedade Industrial³⁰⁰, por sua vez, veda em seu art. 10 o patenteamento de programas de computador *per se*. Porém, conforme ressalta MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, ainda que não houvesse vedação expressa da lei os programas de computador não seriam patenteáveis por lhes faltar os requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.³⁰¹

Neste sentido e por conta das características do regime jurídico brasileiro, a patentabilidade do *software* não apresenta grande aplicação em nosso país.³⁰² A possibilidade de patenteamento se resume às aplicações do programa em atividades industriais, podendo ser protegidos conceitos e ideias que subjazem ao algoritmo.³⁰³

²⁹⁸ EROS ROBERTO GRAU, et. al., *Contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de Sao Paulo CCSL/USP...*, p. 21.

²⁹⁹ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 73-74.

³⁰⁰ Art. 10 da lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1.996:

“Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

[...]

V - programas de computador em si;”

³⁰¹ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 74-76.

³⁰² “Por fim, cabe evidenciar que, considerando os requisitos e exigências legais, a tendência de proteção patentária encontra, em face da atual legislação industrial, dificuldades práticas de implantação no país, salvo na ocorrência de mudança legislativa, de ordem interna, ou iniciativa de organismos multilaterais do comércio como a OMC ou aOMPI” (MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., p. 108).

6.1.4 – Problemas gerados pela proteção patentária do *software*

O patenteamento do *software* suscita inúmeros problemas. Por sua natureza (como vimos o *software* se assemelha a um conjunto de fórmulas e operações matemáticas), programas de computador com funcionalidades semelhantes podem ser escritos de diversas formas. Por essa razão, à primeira vista, pode ser difícil até mesmo para um técnico da área compreender o objeto da patente, bem como verificar se esta se confunde com outra patente já concedida.³⁰⁴ Alguns estimam, inclusive, que noventa por cento das patentes de *software* concedidas nos Estados Unidos não poderiam ter passado pelo teste da não obviedade e da novidade, pois as “inovações” descritas já seriam largamente conhecidas entre os programadores.³⁰⁵ Por essa razão os requisitos para a concessão de patentes foram amoldados, para que fosse possível o enquadramento destes bens sob esta forma de proteção.³⁰⁶

³⁰³ DENIS BORGES BARBOSA, *A proteção do software*, cit., p. 22.

³⁰⁴ Em comparação com patentes químicas, por exemplo, a dificuldade em verificar similaridades nas patentes de *software* é enorme: “If they were patents on some chemical process, it would be much easier. You could see what substances were being used, what the inputs were, what the outputs were, which physical actions were being taken. No matter how they were described, you’d see what they were and then you would see they were similar. If something is purely mathematical, there are many ways of describing it, which are a lot more different. They are not superficially similar. You have to really understand them to see that they are really talking about the same thing” (RICHARD M. STALLMAN, *Free software, free society: Selected essays of Richard M. Stallman*, cit., 2002, p. 102). Soma-se a isso a infinidade de patentes concedidas nos EUA, o que leva à inevitável violação de direitos alheios: “With so many patents at issue, infringing another firm’s patent can be inevitable”, (DEBORAH PLATT MAJORAS, *A government perspective on IP and antitrust law*, disponível em <http://www.ftc.gov/speeches/majoras/060621aai-ip.pdf>, acesso no dia 31 ago. 2010, p. 1.).

³⁰⁵ RICHARD M. STALLMAN, *Free software, free society: Selected essays of Richard M. Stallman*, cit., 2002, p. 105. LINDA R. COHEN e ROGER G. NOLL apontam este problema em sistemas de comércio eletrônico: “The danger in software patents is that they come very close to granting patents for rather obvious translations of standard business practices into the domain of electronic commerce... writing a computer program to undertake simple, common business practices hardly seems to pass a serious test of novelty, but even if it did, the case is dubious as best for protecting the company that writes the first such program against others who might write programs that perform the same function but use different, original code.” (*Intellectual property, antitrust and the new economy*, cit., p. 469).

³⁰⁶ “Em tal evolução, pereceram alguns princípios básicos do sistema de patentes em favor do esforço dos interesses dos investidores.” (DENIS BORGES BARBOSA, *A proteção do software*, cit., p. 23).

Outro problema que surge é o do entrave ao desenvolvimento de novos programas gerado pelo patenteamento destes bens. O desenvolvimento de um programa de computador envolve a aplicação de inovações anteriormente realizadas. Ou seja, qualquer programa moderno, por mais inovador que seja, se utiliza de codificações desenvolvidas por outros programadores. Nenhum programador pode desenvolver um programa inteiramente novo sem se utilizar de sequências anteriormente escritas.³⁰⁷ Essa característica recebe o nome de “sequencialidade”, ou seja, “a inovação se constrói cumulativamente sobre outras invenções, diferentemente da inovação estanque limitada a determinados produtos em muitas outras áreas”.³⁰⁸ Por essa razão um único programa pode conter inúmeras inovações já anteriormente patenteadas. Disso decorrem as gritantes diferenças entre o patenteamento de um fármaco e o de um programa de computador.

A proteção patentária de um novo medicamento, a princípio, impede apenas que terceiros copiem uma determinada fórmula química. A patente de *software* muitas vezes acaba protegendo não uma única inovação, mas uma série de inovações agrupadas em um único programa, muitas delas já anteriormente patenteadas. Dessa forma, ao contrário de outros mercados, a patente do *software* acaba por criar entraves ao desenvolvimento da ciência bem como uma burocracia desnecessária aos programadores, impedindo a criação de novos programas.³⁰⁹⁻³¹⁰

³⁰⁷ “Software innovation is by nature largely incremental. It is rare for programs to be rewritten entirely from scratch; instead, innovation typically proceeds via a mix of new coding, modifications to some existing modules and subroutines, and either literal or functional reuse of others.” (JULIE E. COHEN; MARK A. LEMLEY, *Patent scope and innovation in the software industry*, cit., p. 41).

³⁰⁸ EROS ROBERTO GRAU, et. al., *Contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de Sao Paulo CCSL/USP...*, p. 17.

³⁰⁹ RICHARD M. STALLMAN, *Free software, free society: Selected essays of Richard M. Stallman*, cit., 2002, pp. 107-113). Somam-se a isto os enormes custos administrativos decorrentes do depósito destas patentes. Conforme aponta STEVEN B. TOENISKOETTER, “given the high cost of patent prosecution, if patent protection was the solw form of protection for software, few individuals or small companies would be able to obtain any protection ofr their software” (*Protection of software intellectual property in Europe: An alternative sui generis approach*, In *Intellectual property law bulletin*, vol. 10, pp. 65-81).

³¹⁰ “In short, in both of the situations we have identified, applying existing patent doctrine to software patents threatens to create exclusionary rights that are extraordinarily broad even by patent standards. To a substantial degree, this would accord with the requirements of a “prospect” approach to software patents. As we have shown, however, that result is unlikely to promote progress in this industry. Because of the unique technical and economic characteristics of software, patent protection that is broader than usual is much more likely to hinder innovation than to foster it.” (JULIE E. COHEN; MARK A. LEMLEY, *Patent scope and innovation in the software industry*, cit., p. 56).

6.2 – A proteção pelo segredo industrial e comercial

Regime coexistente com o do direito autoral e do direito patentário, a proteção pelo segredo industrial e comercial possui aplicação restrita, visto que apenas se aplica aos conhecimentos, informações ou dados confidenciais que não estejam em domínio público e que não sejam evidentes para um técnico no assunto.

Importante ressaltar que o que se protege é o *know-how*, ou seja, os conhecimentos técnicos, e não o programa em si. A grande dificuldade na adoção desse regime se encontra na distribuição em grande escala dos *softwares* atuais, o que torna difícil a garantia da confidencialidade de seu conteúdo. Ainda assim inúmeros produtores de *software* se utilizam do segredo industrial.³¹¹ MARCOS WACHOWICZ lembra que a proteção pode ser invocada no caso de funcionários de uma instituição envolvida no desenvolvimento de *software*, que divulgam informações confidenciais, violando acordos de confidencialidade assinados.³¹²

6.3 – A proteção pela teoria da concorrência desleal e do parasitismo

Os institutos da concorrência desleal e do parasitismo buscam conferir uma proteção adicional aos programas de computador. A *ratio* dessa tutela é a coibição de atos de “imitação servil”, ou seja, daqueles atos de reprodução ou apropriação ilícita de elementos funcionais ou externos dos programas de computador. Há que se diferenciar, no entanto, as teorias da concorrência desleal e do parasitismo.

Concorrência desleal é instituto que visa coibir a prática de atos comerciais que buscam criar uma confusão entre os produtos concorrentes, de modo a acarretar prejuízos ou lesão a reputação dos concorrentes. Aponta DENIS BORGES BARBOSA que:

para que se configure *deslealdade* na concorrência o parâmetro não é legal, mas fático. É preciso que os atos de concorrência sejam contrários aos ‘usos honestos em matéria industrial ou comercial’ (Convenção de Paris, art. 10-bis) ou a ‘práticas comerciais honestas’ (TRIPS, art. 39).³¹³

³¹¹ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 77-78.

³¹² MARCOS WACHOWICZ, *Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação*, cit., p. 118.

³¹³ DENIS BORGES BARBOSA, *Uma introdução à propriedade intelectual*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, pp. 271-334.

Conforme ressalta MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, sua aplicação é restrita, pois sofre limitações decorrentes da natureza do instituto, que pressupõe uma relação concorrencial.³¹⁴

A teoria do parasitismo, por sua vez, reprime os atos de apropriação parasitária do trabalho ou da boa fama de terceiros. Desse modo busca evitar que agentes econômicos criem confusão quanto à origem dos produtos, de forma a acarretar prejuízos à imagem do concorrente, ou qualquer outra forma de lesão aos interesses de terceiros.

Estes institutos são aplicados, por exemplo, nos casos em que o agente econômico se aproveita de programa de computador de terceiro, realizando aperfeiçoamento neste, ou quando ele se aproveita de trabalho e investimento de programas preexistente para a realização de programa similar.³¹⁵

6.4- A proteção pelo direito contratual

Por fim, cabem breves considerações sobre a proteção dos programas através do direito contratual. Tal regime será complementar à proteção conferidas pelos outros regimes protetivos, tendo eficácia limitada, visto que apenas produzirá efeitos entre os participantes da relação sinalagmática. Porém, além das limitações contratuais, devemos lembrar das limitações de ordem pública, como a vedação de cláusulas anticoncorrenciais,³¹⁶ algumas inclusive positivadas em nosso ordenamento.³¹⁷

7 – A interoperabilidade entre os programas de computador

A interoperabilidade pode assumir diversos significados nos mais diversos contextos. A supra referida Diretiva 91/250/EEC sobre a proteção legal de programas de computador (*Software Directive*), do Conselho da União Europeia, definiu a interoperabilidade como “a capacidade de trocar informações e de reciprocamente utilizar as informações trocadas”, enquanto as interfaces seriam “as partes do programa que permitem tal interconexão e interação entre os componentes de um sistema”.³¹⁸

³¹⁴ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 74-76.

³¹⁵ MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, *A proteção autoral de programas de computador*, cit., pp. 78-81.

³¹⁶ Estudaremos este assunto com maior profundidade quando tratarmos do caso *Microsoft*, no CAPÍTULO VI.

³¹⁷ Vale lembrar das limitações presentes na Lei n.º 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, como a da proibição de cláusulas que limitem a produção, distribuição e comercialização, em violação às disposições em vigor.

Inicialmente é preciso ter em mente que a interoperabilidade é variável em relação ao grau de integração. Ou seja, podemos ter tanto *softwares* que realizam uma interoperabilidade parcial como podemos ter *softwares* que realizam uma interoperabilidade completa. A *Software Directive* traz um conceito de interoperabilidade completa.³¹⁹

De um modo geral podemos definir a interoperabilidade como a possibilidade de dois ou mais programas estabelecerem trocas mútuas de informação, de modo que ambos possam utilizar a informação trocada. Estas trocas, por sua vez, são realizadas por meio das interfaces, que podem ser definidas como as partes do programa (trechos de código-fonte) responsáveis pela operação de troca de informações entre elementos do *software* e do *hardware*. A interoperabilidade não requer uma similaridade completa entre os dois sistemas, mas apenas que estes possam trocar e utilizar a informação trocada. Nestes termos a interoperabilidade nada mais é do que um requisito essencial para o uso normal de um computador.³²⁰

A interoperabilidade pode ocorrer em quatro categorias: (i) técnica; (ii) sintática; (iii) semântica; e (iv) organizacional.³²¹

A interoperabilidade técnica se associa à capacidade do *hardware* e do *software* de se comunicarem por meio de protocolos, interfaces e padrões comuns. A interoperabilidade sintática se relaciona aos formatos de arquivos, como, *e.g.*, *doc.* e *pdf*. A interoperabilidade semântica se preocupa com a compreensão das informações trocadas pelas pessoas e aplicações envolvidas. Por fim, a interoperabilidade organizacional se relaciona à capacidade de organizações se comunicarem efetivamente e transferirem dados e informações, ainda que seus sistemas e infraestruturas sejam distintos.³²²

³¹⁸ Diretiva 91/250/EEC do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, cit. PAMELA SAMUELSON traz definição análoga, afirmando que a interoperabilidade significa “the capacity to communicate, execute programs, or transfer data among various functional units in a manner that requires the user to have little or no knowledge of the unique characteristics of those units” (*Are patents on interfaces impeding interoperability?*, In *Minnesota law review*, vol. 93, n.º 6, 2009, pp. 1943-2019).

³¹⁹ THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 12.

³²⁰ MICHAEL ANTHONY C. DIZON, *Decompiling the Software Directive, the Microsoft CFI case and the i2010 strategy: How to reverse engineer an international interoperability regime*, In *Computer and telecommunications law review*, vol. 14, 2008, p. 213, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1407131>, acesso no dia 21 set. 2010.

³²¹ MICHAEL ANTHONY C. DIZON, *Decompiling the Software Directive, the Microsoft CFI case and the i2010 strategy: How to reverse engineer an international interoperability regime*, cit., p. 8.

³²² MICHAEL ANTHONY C. DIZON, *Decompiling the Software Directive, the Microsoft CFI*

Como afirmamos, os *softwares* se dividem em sistemas operacionais e *softwares* aplicativos. As interfaces utilizadas pelos aplicativos para se comunicarem com os sistemas operacionais são chamadas de *Application Programming Interfaces (API)*.³²³ Sua utilização, porém, é específica para determinado sistema operacional, ou seja, um aplicativo que utilize determinada *API* para se comunicar com um determinado sistema operacional não poderá utilizar a mesma *API* para se comunicar com outro sistema operacional, ainda que estes tenham funcionalidades similares. Existem, porém, *APIs* padrão, que podem rodar sobre diversos sistemas operacionais. Um exemplo deste tipo de *API* são as utilizadas pelo grupo *UNIX*.³²⁴

Outro exemplo destas interfaces são aquelas desenvolvidas segundo as especificações *Java Technologies*. Estas abarcam um conjunto de elementos que quando executados conjuntamente permitem que aplicativos redigidos em plataforma *Java* possam rodar em qualquer sistema operacional ou *hardware*, desde que estes possuam as especificações *Java*. Assim, “this situation is often referred to as meaning that the developer can ‘write once’ and then ‘run everywhere’”.³²⁵

case and the i2010 strategy: How to reverse engineer an international interoperability regime, cit., p. 8.

³²³ Conforme FEDERICO ETRO, “A software platform is a software program that makes services available to other software programs through external “hooks” called Application Programming Interfaces (APIs)” (*Competition, innovation, and antitrust - A theory of market leaders and its policy implications*, cit., p. 210).

³²⁴ “The term UNIX designates various operating system products that share a number of common features. The first UNIX operating system was developed at Bell Laboratories in the 1970s. Various successors to this product were then developed, and the UNIX operating systems progressively gained acceptance in the 1970s and 1980s, both in the academic field and in the industry. There are various implementations of the UNIX operating system. These various implementations share a set of APIs that is being progressively standardised by consensus among the major UNIX vendors. In 1998, the Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE) adopted a first standard UNIX API set, called IEEE Standard 1003.1, also known as ‘POSIX 1’. The source code of a program that relies only on the APIs specified in POSIX 1 can be recompiled and run on any operating system that implements POSIX 1. Since 1988, the process of standardisation has been going forward in the UNIX community. The Open Group, an industry consortium grouping most UNIX vendors, including Hewlett Packard Corp. (HP), International Business Machines Corp. (IBM) and Sun, maintains the ‘Single UNIX Specification’, a set of open specifications that define the requirements for a conformant UNIX system.” (THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 14-15).

³²⁵ “The Java technologies encompass a number of interrelated elements. The first element is a programming language developed by Sun, called Java. The second element is the Java Virtual Machine. Instead of being compiled directly to binary code, Java software is compiled to a specific type of instructions called bytecode. The bytecode instructions are

A interoperabilidade permite uma potencialização das funcionalidades do computador. Permite a um sistema operacional ter, por exemplo, uma série de funcionalidades comuns incorporadas, como acessar arquivos ou diretórios, bastando que os *softwares* aplicativos tenham acesso a estas funcionalidades do sistema operacional. Por esta razão, desenvolvedores disponibilizam suas interfaces para que outros possam interligar as funcionalidades de seus programas. Importante ressaltar não ser necessário, para que seja estabelecida a interligação das funcionalidades, revelar detalhes contidos na interface. Com o fornecimento da *API* do programa outros desenvolvedores poderão programar seus *softwares* para utilizarem serviços das plataformas comuns. A estrutura interna do programa que implementa estas interfaces pode geralmente ser redigida de diversas formas.³²⁶

Os sistemas *open system* são aqueles que utilizam interfaces visando à interoperabilidade entre produtos de diferentes vendedores. Dentre estes sistemas é prática comum entre vendedores de *software* o estabelecimento de padrões de interoperabilidade. Para tanto, eles, geralmente, firmam acordos sobre as “especificações” das interfaces (*interface specifications*) necessárias para a implementação de interfaces compatíveis. Conforme afirmamos, as “especificações” (*specifications*) não se confundem com as “implementações” (*implementations*). Por esta razão, diferentes *implementations* (portanto, com diferentes códigos fonte) podem ser compatíveis com as mesmas *specifications*.

Em alguns casos o *software* pode vir acompanhado de um conjunto de “*reference specifications*”, que auxiliam no entendimento de determinados pontos da especificação, de modo a permitir a interoperabilidade. Porém, a regra é a não publicação das especificações das interfaces de seus produtos pelos fabricantes de *software*. Assim, se um produto “A” e um produto “B” interoperam entre si por meio de interfaces cujas especificações não são divulgadas, o fabricante de um produto “C” que deseje que seu programa realize a interoperação com os

translated one after the other by the Java Virtual Machine into processor instructions, while the program is running. As opposed to a situation where the whole program is compiled first to processor instructions and then run on the computer, the Java Virtual Machine therefore works as a virtual processor, hence its name. Third, the Java class libraries constitute a set of APIs. Java Specifications, which includes specifications for the language, virtual machine and APIs are maintained by the Java Community Process. Compatible implementations of these specifications have been developed to run on top of various operating systems.⁴⁵ As soon as a computer implements the relevant Java specifications, applications written to the Java platform can run on it, irrespective of the underlying hardware or operating system. This situation is often referred to as meaning that the developer can write once and then run everywhere.” (THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 15.)

³²⁶ PAMELA SAMUELSON, *Are patents on interfaces impeding interoperability?*, cit., pp. 1946-1947.

produtos “A” e “B” deve recorrer a engenharia reversa das interfaces para realizar tal operação. No entanto, dependendo do tamanho do código-fonte analisado, tal processo pode ser extremamente custoso ou mesmo impossível, por conta de barreiras técnicas como a criptografia.³²⁷

Os protocolos (*protocols*), por sua vez, são componentes das interfaces que facilitam a comunicação entre diferentes computadores ou sistemas. Podem definir detalhes como o modo de formatar as mensagens, o procedimento com relação às mensagens corrompidas, dentre outros. Os sistemas digitais se utilizam de uma série de camadas que interagem entre si através de uma série de protocolos. Além dos protocolos, as especificações quanto aos formatos de arquivos também constituem interfaces que afetam a interoperabilidade entre arquivos e programas que utilizam estes arquivos.³²⁸

Importante ressaltar que algumas interfaces são desenvolvidas de forma colaborativa para que se tornem um *standard*, como por exemplo o *Hypertext Transfer Protocol (HTTP)*. Outras interfaces são desenvolvidas por entidades privadas, como o formato *PDF (Portable Document Format)* e, posteriormente, pela utilização maciça entre usuários se tornam padrão de mercado.³²⁹

A problemática das interfaces, como veremos, se relaciona à criação de barreiras à entrada decorrentes dos efeitos de rede presentes neste mercado. Fabricantes de bens complementares se beneficiam da interoperabilidade, na medida em que quanto mais aplicativos forem compatíveis com dada plataforma, mais valorizada será a rede. Ao mesmo tempo, os usuários também se beneficiam desta interoperabilidade, na medida em que podem utilizar as mesmas informações em diversas plataformas. Por esta razão, o mercado será beneficiado

³²⁷ “Software vendors do not systematically publish the specifications of their products interfaces. If product A and product B, both available in binary code, interoperate using interfaces of which there is no available specification, a developer of product C who wants his product to interoperate with A or B through the same interfaces may need to engage in reverse-engineering. Reverse-engineering may in that context involve the translation of the available binary code, that of product A or of product B into a human-readable form (to that effect, tools called *.decompilers*, may be used). The software developer would then be able to derive a specification for the interface from this reconstructed source code, and on the basis of this specification, he would write his own specification-compliant implementation. Depending on the size of the program to be decompiled, reverse-engineering may be very costly and time-consuming, and there may also be technical barriers.” (THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 13).

³²⁸ PAMELA SAMUELSON, *Are patents on interfaces impeding interoperability?*, cit., pp. 1948-1950.

³²⁹ PAMELA SAMUELSON, *Are patents on interfaces impeding interoperability?*, cit., pp. 1948-1950.

com a padronização das plataformas, ao aumentar as possibilidades de escolha dos consumidores. O interesse ou não de revelar as APIs dependerá do mercado analisado. Por isso, em alguns casos, os agentes econômicos optam por desenvolver sistemas completamente fechados sem que seja revelada qualquer API, enquanto em outros a interoperabilidade é incentivada por meio da disponibilização completa das interfaces como nos *softwares open source*.³³⁰

O *Microsoft Windows*, visando ampliar sua rede de aplicativos compatíveis, publica muitas de suas APIs, bem como licencia outras. A empresa utiliza em suas versões o chamado “Win32 API”, que consiste num conjunto de APIs utilizado pelos aplicativos desenvolvidos para a maioria das versões do *Windows*.³³¹ A disponibilização destas APIs geralmente é suficiente para que fabricantes de computador possam redigir programas compatíveis com plataformas baseadas em *Windows*. Porém, muitas vezes é insuficiente para garantir a melhor performance entre os aplicativos e o sistema operacional. Deste modo a empresa se vale do controle sobre seus direitos intelectuais para regular a interoperabilidade, podendo impedir terceiros de oferecerem tecnologias compatíveis.³³²

A evolução da proteção das interfaces possui relação direta com a evolução da proteção do *software*. Como vimos acima, por muito tempo o acesso irrestrito ao código-fonte foi a regra no mercado de *softwares*. Da mesma forma as interfaces de programas eram publicadas e livremente compartilhadas, sem que houvesse qualquer proteção através de patentes, *copyright* ou proteção de segredo industrial. Havia estímulo econômico para tal, visto que a interoperabilidade permitiria um maior leque de aplicativos disponíveis, além de outros benefícios do aumento da rede.³³³ Posteriormente, quando fabricantes de *software* como, por exemplo, a *IBM*, concluíram que as interfaces poderiam ser comercialmente valiosas, estes passaram a protegê-las através do segredo industrial, licenciando as interfaces por meio de contratos com pagamento de *royalties*. As empresas que não desejavam

³³⁰ “Many stakeholders have interests in interoperability. Developers of platforms have a very big stake in interoperability because they generally benefit from the development of applications that work on their platforms. This is largely because of the positive feedback loop created by network effects, as customers are drawn to the platform as more applications are available for the platform, and more applications developers are drawn to the platform as the platform attracts more customers.” (PAMELA SAMUELSON, *Are patents on interfaces impeding interoperability?*, cit., p. 1951). Trata-se da problemática dos efeitos de rede, que será analisada no Capítulo V, infra.

³³¹ THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 25.

³³² PAMELA SAMUELSON, *Are patents on interfaces impeding interoperability?*, cit., pp. 1952-1954.

³³³ Deve-se ressaltar que havia empresas que, buscando o controle sobre seu *software*, mantinham as interfaces como segredo industrial (PAMELA SAMUELSON, *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., p. 1-3).

arcar com os custos deste tipo de licenciamento passaram a realizar engenharia reversa dos programas, de modo a terem acesso a estas interfaces. Por esta razão, os contratos de licenciamento passaram a conter cláusulas vedando expressamente estes processos.³³⁴

Num segundo momento, que se iniciou após a implementação do *copyright* para proteção do *software*, as empresas se utilizaram deste instituto para protegerem suas interfaces, alegando que estas seriam parte da “estrutura, sequência e organização” (*structure, sequence and organization – SSO*) dos programas e, assim, deveriam ser protegidas pelo direito autoral. Diante da rejeição desta tese pelos tribunais, uma terceira fase se iniciou, quando as empresas passaram a patentear as interfaces. Por fim, na atual fase, os tribunais, políticos, e outras instituições têm buscado minimizar o impacto do patenteamento das interfaces, transmitindo a impressão de que elas não constituem preocupação para o direito concorrencial.³³⁵ Esta não é, porém, a visão que deve prevalecer.

Em 1983, em uma das primeiras decisões sobre o assunto, um tribunal norte-americano julgou um caso em que fabricantes de clones de computadores alegavam que a cópia do sistema operacional do *Apple II* seria essencial para que se atingisse a interoperabilidade com os programas desenvolvidos para esta plataforma. Esta argumentação, no entanto, não foi aceita.³³⁶

Posteriormente, outro caso julgado por uma Corte de Apelações dos Estados Unidos, conhecido como *Sega Enterprises Ltd. V. Accolade Inc.*, trouxe profundas alterações sobre o assunto. Nele determinou-se que *softwares*, enquanto trabalhos utilitários, deveriam ter uma proteção limitada do *copyright* e, por esta razão, as interfaces foram consideradas elementos do programa que não estariam sujeitas à proteção por este regime. Como decorrência disto tanto a engenharia reversa, que permitiria o acesso a estas interfaces, como a cópia literal do código-fonte seriam permitidos na medida em que fossem essenciais para se atingir a interoperabilidade.³³⁷

A partir desta decisão foi sendo consolidado o entendimento de que o único meio de se proteger adequadamente as interfaces seria através do patenteamento e do segredo industrial.³³⁸

³³⁴ PAMELA SAMUELSON, *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., p. 3.

³³⁵ PAMELA SAMUELSON, *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., p. 1.

³³⁶ *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983), conforme PAMELA SAMUELSON (*The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., pp. 6-7).

³³⁷ PAMELA SAMUELSON, *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., p. 10.

O problema do patenteamento de interfaces está na possibilidade de amplo controle sobre o desenvolvimento não apenas de programas concorrentes, mas também de programas complementares, visto que é a interface que define o relacionamento entre os programas. Diante da essencialidade das interfaces muitos sugerem que elas não deveriam ser patenteáveis.³³⁹

Nos últimos anos, diante da evolução destes entendimentos, surgiram inúmeras iniciativas visando o acesso às interfaces essenciais. Desse modo diversas autoridades antitruste, tanto dos EUA como de países europeus, vêm entendendo pela possibilidade de determinar o licenciamento de patentes de interface. O Parlamento Europeu, inclusive, vem analisando a aprovação de uma lei que obriga os detentores de patentes sobre interfaces essenciais a licenciarem em termos não discriminatórios e razoáveis (*Reasonably and non-discriminatory – RAND*).³⁴⁰ Estas iniciativas podem diminuir as práticas exclusionárias que se utilizam de patentes de interfaces.³⁴¹

Devemos ter em mente que interfaces são, em verdade, compilações industriais de *know-how* aplicado. Sendo informações compiladas, elas se assemelhariam à matéria protegida pelo *copyright*. Porém, tanto o direito autoral como o *know-how* não protegem compilações industriais como interfaces, fórmulas, métodos ou projetos matemáticos. Da mesma forma as interfaces não deveriam se sujeitar ao patenteamento por conta de suas características textuais. Assim, nenhum destes regimes é adequado para proteção delas. Por esta razão, um regime *sui generis*, específico para interfaces, seria o mais apropriado.³⁴²

A engenharia reversa do *software*, uma vez que permite o acesso a informações internas do programa, poderia ser meio valioso para permitir o acesso às interfaces e potencializar a interoperabilidade dos *softwares*. Pode ocorrer, por exemplo, pelo processo conhecido como *black box*, por meio do qual a pessoa, sem que tenha acesso ao código-fonte do programa, pode estudar as

³³⁸ PAMELA SAMUELSON, *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., p. 10.

³³⁹ “Software interfaces are so essential to achieving interoperability that some have suggested that they should be unpatentable, or if patented, their use should be deemed non-infringing insofar as there is no equally efficient or effective way to achieve interoperability.” (PAMELA SAMUELSON, *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., p. 12).

³⁴⁰ Conforme PAMELA SAMUELSON, *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., p. 13.

³⁴¹ “The widespread practice of cross-licensing of software patents among large and medium-sized firms in the software industry similarly may lessen the exclusionary impacts of interface patents” (PAMELA SAMUELSON, *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., p. 13).

³⁴² PAMELA SAMUELSON, *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., p. 14.

funcionalidades e as ideias presentes nos elementos funcionais do *software*. Tal uso é expressamente permitido pela Diretiva 91/250/EEC do Parlamento Europeu e do Conselho (*Software Directive*)³⁴³ Além disso, por vezes, este processo não se mostra suficiente para que se obtenha as informações necessárias. Assim, o acesso ao código-fonte do programa faz-se mister para que se possa obter as informações necessárias à interoperabilidade.

O acesso pode ser também realizado pela *descompilação* (*decompilation*) do programa, processo permitido pela Diretiva 91/250/EEC do Parlamento Europeu e do Conselho (*Software Directive*) apenas na medida em que seja “indispensável para obter as informações necessárias à interoperabilidade de um programa de computador criado independentemente, com outros programas”.³⁴⁴ Assim, percebemos na Diretiva uma série de avanços com relação à interoperabilidade do *software*, restam porém os inúmeros problemas de ordem técnica, bem como o conflito com outros regimes de proteção.

No entanto, quando lidamos com *softwares* da complexidade do *Microsoft Windows* e diante das inúmeras dificuldades para se realizar a engenharia reversa, a realização deste procedimento torna-se completamente inviável.³⁴⁵

Desse modo, a proteção do *software* pelo regime autoral, em conjugação com sua distribuição predominantemente sob a forma de código-objeto e sob as mais diversas formas de proteção tecnológica (seja pelo regime patentário ou pelo *knowhow* ou segredo industrial), acaba por impedir o acesso aos aspectos internos do programa, como as interfaces. A adoção dos regimes protetivos existentes cria maiores problemas, pelo simples fato das interfaces não se enquadrarem adequadamente sob nenhum destes sistemas. A adoção de um regime *sui generis*, que levasse em conta as particularidades dessas interfaces se mostraria mais adequada. A inexistência de um regime deste tipo nas principais economias do mundo traz inúmeras complicações para o ambiente concorrencial, que serão analisadas nos capítulos seguintes.

³⁴³ Diretiva 91/250/EEC do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, cit., em seu art. 6 afirma: “Artigo 6º Descompilação 1. Não é necessária a autorização do titular dos direitos quando a reprodução do código e a tradução da sua forma, na aceção das alíneas a) e b) do artigo 4o, forem indispensáveis para obter as informações necessárias à interoperabilidade de um programa de computador criado independentemente, com outros programas, uma vez preenchidas as seguintes condições:

- a) Esses actos serem realizados pelo licenciado ou por outra pessoa que tenha o direito de utilizar uma cópia do programa, ou em seu nome por uma pessoa devidamente autorizada para o efeito;
- b) Não se encontrarem já fácil e rapidamente à disposição das pessoas referidas na alínea a) as informações necessárias à interoperabilidade;
- c) Esses actos limitarem-se a certas partes do programa de origem necessárias à

CAPÍTULO IV - DIREITO DA CONCORRÊNCIA E SUA INTERSECÇÃO COM OS DIREITOS INTELECTUAIS

The Chicago School offers simplicity, elegance and often relatively easy answers to antitrust questions. The alternatives are almost always messier, more expensive, and less determinate. But policy has to reflect the world we live in, and the world is a messy place.

Herbert Hovenkamp³⁴⁶

1 - Breve desenvolvimento histórico do direito antitruste

A doutrina moderna do direito antitruste tem origens no direito norte-americano, sendo o *Sherman Act* de 1890 considerado por muitos como a primeira lei antitruste do mundo.³⁴⁷ No entanto, como ressalta PAULA A. FORGIONI, ainda que não tenhamos propriamente uma disciplina antitruste, desde a antiguidade já encontramos algumas normas disciplinadoras de comportamentos dos agentes econômicos no mercado.³⁴⁸ Dessa forma a disciplina da concorrência

interoperabilidade.”

³⁴⁴ Diretiva 91/250/EEC do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, cit.

³⁴⁵ “Depending on the size of the program to be decompiled, reverse-engineering may be very costly and time-consuming, and there may also be technical barriers.” A empresa Sun inclusive tentou anos atrás reverter a engenharia do *Windows NT* de modo a ter acesso às suas interfaces, porém, após milhões de dólares e muitos anos tentando completar esta tarefa, acabaram abandonando o projeto: “Several years ago, Sun embarked on an ambitious program called WABI designed to reverse engineer the then-existing Win32 APIs so that Sun’s operating system could serve as a platform for software applications written to the Microsoft Environment. After dedicating millions of dollars and years of engineering to reverse engineer a much less complex version of Microsoft Windows NT, Sun abandoned the project after it became clear that a successful implementation of the APIs was unobtainable and economically unfeasible.” (THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 125).

³⁴⁶ HERBERT HOVENKAMP, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2^a ed., St. Paul, West Pub. Co, 1999.

³⁴⁷ Alguns apontam que o Canadá foi o primeiro país do mundo a editar uma lei antitruste, tendo o “*An Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade*” sido editado em 1889.

surge muito antes do desenvolvimento da teoria econômica moderna,³⁴⁹ bem como inúmeros séculos antes do surgimento da idéia de livre-mercado.³⁵⁰ É evidente, porém, que a disciplina concorrencial moderna se relaciona diretamente à idéia de livre-mercado.

Inicialmente, importante diferenciar dois momentos:

- em um primeiro momento, vislumbramos “regras que disciplinam a conduta dos agentes econômicos”; e

- em um segundo momento, a “regulação da concorrência correlata a um discurso técnico-econômico” vinculada à ideia de mercado liberal.³⁵¹

³⁴⁸ Relata a autora a existência de monopólios estatais na Grécia antiga, bem como tentativas de regulamentação da atividade econômica de determinados agentes com elevado “poder de mercado”, como forma de evitar escassez de produtos e lucros abusivos pelos comerciantes. Em Roma, aponta que desde o famoso Édito de Zenão, os monopólios eram regulamentados. Além disso, presenciamos também a regulamentação com fim de coibir o açambarcamento de mercadorias, além do abuso de preços. (*Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 34-39).

³⁴⁹ Alguns afirmam que o uso do instrumental econômico na aplicação do Direito Concorrencial vem se disseminando apenas nas últimas décadas. Nesse sentido, WILLIAM H. PAGE: “But antitrust has evolved over more than a century in a series of decisions by the U.S. Supreme Court that, in the early decades, rarely invoked formal economics. One might be tempted to view antitrust evolution as moving from darkness to light, from ignorance to science” (*The ideological origins and evolution of U.S. Antitrust Law*, In *Issues in competition law and policy*, 1, ABA section of Antitrust Law, 2008, p. 1 e ss.). No entanto, conforme afirma HERBERT HOVENKAMP, a ideia de que as cortes iniciaram a aplicação da abordagem econômica apenas em anos recentes não passa de um mito. Devemos ter em mente que “antitrust has always been closely tied to prevailing economic doctrine. To be sure, antitrust policy makers sometimes applied economics ineptly, sometimes gravitated toward the fringes of economic theory rather than the center, and sometimes pushed good points too far.” (*Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, cit., pp. 58-59).

³⁵⁰ “Isso porque o início da disciplina da concorrência não é concomitante ao surgimento de um mercado liberal. Regras de concorrência a serem respeitadas pelos – hoje chamaríamos – agentes econômicos, ao contrário do que se possa pensar, são muito anteriores ao surgimento de um conceito de livre mercado, entendido como o próprio a um sistema de produção capitalista.” (PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 28).

³⁵¹ Conforme PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 28. A autora inclusive diferencia duas acepções da palavra concorrência: (i) “concorrência como fenômeno que se verifica quando, no mínimo, duas pessoas estão dispostas a trocar, comprar ou vender a um terceiro um mesmo bem, ou bens intercambiáveis”; e (ii) a palavra concorrência em seu sentido técnico, ligada à regulação de mercado. Ressalta que o segundo sentido, técnico-econômico, passa a ser utilizado apenas no séc. XVIII (*Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 29-30).

A disciplina dos agentes econômicos no mercado pode, então, ser dividida em três fases:

(i) determinação de normas de comportamento dos agentes econômicos visando correções tóxicas;

(ii) regulamentação dos comportamentos dos agentes econômicos de forma a orientá-los para um sistema de produção entendido como ótimo, ou seja, fase de correção de efeitos tóxicos danosos, porém visando à proteção do mercado contra seus efeitos autodestrutíveis; e

(iii) regulamentação da concorrência como implementação de políticas públicas.³⁵²

O primeiro período vai da Antiguidade até a Revolução Industrial. O segundo período vai da Revolução Industrial ao início do século XX; o terceiro período, por sua vez, se inicia com a crise de 1929 indo até os dias de hoje. Analisemos cada uma dessas fases em maior profundidade.

1.1 - Primeiro período

Durante a antiguidade Greco-Romana a regulamentação econômica não guardava qualquer relação com a ideologia do liberalismo econômico, desenvolvida inúmeros séculos depois. As normas editadas neste período buscavam resultados imediatos, ao coibir práticas danosas à população, principalmente com relação a bens considerados essenciais, como o sal marinho.³⁵³ Porém, ainda que não houvesse qualquer noção de teoria econômica liberal, ao

³⁵² PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 32-33.

³⁵³ “Não nos parece que se possa atribuir aos antigos idéias próprias ao liberalismo econômico, acreditando na existência da antítese monopólio/livre concorrência desde aqueles tempos. É claro que os princípios inspiradores da economia, então, eram bem outros e buscavam, apenas e tão-somente, resultados imediatos, no sentido de coibir determinados comportamentos nocivos *per se* à população, como a fixação dos preços por acordo entre os agentes econômicos ou o acaparramento de mercadorias.” (PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 38-39)

³⁵⁴ “Um acordo para a determinação dos preços do sal não poderia ser considerado um mero acordo entre concorrentes: se um ajuste para o controle da produção de sapatos poderia trazer problemas para a população - como o ter de utilizar por maior período de tempo um calçado velho, o acordo para o controle do preço do sal estava relacionado à própria sobrevivência do homem, dado que este não poderia simplesmente optar por não comprá-lo por determinado período de tempo³⁵⁴. A não interferência dos governos sobre os preços praticados em relação a produto de tamanha importância poderia levar, até mesmo, à perturbação da paz e à instabilidade social.” (MAIRA YURIKO ROCHA MIURA, *Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira: Uma visão de Direito Comercial*, Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2010, p. 60).

analisarmos a natureza e eficácia dessas normas, notamos grande semelhança com as regulamentações modernas.³⁵⁵

A partir da Idade Média os monopólios passaram a ser explorados por entes privados, ligando-se sempre à ideia de privilégios reais e regalias.³⁵⁶ O estudo do funcionamento das chamadas corporações de ofício pode nos trazer reflexões interessantes.³⁵⁷ Estas tinham objetivos muito semelhantes ao dos modernos cartéis, na medida em que atuavam como uma espécie de união de agentes econômicos para proteção de interesses comuns. A regulamentação da atividade dos comerciantes se fazia por meio de normas de duas ordens: (i) os *estatutos das corporações*, ordenamentos jurídicos completos; e (ii) normas emanadas da Comuna medieval, que regulavam a atividade das corporações. Ao que tudo indica tais normas atuavam em defesa dos interesses dos consumidores.³⁵⁸

Porém, mais do que a regulamentação externa, nos interessa especialmente aquela realizada pelas próprias corporações. O sistema de corporações de ofício, na medida em que impedia que comerciantes que não fossem membros dessas associações participassem do mercado, criava barreiras à entrada, ao exercer controle direto sobre a oferta. Além disso, ao coordenar e vigiar a atuação de seus membros, padronizava preços e qualidade dos produtos, eliminando o fator concorrencial nesses mercados.³⁵⁹ É evidente, porém, que houve reação estatal

³⁵⁵ “De outra parte, há de se convir que o resultado obtido com a implementação dessas normas foi, em muitos aspectos, próprio àquele de um livre mercado. Nada há que espante, portanto, na semelhança das normas emanadas naquele período histórico com as modernas destinadas a regular o comportamento dos agentes econômicos no mercado.” (PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 39)

³⁵⁶ Discorrendo sobre a origem da palavra monopólio, THOMAS B. NACHBAR afirma que estes se ligavam à ideia de privilégios reais concedidos a particulares, que garantiam a eles certas vantagens comerciais: “At the time, the term “monopolies” was used most commonly to describe a set of royal privileges granted to individuals that offered them certain advantages in trade” (*Monopoly, mercantilism, and the politics of regulation*, In *Virginia law review*, Vol. 91, n.º 6, 2005, p. 1324).

³⁵⁷ Cabe lembrar que além das corporações de ofício, outra faceta desse período é a das grandes empresas (*Medieval Super Companies*), conforme apontou PAULA A. FORGIONI (*Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 33 e ss.). Seguindo a autora, daremos maior atenção à organização dos pequenos artesãos no presente estudo.

³⁵⁸ PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 33 e ss.

³⁵⁹ No mesmo sentido, THOMAS B. NACHBAR aponta a enorme importância das Guildas na regulação dos mercados ingleses durante mais de 500 anos: “mercantilist trade regulation was originally carried out at the local level by the traditional institutions of trade regulation: the guilds. Guilds – and their direct control over the means of production – were an important instrument in the administration of the English regulatory state for over five centuries”. Interessante notar, ainda, que as guildas surgiram justamente para auxiliar os monarcas em uma atividade tipicamente estatal: a

contra tais monopólios e acordos colusivos. A literatura jurídica foi paulatinamente condenando atividades monopolísticas, determinando quais seriam lícitas e quais seriam ilícitas.³⁶⁰

No período mercantilista a formação dos monopólios tornou-se ainda mais frequente. A política mercantilista se baseava num modelo de forte regulação estatal sobre as trocas mercantis em âmbito nacional, de modo a favorecer as manufaturas locais e fortalecer os Estados Nacionais.³⁶¹ Disso decorria a colonização por meio da exclusividade comercial da metrópole, sendo as *companhias privilegiadas* o instrumento para efetivação desse comércio. A inexistência de concorrência nas colônias era, inclusive, uma condição para o funcionamento desse Pacto Colonial.³⁶²⁻³⁶³

arrecadação de impostos. Os comerciantes que receberam tal competência da Coroa nos anos de 1300 e 1400 foram posteriormente se organizando em municipal corporations, que deram origem às corporações de ofício nos anos que se seguiram: "The involvement of guilds in the administration of a national English economy began with their role in tax collection. An early innovation in the administration of the English monarchy was to shift the responsibility for domestic revenue collection from royal Officers to select town residents. The development throughout the thirteenth and fourteenth centuries of a middle class of tradesmen and merchants (the burgesses) provided a group of individuals with reputations sufficient to assure the Crown that taxes would be paid. The Crown-chartered municipal corporations were made up of those leading citizens, who became jointly and individually liable to pay the town's share of the royal taxes. Those charters exempted citizens of the towns from the normal mechanism for royal taxation (such as the paying of tolls or domestic customs) and consequently from most royal commercial regulation. The members of the corporation fulfilled their pledge by collecting shares of the assessment from the other citizens of the town. These municipal corporations became the merchant guilds (either by extension of previously existing medieval guilds or explicitly by their charters)" (*Monopoly, mercantilism, and the politics of regulation, cit., p. 1320*).

³⁶⁰ PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste, cit., pp. 33 e ss.*

³⁶¹ "The innovation of mercantilism was to shift the locus of control from the local to the national level, leading to the policies we most frequently associate with mercantilism: trade regulation favoring local manufacture, the accumulation of bullion, and protectionist shipping policies designed to encourage strong navies." (THOMAS B. NACHBAR, *Monopoly, mercantilism, and the politics of regulation, cit., p. 1319*).

³⁶² PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste, cit., pp. 40 e ss.*

³⁶³ Sobre o "exclusivo colonial" afirma BORIS FAUSTO que as colônias "deveriam contribuir para a auto-suficiência da metrópole, transformando-se em áreas reservadas de cada potência colonizadora, na concorrência internacional com as demais. Para isso, era preciso estabelecer uma série de normas e práticas que afastassem os concorrentes da exploração das respectivas colônias. Esse conjunto de normas e práticas, criado de acordo com as concepções mercantilistas, constituía o sistema colonial. Seu eixo básico consistia no 'exclusivo' metropolitano, segundo a expressiva linguagem da época, ou seja, na exclusividade do comércio externo da colônia em favor da metrópole" (*História do Brasil,*

O combate efetivo dos monopólios data apenas no final do século XVI, quando os ingleses iniciam sua contestação. Em 1603 o famoso "caso dos monopólios" já apontava alguns dos efeitos danosos dos monopólios à economia e aos consumidores. Por fim, conforme relatamos no Capítulo II, supra, a aprovação do *Statute of Monopolies* em 1624, ao limitar o poder do soberano, levou à proibição da concessão de monopólios estatais.³⁶⁴

Assim, da análise desse primeiro período, podemos notar uma enorme semelhança de forma e estrutura na regulamentação da concorrência em relação à disciplina atual. Porém, é evidente que não havia, ainda, qualquer noção de proteção da instituição concorrência, ou mesmo uma ideia de direcionamento para uma estrutura econômica tida como ideal.

Em qualquer período histórico podemos notar a presença de comportamentos que objetivam sua própria proteção (ou, posteriormente, a maximização de seus lucros) independentemente de tentativas de controle externo.³⁶⁵ Conforme aponta PAULA A. FORGIONI:

esse fenômeno pode ser compreendido e justificado levando-se em consideração o fato de que os agentes econômicos, em qualquer período histórico, estão sujeitos a leis econômicas, semelhantes às da física. Leis cuja existência independe de qualquer autoridade.³⁶⁶

1.2 – Segundo período

A Revolução Industrial trouxe profundas alterações na base sócio-econômica da Europa e do mundo. A partir desse momento passa-se a reivindicar maior liberdade de atuação dos agentes econômicos, sendo uma de suas maiores reivindicações a abolição das corporações de ofício.³⁶⁷ Durante esta fase histórica a

12^a ed., São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2004, pp. 55-56).

³⁶⁴ PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 42-43.

³⁶⁵ Como já apontava ADAM SMITH: "People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. It is impossible indeed to prevent such meetings, by any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies; much less to render them necessary." (*An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Edinburgh, 1806, p. 177).

³⁶⁶ PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 44-45.

³⁶⁷ Dentre as normas emanadas nesse período destacamos o Décret d'Allarde, de 1791, que procura instaurar a liberdade de comércio e de indústria, e a Lei *Le Chapelier*, de junho de 1791, que possui objetivos similares.

concorrência passou a ser considerada como a solução para que se conciliassem os interesses privados com o interesse público, gerando um maior grau de bem-estar para a sociedade.³⁶⁸ Assim:

nada mais natural neste contexto do que o repúdio a qualquer interferência artificial no mercado (seja das corporações, seja do Estado) e a crença de que a concorrência e o bem-estar social seriam o resultado natural da atuação livre dos agentes econômicos.³⁶⁹

Por outro lado, com o passar dos anos vislumbrou-se que a liberdade de atuação dos agentes econômicos levou a um processo de acumulação de capitais e de concentração do poder sem precedentes³⁷⁰, o que gerou enorme instabilidade no sistema.³⁷¹ Os fundamentos que justificaram tais processos se baseavam especialmente na crença de que:

(i) a concentração de capital seria o único meio de realizar os investimentos necessários; e

(ii) as economias de escala e escopo proporcionadas pela concentração possibilitariam a racionalização e o aumento da produção em massa.³⁷²

³⁶⁸ PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 61 e ss.

³⁶⁹ CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2008, p. 20.

³⁷⁰ “O impactante progresso tecnológico iniciado com a introdução da energia a vapor, que aumentou a eficiência da indústria manufatureira, bem como o incremento dos meios de comunicação, transporte e o desenvolvimento de um sistema bancário permitiram que o comércio inter-regional se expandisse consideravelmente. Estas mudanças tiveram um impacto profundo na economia, a produção industrial antes oferecida por pequenas empresas passou a contar com indústrias de grande porte e larga escala” (ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO, *Defesa da concorrência e globalização econômica: O controle da concentração de empresas*, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 75-76).

³⁷¹ Nas palavras de CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY: “o sistema de livre mercado mostrou-se, ao final do século XIX, incapaz de gerir, sozinho, suas próprias falhas. A grande liberdade econômica não proporcionou a estabilidade econômica prometida e seus custos sociais mostraram-se maiores do que havia sido previsto. O alto grau de concentração entre as empresas (estimulado, sobretudo, pelo alcance de economias de escala) deu a elas o poder de influenciar governos a fim de obter vantagens competitivas. O resultado foi a configuração de monopólios em diversos setores da economia.” (*Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 21).

³⁷² A formação das *corporations* está vinculada à necessidade de criação de uma organização industrial que permitisse a atração de capitais e a realização de grandes

Desse modo o Estado passou a intervir no sentido de eliminar distorções conjunturais decorrentes do próprio mercado, visando precipuamente a sua preservação. Assim, não há incoerência entre o liberalismo clássico e o direito antitruste, haja vista que este tem como objetivo justamente a manutenção das estruturas de mercado, sem acabar com a hegemonia dos conglomerados empresariais.³⁷³

É nesse contexto que surge a moderna disciplina do direito antitruste. A edição do *Sherman Act* de 1890 tinha como objetivo justamente conter o poder dos *trusts* que surgiram nos Estados Unidos no final do século XIX.³⁷⁴ Para evitar os efeitos da competição predatória entre os agentes econômicos adotaram acordos, com o objetivo de neutralizar a concorrência e de evitar sua mútua destruição. Porém, a instabilidade gerada por tais acordos, que poderiam ser desrespeitados a qualquer momento, levou os agentes econômicos a se organizarem em *trusts*³⁷⁵. Estes proporcionavam uma administração centralizada de agentes concorrentes impedindo, portanto, que eles competissem no mesmo mercado. Os empresários e

investimentos (PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 72-73). No mesmo sentido, JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA: “A concentração de empresas tem se apresentado como uma constante na economia ocidental desde a Revolução Industrial, tendo se manifestado com maior intensidade nos EUA após a Guerra da Secessão e na Europa com o advento da Primeira Guerra Mundial. Muitas são as razões que levaram a essa progressiva concentração empresarial, razões essas que se vão mudando de acordo com as diferentes conjunturas econômicas nacionais. A necessidade de se fazer frente aos custos financeiros da inovação tecnológica para manter e melhorar a competitividade da própria empresa tem constituído um incentivo constante para a concentração. O mesmo pode-se dizer das exigências de racionalização dos processos de produção e de distribuição em muitos setores industriais. Outras concentrações, por sua vez, têm sido justificadas pela necessidade do aumento da demanda (consequências do aumento da população e da progressiva urbanização) e da generalização dos sistemas de produção em massa, que só pode ser eficazmente atendida com uma suficiente dimensão da empresa.” (*Concentração empresarial e o direito da concorrência*, São Paulo, Saraiva, 2001, 6-7).

³⁷³ PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 69-72

³⁷⁴ “The sherman act, as the statute is called, was a reaction to populist pressure on Congress to do something about the ‘trusts’ that had come to dominate the American business landscape. The Sherman Act granted broad powers to government to break up trusts and other conspiracies in restraint of trade.” (MARK A. LEMLEY, *A new balance between lp and antitrust*, cit., p. 6).

³⁷⁵ “O termo *trust*, note-se, tornou-se de uso corrente na segunda parte da década de 1880, substituindo, no uso coloquial a palavra ‘monopólio’ para designar as combinações e arranjos restritivos ao comércio, muito embora houvesse, na época, poucos agrupamentos monopolísticos utilizando a forma jurídica do *trust*.” (ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO, *Defesa da concorrência e globalização econômica: O controle da concentração de empresas*, cit., p. 77). O primeiro e mais conhecido *trust* da história foi o Standard Oil Co., estabelecido em 1882

economistas não viam problema nesse arranjo, pois entendiam que a substituição da competição pela colaboração entre as empresas constituía uma evolução natural do mercado. Por outro lado, consumidores, agricultores, trabalhadores e pequenas empresas estavam extremamente insatisfeitos com o enorme poder destes *trusts*, especialmente os agricultores.³⁷⁶⁻³⁷⁷

Diante da ineficiência dos diplomas legais existentes, o Senado americano cuidou em editar uma lei capaz de proporcionar alguma efetividade frente ao poder das “mega corporações”.³⁷⁸

Como já ressaltamos, esta lei não constituiu uma reação ao liberalismo econômico: sua intenção era justamente a de proteger o livre-mercado de seus efeitos autodestrutíveis.³⁷⁹⁻³⁸⁰ WILLIAM H. PAGE ressalta que o dispositivo legal cuidou de conciliar duas ideologias divergentes, que o autor denomina de *evolutionary vision* e *intentional vision*.

A *evolutionary vision* entendia o mercado como um espaço de viabilização de um mecanismo de facilitação de trocas entre indivíduos, que permitiria a estes maximizarem seus interesses. Neste sentido o mercado não seria conduzido por

³⁷⁶ “A situação a que estavam sujeitos os agricultores era sintomática: o alto custo dos equipamentos agrícolas, ao mesmo tempo em que o preço de seus produtos despencava no mercado, constituía um fator que fazia aumentar a insatisfação de forma preocupante. Note-se que a maioria dos sessenta e quatro memoriais dirigidos ao Congresso americano contra a ação dos trustes foi apresentada por grupos de agricultores” (PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 78-79).

³⁷⁷ O clamor popular era tamanho que independentemente do posicionamento ideológico partidário a pauta era a mesma, i.e. clamava-se pelo controle do poder dos conglomerados: “A insatisfação popular com os efeitos da concentração de poder era tamanha que, na eleições de 1888, tanto no programa eleitoral do Partido Republicano como no do Democrata, havia o compromisso de se opor a qualquer forma de combinação de capital que controlasse arbitrariamente o comércio e privasse o mercado da concorrência.” (CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 22).

³⁷⁸ Conforme coloca WILLIAM H. PAGE, “The Sherman Act did, however, create affirmative civil and criminal sanctions for antitrust violations, a radical step beyond the common law’s passive refusals to enforce disfavored combinations and conspiracies” (*The ideological origins and evolution of U.S. Antitrust Law*, cit., p. 5).

³⁷⁹ “Dentro da linha de evolução da disciplina da concorrência que propomos, temos no *Sherman Act* a coroação do segundo período identificado: a concorrência é vista como primordial para o sistema econômico, ao mesmo tempo em que se exige uma atuação do Estado para eliminar as distorções que pode causar ao sistema” (PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 71-72).

³⁸⁰ WILLIAM H. PAGE inclusive afirma que na ocasião da aprovação da lei, o senador JOHN SHERMAN afirmava categoricamente que o Senado “must heed (the voters’) appeal or be ready for the socialist, the communist, and the nihilist” (*The ideological origins and evolution of U.S. Antitrust Law*, cit., p. 4).

nenhum interesse particular, sendo a existência de monopólios uma raridade, dada a alta possibilidade de entrada de novos *players*. Consequentemente, esta visão repudiava qualquer intervenção estatal, entendendo que esta deveria se limitar à remoção de obstáculos legais às negociações privadas³⁸¹.

Por outro lado a *intentional vision* entendia que o mercado seria um mecanismo que permite que interesses poderosos possam exercer forte coerção sobre consumidores, trabalhadores e pequenas empresas. Por esta razão a tendência no mercado aponta para a formação de estruturas monopolísticas, uma tendência que deve ser corrigida pela intervenção de governos democráticos.³⁸²

Em um primeiro momento, que ficou conhecido como Era Progressista, houve um claro predomínio da *evolutionary vision*. Neste sentido a Suprema Corte dos EUA entendeu em sentença proferida no caso *Lochner v. New York*³⁸³, que determinadas intervenções governamentais no mercado violavam a *Due Process Clause* da 14^a emenda da Constituição norte-americana, disposição que garantia a proteção dos direitos individuais dos cidadãos americanos e à liberdade contratual das empresas. Nesse período entendia-se, por exemplo, que os mecanismos de auto-correção do mercado poderiam eliminar os cartéis e monopólios, salvo aqueles protegidos pelo Estado.³⁸⁴

Nos anos que seguiram a edição do *Sherman Act* uma dessas duas visões predominará em diferentes momentos.

Diante da insuficiência do *Sherman Act*³⁸⁵ foi promulgado em 1914 o *Clayton Act*, que se caracterizou pela tipificação de inúmeras condutas anticoncorrenciais e

³⁸¹ Este entendimento se alinha diretamente com o liberalismo econômico: “A Constituição Econômica liberal existia para sancionar o existente, garantindo os fundamentos do sistema econômico liberal, ao prever dispositivos que preservavam a liberdade de comércio, a liberdade de indústria, a liberdade contratual e, fundamentalmente, o direito de propriedade” (GILBERTO BERCOVICI, *Constituição econômica e desenvolvimento*, In *Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico*, n.º 1, out/mar, Belo Horizonte, 2008, p. 163).

³⁸² WILLIAM H. PAGE, *The ideological origins and evolution of U.S. Antitrust Law*, cit., pp. 2-3.

³⁸³ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), conforme WILLIAM H. PAGE (*The ideological origins and evolution of U.S. Antitrust Law*, cit., pp. 5-6).

³⁸⁴ WILLIAM H. PAGE, *The ideological origins and evolution of U.S. Antitrust Law*, cit., pp. 5-6.

³⁸⁵ Por conta, principalmente, da vagueza de suas previsões: “O *Sherman Act* adotou uma postura rígida, mas imprecisa em relação a sua aplicação [...]. A incompletude e imprecisão do texto, por sua vez, foram mitigadas pela jurisprudência e pela edição de outros diplomas legislativos, como o *Clayton Act*” (CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 22).

que veio inspirar diversas legislações do mundo. No mesmo período foi criado o *Federal Trade Commission (FTC)*, autoridade antitruste dos EUA. Nos anos que se seguiram foram editados outros diplomas legais como o *Robinson-Patman Act*, em 1936 e o *Celler-Kefauver Act*, em 1950.³⁸⁶

1.3 - Terceiro período

Diversas tentativas de regulamentação foram realizadas com o objetivo de evitar o colapso do sistema capitalista,³⁸⁷ porém, a eclosão da crise de 1929 evidenciou a urgente necessidade de mudança do papel do Estado em relação aos mercados, marcando, assim, o fim do segundo período.³⁸⁸ A partir desse momento o Estado passa a intervir de forma incisiva na economia, oferecendo crédito aos entes privados, incentivando a produção agrícola, regulando o setor bancário e de seguros, e até mesmo atuando diretamente com a construção de obras públicas.³⁸⁹

³⁸⁶ PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 81.

³⁸⁷ Esse período é marcado por uma abundância de regulamentações na área econômica. FABIO KONDER COMPARATO, inclusive, afirma que a mobilização de recursos econômicos por conta da 1ª Guerra Mundial marca o nascimento do Direito Econômico: “O direito econômico nasce com a primeira guerra mundial, que representa de fato o fim do século XIX e o superamento de uma certa concepção clássica da guerra e da economia. [...] A economia, mais do que qualquer outra atividade tradicionalmente civil, transformou-se sob a ação do novo fenômeno bélico. Demonstrado que a guerra não se ganha somente nas frentes de combate, mas também e sobretudo nos campos, nas usinas, nas fábricas e dos laboratórios, ao Estado não era indiferente a evolução das atividades econômicas ou as decisões dos agentes da economia privada. Cumpria, ao contrário, submetê-los antes de tudo às exigências da guerra.” (*O indispensável direito econômico*, In *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 455-456).

³⁸⁸ “[a] guerra européia, a crise econômica de 1929, o fomento estatal das concentrações e uma interpretação muito flexível da nova legislação por parte dos tribunais furtaram as expectativas colacionadas pela referida legislação” (JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, *Concentração empresarial e o direito da concorrência*, cit., p. 14).

³⁸⁹ EROS ROBERTO GRAU classifica as formas de intervenção do Estado no domínio econômico em 3 categorias, (i) a intervenção por absorção ou participação, (ii), intervenção por direção, e (iii) intervenção por indução. Em síntese, a intervenção por absorção ocorre quando o estado desempenha atividade econômica em sentido estrito (para diferenciação entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, consultar a obra do autor). Tanto a intervenção por direção, quanto a intervenção por indução, ocorrem quando o Estado intervém sobre o domínio econômico. No caso de intervenção por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo normas e mecanismos de comportamento obrigatórios. Já no caso de intervenção por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados (*A ordem econômica na constituição de 1988*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 90-152).

Dessa forma, inspirado nas ideias do economista JOHN MAYNARD KEYNES³⁹⁰⁻³⁹¹, o Estado passa a exercer função de direção da economia, deixando de lado o papel de mero reparador das falhas de mercado, atuando então como verdadeiro implementador de políticas públicas.³⁹² Para tanto o Estado se utilizou, neste terceiro momento, do direito antitruste como um instrumento para implementação das políticas delineadas em sua Constituição. Este adquiriu, assim, um caráter de dupla instrumentalidade: de um lado como organizador dos processos sujeitos às regras da economia de mercado; de outro lado como instrumento que lança mão o Estado para influir nestes processos.³⁹³

³⁹⁰ FABIO KONDER COMPARATO ressalta a proliferação de normas jurídicas e a influência de KEYNES sobre a mudança de paradigma da atuação estatal: “O impulso econômico estatal, que iria receber desde logo a competente justificação teórica de Lord Keynes, manifestou-se por uma autêntica proliferação de textos jurídicos de todos os graus, extravagando da condição clássica e acarretando sérias distorções à dogmática tradicional.” (*O indispensável direito econômico*, In *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 455-456).

³⁹¹ Nesse ponto cabe ressaltarmos que KEYNES não defendia exatamente uma massiva intervenção estatal sobre a economia. O que o economista britânico defendia em seu livro *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda* era que a Lei de Say não se aplicava a todas as situações de equilíbrio, mas descrevia uma das situações. Em verdade, o que KEYNES acabou por concluir foi que em uma situação de crise, na qual o receio dos indivíduos com relação à economia, o “entesouramento” das poupaças levaria a uma queda da demanda agregada, que só poderia ser reestabelecida mediante intervenção estatal. Desse modo, o autor era um grande defensor do livre mercado, que entendia que a intervenção estatal apenas se justificaria nessa específica situação de queda da demanda agregada da economia, que não conduziria ao equilíbrio descrito por SAY. Não há em seus textos qualquer defesa da intervenção estatal permanente e massiva como defendem em peso a literatura jurídica e parte da literatura econômica. A defesa da intervenção estatal foi, em verdade, fruto dos autores keynesianos, seguidores do autor britânico que desenvolveram teorias posteriores baseadas em sua crítica à Lei de Say. Conforme aponta E. K. HUNT: “Ele (KEYNES) quis abandonar a premissa da automaticidade do mercado para salvar o capitalismo da autodestruição. Quis, porém, manter a fé na teoria da distribuição baseada na produtividade marginal e a fé na eficiência alocativa do mercado. **Quis que o governo intervisse o mínimo possível na busca de lucros dos capitalistas e, mesmo assim, só para impedir o desastre.**” (*História do pensamento econômico – Uma perspectiva crítica*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 404).

³⁹² “Esses instrumentos viabilizarão, mediante a direção do comportamento dos agentes econômicos, não apenas a *preservação*, mas a *condução* do mercado. Daí falarmos em *técnicas de direção sobre o mercado*, de que se utiliza o Estado em sua função de implementação de uma política pública” (PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 85).

³⁹³ PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 92. A autora enxerga na atuação estatal o que se chamou de “concorrência meio”. Tal entendimento encontra fundamento principalmente nas normas europeias e na legislação brasileira. Porém, cabe apontarmos a existência de outra visão, que pode ser encontrada em muitos pontos da

2 – As escolas econômicas e os interesses protegidos pelo direito antitruste

Tradicionalmente o estudo do direito concorrencial se divide entre o controle de estruturas e o controle de condutas. Dois fenômenos recentes, porém, modificaram profundamente a relação entre essas duas áreas, provocando alterações significativas na aplicação e no estudo do direito antitruste. Primeiramente mencionamos o surgimento de novas estruturas empresariais, como as *holdings* puras e as modernas estruturas de controle empresarial, que dificultam o exercício do controle de estruturas pelo Estado. Em segundo lugar, a emergência destes novos arranjos societários levou à ocorrência de uma espécie de simbiose entre as regras estruturais e as comportamentais.³⁹⁴ Para melhor compreensão destas alterações é necessário aprofundar na evolução das linhas de pensamento econômico e jurídico, que dão suporte ao direito concorrencial.

Conforme apontamos no item 1, *supra*, o debate nos Estados Unidos sempre se pautou por um antagonismo ideológico entre duas linhas de pensamento: a *evolutionary vision* e a *intentional vision*. Essa dicotomia pode ser vista no famoso debate entre duas escolas econômicas: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago.

legislação americana, chamada de “concorrência fim”. Conforme JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, a “concorrência meio” considera esta um “bem entre outros e não um bem em si mesmo, podendo ser sacrificada em favor de outros bens, também protegidos pela legislação”. A “concorrência fim”, por sua vez, se estabelece quando há a tendência de privilegiar uma noção estrutural de concorrência, considerando-a como um fim em si mesma, sendo por isso também conhecida como “concorrência condição”, pois estabelece uma proibição genérica e a *priori* (*per se*) de todos os acordos e práticas susceptíveis de atingirem a estrutura concorrencial do mercado. Dessa forma, enquanto o primeiro sistema se caracteriza pela condenação segundo a teoria do *rule of reason*, o segundo se caracteriza pela condenação *per se* dos atos tipificados (*Concentração empresarial e o direito da concorrência*, cit., pp. 38-46). Conforme ressalta CABRAL DE MONCADA, os sistemas são em verdade mistos, aplicando o princípio da proibição em uns casos e o do abuso em outros: “Em sede geral, pode dizer-se que existem dois grandes sistemas teóricos de defesa da concorrência; o sistema da proibição ou da *per se condemnation* e o sistema do abuso ou da *rule of reason*. Na prática, os sistemas de defesa da concorrência são quase sempre mistos ou seja, alicam o princípio da proibição a alguns casos e o princípio do abuso a outros, ou temperam o sistema da proibição *per se* com o da *rule of reason*; em boa verdade, mesmo quando adoptado, o sistema da proibição comporta quase sempre um considerável número de exceções na dependência da liberdade de aplicação da administração que atenuam em larga medida o seu rigor; a proibição não é absoluta.” (LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito económico*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 374).

³⁹⁴ Para ilustrar essa simbiose, o autor lembra que, nos últimos tempos, o CADE tem sujeitado a aprovação de atos concentração ao cumprimento de uma série de regras comportamentais. (*Direito concorrencial – As condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 17-21).

2.1 – As escolas econômicas

A divergência entre as duas escolas supra mencionadas sempre girou em torno dos objetivos que devem ser perseguidos pelo direito antitruste e em relação a qual o tipo de concorrência que deverá ser protegida. Não devemos, porém, buscar a definição de um objetivo geral e imutável, mas sim estabelecer parâmetros que possam pautar nossa análise. A tentativa de generalizações pode levar a crermos na existência de um único objetivo do direito concorrencial, independentemente do contexto e da casuística. Este enfoque, que desconsidera a complexidade da matéria, deve ser evitado.³⁹⁵

A escola estruturalista de Harvard surgiu com os estudos de AREEDA, TURNER, SULLIVAN e BLAKE sobre as estruturas de mercados individuais. Para estes autores é a estrutura do setor que determinará a performance da indústria. Dessa forma, em um setor concentrado as empresas dominantes estariam protegidas por barreiras (como economias de escala, escassez de *know-how*, e diferenciação de produtos) que impediriam a entrada de novos competidores. Além disso, a concentração estimularia a atuação concertada dos agentes econômicos, levando à diminuição da produção e ao aumento de preços. O foco se volta, assim, à existência de concorrência efetiva no setor,³⁹⁶ ou ao que os autores chamam de *workable competition*.³⁹⁷⁻³⁹⁸

Presenciamos um predomínio dessa escola até a década de 1970, período em que se desenvolveram as idéias da chamada Escola de Chicago.

O surgimento desta escola ocorreu na década de 1950, quando ROBERT BORK e RICHARD POSNER iniciaram o estudo da aplicação da teoria marginalista ao direito antitruste. A ênfase desta escola está no fator da eficiência econômica. Nestes termos as concentrações passam a ser vistas como benéficas na

³⁹⁵ “Com efeito, as discussões entre os economistas da Escola de Chicago e aqueles de outras, como a de Harvard, estabelecem-se em torno de uma problemática central: qual o objetivo que deve ser perseguido pela Lei Antitruste (independentemente da lei de que se trata) e que tipo de concorrência deve ser protegida (sem que se considere qualquer contexto).” (PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 165).

³⁹⁶ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 21-22.

³⁹⁷ PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 167-170.

³⁹⁸ Podemos notar a influência destas idéias em trabalhos pioneiros publicados no Brasil, como o de NUNO T. P. CARVALHO, que afirmava que “o Direito Antitruste abomina monopólios e oligopólios” sendo o seu objetivo o de “dificultar o surgimento de conglomerados de empresas, e impedir a concentração de poder econômico e a consequente concentração de poder político”. Afirma, ainda, o autor, que a concorrência protegida pelo antitruste é a concorrência praticável, ou a *workable competition* dos teóricos de Harvard (*As concentrações de empresas no direito antitruste*, São Paulo, Resenha Tributária, 1995, pp. 63-88).

medida em que aumentam a eficiência dos agentes no mercado e, conseqüentemente, o bem-estar dos consumidores.³⁹⁹ Outra característica marcante desta escola é o uso intensivo de fórmulas matemáticas e de instrumental econômico para resolução de problemas jurídicos.

É evidente que essa abordagem traz inúmeros problemas à aplicação do Direito: a ênfase exacerbada na eficiência alocativa desconsidera outros objetivos da lei, ignorando conflitos de princípios jurídicos que surgem apenas frente à solução de casos concretos, resumindo tudo à eficiência e às respostas dadas pela ciência econômica.⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹ O que deve ser ressaltado é que se a economia explica muitos dos fenômenos que devem ser regulamentados pela lei antitruste, a

³⁹⁹ “No âmbito da concorrência, ‘Chicago’ definiu dois princípios básicos: primeiramente, os governos deveriam parar de se preocupar com o tamanho e simplesmente ponderar se uma empresa pode exercer poder de mercado e, em segundo lugar, mesmo se ela tiver poder de mercado, o efeito geralmente será temporário, pois os altos lucros atrairiam novos competidores” (DANIEL FIRMATO DE ALMEIDA GLÓRIA, *A livre concorrência como garantia do consumidor*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, pp. 66-67).

⁴⁰⁰ “Bork coloca como situado no pólo oposto (*other end of the spectrum*) o antitruste, indissociável da economia, cujo interesse a ser perseguido é o da eficiência alocativa de modo a autorizar a busca por soluções exatas e constantes, que nos são dadas pela ciência econômica. *A Escola de Chicago percebe, então, o antitruste em um ambiente asséptico, livre dos conflitos de princípios ou de interesses presentes na aplicação de cada caso concreto.*” (PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 176). Conforme aponta a autora a aplicação da Análise Econômica do Direito apresenta inúmeros problemas, por conta das marcantes diferenças entre a racionalidade jurídica e a racionalidade econômica (v. PAULA A. FORGIONI, *Análise Econômica Do Direito (AED): Paranóia Ou Mistificação?*, In *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n.º 139, São Paulo, Malheiros, jul/set, 2005, pp. 242-256).

⁴⁰¹ HOVENKAMP aponta dez postulados principais da Escola de Chicago: (i) *economic efficiency*, que consiste em duas partes *productive efficiency* e *alocative efficiency*; (ii) todo mercado é competitivo, ainda que possua poucos vendedores; (iii) monopólios tendem a se auto-corriger; (iv) barreiras à entrada naturais são mais imaginárias que reais; (v) economias de escala são mais “pervasivas” do que os economistas imaginavam, em grande parte porque estes concentraram suas atenções sobre a estrutura interna, negligenciando as economias da distribuição; (vi) uma empresa maximiza seus lucros quando empresas upstream e downstream agem competitivamente, de modo que ela não tenha incentivo para estender seu monopólio para mercados verticais adjacentes; (vii) empresas são maximizadoras de lucro, ou seja, “*their managers generally make decisions that they anticipate will make the firm more profitable than an alternative*”; (viii) o antitruste deve penalizar condutas ineficientes, mas tolerar e encorajar condutas eficientes; (ix) ainda que os mercados sejam imperfeitos e propícios para a prática de condutas anticompetitivas, a intervenção governamental só se justifica se o resultado for positivo, mediante o sopesamento dos custos desta intervenção; e (x) o modelo de eficiência de mercado utilizado não deve levar em consideração fatores políticos como distribuição de renda, mas apenas a maximização do bem-estar. (HERBERT HOVENKAMP, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, cit., pp. 60-62).

complexidade do direito não pode ficar enclausurada nos limites da economia.⁴⁰² Do mesmo modo, resumir a interpretação de todo e qualquer diploma legislativo à promoção da eficiência econômica pode levar à desconsideração de inúmeros interesses protegidos pelo sistema democrático.⁴⁰³

A partir do final da década de 70 a escola de Harvard praticamente desapareceu em matéria de controle estrutural. Encontramos, assim, poucos traços desta Escola na literatura recente.⁴⁰⁴

O deslocamento do estudo para o controle comportamental levou à predominância das teorias pós-chicago, que voltaram seu enfoque a análise dos comportamentos dos agentes econômicos em detrimento das estruturas de mercado. Dentre elas pode-se destacar: (i) teoria dos mercados contestáveis; (ii) teoria dos jogos; e (iii) teoria dos custos de transação; (iv) teoria dos comportamentos estratégicos; e (v) teoria da racionalidade limitada.⁴⁰⁵

A teoria dos mercados contestáveis, contrariando a abordagem da economia clássica e neoclássica, busca explicar endogenamente a natureza da estrutura industrial.⁴⁰⁶ Segundo ela a possibilidade de contestação do mercado por outras empresas é o que determina o comportamento das empresas que estão no mercado e, como consequência, sua estrutura. O objetivo perseguido não é a concorrência perfeita, mas sim a perfeita contestabilidade do mercado (que se caracteriza pela entrada livre de novos *players* e pela ausência de custos relevantes para a saída do produtor do mercado)⁴⁰⁷. Assim, o papel das autoridades antitruste se resume ao combate das barreiras à entrada e dos limites à saída.⁴⁰⁸

⁴⁰² PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 179-180.

⁴⁰³ “But competing concerns, such as those for protecting consumers from wealth transfers (whether caused by efficient or inefficient practices), and even more unholy concerns, such as protecting other interest groups that Congress was determined to protect, simply cannot be ignored. If they are, then we are not living in a democratic society.” (HERBERT HOVENKAMP, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, cit., pp. 67-68).

⁴⁰⁴ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 22-23.

⁴⁰⁵ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 22-23.

⁴⁰⁶ “The new analyses are radically different in this respect. In our analysis, among others, an industry’s structure is determined explicitly, endogenously, and simultaneously with the pricing, output, advertising, and other decisions of the firms of which it is constituted. This, perhaps, is one of the prime contributions of the new theoretical analyses.” (WILLIAM J. BAUMOL, *Contestable markets: Un uprising in the theory of industry structure*, In *The american economic review*, vol. 72, n.º 1, mar., 1982, p. 3).

⁴⁰⁷ “A contestable market is one into which entry is absolutely costless. We use “freedom of entry” in Stigler’s sense, not to mean that it is costless or easy, but that the entrant suffers no disadvantage in terms of production technique or perceived product quality relative to the incumbent and that potential entrants find it appropriate to evaluate of the incumbent firms’ pre-entry prices. In short, it is a requirement of contestability that there

As conclusões desta teoria apontam no sentido de que as concentrações de mercado podem existir sem que haja efetivo prejuízo ao interesse público. Para tanto, basta que o Estado garanta a contestabilidade do mercado. Nesse sentido a política industrial:

deve evitar o controle das fontes de oferta de tecnologia (logo devem existir instituições públicas que promovam a difusão da tecnologia e inibam a apropriabilidade privada, sem contudo retirar o estímulo à inovação) e o excesso de regulamentação no setor quanto ao número de firmas (licenças de fabricação, etc).⁴⁰⁹

A eficiência do setor será maior à medida que as barreiras sejam menores, independentemente das firmas serem atomísticas e as decisões das empresas serem independentes. Disso decorre que, para seus defensores, a presença de elevado *market share* não seria por si só suficiente para caracterizar o poder de mercado.⁴¹⁰

Como consequência desta abordagem teremos a desregulação de setores em que os custos de saída sejam relativamente baixos, os ativos sejam facilmente transferíveis e já exista um número considerável de competidores no mercado. Nestas condições,

as these industries become governed less by statutory price regulation, and as entry is opened to more firms, antitrust will have an increasingly important role to play.⁴¹¹

be no cost discrimination against entrants. Absolute freedom of exit, to us, is one way to guarantee freedom of entry. By this we mean that any firm can leave without impediment, and in the process of departure can recoup any costs incurred in the entry process. If all capital is salable or reusable without loss other than that corresponding to normal user cost and depreciation, then any risk of entry is eliminated." (WILLIAM J. BAUMOL, *Contestable markets: Un uprising in the theory of industry structure*, cit., pp. 3-4).

⁴⁰⁸ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 23-25.

⁴⁰⁹ JORGE FAGUNDES; JOÃO LUIZ PONDÉ, *Barreiras à entrada e defesa da concorrência: Notas introdutórias*, disponível em http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/barreiras_a_entrada_e_defesa_da_concorrencia.pdf, acesso no dia 28 set. 2010.

⁴¹⁰ JORGE FAGUNDES; JOÃO LUIZ PONDÉ, *Barreiras à entrada e defesa da concorrência: Notas introdutórias*, cit.

⁴¹¹ HERBERT HOVENKAMP, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, cit., pp. 35-36.

A teoria dos jogos, a seu turno, se desenvolveu inicialmente como um ramo da matemática aplicada, tendo por objeto o estudo de estratégias racionais de jogadores. Sua aplicação na análise de condutas trouxe importante contribuição para o estudo do resultado dos comportamentos e da motivação dos agentes econômicos. Pode-se dizer, inclusive, que essa teoria comprovou a tendência à adoção de comportamento paralelo dos oligopolistas, tendo exercido enorme influência na análise de práticas colusivas pelas autoridades antitruste.⁴¹²

As maiores controvérsias surgem com relação à aplicação da teoria na análise da motivação dos comportamentos econômicos. Em sua origem a teoria oscilou entre uma abordagem lógico-matemática e uma ético-valorativa, tendo a primeira prevalecido.

A abordagem matemática parte do pressuposto de que todo comportamento humano é motivado por razões individuais,⁴¹³ ignorando as motivações de razão coletiva, objeto da segunda abordagem. O abandono da visão ético-valorativa pode se mostrar equivocado, visto que a própria visão individualista leva à identificação do elemento cooperativo. Tanto assim que o resultado comprovado pela teoria é o da cooperação natural e inconsciente entre os oligopolistas.⁴¹⁴

A ingenuidade da visão lógico-matemática decorre do convencimento de que todo resultado é causal e economicamente determinado. Este convencimento ignora o fato de que os agentes econômicos geralmente observam o comportamento dos outros antes de orientarem suas atuações. Assim:

ainda que não se admita uma motivação altruísta para o comportamento humano (o que, sem dúvida, em grande parte dos casos seria um pressuposto irreal), é necessário admitir que qualquer indivíduo racional direciona seu comportamento não por uma cega observância de um princípio individualista, mas por uma compreensão (adquirida) das formas de interação econômica.⁴¹⁵

Dessa forma é possível concluir que o conhecimento adquirido por meio do comportamento individual leva à escolha de uma estratégia coletiva (concluindo-se que a concorrência é ruínoza, então os agentes econômicos deverão cooperar entre si).⁴¹⁶ Disso decorre a importância dessa teoria para a análise dos cartéis.

⁴¹² CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 25-26.

⁴¹³ O maior teórico dessa visão, que inclusive recebeu o Prêmio Nobel de economia por seus trabalhos nessa área, foi o economista JOHN NASH.

⁴¹⁴ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 25-27.

⁴¹⁵ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 25-27.

⁴¹⁶ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 25-27.

Deve-se ressaltar, porém, que sua enorme complexidade matemática, aliada à impossibilidade de auferir sua eficácia em casos práticos, leva a uma aplicação extremamente limitada destas no Direito.⁴¹⁷

No que toca a terceira teoria em análise, é importante mencionar a nova economia institucional, que surgiu como a mais contundente forma de contestação dos pressupostos da economia neoclássica.

A expressão “nova economia institucional” possui uma enorme amplitude, incluindo dentre seus seguidores economistas das mais diversas linhas ideológicas, como HAROLD DEMSETZ, KENETH ARROW, DOUGLAS NORTH, FRIEDERICH HAYEK, OLIVER WILLIAMSON, dentre inúmeros outros. O que une todos eles é a preocupação essencial com as instituições, em detrimento da preocupação com os mecanismos microeconômicos orientadores do mercado, objeto central de estudo dos neoclássicos. Com o relaxamento do pressuposto neoclássico da informação perfeita a partir da década de 60, foram desenvolvidas diversas teorias que buscavam explicar transações em ambiente de informação assimétrica.⁴¹⁸ Adquire papel central no estudo desses economistas a análise dos chamados custos de transação.⁴¹⁹

A elaboração original da teoria dos custos de transação se encontra no trabalho de RONALD COASE⁴²⁰, que publicou em 1937 um texto denominado *The*

⁴¹⁷ BRUCE H. KOBAYASHI, *Game theory and antitrust: A post-mortem*, In *George Mason Law Review*, vol. 5, n.º 3, 1997, pp. 411-421.

⁴¹⁸ Seguindo essa linha foram desenvolvidas as teorias do *moral hazard*, da seleção adversa, do *mechanism design*, dentre outras. Em síntese, tais teorias buscaram introduzir o comportamento aético e seus custos, explicando como o pressuposto da economia ortodoxa de que os agentes tenderiam a honrar seus compromissos seria falho (ELIZABETH MARIA MERCIER QUERIDO FARINA; et al., *Competitividade: Mercado, estado e organizações*, cit., pp. 38 e ss.).

⁴¹⁹ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 27 e ss.

⁴²⁰ A publicação de *The nature of the firm* não causou muito impacto na época de sua publicação, muito por conta da inércia do pensamento econômico da época, mas também por conta das deficiências da teoria ali desenvolvida. Porém, ainda que ignorados na época em que foram publicados, os trabalhos de COASE trouxeram um profundo impacto no estudo da economia. Podemos inclusive afirmar que este foi um dos autores que mais contribuiu para o surgimento da Nova Economia Institucional. Fundamentalmente, o autor deslocou o foco do estudo do sistema de preços, segundo o sistema cunhado por ADAM SMITH, para outros aspectos até então ignorados. Dessa forma seus estudos abriram caminho para que pudesse ser explicada a gênese da firma. “Com seu argumento, Coase colocou em cena as restrições às transações econômicas, cujos custos não mais poderiam ser impunemente considerados como negligenciáveis. Elementos antes considerados exógenos à análise econômica – como direitos de propriedade, estrutura organizacional da firma e mecanismos de governança nas transações – passaram, um a um, a ser incorporados, o que caracterizou a NEI (Nova Economia Institucional) como uma teoria multidisciplinar. Possivelmente a consequência mais importante do artigo de Coase foi o

nature of the firm. Seus contornos atuais, foram desenvolvidos por outro prêmio Nobel de economia: OLIVER WILLIAMSON.

Os custos de transação podem ser definidos como os custos necessários para a realização de uma transação no mercado, em detrimento de sua realização dentro da empresa.⁴²¹ Dessa forma, se relacionam à incerteza presente nas relações de mercado e na limitação da possibilidade de escolha. Em meio a esses fatores a busca da redução dessas incertezas leva as empresas a se verticalizarem, ou seja, a incorporarem os elos da cadeia de produção ao conglomerado empresarial. Os teóricos da economia dos custos de transação enxergam nessas concentrações “eficiência”, posto que possibilitam a redução dos custos de transação. Por outro lado, devemos ressaltar que estas concentrações dificultam a supervisão das atividades reguladores, bem como contribuírem para a facilitação da colusão entre produtores.⁴²²

A teoria dos comportamentos estratégicos busca solucionar a questão do papel do Direito frente às transações e negociações entre particulares.⁴²³ Segundo os defensores dessa teoria o papel do Direito é evitar/desestimular os comportamentos estratégicos, que tendem a predação e incentivar o comportamento cooperativo.

Por fim, de acordo com a teoria da racionalidade limitada, a complexidade e a assimetria informacional do mundo moderno levam à impossibilidade do consumidor considerar todas as variáveis quando realiza suas opções de consumo. Por conta disso torna-se impossível a escolha racional propugnada pelos neoclássicos, que supostamente levaria à maximização da utilidade. Além disso, aponta que uma série de incertezas e eventos independentes da vontade humana acabam influenciando o mercado e as transações.⁴²⁴⁻⁴²⁵

enriquecimento da visão da firma, que passa de um mero depositário da atividade tecnológica de transformação do produto para um complexo de contratos regendo transações internas.” (ELIZABETH MARIA MERCIER QUERIDO FARINA; et al., *Competitividade: Mercado, estado e organizações*, cit., pp. 33-38).

⁴²¹ Por esta razão, OLIVER E. WILLIAMSON define os custos de transação como “*the costs of running the economic system*” (*The mechanisms of governance*, New York, Oxford University Press, 1996, p. 93).

⁴²² CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 27-32.

⁴²³ Conforme aponta CALIXTO SALOMÃO FILHO, os economistas sempre tenderam a adotar duas posições, a primeira, conhecida como Teorema de Coase, entendia que o direito tem a função apenas de eliminar os custos de transação (visão claramente liberal), e a segunda, conhecida como Teorema de Hobbes, segundo a qual o Direito constitui uma solução institucional para evitar prejuízos para as partes e a desorganização da vida em sociedade (visão mais intervencionista) (*Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 33-35).

⁴²⁴ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 35-36.

⁴²⁵ A teoria da racionalidade limitada, introduzida pelo economista HERBERT SIMON,

Em relação a ortodoxia de Chicago as teorias pós Chicago se mostram cada vez mais complexas e ambíguas. Esta complexidade cria enormes dificuldades para que as agências antitruste possam analisar a licitude de determinadas condutas. No entanto, é necessário cautela: a complexidade dos modelos descritivos reflete a complexidade da nossa realidade. Por isso mais uma vez ressaltamos: não podemos nos deixar levar pelas respostas fáceis e precisas da Escola de Chicago.

O que importa notarmos é que todas estas teorias, enquanto econômicas, se limitam a identificar fatos econômicos e a demonstrar tendências comportamentais.⁴²⁶ Assim:

given sufficient data it can predict whether a certain practice is efficient or inefficient, by a given definition of efficiency. What the model cannot do is tell us whether efficiency is the only thing that counts.⁴²⁷

Os fundamentos e a forma de obtenção dos comportamentos desejados dependem de uma teoria jurídica, que enquanto ciência valorativa, poderá resolver tal impasse.

Conforme apontamos acima, a partir do terceiro período de evolução o direito antitruste passou a ser compreendido como instrumento de implementação de políticas públicas o que, a seu turno, gera questões quanto aos objetivos que devem ser perseguidos pelo Direito.

traz para a economia a noção de escassez da capacidade de absorver e processar informações. A partir disso o autor conceitua processos de seleção de formas complexas que diferiam da seleção natural darwinista (ELIZABETH MARIA MERCIER QUERIDO FARINA; et al., *Competitividade: Mercado, estado e organizações*, cit., pp. 43-46).

⁴²⁶ Conforme afirmamos acima, a racionalidade econômica é diversa da racionalidade jurídica e, por conta disso, a aplicação daquela de forma desconectada do direito pode gerar inúmeros problemas. “Em ambos os casos, tanto quando tenta analisar a função do Direito, como quando tenta indicar a direção a seguir, a análise econômica é falha. No primeiro caso atribui ao aplicador do Direito uma racionalidade econômica, sem propor qualquer fundamento empírico para tal. No segundo, imputa ao Direito o papel de mero espectador da vida econômica, que deve eliminar os custos de transação para maximizar a eficiência. Também ali não se deriva qualquer teoria política ou econômica sobre a razão pela qual a regra deveria ter tal objetivo.” (CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., p. 37).

⁴²⁷ “Further, economic theory will often help the multi-valued policy maker determine whether a particular legal rule will effectively protect the interest she wants to protect.” (HERBERT HOVENKAMP, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, cit., pp. 70-73.)

Desde os primórdios do estudo da economia do bem-estar social enfrentou-se o problema da mensuração das utilidades individuais: o valor dado a cada bem por cada pessoa é diverso e, conseqüentemente, a afirmação de que um estado econômico é melhor que outro é relativa.

Os estudos de AMARTYA SEN nos levam à compreensão de que a economia não pode determinar o valor que deve prevalecer em cada caso. Seu verdadeiro papel, portanto, é o de tentar lidar com uma realidade mais complexa do que aquela pensada anteriormente pelos neoclássicos, desenvolvendo instrumentos econômicos que permitam sistematizar esta ampla base de dados.⁴²⁸ Assim, com base nestes instrumentos, caberá ao Direito o papel de fixar os valores que devem ser perseguidos. As normas jurídicas devem, então, incorporar valores e metas (individuais e sociais), tendo por isso um caráter institucional. Porém, não devem trazer respostas pré-definidas, por conta de seu papel meramente instrumental em relação ao sistema econômico e social. Essa aparente vagueza faz possível o experimentalismo social e institucional necessário para viabilizar a democracia.⁴²⁹

O direito concorrencial deve, então, adotar essa visão institucional, não impondo um resultado, mas garantindo a lisura no relacionamento entre concorrentes e a existência efetiva de concorrência. Neste cenário a concorrência atua como um processo de descoberta, pois quanto maior o leque de alternativas que dispuser o consumidor, mais fácil será a ele definir quais produtos são dotados de maior utilidade. A concorrência torna-se o único instrumento capaz de resolver o problema da assimetria informacional enfrentada pelos consumidores.⁴³⁰

⁴²⁸ “The possibility of constructive welfare economics and social choice (and their use in making social welfare judgments and in devising practical measures with normative significance turns on the need for broadening the informational basis of such choice. Different types of informational enrichment have been considered in the literature. A crucial element in this broadening is the use of interpersonal comparisons of well-being and individual advantage. It is not surprising that the rejection of interpersonal comparisons must cause difficulties for reasoned social decision, since the claims of different persons, who make up the society, have to be assessed against each other. We cannot even understand the force of public concerns about poverty, hunger, inequality, or tyranny, without bringing in interpersonal comparisons in one form or another. The information on which our informal judgments on these matters rely is precisely the kind of information that has to be—and can be—incorporated in the formal analysis of systematic social choice” (AMARTYA SEN, *The possibility of social choice*, In *The American economic review*, vol. 89, n.º 3, 1999, pp. 349-378).

⁴²⁹ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 37-39.

⁴³⁰ “Visto dessa forma – como garantidor da concorrência, e não do mercado –, o Direito reassume aquele papel redistributivo ou garantidor da igualdade de condições nas relações econômicas, que sempre lhe incumbiu.” (CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., p. 51).

2.2 - Interesses protegidos pelo direito antitruste

A concepção dominante, até o século passado, tinha forte caráter privatista, entendendo que o objeto da proteção deveria se centrar no concorrente e não na concorrência. A superação dessa visão ocorre com o reconhecimento de que não apenas a lealdade entre os concorrentes deve ser garantida, mas também a existência efetiva de concorrência.⁴³¹

Podemos apontar três grandes interesses resguardados pelo direito concorrencial: o dos consumidores, o dos concorrentes e o da instituição concorrência.⁴³²

A tutela de um interesse institucional pelo ordenamento jurídico surge com as *Schutzgesetz* (normas de proteção) alemãs. Com elas passa-se a vislumbrar a possibilidade de exigir indenização de danos contra a coletividade, superando o paradigma clássico do direito civil, centrado no indivíduo.⁴³³ Assim, nas últimas décadas surge a possibilidade da proteção dos chamados interesses difusos pela via jurídica.

A doutrina, por conta do enfoque processualístico sobre o tema, tradicionalmente classificou os interesses coletivos⁴³⁴ com base na extensão

⁴³¹ CALIXTO SALOMÃO FILHO aponta que a garantia da concorrência apenas toma lugar quando se afasta o requisito do prejuízo efetivo ao concorrente e se passa a considerar o prejuízo potencial. Isso culmina na substituição da tutela repressiva (típica do direito privado) pela preventiva, no campo das condutas (*Direito concorrencial – As condutas*, cit., p. 54).

⁴³² PAULA A. FORGIONI atribui à lei antitruste brasileira duas “almas”: a proteção da livre iniciativa e da livre concorrência e a proteção do consumidor. A autora aponta nos dispositivos da Lei de Propriedade Industrial relativos à concorrência desleal como os responsáveis pela proteção dos concorrentes. Porém, ainda que não veja nestas normas uma forma direta de proteção da concorrência, entende que sua intenção é proteger indiretamente a coletividade contra os excessos da concorrência (*Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 283-284).

⁴³³ “Note-se que no reconhecimento concreto de que normas poderiam ser qualificadas como *Schutzgesetze* o legislador alemão dirigiu-se àquelas cujo descumprimento era ao mesmo tempo lesivo ao interesse coletivo e ao interesse individual. Só com relação a essas regras pareceu haver razão suficiente para qualificá-las como *Schutzgesetze*. O requisito da lesão individual ou a um grupo determinado é imperativo, pois da caracterização como *Schutzgesetze* nasce automaticamente o direito à indenização, sem necessidade de demonstração de qualquer nexos causal ou elemento subjetivo relacionado ao dano. Reconheceu-se o caráter de *Schutzgesetze*, então, às regras sobre meio ambiente e às regras concorrenciais.” (CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 62-63).

⁴³⁴ Utilizamos o termo interesses coletivos para nos referirmos aos interesses coletivos lato sensu. Neste se enquadram os interesses coletivos, os difusos e os individuais homogêneos. Para maiores informações sobre a distinção entre estes v. HUGO NIGRO MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010; e

subjetiva da lide. Tal enfoque, porém, pode levar a uma má compreensão desse instituto.

Se levarmos em conta não o enfoque processual, mas sim a classificação sob o enfoque material, devemos entender que haverá interesse coletivo sempre que presentes garantias institucionais a serem protegidas, independentemente do vínculo jurídico entre os agentes econômicos.⁴³⁵ Não restam dúvidas de que a ordem concorrencial constitui um direito institucional, cabendo ao direito da concorrência tutelar tal interesse.

O segundo interesse tutelado pelo direito da concorrência é o do consumidor. Independentemente da teoria econômica considerada,⁴³⁶ o consumidor sempre cumprirá com o papel de destinatário final das normas concorrenciais, o que evidentemente não o torna destinatário jurídico direto dessas normas. A proteção do interesse dos consumidores ocorre, em muitos casos, apenas por meio da preservação da concorrência no mercado.⁴³⁷⁻⁴³⁸

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

⁴³⁵ “[o] novo conceito de interesse difuso elaborado põe em segundo plano a diferença entre os conceitos processualistas de interesses difusos e interesses coletivos. Segundo essa nova noção, pouco importa a relação jurídica entre os titulares do interesse ou sua relação com a parte contrária. Importa - isso, sim - a existência do interesse institucional - supradefinido - a ser protegido” (CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial - As condutas*, cit., p. 75).

⁴³⁶ As divergências ocorrem em relação ao que se entende por bem-estar do consumidor. Para os ordoliberais o bem-estar está vinculado à ideia de liberdade de escolha, para os neoclássicos, por sua vez, se confunde com a noção de eficiência econômica (CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial - As condutas*, cit., p. 81). Sobre o conceito de bem-estar para os neoclássicos, aponta MAIRA YURIKO RÓCHA MIURA: “A Escola de Chicago e as correntes clássicas nos apresentam um conceito de bem-estar do consumidor bastante estreito, ligado unicamente à redução de preços. Essa proposta simplificadora se adéqua ao modelo de concorrência perfeita utilizado por seus economistas [...], mas não permite qualquer investigação sobre os fatores que realmente lhe trazem esse bem-estar. Pensando-se de maneira mais ampla, poderíamos supor que os consumidores poderiam obtê-lo de outras fontes, como da tecnologia, do *design*, da maior diversidade de produtos, da melhor localização das lojas, ou simplesmente da sua liberdade de escolha. Um outro problema enfrentado pelas teorias clássicas está na forma pela qual mensuram o bem-estar do consumidor e o comparam com o de outro. Certamente, esse procedimento é dotado de simplificação tal que pode mascarar seus reais resultados.” (*Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira: Uma visão de Direito Comercial*, cit., p. 33). Nesse sentido afirma DANIEL FIRMATO DE ALMEIDA GLÓRIA “O único princípio norteador do direito da concorrência é a proteção do bem-estar do consumidor. Robert Bork, teórico de vertente liberal, conclui pela necessidade de consideração exclusiva do interesse do consumidor, no sentido de promoção de eficiência, pelo direito concorrencial.” (*A livre concorrência como garantia do consumidor*, cit., p. 113).

A exceção à esta regra geral está na repressão ao abuso de poder econômico, área na qual vislumbramos uma relação direta entre os agentes econômicos que praticam o ilícito e os consumidores.

A repressão ao abuso de poder econômico suscita inúmeras controvérsias. Se considerarmos, por exemplo, especificamente a repressão aos aumentos arbitrários de lucros, teremos que esta pode ir justamente em sentido contrário aos interesses da concorrência. Em mercados altamente lucrativos, que não possuam barreiras significativas à entrada, sempre haverá o interesse de agentes econômicos que se encontram fora deste a nele ingressarem para partilharem dos lucros. Por esta razão, o aumento de lucros pode justamente incentivar o incremento da concorrência, uma vez que a existência de lucros extraordinários traz estímulos para que agentes externos ingressem no mercado para concorrer com os atuais participantes.⁴³⁹ Por essa razão muitos classificam essas regras como normas não propriamente concorrenciais.⁴⁴⁰

⁴³⁷ Basta lembrarmos do exemplo dos preços predatórios: neste caso a identificação da prática como ilícita se liga diretamente à defesa da concorrência enquanto instituição e dos concorrentes, sendo contrária aos interesses imediatos dos consumidores (que à princípio se beneficiam com os preços baixos). No entanto, é suficiente recordar que a racionalidade dos preços predatórios decorre da possibilidade do monopolista auferir vultosos lucros após a eliminação dos demais concorrentes do mercado. Assim, apenas através da proteção da concorrência que os interesses dos consumidores serão resguardados. (CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 81-85).

⁴³⁸ “Neste cenário, somente o direito da concorrência é capaz de impor limites e de fazer valer a propalada liberdade de escolha do consumidor” (DANIEL FIRMATO DE ALMEIDA GLÓRIA, *A livre concorrência como garantia do consumidor*, cit., p. 116). NUNO T. P. CARVALHO já ressaltava a proteção da liberdade de escolha do consumidor como um dos objetivos da Lei Antitruste: “Um terceiro objetivo do Direito Antitruste – e que tem muito a ver com o sentido distributivista da livre concorrência – é manter os preços dos produtos e serviços em níveis próximos dos respectivos custos, o que aumenta a possibilidade de acesso dos cidadãos ao consumo e, em especial, restringe a transferência indesejada de renda de uns setores da economia para outros” (*As concentrações de empresas no direito antitruste*, São Paulo, Resenha Tributária, 1995, p. 68).

⁴³⁹ “Por óbvio, os altos lucros atraem agentes econômicos, incentivados que são pela possibilidade de ganhos. Costuma-se dizer que esses agentes estão prontos a alçar vôo, para entrar naquele setor da economia (*in the wings*). Onde há lucros, se não houver elevadas barreiras à entrada, a concorrência potencial tende a transformar-se em efetiva.” (PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 279).

⁴⁴⁰ PAULA A. FORGIONI identifica na repressão aos lucros arbitrários, mais do que a proteção do mercado, a proteção dos consumidores: “Ora, se a repressão ao lucro arbitrário não vai ao encontro dos interesses do mercado, seria mesmo fechar-se em uma teórica torre de marfim não admitirmos que essa repressão visa, precipuamente, à *proteção do consumidor*” (PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 279).

No que toca seus efeitos, dois dispositivos consumeristas interessam ao direito concorrencial: a regulamentação publicitária e as regras sobre coerção dos consumidores.

Por meio da publicidade sugestiva, conjugada com o domínio sobre os meios de divulgação, agentes econômicos com posição dominante podem criar barreiras à entrada de novos concorrentes, bem como podem dificultar a competição entre os participantes do mercado.⁴⁴¹

O segundo grupo de regras busca proteger o consumidor contra práticas de coerção utilizadas por agentes com posição dominante no mercado. Estas se realizam pelas práticas de *tying arrangement* e pelos cartéis para elevação de preços. A inserção da vedação a estas práticas no Código de Defesa do Consumidor pode gerar sérios problemas aplicativos: para que não ocorram distorções no mercado, a aplicação dessas normas deve estar pautada pelo emprego da regra da razão, típica do raciocínio concorrencial e ignorada pela lógica do Direito do Consumidor.⁴⁴²⁻⁴⁴³

O último interesse tutelado pelo direito concorrencial é o dos concorrentes. Não se deve entender que este tenha por objeto a proteção de pequenos agentes econômicos. Não se deve também entender que o ilícito antitruste ocorra apenas com a comprovação do prejuízo aos concorrentes. O direito antitruste não pode lidar diretamente com questões exclusivamente individuais. É por meio da tutela do interesse institucional da ordem econômica que serão resguardados os interesses dos outros agentes econômicos. Dessa forma é importante ter em mente que o único objeto imediato de tutela é o interesse institucional, sendo este o guia para a aplicação dessas normas.⁴⁴⁴

3 – Interseção entre o direito concorrencial e os direitos intelectuais

⁴⁴¹ A publicidade possui enorme importância no contexto atual, uma vez que possibilita o reconhecimento e a valorização da marca. Muitas vezes o reconhecimento da marca constitui uma barreira intransponível para players entrantes.

⁴⁴² CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., pp. 85-92.

⁴⁴³ Para maiores informações sobre a proteção contra a publicidade abusiva e enganosa v. ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN, et. al., *Manual de direito do consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 181-215).

⁴⁴⁴ “Toda vez que houver poder no mercado por parte do agente que pratica preços abusivos, e esse agente estiver estruturalmente protegido contra a entrada de novos concorrentes, o interesse institucional na existência de um mercado concorrencial com a livre escolha para o consumidor está em perigo. Justifica-se, portanto, a intervenção direcionada a restabelecer o equilíbrio perdido. Quando, no entanto, não há poder no mercado por parte do agente que pratica preços abusivos, não há qualquer interesse institucional a proteger.” (CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., p. 94).

Como vimos, durante o Antigo Regime os privilégios eram concedidos não com o objetivo de se estimular a pesquisa, mas porque se entendia que os artesãos desempenhavam uma função de interesse público. A garantia da exclusividade tinha como objetivo permitir que os mestres artesãos ensinasse seus aprendizes. Por esta razão, entendia-se nesse período que tais concessões constituíam uma área sobre a qual não atuavam as regras do Direito da Concorrência.⁴⁴⁵ As profundas mudanças trazidas pela Revolução Industrial não modificaram o paradigma da relação entre o direito concorrencial e o direito industrial. Na sociedade industrial a informação ocupava posição acessória na estrutura econômico-social, não havendo, por esta razão, grandes controvérsias quanto à oposição entre os direitos intelectuais e o antitruste: nesse momento o direito exclusivo prevalecia sobre a liberdade de concorrência.⁴⁴⁶

É apenas com o advento da sociedade da informação que a informação se desloca para o centro da estrutura econômica, tornando inadequada a análise estática baseada na oposição entre as duas áreas (direito industrial e antitruste).⁴⁴⁷ Por essa razão, não havia ainda qualquer disposição legal expressa ou mesmo preocupação com condutas restritivas envolvendo direitos intelectuais. As discussões nessa área se iniciariam apenas ao longo das primeiras décadas do século XX.⁴⁴⁸

Como vimos, ao longo dos anos os sistemas de proteção da propriedade intelectual perdem sua natureza de privilégios reais (concedidas por critérios subjetivos e muitas vezes sem qualquer base legal), passando a ser gradualmente regulamentados em lei (com critérios impessoais e objetivos). Nesse segundo momento a doutrina tradicional afirmava que a propriedade intelectual seria uma espécie de “ilha de proteção”⁴⁴⁹, ou seja, um monopólio absoluto sobre os quais não atuavam as normas concorrenciais. Seguindo essa visão poderíamos concluir por uma aparente tensão entre os direitos intelectuais e o direito da concorrência.

⁴⁴⁵ Essa é a clássica visão de ASCARELLI sobre o direito industrial, conforme aponta CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito industrial, direito concorrencial e interesse público*, cit., p. 13.

⁴⁴⁶ KARIN GRAU-KUNTZ, *A interface da propriedade intelectual com o direito antitruste*, Exposição apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 22 de agosto de 2011, disponível em: <http://ibpi brasil.org/40693/64901.html>, acesso no dia 30, jul., 2012.

⁴⁴⁷ KARIN GRAU-KUNTZ, *A interface da propriedade intelectual com o direito antitruste*, cit.

⁴⁴⁸ CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 24.

⁴⁴⁹ “Tradicionalmente, a propriedade intelectual é encarada como uma ‘ilha de proteção’ do agente econômico contra a força concorrencial; uma espécie de *recompensa* por seu esforço de inovação, para incentivar o desenvolvimento de produtos e tecnologias” (PAULA A. FÓRGIONI, *Evolução do Direito Comercial Brasileiro – Da Mercancia ao Mercado*, cit.)

Nas palavras de BARBARA ROSENBERG:

de um lado há o incentivo estatal à situação de exclusividade temporária (por vezes, de *monopólio*) quando do reconhecimento de direitos de propriedade intelectual; de outro, o aparato estatal por meio das autoridades competentes, busca fomentar a concorrência, coibindo situações de *monopólio*, porque estas são tidas, de forma geral, como socialmente ineficientes.⁴⁵⁰

O uso da palavra *monopólio* desponta aqui, no contexto da aplicação da legislação de proteção da propriedade intelectual, equivocado. Basta lembrarmos que a proteção dos direitos intelectuais confere aos seus titulares a exclusividade na exploração de certos bens imateriais não impedindo, porém, que outros agentes econômicos concorram com a oferta de outros bens imateriais igualmente protegidos ou não por direitos de exclusivo.⁴⁵¹ Por essa razão, a exclusividade concedida é de caráter concorrencial.⁴⁵² Devemos lembrar que tanto os direitos intelectuais como o direito concorrencial objetivam, em último caso, a promoção do bem-estar social.⁴⁵³ Dessa forma, ainda que a exclusividade conferida pelos

⁴⁵⁰ *Considerações sobre direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual*, In PEDRO ZANOTTA, PAULO BRANCHER, et. alii., *Desafios atuais do direito da concorrência*, São Paulo, Singular, p. 174.

⁴⁵¹ “And even where a patented (or particularly a copyrighted or trademarked) product is successful in the marketplace, it normally competes for the attention of consumers with many other products, some themselves protected by IP rights.” (MARK A. LEMLEY, *A new balance between IP and antitrust*, cit., p. 11).

⁴⁵² “Numa atmosfera de concorrência entre empresas, a titularidade de um dos objetos da propriedade intelectual dá exclusividade no uso de certos bens imateriais, de forma que só seus titulares possam explorar aquela oportunidade perante o mercado, configurada pelo emprego privativo de tais bens. Assim, a exclusividade, neste contexto, é de caráter concorrencial.” (DENIS BORGES BARBOSA, *Nota sobre a aplicação da doutrina das essential facilities à Propriedade Intelectual*, disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/concorrenca/essencial.doc>, acesso no dia 26 jul. 2012. Nesse sentido, EMANUELA AREZZO: “There is a common misunderstanding that lead scholars to think that the monopolization of the first market, the market corresponding to the protected subject matter, is lawfully granted by the intellectual property right, therefore an abusive conduct can be found if and only if monopolization or attempt to monopolize – borrowing the American terminology – regards a second market. This is quite far from reality. IPRs grant an economic monopoly in the sense that the ip owner is the only person entitled to economically exploit its idea or creation, but it does not mean that he can lawfully monopolize the entire market.” (*Competition policy and IPRs: an open debate over an ever-green issue*, In *Il diritto d'autore*, n.º 3, 2004, p. 2).

⁴⁵³ Nesse sentido DEBORAH PLATT MAJORAS: “it is important to recognize that the two

direitos intelectuais limite a concorrência em um primeiro momento, a longo prazo esta terá o condão de fomentar a concorrência. Por essa razão, sob uma perspectiva estática, diz-se que estes direitos limitam a concorrência, porém, sob uma perspectiva dinâmica, acabam por estimulá-la.⁴⁵⁴⁻⁴⁵⁵ Assim, sob uma primeira visão, defendida entre outros por BARBARA ROSENBERG:

não há qualquer relação de exclusão, ou, ainda, qualquer tensão entre o direito da concorrência e a proteção da propriedade industrial. Pelo contrário, repita-se, a relação é de complementaridade.⁴⁵⁶

Contraopondo-se a tal visão, CALIXTO SALOMÃO FILHO afirma que, na realidade, não existe propriamente uma complementaridade entre as áreas, no sentido de que uma corrige os problemas da outra. As matérias são distintas, bem como seus fundamentos. Conforme aponta:

pelas suas próprias origens recentes, de inspiração concorrencial, está e deve estar o Direito Industrial permeado pelos princípios concorrenciais. Antes que uma justificativa para a desaplicação do Direito Concorrencial, o Direito Industrial é um caso especial de sua aplicação.

Já apontamos que o advento da sociedade de informação traz alterações profundas sobre a forma de organização econômica moderna, levando, conseqüentemente, à necessidade de revisão do instituto da propriedade intelectual. O papel de instrumento de organização da economia que os direitos intelectuais passam a ter torna inadequada a análise estática baseada na visão

bodies of law are complementary, with both playing an essential role in promoting innovation, which provides vast and continuing benefits for consumers." (*A government perspective on IP and antitrust law*, cit., p. 1.)

⁴⁵⁴ BARBARA ROSENBERG, *Considerações sobre o direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual*, cit., p. 173.

⁴⁵⁵ "On this view, when viewed in context the two laws are not in conflict at all. Rather, they are complementary efforts to promote an efficient marketplace and long-run, dynamic competition through innovation" (MARK A. LEMLEY, *A new balance between IP and antitrust*, cit., p. 12). Nesse sentido EMANUELA AREZZO, "There is a widespread consensus that the short run restrictions of competition, intrinsic in the very logic of IPRs, are allegedly useful insofar as they ensure long run technical development, to the benefit of society." (*Competition policy and IPRs: an open debate over an ever-green issue*, cit., p. 2).

⁴⁵⁶ BARBARA ROSENBERG, *Considerações sobre o direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual*, cit., p. 174-177.

Ascareliana de uma área infensa às regras da concorrência. Neste momento os direitos intelectuais apenas se justificariam enquanto estímulo à concorrência, sua função passa a ser a de garantir a possibilidade de escolha dos consumidores.⁴⁵⁷

Independentemente da visão adotada notamos que a relação entre estas áreas não apresenta grandes complicações no plano normativo, porém suscita inúmeros problemas práticos. Ao aplicador do direito cabe o papel de analisar se a conduta do titular dos direitos intelectuais consiste em mero exercício de seu legítimo direito ou se, em verdade, constitui abuso dessa proteção.⁴⁵⁸ Deve-se, ainda ressaltar que em muitos casos não se evidencia verdadeiramente um conflito entre estas áreas, ocorrendo em verdade uma vontade exacerbada por parte dos tribunais em apontar um suposto conflito. Para que haja um conflito real:

one must have both an IP practice that poses a real threat to competition and also a realistic argument that the practice furthers an interest protected by the IP laws.⁴⁵⁹

Por essa razão, devemos ter em mente que apenas haverá conflito entre o direito da concorrência e os direitos intelectuais quando houver ameaça à concorrência.⁴⁶⁰ Em decorrência disso, o elemento essencial para configuração desse abuso é a existência do chamado poder de mercado.⁴⁶¹⁻⁴⁶²

Mais uma vez, devemos apontar que o Estado, enquanto interventor, lança mão de diversos mecanismos para atingir seus objetivos econômicos. A predominância de uma das áreas depende, em grande medida, de decisões político-legislativas. Não se deve concluir, porém, pela existência de uma resposta

⁴⁵⁷ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito industrial, direito concorrencial e interesse público*, cit., p. 14

⁴⁵⁸ “Efficient wealth maximization requires that a line be drawn between conduct that is permissible and that which is impermissible. Drawing that line is the hard work of both IP and antitrust law.” (MARK A. LEMLEY, *A new balance between IP and antitrust*, cit., p. 14)

⁴⁵⁹ HERBERT HOVENKAMP, *The intellectual property-antitrust interface*, In *Issues in competition law and policy*, n.º 1979, ABA section of antitrust law, 2008, pp. 1979-1980.

⁴⁶⁰ “If competition is not significantly threatened by a practice, there is no IP-antitrust conflict” (HERBERT HOVENKAMP, *The intellectual property-antitrust interface*, cit., p. 1980).

⁴⁶¹ BARBARA ROSENBERG, *Considerações sobre o direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual*, cit., pp. 178-179.

⁴⁶² O poder de mercado pode ser genericamente definido como a capacidade de uma empresa aumentar seus lucros pela redução do *output* e pela cobrança de preços acima do preço de concorrência de seu produto (HERBERT HOVENKAMP, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, cit., 78).

pré-concebida de como o estado deve agir em determinado caso concreto. Tal resposta decorrerá da interpretação dos institutos jurídicos pelos órgãos judiciais competentes.⁴⁶³

Nos Estados Unidos este tema apresentou fases de predominância dos direitos intelectuais e fases de predominância do direito antitruste.⁴⁶⁴ Didaticamente podemos classificar estas fases em três grandes períodos. Em um primeiro momento, entre os anos de 1890 e 1920:

as condutas unilaterais envolvendo direitos de propriedade intelectual foram em geral vistas como lícitas por si sós, [...], afinal tratava-se de um 'monopólio' concedido ao titular do direito pelo próprio estado, não fazendo sentido, à época, atribuir a esse 'monopólio' um caráter ilícito.⁴⁶⁵

⁴⁶³ “Para Estados desenvolvidos institucionalmente, com regimes jurídicos de defesa da concorrência e da propriedade intelectual devidamente estáveis e fortalecidos, não há uma pré-concepção de como o Estado deve agir em um caso concreto, ou seja, se deve privilegiar um ou outro instituto. Sabendo-se que ambas as políticas buscam o bem estar e são fundamentais para o desenvolvimento econômico de um Estado, o caminho natural é que essa decisão seja feita conforme a sensibilidade do órgão julgador, seja em um tribunal administrativo ou judicial.” (PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, p. 74).

⁴⁶⁴ “[t]he history of the intersection has been characterized by cycles of over- and under-enforcement, in which first antitrust and then IP is on the ascendancy while the other recedes into the background. This cyclical history has kept the two laws from settling into a healthy balance.” (MARK A. LEMLEY, *A new balance between IP and antitrust*, cit., p. 15). No mesmo sentido, HERBERT HOVENKAMP: “The Supreme Court has gone through periods in which it held expansive views of antitrust but was hostile toward patents and inclined to view them as inherently anticompetitive. The result has been a great deal of instability in antitrust-IP jurisprudence.” (*The intellectual property-antitrust interface*, cit., p. 1981).

⁴⁶⁵ “Os casos levados às cortes envolviam, em sua maioria, tentativas de ampliar o escopo da propriedade intelectual, através da imposição de venda casada e, até mesmo, formação de cartéis de preço por meio de *pool* de patentes. De início, as cortes adotaram interpretação bastante extensiva em relação aos poderes dos titulares de patentes, dando pouca ou nenhuma importância a aspectos concorrenciais das práticas.” (CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 24). Ainda, HERBERT HOVENKAMP: “The early twentieth century was an era of IP expansion and antitrust accommodation. During this period even when the Supreme Court saw fit to make IP yield, it frequently did so on “misuse” rather than antitrust grounds.” (*The intellectual property-antitrust interface*, cit., p. 1981).

Essa visão foi modificada nos anos que se seguiram, havendo uma redução do âmbito de aplicação desses direitos.⁴⁶⁶

O segundo momento ocorre entre as décadas de 1920 e 1980⁴⁶⁷, durante o *New Deal*, quando o abuso dos direitos intelectuais passou a ser tratado com extremo rigor. Nesse momento, especialmente nas décadas de 30 e 40,⁴⁶⁸ uma série de condutas (ainda que pró-competitivas) passam a ser consideradas ilícitas *per se*.⁴⁶⁹

Novamente devemos ressaltar que a mudança de paradigma ocorre com a evolução da sociedade da informação. O crescimento da importância econômica dos direitos intelectuais torna inadequada a aplicação irrestrita destes direitos. Nesse momento o exercício dos direitos intelectuais deve se amoldar às normas concorrenciais, para que os objetivos políticos-econômicos visados por estes institutos sejam atingidos.

⁴⁶⁶ Cabe apontar que já nos anos de 1912, no caso *Bathhtub (Standard Sanitary v. United States*, 226 U.S. 20, 1912) e, posteriormente, em 1917, no caso *Motion Picture Patents (Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg*, 243 U.S. 502, 1917), tivemos os primeiros precedentes de aplicação das proibições do *Sherman Act* quando os limites da proteção patentária extrapola o âmbito da proteção (CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 25).

⁴⁶⁷ Durante os anos de 1950, após a promulgação do *Patent Act*, temos um breve período em que os direitos intelectuais ganharam nova força, deixando a aplicação do *antitrust* em segundo plano (MARK A. LEMLEY, *A new balance between IP and antitrust*, cit., p. 16).

⁴⁶⁸ “As décadas de 30 e 40 foram marcadas pela maior imposição das leis antitruste, inclusive com a definição pelas cortes da ilegalidade *per se* de muitas condutas e pelo enfraquecimento dos direitos de propriedade intelectual, tanto em razão da maior condenação de práticas restritivas envolvendo patentes (principalmente, venda casada), como em consequência da imposição de padrão mais elevado de ‘inventividade’ como condição para a concessão da patente” (CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 26).

⁴⁶⁹ MARK LEMLEY afirma que, os casos julgados durante as décadas de 1930 e 1940 evidenciam esse rigor no tratamento da matéria, ao considerar a aplicação do *patent misuse* era *prima facie* uma evidência de violação antitruste, ainda que ausentes os requisitos do poder de mercado e da produção de efeitos competitivos: “The heightened antitrust scrutiny during this period culminated in the Carbice and Mercoid cases. Those cases held that misuse of a patent was *prima facie* evidence of an antitrust violation, even absent proof of market power or anticompetitive effect, and that one could commit patent misuse by “tying” a patented machine to non-staple products (products with no commercial use except in connection with the patented machine)” (*A new balance between IP and antitrust*, cit., p. 16). HERBERT HOVENKAMP destaca, inclusive que a expansão do antitruste nesse período levou a uma aplicação até mesmo infantil, quando foram condenados por violação antitruste agentes sem qualquer poder de mercado e sem qualquer potencial lesivo ao ambiente econômico (*The intellectual property-antitrust interface*, cit., p. 1981).

Durante esses dois primeiros períodos partia-se do pressuposto de que a mera existência de um direito exclusivo garantiria ao seu titular poder de mercado no sentido do termo como é compreendido pelo direito antitruste.⁴⁷⁰ Essa visão explica, de certo modo, o tratamento leniente do primeiro período, bem como o exagerado rigor do segundo período.

O terceiro período, por sua vez, se iniciou a partir da década de 1980.⁴⁷¹⁻⁴⁷² Esse período é marcado pela noção de complementaridade e harmonia entre as duas áreas de estudo. A partir de então o poder de mercado não pode mais ser presumido, devendo ser avaliado caso a caso por meio de uma série de critérios.⁴⁷³

⁴⁷⁰ Houve o desenvolvimento da doutrina do *patent misuse*, definida como “um mecanismo de controle restrito de abusos ao direito de propriedade intelectual, que serve como defesa em demandas por infração de patentes”. Nos primeiros casos em que foi aplicada entendia-se que o *patent misuse* seria, *prima facie*, evidência de violação antitruste. Conforme CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, “Na verdade, presumia-se que a patente conferia poder de mercado sem qualquer análise detalhada das condições de mercado” (*Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 27).

⁴⁷¹ “The pendulum swing back again beginning in 1981. The Court of Appeals for the Federal Circuit, created in 1982 to hear all the patent cases, rapidly strengthened the rights of patent owners, increasing the percentage of patents held valid from 35% to 54%. More recently, Congress and the courts have dramatically expanded the scope of copyrights and trademarks, and IP owners have embarked upon some of the same licensing practices that were condemned back in the early decades of the 20th Century.” (MARK A. LEMLEY, *A new balance between IP and antitrust*, cit., p. 16).

⁴⁷² Poderíamos apontar outro período de fortalecimento dos direitos intelectuais nos anos de 1950, após a promulgação do Patent Act de 1952, porém, devido ao seu breve tempo, preferimos não incluí-lo na divisão proposta. Além disso, conforme CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, nas décadas de 1960 e 1970, com a edição dos “*Nine no-nos*”, lista de práticas consideradas restritivas *per se* pelo *Department of Justice* americano, aplicável aos acordos de licença de direitos intelectuais, tivemos um novo período de separação das esferas e de prevalência do antitruste. (*Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 27). Porém, após esse período, a evolução da teoria econômica e das decisões judiciais levaram à evolução desses institutos, culminando com a nova fase iniciada na década de 1980.

⁴⁷³ BARBARA ROSENBERG, *Considerações sobre o direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual*, cit., pp. 178-186. Ainda DEBORAH PLATT MAJORAS: “Perhaps the same type of analytical developments that have occurred in antitrust litigation for the past 20 or so years are emerging in cases at the intersection of antitrust and IP: that is, the reduction of presumptions in favor of more fact-based inquiries of market effects.” (*A government perspective on IP and antitrust law*, cit., p. 3).

⁴⁷⁴ HERBERT HOVENKAMP afirma que, no momento atual, vislumbramos um novo momento de expansão dos direitos intelectuais. “The result is provisions that are much more likely to protect IP holders’ profits than to serve the constitutional purpose of the IP

Apesar da predominância cíclica entre uma das duas áreas, devemos ter em conta que um correto balanceamento desses direitos, ao contrário do que possamos imaginar, deve necessariamente considerar a conjugação de direitos intelectuais fortes com um enfoque concorrencial igualmente rigoroso. O enfraquecimento de uma dessas áreas pode levar a um novo descompasso. Assim, “when patent rights get stronger, we want antitrust to get stronger to prevent abuses of the right”.⁴⁷⁵

Não deve então prevalecer a visão da Escola de Chicago que, diante da extrema valorização da eficiência alocativa, desconsidera os possíveis abusos cometidos pelos titulares desses direitos. Segundo os ensinamentos dessa escola os direitos de exclusivo representam, antes de tudo, uma ferramenta legítima nas mãos dos agentes econômicos para aumentarem seu poder de mercado e nunca um instrumental utilizado por estes para garantir lucros monopolísticos e o bloqueio de mercado. Por essa razão é importante não perder de vista a necessidade da regulação estatal para correção de falhas de mercado.⁴⁷⁶

Na Europa as marcantes diferenças do sistema concorrencial levaram a uma evolução diversa. Nessa região a efetividade das normas concorrenciais passou a

laws, which is to encourage innovation by searching for the right balance between the right to exclude and the need of every innovator to build on the work of others”. Por outro lado, o direito antitruste se desenvolveu nas últimas décadas com o foco na proteção do bem-estar do consumidor. Disso decorre que “application of the antitrust laws is more likely to serve the public interest than application of at least many IP provisions” (*The intellectual property-antitrust interface*, cit., pp. 1981-1982). Neste mesmo sentido, LINDA R. COHEN e ROGER G. NOLL: “These changes essentially are in the direction of recognizing fewer and fewer limits to the rights of creators. IP law originally was intended to serve the purpose of maximizing technological progress by trading off the incentives of innovators against the dissemination of their work and the ease of further innovations in the future. Temporary monopolies to reward creators are justified to the extent that they increased the pace of innovation and benefitted society at large. This principle is rapidly being abandoned in favor of another objective: maximizing the wealth of current rights holders regardless of the effects on aggregate economic welfare. The fall-out from this evolution in policy is that the extent to which IP law overrides antitrust law is growing.” (*Intellectual property, antitrust and the new economy*, cit., p. 473).

⁴⁷⁵ MARK A. LEMLEY, *A new balance between IP and antitrust*, cit., pp. 18-19. Nesse sentido, ainda, PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER afirma que: “ao mesmo tempo em que esse sistema invoca a inovação tecnológica, gerando competição entre agentes econômicos, se ele não propiciar um fomento da primeira (inovação) e um controle efetivo da segunda (competição), o objetivo de se alcançar o chamado bem estar social estará certamente em risco” (*Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., p. 28).

⁴⁷⁶ “An old assumption is followed by an old conclusion and the answer is once again the same: market failure calls for regulation” (EMANUELA AREZZO, *Competition policy and IPRs: an open debate over an ever-green issue*, cit., p. 11)

ser sentida apenas após o final da Segunda Guerra Mundial. Importante influência na formação das normas concorrenciais teve a chamada escola ordo-liberal, ou Escola de Freiburg. Tratava-se, em verdade, de uma revisão das idéias liberais clássicas. Seus seguidores entendiam que a concorrência seria necessária para a construção de uma sociedade livre e próspera, porém acreditavam que seria necessária uma estrutura legal para protegê-la contra as suas falhas, assegurando, assim, a distribuição equitativa dos benefícios pela sociedade e a intervenção mínima do Estado na economia. Desse modo, para estes “o foco da política concorrencial deve ser prevenir a criação de poder de monopólio, abolir os monopólios existentes quando possível e, quando não for possível eliminá-los, controlar suas condutas”.⁴⁷⁷

As ideias da Escola de Freiburg tiveram enorme influência no continente europeu: os artigos 81 e 82 do Tratado de Roma trazem previsões fortemente influenciadas por suas ideias.

No sistema europeu as normas em questão não têm como principal objetivo garantir a concorrência por si só, mas antes vêm vinculadas à noção de garantia do funcionamento do mercado comum. Tal racionalidade se refletiu nas teorias desenvolvidas pela Corte Européia na área de direitos intelectuais. Seu objetivo, de início, era impedir que os direitos intelectuais fossem usados para fragmentar o mercado. Nesse sentido foi elaborada a doutrina da exaustão de direitos de propriedade intelectual, segundo a qual “a partir do momento em que o produto protegido é posto no mercado num Estado membro, pelo titular do direito ou com seu consentimento, o direito se exaure e não pode ser usado para restringir a importação do produto por outro Estado membro”.⁴⁷⁸⁻⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 32.

⁴⁷⁸ CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 34. Essa teoria causou importantes desdobramentos na análise da importação paralela (v. PAULA A. FORGIONI, *Importações paralelas no Brasil: A propriedade industrial nos quadrantes dos princípios constitucionais*, In *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n.º 149/150, São Paulo, Malheiros, jan./dez., 2008, pp. 187-200).

⁴⁷⁹ Conforme aponta CLAUDIA MARIN ADIERS, a exaustão de direitos determina que “os direitos decorrentes de uma marca, relativamente a um dado produto ou serviço, apenas aproveitam ao respectivo titular até o momento em que este coloca pela primeira vez esse objeto concreto no mercado, ou quando alguém o faz com o seu consentimento.” Sua função, portanto, é a de impedir que o titular da marca monopolize o tráfego de produtos com sua marca aposta, bem como que seja facilitada a discriminação de preços. Este princípio pode ser nacional, quando se limita ao território do país, bem como internacional, quando se aplica ao mercado internacional (*As importações paralelas à luz do princípio de exaustão de marca e seus reflexos no direito contratual e concorrencial*, disponível em http://adiersadvogados.adv.br/Artigo_Importacoes.Paralelas.pdf, acesso no dia 12, ago., 2012).

3.1 – Direitos intelectuais e abuso de poder

O abuso do direito de propriedade intelectual pode ser caracterizado em quatro grupos de práticas: (i) na aquisição de direitos; (ii) por meio de ação concertada entre titulares de direitos intelectuais; (iii) por meio de ação unilateral que extrapole os limites dos direitos; e (iv) relacionadas aos contratos de propriedade intelectual.

No que toca a aquisição de direitos o abuso pode ocorrer pela prática de *patent leveraging*, i.e. com o emprego de patentes como forma de impedir a entrada de competidores no mercado. No mercado de *softwares*, por exemplo, os agentes econômicos com posição dominante podem valer-se da titularidade de seus direitos intelectuais para impedirem terceiros de exercerem serviços subsidiários, bem como para impedirem que estes realizem a interface e a integração com seus programas protegidos.⁴⁸⁰

A ação concertada entre agentes econômicos, por sua vez, pode ter como objetivo restringir o acesso a determinados bens com o fito de impedir a competição no mercado. Tal pode ocorrer, por exemplo, com as chamadas *patent pools*, mecanismo por meio do qual os agentes econômicos titulares de direitos intelectuais impedem o acesso dos concorrentes a certas tecnologias e mercados.⁴⁸¹

A ação unilateral do agente econômico apenas deve ser sancionada quando, no exercício de seu direito intelectual, ele extrapola os limites dessa proteção, desvirtuando sua finalidade. Podemos destacar duas situações: a primeira ocorre quando o titular da patente se recusa a licenciá-la, ou quando realize o licenciamento por um preço abusivo (inviabilizando seu uso). Aqui é necessário destacar que direitos intelectuais protegem conhecimentos que, em muitos casos, podem possuir um enorme valor social (basta lembrarmos das patentes farmacêuticas). Esse problema pode ser resolvido por meio de um instituto do próprio sistema de direito industrial, nomeadamente o licenciamento compulsório, ou ainda por meio da aplicação do direito da concorrência.⁴⁸²

Nos limites do presente trabalho não cabe uma análise detalhada de cada uma destas condutas.⁴⁸³ Nos próximos capítulos serão analisadas apenas as condutas que tiveram relevância para o caso *Microsoft*.

⁴⁸⁰ DENIS BORGES BARBOSA, *Nota sobre a aplicação da doutrina das essential facilities à Propriedade Intelectual*, cit.

⁴⁸¹ DENIS BORGES BARBOSA, *Nota sobre a aplicação da doutrina das essential facilities à Propriedade Intelectual*, cit.

⁴⁸² “A questão central aqui é o custo social do direito de exclusividade. O conhecimento ou obra expressiva existe, e seria disponível a todo mundo, se o direito não vedasse o acesso

CAPÍTULO V - CONTROLE ANTITRUSTE EM MERCADOS DE ALTA TECNOLOGIA

These markets may not work as well as we once thought. We may well need more of government's hand at the wheel.

HERBERT HOVENKAMP ⁴⁸⁴

O advento da sociedade da informação trouxe profundas alterações na sociedade e na economia. Consequentemente os mercados não poderiam ficar infensos a esse novo processo. Já observamos que a principal transformação trazida pela “economia da informação” se encontra na substituição dos tradicionais fatores de produção – trabalho e capital – pelos pilares da nova economia: trabalhadores capacitados e conhecimento.⁴⁸⁵ Desse modo se enquadram na categoria dos mercados de alta tecnologia, ou setores da nova economia, os mercados de serviços baseados em *Internet*, o mercado de serviços de comunicação, o mercado de produtos eletrônicos, e o mercado de *softwares*.⁴⁸⁶

à obra ou ao conhecimento. Em cada caso desses, surge a oportunidade de repensar se os benefícios da exclusividade (o de incentivar o investimento em pesquisa, por exemplo) efetivamente compensam o seu custo social da indisponibilidade do acesso ao bem cultural ou tecnológico. Essa tensão é resolvida de duas formas: Ou através de uma ponderação de interesses levando, em conta os custos sociais em geral, e não só os da tutela da concorrência, usando, por exemplo, as licenças compulsórias previstas para reprimir o abuso de direitos (não concorrencial). Ou, então, pela aplicação dos parâmetros da legalidade concorrencial.” (DENIS BORGES BARBOSA, *Nota sobre a aplicação da doutrina das essenciais facilities à Propriedade Intelectual*, cit.).

⁴⁸³ Para mais informações sobre o controle antitruste sobre o licenciamento de direitos intelectuais, v. CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit.; PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual - Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit.; MARK A. LEMLEY, *A new balance between IP and antitrust*, cit.; MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit.

⁴⁸⁴ HERBERT HOVENKAMP, *apud* STEVE LOHR, *High-tech antitrust cases: The road ahead*, coluna publicada em 13 de maio de 2009, disponível em <http://bits.blogs.nytimes.com/2009/05/13/high-tech-antitrust-the-road-ahead/?hp>, acesso no dia 26 jul. 2012.

⁴⁸⁵ Conforme já apontamos no CAPÍTULO I (YIMING LIU, *IPR and development in a knowledge economy*, cit., p.2).

⁴⁸⁶ RICHARD A. POSNER aponta três principais indústrias pertencentes à nova economia: “I shall use the term the ‘new economy’ to denote three distinct though related industries. The first is the manufacture of computer software. The second consists of the Internet-

1 – Características dos mercados de alta tecnologia

As indústrias da chamada “nova economia” diferem substancialmente das indústrias tradicionais, tanto em relação às modalidades de bens ofertados, como no que diz respeito a sua forma de produção e distribuição. Enquanto as indústrias tradicionais se caracterizam pela dispersão da produção entre diversas unidades fabris e diversas firmas, mercados estáveis, elevados investimentos de capital, taxas modestas de inovação e entrada lenta e não-frequente de novos *players*, as indústrias da nova economia se caracterizam por modestos investimentos de capital, taxas elevadíssimas de inovação, entrada e saída frequente de novos *players*, economias de escala no consumo (conhecidas como externalidades de rede) e curto ciclo de vida dos produtos ofertados⁴⁸⁷. Além disso, diferentemente das indústrias tradicionais, marcadas pela verticalização da produção, estas novas empresas se destacam pelos acordos de cooperação inclusive entre concorrentes.⁴⁸⁸⁻⁴⁸⁹

Para que possamos compreender estes novos setores é necessário ter em mente que os bens físicos das economias tradicionais foram substituídos por outro tipo de produto: a informação e os direitos intelectuais.⁴⁹⁰ Nestes setores, ao

based businesses (Internet access providers, Internet services providers, Internet content providers), such as AOL and Amazon. And the third consists of communications services and equipment designed to support the first two markets.” (*Antitrust in the new economy*, In *Antitrust law journal*, vol. 68, 2000-2001, pp. 925-943).

⁴⁸⁷ Basta pensarmos na velocidade com que novos produtos são lançados no mercado. O celular Iphone da Apple, por exemplo, já se encontra em sua quinta versão (Iphone 2G, 3G, 3GS, 4G, 4GS) em um período de apenas 5 anos entre o lançamento da primeira e da última versão, sendo que a próxima versão do telefone já deverá ser anunciada nos próximos meses.

⁴⁸⁸ RICHARD. A. POSNER, *Antitrust law*, cit., pp. 245-246. Do mesmo autor: *Antitrust in the new economy*, cit., p. 926. Conforme LUIZ FERNANDO SCHUARTZ, mercados de alta tecnologia são aqueles “caracterizados por um ritmo de progresso técnico resultante de inovações em produtos e processos (com crescente tendência à diluição de fronteiras interindustriais)” (*Mercados de alta tecnologia: Crise anunciada do direito da concorrência?*, cit., p. 95).

⁴⁸⁹ Estas novas formas contratuais surgem das estratégias de “especialização flexível” que se caracterizam justamente pela superação do paradigma contratual neoclássico. Conforme afirma RONALDO PORTO MACEDO JR. “Especialmente a partir da metade dos anos 1970, a internacionalização dos mercados de produtos, a sua saturação, a introdução de novas tecnologias de produção e informação, as novas técnicas de gerenciamento e as mudanças nas demandas de consumo criaram a oportunidade para uma nova estratégia industrial e dinâmica das relações contratuais.” (*Contratos relacionais e defesa do consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, pp. 103 e ss.).

⁴⁹⁰ Embora os direitos intelectuais, em geral, dependam de um suporte físico para sua

mesmo tempo em que vislumbramos uma forte demanda por investimento em pesquisa e desenvolvimento, o baixo custo marginal de seus produtos, associados à facilidade de cópia, sujeitam estes bens à cópia e à contrafação. Por conta disso a proteção destas criações por meio de direitos de exclusivo tem como objetivo estimular as empresas a continuarem a investir nestes setores, uma vez que impedem que concorrentes realizem cópias, se apropriando dos lucros da inovação de terceiros. Fenômeno que os economistas chamam de “carona” ou “free-rider”. No entanto, os regimes protetivos adotados geraram, em muitos casos, um completo desbalançamento dos interesses envolvidos, levando a uma superproteção minimizadora do bem-estar social.⁴⁹¹

Estas mudanças criam, portanto, a necessidade de adaptação do direito concorrencial, que não obstante as mudanças vivenciadas ainda se encontra fortemente arraigado aos pressupostos da economia neoclássica.⁴⁹² Por meio desta visão analisa-se a concorrência de maneira estática, sendo irrelevantes a inovação e a diferenciação de produtos. O que importa para seus defensores são as variações de preço e de quantidade.⁴⁹³ Nesta linha a concorrência seria um conjunto de precondições (como atomismo de mercado, racionalidade otimizadora dos agentes econômicos e informação completa), necessárias para o equilíbrio competitivo.⁴⁹⁴ Os comportamentos dos agentes econômicos ficariam, assim, condicionados a uma racionalidade objetiva que decorre diretamente das regras de mercado e do ambiente institucional. Não haveria, desse modo, espaço para diversidade de estratégias competitivas.⁴⁹⁵

distribuição e comercialização. Porém, com o advento da *Internet*, podemos notar que bens intelectuais passam a ter sua distribuição potencializada pela distribuição por meio de *downloads* pela rede global.

⁴⁹¹ Vide CAPÍTULO II.

⁴⁹² “Seu elemento central é um conceito de concorrência de cunho neoclássico que, mesmo absorvendo noções de organização industrial da linha ‘estrutura-conduta-desempenho’, continua limitado a conceber a competição entre empresas por duas óticas não excludentes: como um mecanismo de ajuste [...] e como um estado hipotético no qual a ação de tal mecanismo é plena, caracterizado nos modelos de concorrência perfeita.” (MARIO LUIZ POSSAS, JORGE FAGUNDES, JOÃO LUIZ PONDÉ, *Política antitruste: Um enfoque schumpeteriano*, disponível em http://www.ie.ufrj.br/grc/docs/politica_antitruste_um_enfoque_schumpeteriano.doc, acesso no dia 8 out. 2010).

⁴⁹³ CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 66.

⁴⁹⁴ JORGE FAGUNDES, *Políticas de defesa da concorrência e política industrial: Convergência ou divergência?*, In *Revista do IBRAC*, vol. 5, n.º 6, 1998, p. 20.

⁴⁹⁵ “Em outras palavras, no conceito tradicional de concorrência, não há espaço para a noção de diversidade e de distintas estratégias competitivas, na medida em que a competição surge “subjugada” a uma teleologia equilibrista. A concorrência é um processo de ajuste a um objetivo determinístico estabelecido fora de seu âmbito, como, por exemplo, equalizar as taxas de lucro ou estabilizar a estrutura econômica. As empresas,

Ainda segundo este modelo, o poder de mercado é “identificado com a capacidade de fixar preços acima dos custos marginais”, de modo que o monopolista possa restringir a oferta, aumentando seus preços e apoderando-se de parte do excedente do consumidor. Portanto, segundo seus teóricos, por meio do monopólio, os agentes detentores do poder de mercado poderiam aumentar preços, apoderando-se do *consumer surplus*, ao mesmo tempo em que as limitações na produção resultariam em peso morto (*deadweight loss*) para a sociedade.⁴⁹⁶ Disso notamos que o alvo da política da concorrência para os neoclássicos é o poder de mercado e seu enfoque analítico claramente voltado para o bem-estar estático, de curto prazo.⁴⁹⁷

A evolução da teoria econômica, porém, aprimorou esta visão, ao considerar a existência de outros custos sociais decorrentes do poder de mercado. Para manutenção e extensão deste poder, os agentes econômicos tenderiam a adotar estratégias anticompetitivas, que trazem graves prejuízos sociais, não mais restritos apenas ao aumento de preços e às limitações na produção.⁴⁹⁸ Dentro destas novas variáveis temos a inovação, que passou a exercer papel fundamental em meio as bases da nova economia.

Diante deste cenário faz-se necessário analisarmos algumas das teorias que buscaram um enfoque dinâmico, no qual a inovação teria papel fundamental para o funcionamento da economia. Um dos primeiros a sistematizar esta relação foi o economista austríaco JOSEPH ALOIS SCHUMPETER.

1.1 – Competição Schumpeteriana

Antes do surgimento das ideias de SCHUMPETER, podemos apontar três grandes linhas de pensamento econômico sobre a relação entre a concorrência e a inovação tecnológica: (i) a corrente clássica; (ii) a escola marxista; e (iii) a escola neoclássica.

reduzidas a um conjunto de equações, cumprem determinações impostas pelo meio ambiente, de acordo com critérios de conduta pautados pela presença de uma suposta racionalidade objetiva 2. A racionalidade exclusivamente maximizadora dos agentes limita suas possibilidades de ação, tratando- os como mero apêndice à serviço da teoria de preços.” JORGE FAGUNDES, *Políticas de defesa da concorrência e política industrial: Convergência ou divergência?*, cit., p. 21.

⁴⁹⁶ JOSEPH STIGLITZ; JASON FURMAN, *States of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, disponível em http://www.justice.gov/atr/cases/ms_tuncom/major/mtc-00030610c.pdf, acesso no dia 28 set. 2010, pp. 12-13.

⁴⁹⁷ CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 67.

⁴⁹⁸ CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 67.

A corrente clássica entendia que os capitais podiam se movimentar livremente entre as diferentes indústrias, o que implicaria na livre entrada e saída dos agentes econômicos. Da mobilidade do capital resulta a semelhança das taxas de lucro nos diferentes mercados. Disso decorre a conclusão de que a introdução de inovação beneficiaria a todos, com o aumento da produtividade e a redução dos preços. Por esta razão, para esta escola, a preocupação não deve estar centrada na concorrência em si, mas sim no aumento da riqueza social.⁴⁹⁹

Contraopondo-se a este primeiro entendimento surge a corrente marxista. Segundo seus teóricos a concorrência por si só não geraria efeitos relevantes na economia capitalista. Porém, na medida em que atua como mecanismo de introdução de progresso técnico, cria a possibilidade de mudanças estruturais por via das inovações. MARX foi, assim, o primeiro a reconhecer o papel da inovação no sistema capitalista.⁵⁰⁰

No final do século XIX surge a escola neoclássica. Esta defende que o mecanismo de concorrência levaria ao equilíbrio social, uma vez que as forças de oferta e demanda atuariam no sentido de maximizar o bem-estar social. Para estes, em uma situação de concorrência perfeita não haveria poder de mercado.

As três escolas mencionadas partem, portanto, de uma visão estática, acreditando no equilíbrio como vetor do bem-estar social.⁵⁰¹

O economista JOSEPH ALOIS SCHUMPETER, por sua vez, partiu de um entendimento dinâmico e evolucionário do capitalismo. Para ele o capital possui um caráter intrinsecamente dinâmico, como um “valor em busca de valorização”. Este caráter leva ao desenvolvimento das formas produtivas como estratégia

⁴⁹⁹ PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., p. 28.

⁵⁰⁰ Assim, para MARX, a concorrência “serve apenas como mecanismo intermediário para executar as leis de movimento dessa economia. Sua percepção era de que a concorrência poderia servir como mecanismo de introdução permanente de progresso técnico, capaz de tornar endógena, na economia capitalista, a capacidade de mudança estrutural via inovações.” (PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., p. 29). Como ressalta o próprio JOSEPH ALOIS SCHUMPETER: “Now Marx saw this process of industrial change more clearly and he realized its pivotal importance more fully than any other economist of his time. This does not mean that he correctly understood its nature or correctly analyzed its mechanism. With him, the mechanism resolves itself into mere mechanics of masses of capital. He had no adequate theory of enterprise and his failure to distinguish the entrepreneur from the capitalist, together with a faulty theoretical technique, accounts for many cases of non sequitur and for many mistakes. But the mere vision of process was in itself sufficient for many of the purposes that Marx had in mind.” (*Capitalism, socialism, and democracy*, New York, Harper Perennial Modern Thought, 2008, p. 32).

⁵⁰¹ PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., p. 29.

dominante de acumulação, concentração e centralização do capital, bem como representa fator potencializador do progresso técnico.⁵⁰² E é justamente a combinação ou a conjugação de inovações que modifica as estruturas existentes, criando novas ondas cíclicas de desenvolvimento.⁵⁰³ Este processo de investimento em inovações e de consequente destruição de estruturas econômicas pré-existentes recebeu o nome de “destruição criativa”. Para SCHUMPETER esse é o fato essencial do capitalismo.⁵⁰⁴

Para o autor “inovar” representa gerar vantagens competitivas passíveis de apropriação privada. É com base nesta percepção que SCHUMPETER desenvolveu sua teoria do desenvolvimento econômico,⁵⁰⁵ segundo a qual é a busca do lucro que leva o agente econômico a investir em inovação⁵⁰⁶, de modo que possa, eventualmente, revolucionar estruturas produtivas pré-existentes e auferir rendimentos substanciais.

Sob uma perspectiva dinâmica a concorrência deixa então de atuar como um mecanismo passivo de ajustamento em direção a um equilíbrio, sendo agora um “processo dinâmico de geração, estabilização e equalização de assimetrias entre agentes econômicos em busca de lucros extraordinários”.⁵⁰⁷

⁵⁰² LUIZ FERNANDO SCHUARTZ, *Mercados de alta tecnologia: Crise anunciada do direito da concorrência?*, cit., pp. 99 e ss.

⁵⁰³ As vantagens competitivas decorrentes da introdução de inovações são progressivamente dissipadas, a medida em que os outros agentes passam a utilizar-se destas inovações. Assim, para o autor os ciclos de desenvolvimento ocorrem em quatro fases: (i) prosperidade; (ii) recessão; (iii) depressão; e (iv) recuperação. (PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual - Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., p. 29).

⁵⁰⁴ “The opening up of new markets, foreign or domestic, and the organizational developments from the craft shop and factory to such concerns as U.S. Steel illustrate the same process of industrial mutation - if I may use the biological term - that incessantly revolutionizes the economic structure from within, incessantly destroying the old one, incessantly creating a new one. This process of Creative Destruction is the essential fact about capitalism. It is what capitalism consists in and what every capitalist concern has got to live in.” (JOSEPH A. SCHUMPETER, *Capitalism, socialism and democracy*, cit., p. 83).

⁵⁰⁵ LUIZ FERNANDO SCHUARTZ, *Mercados de alta tecnologia: Crise anunciada do direito da concorrência?*, cit., pp. 99 e ss.

⁵⁰⁶ SCHUMPETER diferencia inovação de invenção, classificando as inovações em cinco grupos: (i) lançamento de novos produtos; (ii) introdução de novos métodos de produção; (iii) abertura de novos mercados; (iv) exploração de novas fontes de matérias-primas; e (v) surgimento de novas formas de organização empresarial. (PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual - Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., p. 29).

⁵⁰⁷ LUIZ FERNANDO SCHUARTZ, *Mercados de alta tecnologia: Crise anunciada do direito da concorrência?*, cit., p. 100. No mesmo sentido, CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY: “Sob esta

Sob esta perspectiva não há qualquer incoerência entre a existência de monopólios e a manutenção de um ambiente competitivo, bem como não há eficiência em um ambiente concorrencial sem que haja uma pressão competitiva suficiente para transformar inovações em fatores determinantes de criação de vantagens competitivas.⁵⁰⁸

Logo percebemos que, seguindo esta linha de raciocínio, perdem forças as teorias baseadas em análise de estruturas de mercado, visto que a instabilidade estrutural se torna uma “propriedade constitutiva fundamental da economia capitalista”.⁵⁰⁹ As estruturas passam a ser vistas como variáveis endógenas ao processo competitivo. Do mesmo modo a “concorrência em preços” também perde sua importância central, passando a exercer um papel teórico secundário em relação à concorrência via introdução de inovações.⁵¹⁰ A análise por meio do instrumental tradicional, neoclássico, também perde boa parte de sua relevância. Diante do enorme tempo necessário para que se revelem os efeitos destas revoluções estruturais, a observação estática da economia dá lugar a uma análise que considera um período muito maior, abrangendo décadas ou até mesmo séculos.⁵¹¹

perspectiva, a inovação é entendida como peça chave do processo competitivo, como o que efetivamente impulsiona e determina a economia capitalista. A competição ocorre via inovação, pois caracteriza-se por se um processo dinâmico, que tende a desequilíbrios resultantes da diferenciação e da criação de vantagens competitivas. O que impulsiona o capitalista não é a busca pelo equilíbrio, mas a busca por lucros extraordinários, decorrentes da posição de monopolista.” (*Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 60).

⁵⁰⁸ “Assim, monopólio e concorrência não podem ser vistos de forma antagônica, pois as situações de monopólio criadas a partir de inovações bem sucedidas constituem o objetivo e mesmo o resultado esperado do processo competitivo, ainda que de forma temporária e restrita.” (PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., p. 29).

⁵⁰⁹ LUIZ FERNANDO SCHUARTZ, *Mercados de alta tecnologia: Crise anunciada do direito da concorrência?*, cit., p. 102.

⁵¹⁰ “Nesse contexto, a concorrência mediante a introdução de inovações vai estar para a concorrência em preços ‘wie es ein Bombardement ist im Vergleich zum Aufbrechen einer Tür’ (‘como está um bombardeio em comparação ao arrombamento de uma porta’)” (LUIZ FERNANDO SCHUARTZ, *Mercados de alta tecnologia: Crise anunciada do direito da concorrência?*, cit., p. 103). Ainda, CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY: “Em consequência, para SCHUMPETER, as idéias tradicionais de concorrência de preços, concorrência perfeita e equilíbrio estático não conseguem dar conta da realidade dinâmica do capitalismo.” (*Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 60).

⁵¹¹ CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 60.

Neste contexto aumentos arbitrários de preços e restrições quantitativas seriam apenas estratégias temporárias, que logo serão substituídas por outras. A contestação desta posição de domínio seria operada pelas inovações introduzidas, mesmo em cenários em que a concorrência seja incipiente diante do poder do monopolista. Para SCHUMPETER o poder econômico não seria de modo algum um empecilho para a concorrência sendo, em verdade, uma força impulsionadora da destruição criativa.⁵¹²

Em síntese, para o autor o desenvolvimento econômico de uma nação depende da capacidade de criação e absorção de inovações, pois é por meio destas novas tecnologias que a ordem econômica se reinventa, gerando novos ciclos de progresso.⁵¹³

As características presentes nos mercados de alta tecnologia, supra analisadas, levam inúmeros autores a afirmarem que a destruição criativa proposta por SCHUMPETER se aplica perfeitamente à Nova Economia.⁵¹⁴

1.2 – O modelo de KENNETH ARROW sobre o estímulo à inovação

É evidente que o ponto de vista Schumpeteriano, principalmente no que toca a leniência diante dos monopólios, sofreu severas críticas por parte de outros economistas. KENNETH ARROW foi um dos primeiros a utilizar modelos matemáticos para contestar esta teoria.⁵¹⁵

Segundo ARROW o mercado concorrencial é mais propício que o mercado monopolístico para estimular a inovação. Afirma o autor que empresas com poder de mercado, por conta dos lucros monopolísticos que recebem, possuem poucos incentivos para investirem em inovação. As possibilidades exíguas de ganhos adicionais, que vislumbram o agente econômico em posição dominante, não criam

⁵¹² JOSEPH ALOIS SCHUMPETER, *Capitalism, socialism, and democracy*, cit., p. 84

⁵¹³ “A conclusão desse economista é, portanto, inequívoca. O crescimento econômico e social de uma nação passa necessariamente pela capacidade de criação e absorção de novas tecnologias, que podem ‘revirar’ a ordem vigente, gerando mais e novas oportunidades para os inovadores” (PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., p. 33).

⁵¹⁴ “The gale of creative destruction that SCHUMPETER described, in which a sequence of temporary monopolies operates to maximize innovation that confers social benefits far in excess of the social costs of the short-lived monopoly prices that the process also gives rise to, may be the reality of the new economy.” (RICHARD A. POSNER, *Antitrust law*, cit., pp. 248-249).

⁵¹⁵ Em seu famoso artigo *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, 1959, disponível em <http://www.rand.org/pubs/papers/2006/P1856.pdf>, acesso no dia 26 set. 2010.

incentivo para que este invista em P&D. Por outro lado, “o agente em concorrência, ao investir na mesma tecnologia, tende a ganhar mais, pois poderá conquistar parcela de mercado dos concorrentes”. Esta limitação nos incentivos do monopolista recebe o nome de “arrow effect”.⁵¹⁶ Nestes termos, o estímulo à inovação depende diretamente da existência efetiva de concorrência no mercado.

1.3 – O modelo de GILBERT e NEWBERRY

Em 1982 os economistas RICHARD GILBERT and DAVID NEWBERRY desenvolveram um novo modelo que contestava as duas teorias anteriores. Afirmam os autores que o modelo de ARROW partia do pressuposto de que apenas a firma dominante poderia escolher entre aplicar ou não uma inovação. Porém, conforme os economistas citados, as inovações geralmente estão a disposição de todos os agentes econômicos. Logo, ao monopolista caberia em verdade decidir entre adotar a inovação ou permitir que outros dela se apropriem.⁵¹⁷ Por esta razão, uma empresa dominante:

has an incentive to maintain its monopoly power by patenting new technologies before potential competitors and that this activity can lead to patents that are neither used nor licensed to others (sometimes called ‘sleeping patents’).⁵¹⁸

⁵¹⁶ CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 62. Conforme JONATHAN B. BAKER, “a monopolist could spend a great deal of money to make a dramatic improvement – whether by lowering cost, improving quality or creating a new product – and take over the market, only to find that it does not get much additional business because it already has most of the business there is to get. If a competitor had come up with the same innovation, by contrast, it would earn more because it would expect to take away much of the business previously conducted by rival firms. This limitation on the incentive of the monopolist to innovate is often termed the “Arrow effect” or the “replacement effect” (so-called because it arises to the extent the monopolist replaces itself rather than developing new business). It will likely be strongest when the new product or process can be expected to fully displace the old (a “drastic” innovation), and when the monopolist does not fear that some other firm (perhaps an entrant) will soon implement a similar new idea.” (*Beyond Schumpeter vs. Arrow: How antitrust fosters innovation*, 2007, disponível em <http://ssrn.com/abstract=962261>, acesso no dia 26 set. 2010, pp. 5-6).

⁵¹⁷ “But in reality, innovations are often available to both incumbents and rivals in any particular market. Inventors create, and firms can vie for that creation. Both Microsoft and Yahoo, for instance, could have owned YouTube, but Google bought it” (DOUGLAS CLEMENT, *Creative disruption*, In *The region*, set., 2008, pp. 31-61, disponível em <http://www.minneapolisfed.org/pubs/region/08-09/clement.pdf>, acesso no dia 23 out. 2010).

⁵¹⁸ RICHARD J. GILBERT; DAVID M. G. NEWBERRY, *Preemptive patenting and the persistence of monopoly*, In *The american economic review*, vol. 72, n.º 3, 1982, pp. 514-526.

Frente a esta situação, a sociedade auferir os benefícios do desenvolvimento de novas tecnologias numa velocidade igual ou ainda mais veloz do que em uma situação de concorrência. Esta teoria, que recebeu o nome de “*efficiency effect*”, traz a uma percepção mais favorável às estruturas concentradas como potencializadores da inovação, se aproximando, portanto, de SCHUMPETER.⁵¹⁹

1.4 - Desenvolvimentos recentes

Os argumentos contrastantes expostos pelos autores citados foram alvo de inúmeras controvérsias voltadas ao papel da inovação nos mercados. Deste debate exsurtem algumas pautas de análise.

A primeira delas afirma que a competição entre empresas que tenham por objetivo desenvolver um novo produto ou processo estimula a inovação. Em literatura econômica esta competição recebe o nome de *patent race*.

Nos termos da segunda pauta a competição entre rivais no desenvolvimento de um mesmo produto incentiva a redução de custos de produção e a melhoria da qualidade dos produtos.

O terceiro princípio, por sua vez, afirma que na medida em que as empresas acreditam que a introdução de inovações não as livrará de enfrentar uma competição significativa no mercado, elas terão menos incentivo para investir em P&D (*preemption incentive*).⁵²⁰

Nota-se que as pautas mencionadas podem entrar em conflito entre si. A segunda e a terceira, por exemplo, apontam para direções opostas. Enquanto a segunda pauta indica no sentido de que a concorrência por novos produtos estimularia diretamente a inovação, a terceira, a seu turno, destaca o risco do agente econômico ao ter de enfrentar uma situação de concorrência no mercado, após ter aplicado altas somas no desenvolvimento do novo produto o que, a seu turno, o deixaria receoso em não poder recuperar o investimento realizado por conta da intensa concorrência que enfrentará.⁵²¹

⁵¹⁹ DOUGLAS CLEMENT, *Creative disruption*, cit., p. 33.

⁵²⁰ “The preemption incentive arises because an innovating firm may be able to benefit from its investments in R&D not simply from its ability to offer buyers better or cheaper products, but also by discouraging potential rivals from innovating. While the initial innovator has the field to itself, an innovating rival would anticipate competition.” (JONATHAN B. BAKER, *Beyond Schumpeter vs. Arrow: How antitrust fosters innovation*, cit., p. 9).

⁵²¹ JONATHAN B. BAKER, *Beyond Schumpeter vs. Arrow: How antitrust fosters innovation*, cit., p. 19.

O que importa notar, porém, é que a aplicação destas pautas dependerá, em grande medida, do mercado analisado e de suas peculiaridades. Assim, o direito concorrencial não pode se ater apenas aos efeitos descritos em uma das pautas citadas. Antes, apenas por meio da análise do caso concreto podemos inferir se a intervenção antitruste será capaz de incentivar ou desincentivar a inovação e o bem-estar, e de que modo isto poderá ser alcançado.⁵²²

No entanto, o que notamos por parte da doutrina é uma tendência à adoção irrestrita dos pressupostos da teoria Schumpeteriana, desconsiderando as pautas acima propostas. Como veremos, tal aplicação pode apresentar inúmeros problemas. Tanto a teoria original do economista, como as suas derivações, chamadas de neo-schumpeterianas, partem da premissa de que mercados são ambientes de seleção de inovações “que requerem um nível suficiente de competitividade para que elas tenham oportunidade de serem difundidas, geradas e incorporadas”. O problema é que elas desconsideram o fato de que um monopolista, na ausência de controle antitruste, tende a agir anticompetitivamente, de modo a perpetuar sua posição de domínio.⁵²³

Não foi diversa a conclusão apresentada por JOSEPH STIGLITZ e JASON FURMAN⁵²⁴ durante o julgamento do caso *Microsoft*.⁵²⁵ Apontaram os autores que o poder do monopólio poderia reduzir o ritmo da inovação por quatro principais razões: (i) inovações anteriores são *inputs* para inovações posteriores; assim o poder de monopólio pode ser usado para aumentar custos de criação destes bens, o que diminui o nível de atividade inventiva, (ii) o aumento das barreiras à entrada associadas à ameaça da competição Schumpeteriana leva a uma redução dos incentivos à inovação; (iii) inovação pode ser direcionada para o aumento dos custos dos rivais e para atrasar a entrada de concorrentes, de modo a assegurar seu monopólio; e (iv) os incentivos de um monopólio para inovar são limitados, pois sua única preocupação é a de inovar antes dos competidores, de modo a “convencê-los de que não podem superá-lo”.⁵²⁶

⁵²² JONATHAN B. BAKER, *Beyond Schumpeter vs. Arrow: How antitrust fosters innovation*, cit., pp. 19-20.

⁵²³ CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., 69.

⁵²⁴ JOSEPH STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, 2002, cit., pp. 14-15.

⁵²⁵ *United States of America v. Microsoft Corporation*, Civil Action No. 98-1232 (CKK), documentos do caso disponíveis em: http://www.justice.gov/atr/cases/ms_index.htm, acesso no dia 13, ago., 2012,

⁵²⁶ CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., 62.

Por estes motivos afirmam os autores que SCHUMPETER partiu de um ponto de vista correto, ao afirmar que a ameaça da concorrência leva os monopolistas a investirem em inovação, porém sua conclusão foi equivocada, uma vez que o ritmo de inovação pode ser ainda maior se o poder de monopólio for cerceado. Disso decorre que os monopólios não se restringem a gerar aumento de preços e limitações produtivas mas, a longo prazo, podem reduzir o ritmo de inovação e causar enorme prejuízo social.⁵²⁷

2 – Controle antitruste nos mercados de alta tecnologia

Os princípios tradicionais do direito antitruste podem suscitar inúmeros problemas quando aplicados aos mercados de alta tecnologia. Conforme veremos a seguir, as evoluções recentes da teoria econômica, quando confrontadas com os fundamentos neoclássicos em que se assenta o direito antitruste, nos levam a questionar a racionalidade ou cientificidade na aplicação moderna do direito da concorrência, o que ganha ainda mais relevância em razão do desenvolvimento da economia da informação.

Ao contrário do que propugnam os seguidores da Escola de Chicago, o instrumental analítico matemático da economia muitas vezes carece de comprovação empírica em situações de grande incerteza. Neste ponto análises em situações de *hard uncertainty* podem nos trazer sérios questionamentos quanto à possibilidade de construção de modelos para descrição de comportamentos econômicos e, conseqüentemente, quanto a sua utilidade na análise antitruste.

O problema da *hard uncertainty* reporta aos estudos de JOHN MAYNARD KEYNES sobre o processo de valorização do capital. A teoria desenvolvida pelo economista indica que a objetividade no movimento do sistema capitalista depende, em grande medida, de decisões “de agentes capitalistas individuais tomadas com base em expectativas subjetivas quanto a eventos futuros e incertos”.⁵²⁸ Por sua vez esta constatação é pautada no princípio da “demanda efetiva”,

⁵²⁷ JOSEPH STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., p. 15. Neste sentido, ainda: “Todavia, o monopólio pode se tornar perverso na medida em que o controle do produto monopolista e sua exploração como saber próprio, inacessível a terceiros, pode preservar a supremacia do monopolista, ainda que surjam inovações competitivas. É essa situação de monopólio, resistente à dinâmica competitiva do mercado, que se torna um risco para o setor (além das restrições aos concorrentes), pois centraliza o conhecimento informático e sujeita os demais agentes ao detentor desse conhecimento, que controla, assim, como coloca Boyle, o curso da inovação tecnológica.” (JOAQUIM FALCÃO, et. al., *Estudo sobre o software livre, comissionado pelo Instituto Nacional da Tecnologia da Informação da Casa Civil da Presidência da República*, cit., p. 110).

⁵²⁸ LUIZ FERNANDO SCHUARTZ, *Mercados de alta tecnologia: Crise anunciada do direito da concorrência?*, cit., pp. 105 e ss.

segundo o qual em qualquer transação mercantil sempre haverá uma assimetria com relação às condições necessárias para a sua constituição. Esta assimetria decorre do fato de que a transação apenas se constitui a partir de uma decisão do comprador de gastar uma determinada quantia, decisão baseada em um conhecimento incompleto sobre eventos futuros e incertos. Assim, segundo KEYNES, a incerteza⁵²⁹ presente na tomada de decisão do agente econômico pode interferir de modo irreversível e não antecipável sobre o mercado.

Destas considerações de KEYNES decorrem os questionamentos quanto à possibilidade de teorização do comportamento econômico. Os desenvolvimentos recentes destas questões se devem aos teóricos da chamada “economia da informação”. Dentre seus precursores destaca-se o economista GEORGE AKERLOF, que demonstrou os problemas ocasionados pela assimetria informacional presente nas relações de troca em seu clássico trabalho *The market for lemons: Quality uncertainty and the market mechanism*. O autor lançou mão do exemplo do mercado de carros usados para demonstrar como a assimetria informacional com relação à qualidade dos produtos pode levar à minimização do bem-estar social e à ocorrência da seleção adversa.⁵³⁰

Os estudos desenvolvidos no âmbito da chamada economia da informação levam à constatação de que a dispersão da informação presente na sociedade explicaria o fracasso de qualquer tentativa de se estabelecer um modelo que procure indicar resultados esperados, ou a serem atingidos, com base no pressuposto da informação completa. A conclusão dos teóricos em questão indica no sentido de que “o raciocínio econômico não mais pode ser voltado à busca de resultados econômicos baseados em modelos teóricos”. O objetivo da economia será, assim, o de garantir que os agentes tenham acesso à informação em suas relações econômicas.⁵³¹

A consequência disso é a forte influência de expectativas subjetivas nas decisões capitalistas, que acabam por minar o paradigma da maximização de

⁵²⁹ O conceito keynesiano de incerteza é diverso do conceito de risco. Como sabemos, qualquer negócio mercantil envolve riscos, porém, estes podem ser previstos por meio de cálculos de probabilidade com base nos usos e costumes. Já a incerteza se liga à inexistência de informações no momento da tomada de decisões pelos agentes econômicos. (LUIZ FERNANDO SCHUARTZ, *Mercados de alta tecnologia: Crise anunciada do direito da concorrência?*, cit., pp. 105 e ss.)

⁵³⁰ GEORGE AKERLOF, *The market for lemons: Quality uncertainty and the market mechanism*, In *Quarterly journal of economics*, vol. 84, n.º 3, 1970, pp. 488-500. Estas ideias foram também estudadas e aprofundadas por JOSEPH STIGLITZ e MICHAEL SPENCE, em trabalhos que renderam aos três autores o prêmio Nobel de Economia em 2001.

⁵³¹ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *A paralisia do antitruste*, In EDUARDO MOLAN GABAN; JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES (coord.), *Estudos de direito econômico e economia da concorrência em homenagem ao Prof. Dr. Fábio Nusdeo*, Curitiba, Juruá, 2009, pp. 15-31.

lucros como o único critério para se analisar a racionalidade presente nas decisões dos agentes econômicos.⁵³² Se é inquestionável que os usos e costumes, bem como o próprio Direito, geram um determinado grau de regularidade nos diversos níveis da dinâmica capitalista, garantindo certa estabilidade ao sistema,⁵³³ o reconhecimento da incerteza como atributo do ambiente econômico resulta no abandono do conceito neoclássico de racionalidade substantiva.

Em linhas gerais esta constatação leva à substituição da previsibilidade rigorosa da economia neoclássica pelas relações abstratas baseadas em padrões. E, no que toca a política econômica, este enfoque leva ao abandono da “certeza” científica em detrimento de uma racionalidade procedural capaz de combinar adequadamente conhecimentos científicos com a consideração dos interesses envolvidos nos casos concretos, o que geraria, segundo LUIZ FERNANDO SCHUARTZ, um problema de justificação racional do direito concorrencial.⁵³⁴

Por esta razão, CALIXTO SALOMÃO FILHO aponta para uma “paralisia” do direito antitruste. Esta paralisia decorre justamente da contradição entre seus fundamentos teóricos e sua aplicação prática⁵³⁵. Assim, as discussões atuais sobre o assunto se limitam no mais das vezes a polêmicas pontuais entre defensores das teorias neoclássicas e teóricos das escolas pós-Chicago. Sua amplitude acaba se limitando à busca da melhor interpretação da ideia de eficiência frente ao caso concreto, levando a transformações e melhorias pouco significativas.⁵³⁶

Já ressaltamos as peculiaridades dos mercados de alta tecnologia, expressas na aplicação de elevados investimentos em pesquisa, na alta valorização de ativos intangíveis, na concorrência marcada pela introdução de inovações. Tais

⁵³² Ponto de vista semelhante foi defendido por GEORGE AKERLOF, em recente trabalho, no qual sustenta que muitas decisões tomadas pelos agentes econômicos não se mostram racionais, sendo, em verdade guiadas por *animal spirits*, constantemente ignorados por diversas teorias econômicas. (GEORGE A. AKERLOF e ROBERT J. SHILLER, *Animal spirits: How human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism*, Princeton, Princeton University Press, 2009).

⁵³³ Lembra NATALINO IRTI que o Direito conforma os vários regimes de produção e de circulação de bens, ou seja, dá forma a eventos externos tornando-os fatos jurídicos. O mercado, então, não constitui uma coisa externa ao Direito, mas um verdadeiro estatuto de normas. É justamente estas normas que tornam previsíveis e coercentes os comportamentos dos indivíduos, conferindo a calculabilidade de uma ordem. (*Direito e mercado*, In NATALINO IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, 4ª ed., Roma, Laterza, 2001, tradução por Rachel Sztajn, texto fornecido pela autora).

⁵³⁴ LUIZ FERNANDO SCHUARTZ, *Mercados de alta tecnologia: Crise anunciada do direito da concorrência?*, cit., pp. 105 e ss.

⁵³⁵ Uma vez que as modernas teorias econômicas colocam em xeque os pressupostos de toda teoria neoclássica.

⁵³⁶ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *A paralisia do antitruste*, cit., pp. 15-16.

características implicam em inúmeras dificuldades na utilização do tradicional instrumental de análise antitruste, principalmente na definição de mercados relevantes, na conceituação do poder de mercado, bem como nos de infração antitruste e na análise das eficiências.

O instrumental analítico tradicional vale-se, em geral, de dados estruturais estáticos para consideração da licitude de condutas. O descompasso entre os dados obtidos por meio de instrumentos neoclássicos e a realidade do mercado, instável e imperfeita, faz necessário questionar o emprego destas ferramentas analíticas aos setores de alta tecnologia. E é em razão desta dificuldade que alguns defendem que a concorrência nestes setores deveria ser relegada ao livre mercado ou à autoregulação. Afirmam, ainda, que os riscos de tomada de decisões inadequadas seriam muito superiores aos possíveis benefícios resultantes de decisões acertadas.⁵³⁷⁻⁵³⁸

Somam-se a esta perplexidade os postulados da teoria Schumpeteriana que, como vimos, vislumbram na concentração de mercado uma estrutura industrial favorável à criação de incentivos para que os agentes invistam em inovação. Por conta disso e da dificuldade de mensuração destes incentivos, seus defensores afirmam que o governo não deveria intervir nestes mercados, de modo a não mitigar tais estímulos.⁵³⁹

Por fim, sustentam que a teoria antitruste tradicional tem voltado as suas atenções à análise estática do preço, desconsiderando a concorrência dinâmica através da inovação que, a médio prazo, tende a favorecer os consumidores com a queda dos preços,⁵⁴⁰ o que levaria novamente à conclusão de eficiência de

⁵³⁷ LUIZ FERNANDO SCHUARTZ, *Mercados de alta tecnologia: Crise anunciada do direito da concorrência?*, cit., pp. 105 e ss.

⁵³⁸ FRANK H. EASTERBROOK aponta três razões para que a autoridade antitruste se abstenha de impor sanções: em primeiro lugar, porque “most forms of cooperation are beneficial, excusing a particular practice about which we are ill-informed is unlikely to be harmful”; em segundo lugar, “the economic system corrects monopoly more readily than it corrects judicial errors”; e, em terceiro lugar, “in many cases the costs of monopoly wrongly permitted are small, while the costs of competition wrongly condemned are large” (*The limits of antitrust*, In *Texas law review*, vol. 63, 1984, pp. 14-16).

⁵³⁹ ROBERT PITOFKY, *Challenges of the new economy: Issues at the intersection of antitrust and intellectual property*, cit., p. 917.

⁵⁴⁰ ROBERT PITOFKY, *Challenges of the new economy: Issues at the intersection of antitrust and intellectual property*, cit., p. 918. A eficiência estática se associa à redução de custos de produção e distribuição, ao passo que a eficiência dinâmica deriva do conceito SCHUMPETERIANO de concorrência dinâmica. Sob este enfoque a concorrência dinâmica adquire três conceitos. O primeiro enfatiza o *trade off* alocativo entre bem-estar presente e futuro. O segundo a analisa sob o ponto de vista qualitativo, enfatizando efeitos de longo prazo que não se relacionam à redução de preços e custos como, por exemplo, avanços técnicos dos produtos. O terceiro conceito, por sua vez, se liga à ideia de incerteza estrutural. Segundo este enfoque a análise de eficiência deve ser redefinida

estruturas concentradas para fomento da inovação e, em contrapartida, da ineficiência da intervenção governamental na correção destas falhas.

Este entendimento não deve, porém, prevalecer. A atuação agressiva das empresas em preços e inovação não justifica a inércia governamental. A competição entre duas ou três companhias pode beneficiar ainda mais o consumidor, do que um monopolista com política agressiva de preços.⁵⁴¹ A concorrência tem o condão de estimular a inovação e preservar a liberdade de escolha dos consumidores, essencial para garantia do bem-estar social. Por essa razão que, como afirmamos acima, os direitos intelectuais devem ser vistos como direitos de natureza concorrencial, que tem por fim estimular a concorrência de superação ao garantir ao agente econômico uma vantagem concorrencial traduzida na proteção contra a imitação.⁵⁴²

A questão ganha ainda em relevância quando temos em conta o fato do poder de mercado e das barreiras à entrada nestes setores se sustentarem por meios de direitos intelectuais. Como vimos, são estes que garantem uma vantagem concorrencial ao seu detentor estimulando, consequentemente, à inovação, ao mesmo tempo em que criam barreiras à entrada e permitem o fechamento de mercado à concorrência. Diante disso:

the better view is that both antitrust, by protecting competition, and intellectual property, by rewarding innovation, create incentives to introduce new products.⁵⁴³

pela “ótica da visão dinâmica da própria concorrência, e não apenas de seus efeitos alocativos” (JORGE FAGUNDES, *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência*, São Paulo, Singular, 2003, pp. 83-91).

⁵⁴¹ ROBERT PITOFISKY, *Challenges of the new economy: Issues at the intersection of antitrust and intellectual property*, cit., p. 918.

⁵⁴² Conforme aponta KARIN GRAU-KUNTZ: “Isso significa que não se garante o exclusivo apenas para tornar segura a possibilidade de retorno do investimento, que por sua vez poderá ser usado para gerar nova inovação, mas também para estimular aquilo que eu chamo de concorrência de superação inovadora, ou seja, para estimular um processo movido pelo desejo dos agentes econômicos de se superarem mutuamente no mercado.” (*Ainda sobre a questão das peças de reposição*, In *Revista Eletrônica do IBPI - Sobre a questão das peças de reposição must-match*, 2010, disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/b1f03417495d4142ffff831aac144220.pdf>, acesso no dia 06, ago., 2012, p. 77).

⁵⁴³ ROBERT PITOFISKY, *Challenges of the new economy: Issues at the intersection of antitrust and intellectual property*, cit., p. 917.

O estímulo à inovação, portanto, decorre da aplicação rigorosa dos direitos intelectuais aliada à aplicação rigorosa do direito antitruste.⁵⁴⁴ É justamento o desbalanceamento entre estes direitos o que pode gerar distorções não desejáveis, como vimos no caso da teoria dos “*nine no-no’s*” aplicados comumente na década de 1970.⁵⁴⁵

A inércia antitruste diante de abusos cometidos por meio de direitos de exclusivo pode trazer perversos efeitos para a nova economia. ROBERT PITOFISKY cita como exemplo o caso Xerox⁵⁴⁶, onde a *Federal Circuit Court* decidiu que o exercício dos direitos de propriedade intelectual não poderia ser considerado abusivo, salvo em três hipóteses extremamente restritas.⁵⁴⁷ Este posicionamento da *Federal Circuit Court* constitui um claro retrocesso em relação a uma posição que, inclusive, a Suprema Corte já havia adotado anteriormente. Sua conclusão aponta para um novo desbalanceamento entre estes direitos, ao trazer uma superproteção dos direitos intelectuais.⁵⁴⁸ Por essa razão a análise desses casos deve ser cuidadosa, devendo sempre atentar as peculiaridades destes mercados. Mais uma vez não podemos nos deixar levar pelo canto das sereias, adotando respostas prontas baseadas em estudos econométricos e em supostas “certezas” científicas. A realidade do mercado é muito mais complexa e envolve valores que não são levados em consideração por modelos econômicos que se limitam a enxergar eficiência econômica em condutas abusivas praticadas por monopolistas.

Isto posto conclui-se que o estímulo à inovação não deve servir como argumento para a não intervenção governamental nos mercados. O

⁵⁴⁴ MARK A. LEMLEY, *A new balance between IP and antitrust*, cit., pp. 18-19. Para mais informações v. CAPÍTULO IV, supra.

⁵⁴⁵ Conforme já apontamos na nota nº 465, supra.

⁵⁴⁶ *SCM Corp. v. Xerox Corp.*, 645 F.2d (2d Cir. 1981). Apesar da enorme semelhança, a decisão deste caso foi diversa do caso Kodak (*Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs. Inc.*, 504 U.S., 1992). O caso envolvia a recusa da empresa em vender peças de reposição para clientes da Kodak que utilizassem o suporte técnico oficial da empresa. A Suprema Corte entendeu que tal conduta consistia venda casada ilegal, bem como tentativa de monopolizar o mercado de serviços e peças. Para mais informações consultar KARIN GRAU-KUNTZ, *O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)*, cit., pp.15-24.

⁵⁴⁷ As hipóteses em que o uso das patentes seria abusivo ocorreriam quando: (i) a aquisição dos direitos se deu de forma fraudulente; (ii) a ação teria como objeto a prática de *sham litigation*; (iii) a patente é utilizada como parte de uma estratégia de venda casada de um produto com o objetivo de estender seu poder de mercado sobre outro setor (ROBERT PITOFISKY, *Challenges of the new economy: Issues at the intersection of antitrust and intellectual property*, cit., pp. 920-921).

⁵⁴⁸ ROBERT PITOFISKY, *Challenges of the new economy: Issues at the intersection of antitrust and intellectual property*, cit., pp. 919-923.

desenvolvimento econômico e o aumento do bem-estar social somente podem ser atingidos por meio de um controle antitruste forte frente aos abusos dos agentes econômicos em posição dominante. Desse modo seu papel é evitar que o exercício de direitos intelectuais prejudique a concorrência através do combate ao abuso de poder que gera concentração da informação e impede o desenvolvimento de inovações.⁵⁴⁹

Um ponto abordado por RICHARD A. POSNER que merece atenção é o da carência de recursos técnicos e pessoal especializado nas agências antitruste. Segundo o autor, o problema dos novos mercados não se encontra na aplicação do tradicional enfoque antitruste, mas antes em uma falha institucional das agências de regulação antitruste. Os casos que envolvem estes novos mercados pressupõem, via de regra, conhecimentos técnicos complexos e em constante transformação. Por esta razão, a ausência de pessoal especializado nas agências governamentais, isto é, de pessoal com pleno domínio sobre estes conhecimentos, aliado à dificuldade de contratação de técnicos com posições neutras para assessoramento de advogados, juízes e agências antitruste, acabam por impedir uma análise mais precisa de tais casos.⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ “Na medida em que a inovação fomenta a concorrência e a concorrência fomenta a inovação, ambas devem ser protegidas de forma conjugada e equilibrada a fim de que o objetivo comum seja alcançado. Não há antagonismo, mas complementaridade. Vale dizer que a proteção à inovação provém de duas fontes: da tutela da concorrência através da garantia de um ambiente competitivo e da proteção do direito do inventor através da concessão de direitos de propriedade intelectual.” Assim, conclui a autora que “quando o exercício de direitos de propriedade intelectual prejudica a concorrência, o direito antitruste deve servir como instrumento de garantia do ambiente competitivo, através do combate aos abusos de poder econômico que geram distorções e concentração de informação, impedindo a difusão/fluxo do conhecimento e o surgimento de inovações”. (CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 70).

⁵⁵⁰ “There aren’t that many competent experts, and almost all of them are employed by or have other financial ties to firms involved in or potentially affected by antitrust litigation in this sector. The Antitrust Division does not employ any computer scientists or electrical engineers, but is wholly dependent on consultants, as are also, I believe, all the states antitrust Offices; and, as I say, it is difficult to find a consultant in the new economy who is both competent and disinterested.” (RICHARD A. POSNER, *Antitrust in the new economy*, cit., pp. 936 e ss.). No Brasil some-se a isso a carência de pessoal que se apresenta na atual estrutura do CADE. Com a aprovação da lei 12.529/11 criou-se uma nova estrutura institucional para a autarquia, trazendo profundas alterações principalmente sobre a estrutura de pessoal. Porém, até o momento ainda não vislumbramos grandes avanços na contratação de técnicos especializados, especialmente no Departamento de Estudos Econômicos, e formação de quadros de carreiras estáveis, para impedir a fuga de técnicos para a iniciativa privada.

Passamos agora a uma análise mais detida sobre alguns pontos fundamentais desta nova economia, como a mensuração do poder de mercado e a problemática das barreiras à entrada nesta nova economia.

2.1 - Poder de mercado e metodologia de análise antitruste de mercados de alta tecnologia

Expostas as principais características dos mercados de alta tecnologia, devemos agora analisar as implicações destas peculiaridades à análise antitruste.

O primeiro fator a ser analisado se relaciona à constatação de poder de mercado. Condutas anticompetitivas realizadas por uma empresa sem poder de mercado não tendem a causar grandes prejuízos à concorrência⁵⁵¹. Por esta razão, a aferição de poder de mercado se mostra fundamental para avaliação da licitude de condutas.

Como sabemos, a análise antitruste tradicional se inicia com a delimitação dos mercados quanto ao produto (mercado relevante material) e quanto à área em que é ofertado (mercado relevante geográfico).⁵⁵² Uma vez delimitado o mercado relevante, passa-se ao cálculo do *market share* detido pela empresa, ao exame das interações competitivas, à determinação das condições de entrada e à análise de outros aspectos estruturais pertinentes.

Considerando que os mercados da nova economia envolvem geralmente direitos de exclusivo sobre bens intelectuais, a delimitação dos mercados relevantes bem como a mensuração do poder de mercado se mostram extremamente complexas. Como vimos em capítulo anterior, por muito tempo se aplicou a presunção de poder de mercado pela simples titularidade de direitos intelectuais. A evolução desta disciplina nos EUA, porém, levou à compreensão de que esta presunção poderia trazer inúmeras distorções. As *Antitrust Guidelines for the Licencing of Intellectual Property*,⁵⁵³ de 1995, documento até hoje utilizado para pautar estas análises, consolidou três princípios relacionados à matéria: (i) para efeitos de análise antitruste a propriedade intelectual deve ser tratada como

⁵⁵¹ Importante ressaltar que no âmbito da concorrência desleal, mesmo agentes sem poder de mercado podem causar sérios prejuízos a outros concorrentes. Porém, considerando-se a concorrência sob o ponto de vista institucional, o poder de mercado se torna pressuposto essencial para a caracterização abuso de poder econômico.

⁵⁵² “O mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada restritiva”. Enquanto o “mercado relevante material (ou mercado do produto) é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece” (PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., pp. 231-233).

⁵⁵³ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION, *Antitrust Guidelines for the Licencing of Intellectual Property*, 1995, disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf>, acesso no dia 28 set. 2010.

qualquer outra forma de propriedade; (ii) a titularidade de direitos de propriedade intelectual não deve levar a presunção de poder de mercado; e (iii) licenciamento de direitos intelectuais permite às empresas a combinação de fatores complementares sendo em geral favorável à competitividade.⁵⁵⁴

Desenvolveu-se, ainda, uma metodologia para análise destes mercados, que tem em conta três categorias: (i) mercado de produtos que contenham determinada tecnologia; (ii) mercado da tecnologia - que envolve basicamente o licenciamento de direitos intelectuais; e (iii) mercado de P&D, ou mercado de inovação.

A análise dos dois primeiros mercados, a princípio, não destoaria da metodologia tradicionalmente utilizada: delimitação do mercado relevante, mensuração das participações de mercado e aplicação de testes como o do monopolista hipotético.⁵⁵⁵ Porém, é evidente que as avaliações destes mercados apresentam complicações não presentes nos setores tradicionais como, por exemplo, a mensuração da elasticidade-cruzada entre tecnologias distintas.

Os maiores problemas, no entanto, surgem na análise dos mercados de inovação, terceira categoria supra mencionada. Nestes a análise não se pauta pela determinação das presentes participações de mercado mas, em verdade, se “busca avaliar os efeitos futuros que decorrerão dos produtos e tecnologias resultantes da atividade de P&D. Representam, portanto, uma concorrência pelo mercado e não em um mercado.” Por esta razão, a aplicação dos mecanismos tradicionais não permite a mensuração do poder de mercado.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ “These Guidelines embody three general principles: (a) for the purpose of antitrust analysis, the Agencies regard intellectual property as being essentially comparable to any other form of property; (b) the Agencies do not presume that intellectual property creates market power in the antitrust context; and (c) the Agencies recognize that intellectual property licensing allows firms to combine complementary factors of production and is generally procompetitive.” (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION, *Antitrust Guidelines for the Licencing of Intellectual Property*, cit., p. 2).

⁵⁵⁵ “Para ambas as situações, envolvendo o mercado de produtos ou de tecnologia, a análise para efeitos concorrenciais não foge da realidade de qualquer outro mercado a ser analisado: delinea-se o mercado relevante e a respectiva participação de cada um dos agentes dentro desse mercado; a ato contínuo, a verificação do poder de mercado pode se dar utilizando os critérios usuais das análises concorrenciais, como por exemplo, do monopolista hipotético, com a possibilidade do agente realizar um aumento pequeno porém significativo e não transitório no preço do bem ou ainda, através da identificação de outras tecnologias e produtos pelos quais os compradores escolheriam substituir mediante custo comparável àquela tecnologia licenciada pelo agente.” (PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., pp. 81-82).

⁵⁵⁶ PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., pp. 82-84. Por esta razão autores como RICHARD GILBERT e STEVE SUNSHINE desenvolveram uma metodologia

A dificuldade em se mensurar o mercado de inovação não pode levar a negligência com o tratamento desta matéria. Na análise destes casos dois pontos devem ser considerados: os incentivos de inovação e os impactos de inovação.

Os primeiros se relacionam às eficiências dinâmicas (eficiências de inovação) geradas pela mudança da estrutura de mercado (e.g. concentração econômica). Os segundos, por sua vez, se relacionam ao impacto das inovações nas participações de mercado dos agentes. Como já observamos, a instabilidade estrutural destes mercados decorre das profundas modificações ocorridas mediante a introdução de inovações.⁵⁵⁷

Os estudos de casos relacionados aos mercados de inovação ainda são extremamente incipientes. Por esta razão, não se desenvolveu, até agora, uma metodologia consistente, própria para a análise destes casos. Alguns autores, inclusive, afirmam que a delimitação de mercados de inovação se mostra impraticável e sujeita a enormes riscos.⁵⁵⁸

Importante é termos em mente a enorme importância das inovações tecnológicas na nova economia. A complexidade destes setores leva à necessidade, como já afirmado, do estudo aprofundado de cada caso concreto. Como já afirmamos, a empresa *Microsoft*, sob a acusação de infrações à concorrência, sofreu processos em diversos países do mundo. Dentre eles destacam-se os casos apresentados à justiça norte-americana e à justiça da União Européia. Ambos os processos, por tratarem de licenciamento de *software*, envolveram, nos termos da classificação das “Antitrust Guidelines for the Licencing of Intellectual Property”, a categoria de mercados de tecnologia.

No julgamento pela justiça americana foram delimitados dois mercados relevantes: (i) mercado mundial de licenciamento de sistemas operacionais para computadores *Intel-compatible*; e (ii) mercado de aplicativos de navegação na *Internet (web browsing)*. Sendo ambos os produtos *inputs* essenciais para os

própria para identificação do poder nestes mercados: (i) identificar a sobreposição das atividades de P&D das empresas objeto da concentração; (ii) identificar a substitutibilidade da demanda; (iii) avaliação da concorrência potencial na cadeia de fornecimento dos produtos; (iv) verificar efeitos competitivos que poderiam resultar no aumento da concentração decorrente da operação; e (v) verificação das eficiência que podem resultar da operação.

⁵⁵⁷ PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., pp. 83-86.

⁵⁵⁸ “Since innovation competition cannot be reliably identified and assessed, the exercise of defining innovation markets and using them as basis for antitrust enforcement decisions serves only to increase the likelihood of false-positive enforcement determinations – finding violations where there are none – which may have the perverse effect of stifling innovation before it has begun” (JOSHUA A. NEWBERG, *Antitrust for the economy of ideas: the logic of technology markets*, In *Harvard journal of law & technology*, vol. 14, n.º 1, 2000, pp. 83-137).

computadores pessoais, a demanda por sistemas operacionais e *web browsers* estão diretamente ligadas à demanda por computadores.⁵⁵⁹

No caso europeu, por sua vez, entendeu-se que nem os sistemas operacionais *workgroup server*, nem os sistemas operacionais de PDAs e *smartphones* seriam substitutos dos sistemas operacionais para *Client PC*. Definiu-se desse modo três mercados relevantes distintos: (i) mercado de sistemas operacionais para *Client PC*; (ii) mercado de sistemas operacionais *workgroup server*; (iii) mercado de *players de media*.⁵⁶⁰

Considerando que a delimitação do mercado relevante material decorre justamente da avaliação da elasticidade cruzada da demanda entre o produto e seus substitutos, no caso dos mercados de tecnologia a delimitação envolve a verificação de substitutos, mesmo que sejam baseados em tecnologias e plataformas distintas. Quando não há substitutos próximos para a tecnologia primária, a doutrina o classifica como mercado de tecnologia *intra-modal*; ao contrário, quando há substitutos próximos para a tecnologia primária, a doutrina o classifica como mercado de tecnologia *inter-modal*.⁵⁶¹

No caso *Microsoft* julgado nos Estados Unidos o mercado relevante de sistemas operacionais se restringiu ao mercado de sistemas operacionais para plataforma *Intel-compatible PCs*. Porém, argumentam alguns autores que outros sistemas de informação, como os *smartphones*, *palm-tops*, *television set-top boxes*, e *computer game consoles*, realizariam funções semelhantes às do computador, podendo num futuro próximo tornarem-se verdadeiros substitutos do *PC*. Desse modo, se tivermos em conta que a concorrência no mercado de computadores não ocorre de forma *intra-modal* (a concorrência se estabelece apenas entre *Intel-compatible PCs*), mas sim de forma *inter-modal* (ou seja, entre diferentes tecnologias que realizem funções semelhantes), teríamos uma ampliação do mercado relevante considerado.⁵⁶²⁻⁵⁶³

⁵⁵⁹ JOSHUA A. NEWBERG, *Antitrust for the economy of ideas: the logic of technology markets*, cit., pp. 113-115.

⁵⁶⁰ THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commisson decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 88-118.

⁵⁶¹ No primeiro caso (*intra-modal*) a competição ocorre entre titulares de tecnologias semelhantes, enquanto no segundo caso (*inter-modal*) a competição se dá entre diferentes tecnologias que realizem tarefas semelhantes (JOSHUA A. NEWBERG, *Antitrust for the economy of ideas: the logic of technology markets*, cit., p. 121).

⁵⁶² JOSHUA A. NEWBERG, *Antitrust for the economy of ideas: the logic of technology markets*, cit., pp. 123-126.

⁵⁶³ No caso europeu entendeu-se não haver elasticidade, pelo lado da demanda, entre os sistemas operacionais de PDAs e *smartphones*, pela discrepância entre os tamanhos das telas e das funcionalidades muito limitadas quando comparadas com os *PCs* (THE

Conforme ressalta JOSHUA A. NEWBERG, seja nos mercados de tecnologia, seja nos mercados de inovação, a aplicação da tradicional análise estática do mercado relevante é inapropriada, podendo levar a conclusões completamente imprecisas. Nestes setores a presença de elevadas participações de mercado indicam apenas que o monopolista venceu a competição pelo padrão da indústria.⁵⁶⁴ Por esta razão, apenas uma análise mais aprofundada, que leve em conta as especificidades presentes em cada caso, poderá informar se as condutas do monopolista permitiram a manutenção ilegal de seu monopólio ou se a manutenção da competitividade no setor permitiria a contestabilidade do poder de mercado e o estímulo à inovação.

Seguindo esta linha de raciocínio, no caso *Microsoft* julgado nos Estados Unidos sustentou-se que a empresa não deteria poder de mercado, pois a competição se travaria pelo mercado (em relação à plataforma dominante), e não no mercado (entre sistemas operacionais concorrentes). Tratando-se em verdade de competição travada em mercado de inovação, a instabilidade estrutural do setor permitiria que a hegemonia da empresa fosse contestada a qualquer momento, não sendo assim adequada a verificação do atual *market share* detido por ela. Alegou-se, também, que a empresa não agiria como um monopolista, pois os preços de seus produtos estariam muitas vezes abaixo de um preço de monopólio.

Devemos considerar com muita cautela estes argumentos. Em primeiro lugar é evidente que a instabilidade estrutural é a marca característica dos mercados em questão. Porém, o que ficou patente no caso é que a perpetuação do monopólio da empresa Microsoft ocorreu anteriormente, por meio de práticas e condutas ilegais, como a exclusão de rivais e o bloqueio à entrada de novos competidores, e não pela superioridade e eficiência competitiva da empresa.

Em segundo lugar, os pareceres apresentados por FRANKLIN FISHER e DANIEL RUBINFELD comprovaram que os preços praticados pela empresa em questão não eram preços de monopólio. Pelo contrário, a determinação de seus preços era coerente com a política de manutenção a longo prazo da posição de domínio da empresa. Os preços baixos praticados pela empresa garantiam o crescimento do número de usuários, o aumento da demanda por produtos complementares e criavam desincentivo à "pirataria", principais ameaças a sua posição de domínio.⁵⁶⁵ Assim, a análise estática do preço não pode indicar a ausência de poder de mercado. As particularidades deste setor, em especial a questão dos efeitos de rede, justificam a racionalidade do agente monopolista de manter preços abaixo dos preços de monopólio. Dessa forma, sua consideração

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 89-90.

⁵⁶⁴ JOSHUA A. NEWBERG, *Antitrust for the economy of ideas: the logic of technology markets*, cit., pp. 130-134.

⁵⁶⁵ RICHARD J. GILBERT; MICHAEL L. KATZ, *An economist's guide to U.S. v. Microsoft*, In *Journal of economic perspectives*, vol. 15, n.º 2, 2001, pp. 25-44.

dinâmica, confrontada com as peculiaridades do caso, indicam justamente o completo controle da empresa sobre o mercado de sistemas operacionais.

Como veremos a seguir, este poder decorre não apenas de seu elevado *market share*, que na época do julgamento se encontrava próximo de 92%, e se mantém elevado até os dias de hoje, conforme ANEXO I, mas também por conta da problemática dos efeitos de rede e da *applications barrier to entry*.⁵⁶⁶

2.2 – Barreiras à entrada nos mercados de alta tecnologia

Um segundo e importante aspecto a ser analisado com relação aos mercados de alta tecnologia se relaciona às barreiras à entrada típicas da nova economia.

Tradicionalmente as barreiras à entrada são classificadas em quatro tipos básicos: (i) barreiras assentadas na diferenciação dos produtos; (ii) barreiras decorrentes de vantagens absolutas de custos, em situações em que as empresas já atuantes possuem acesso exclusivo a determinados ativos ou recursos; (iii) barreiras associadas às economias de escala, quando a competitividade da empresa depende da produção e distribuição em larga escala; e (iv) barreiras associadas a exigência de elevados investimentos iniciais.⁵⁶⁷

A teoria dos mercados contestáveis foi a que maior preocupação dedicou às barreiras à entrada. Segundo seus teóricos, a eficiência de uma estrutura de mercado depende da livre movimentação – entrada e saída – dos agentes econômicos em determinado mercado. Assim, “a eficiência da estrutura de mercado dependerá do nível de obstáculos à entrada e à saída na indústria, ou seja, de seu grau de contestabilidade”.⁵⁶⁸

A destruição criativa proposta por SCHUMPETER leva ao investimento maciço das empresas em P&D. A instabilidade e o dinamismo nos mercados de tecnologia permite que a entrada e saída de competidores ocorra de forma

⁵⁶⁶ “It appears clear to us that, largely because of network effects and the applications barrier to entry, Microsoft did possess significant market power. Microsoft certainly had the ability to raise prices significantly above marginal costs. Indeed, Microsoft possessed the ability to raise prices significantly above longrun average costs, as suggested by the large multiple of Microsoft’s market value to the cost of its asset base.” (RICHARD J. GILBERT; MICHAEL L. KATZ, *An economist’s guide to U.S. v. Microsoft*, cit., p. 29).

⁵⁶⁷ JORGE FAGUNDES; JOÃO LUIZ PONDÉ, *Barreiras à entrada e defesa da concorrência: Notas introdutórias*, cit., p. 12.

⁵⁶⁸ “Um mercado é dito perfeitamente **contestável** se os concorrentes potenciais têm acesso à tecnologia disponível e podem recuperar seus custos de entrada, caso posteriormente decidam abandonar a indústria. Assim, o conceito de perfeita contestabilidade está relacionado com liberdade absoluta de entrada e saída das firmas em um determinado mercado.” (JORGE FAGUNDES; JOÃO LUIZ PONDÉ, *Barreiras à entrada e defesa da concorrência: Notas introdutórias*, cit., p. 12.)

extremamente rápida e dinâmica⁵⁶⁹. Por esta razão, de acordo com os seguidores da Escola de Chicago, a manutenção de longos períodos de monopólios e de cartéis se mostraria inviável nos mercados em questão.⁵⁷⁰

É evidente que as barreiras à entrada costumam ser menores nos mercados de tecnologia, visto que o sucesso nestes setores depende da introdução de inovações. A facilidade de um programador desenvolver um aplicativo e ingressar no mercado é imensamente maior que a de um empresário construir uma siderúrgica.⁵⁷¹ Porém, a proteção destas inovações, bem como das redes criadas por meio dos direitos intelectuais, pode criar barreiras significativas em determinados setores. Em casos nos quais os custos de mudança dos consumidores superem as vantagens potenciais, estes efeitos podem criar barreiras intransponíveis, conhecidas como efeito *lock in*.⁵⁷² Necessário, assim, aprofundar a análise de cada uma destas barreiras, para que então possamos compreender em maior profundidade sua problemática.

Antes de analisarmos as barreiras específicas da nova economia devemos ter em mente que nos mercados de alta tecnologia também encontramos barreiras tradicionais como, por exemplo, barreiras assentadas na diferenciação dos produtos, expressas no reconhecimento e na reputação da marca. Nesse sentido o valor das marcas *Microsoft*, *Windows* e *Office* é inquestionável. Qualquer pessoa

⁵⁶⁹ “O surgimento e o desaparecimento de empresas líderes de mercado em períodos muito curtos pode ser visto como uma marca registrada dessa nova realidade.” (PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., pp. 90).

⁵⁷⁰ Conforme aponta ROBERT PITOFKY: “It is often argued that the high-tech sector of the American economy is so dynamic that cartels and monopoly power will be short-lived, They will be defeated more quickly and efficiently by market forces, such as new entry, than by any band of bureaucrats. Moreover, government regulation is likely to make more, and longer-lasting, mistakes than market.” (*Challenges of the new economy: Issues at the intersection of antitrust and intellectual property*, In *Antitrust law journal*, vol. 68, 2000-2001, pp. 915-916).

⁵⁷¹ ROBERT PITOFKY, *Challenges of the new economy: Issues at the intersection of antitrust and intellectual property*, cit., p. 916.

⁵⁷² ROBERT PITOFKY, *Challenges of the new economy: Issues at the intersection of antitrust and intellectual property*, cit., p. 916. Conforme KARIN GRAU-KUNTZ, o efeito *lock-in* ocorre quando “para um determinado produto primário escolhido entre várias alternativas o mercado só oferece um único produto secundário compatível, quando o consumidor não puder encontrar alternativas no mercado secundário, encontrando-se assim em uma situação de dependência em relação a um único fabricante do produto secundário” (KARIN GRAU-KUNTZ, *O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)*, disponível em <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/58f41a63eeb4cae8ffff8030ffffff1.pdf>, acesso no dia 27, jul., 2012, p. 3).

minimamente informada relaciona estes nomes e símbolos aos computadores. Por esta razão, qualquer tentativa de desenvolvimento de uma plataforma concorrente encontrará entraves também nas barreiras criadas pela “marca” e pela reputação da empresa.

Da mesma forma os competidores não estarão livres das práticas tradicionalmente utilizadas por empresas com poder de mercado, como a discriminação de preços, contratos de exclusividade ou outras táticas intimidadoras.

Por fim, a necessidade de economias de escala também desponta como uma potencial barreira. O elevado custo de desenvolvimento, aliado aos baixos custos marginais de produtos e serviços baseados em propriedade intelectual, impossibilitam a comercialização de poucas unidades desses produtos.⁵⁷³ Por esta razão, a necessidade de economias de escala pode atuar como uma barreira a entrada para pequenas empresas. É evidente que, atualmente, a distribuição de bens imateriais (como por exemplo aplicativos de computador) por meio da internet facilita enormemente a distribuição em larga escala, inclusive para pequenas empresas, porém, em alguns casos, a necessidade de escala pode se tornar um fator impeditivo.

Isto posto, passa-se a seguir à análise das barreiras específicas destes novos setores.

2.2.1 – Efeitos ou externalidades de rede

A evolução da teoria econômica adicionou outro fator que poderia criar vantagens desmensuradas ao monopolista: os efeitos de rede ou economias de escala no consumo.

Diversamente das economias de escala na oferta, estas se referem à situação em que “the larger the firm’s output is (up to some point), the more valuable that output is to its customers”.⁵⁷⁴ Estas economias de escala receberam o nome de efeitos ou externalidades de rede.⁵⁷⁵ Estão presentes sempre que o valor agregado

⁵⁷³ PAULO MARCOS RODRIGUES BRANCHER, *Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, cit., pp. 92-93. Conforme JOSEPH STIGLITZ e JASON FURMAN: “the larger the scale of production, the lower the average cost” (*Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., p. 7). Ainda MICHAEL L. KATZ e CARL SHAPIRO, “like many other goods with large intellectual property component, software may be subject to very large set up costs (i.e., the first-copy costs of writing the code) coupled with relatively low replications and distribution costs” (*Antitrust in software markets*, In JEFFREY A EISENACH; THOMAS M. LENARD (Ed.), *Competition, innovation and the Microsoft monopoly: Antitrust in the digital marketplace*, Kluwer Academic Publishers, 1998, pp. 29-81).

⁵⁷⁴ RICHARD A. POSNER, *Antitrust in the new economy*, cit., p. 928.

de um bem é afetado pelo número de agentes tomando decisões equivalentes.⁵⁷⁶ O exemplo recorrente é o do telefone: seu serviço só adquire importância na medida em que mais de uma pessoa possa ter acesso a ele, sendo mais valorizado quanto maior o número de usuários integrados à rede.⁵⁷⁷

Cabe apontar que esta externalidade pode ser positiva ou negativa. Se considerarmos um sobrecarregamento da rede telefônica, a entrada de mais um usuário terá um efeito negativo sobre o todo. O direito antitruste, no entanto, usualmente dispensa maior atenção às externalidades positivas, principalmente por conta de seu efeito sobre a entrada de competidores no mercado. Devemos ter precaução ao enquadrar esta modalidade de externalidade como uma falha de mercado. A análise sob este ponto de vista, em geral, baseia-se em “lendas populares” e em fatos empiricamente não comprovados.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ Conforme afirmam STAN J. LIEBOWITZ e STEPHEN E. MARGOLIS, rigorosamente, externalidades de rede e efeitos de rede não se confundem. Os efeitos de rede seriam “the circumstance in which the net value of an action (consuming a good, subscribing to telephone service) is affected by the number of agents taking equivalent actions”, enquanto as externalidades de rede seriam um tipo específico de efeito de rede “in which the equilibrium exhibits unexploited gains from trade regarding network participation”. Segundo os autores, a vantagem desta diferenciação se deve à aproximação da expressão “externalidade” ao termo usualmente utilizado em literatura econômica (*Network externality: An uncommon tragedy*, cit., p. 135).

⁵⁷⁶ MICHAEL L. KATZ; CARL SHAPIRO, *Network externalities, competition and compatibility*, In *The American Economic Review*, vol. 75, n.º 3, 1985, pp. 424-440. A literatura sobre o assunto é vasta nos Estados Unidos e na Europa, dentre as principais, podemos apontar STAN J. LIEBOWITZ; STEPHEN E. MARGOLIS, *Network externality: An uncommon tragedy*, In *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 8, n.º 2, 1994, pp. 133-150; STAN J. LIEBOWITZ; STEPHEN E. MARGOLIS, *Dismal science fictions: Network effects, Microsoft, and antitrust speculation*, In *Policy Analysis*, n.º 324, 1998; MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit.; NICOLAS ECONOMIDES, *Network externalities, complementarities, and invitations to enter*, In *The European Journal of Political Economy*, vol. 12, 1996, pp. 211-232; CARL SHAPIRO, *Exclusivity in network industries*, In *George Mason Law Review*, vol. 7, n.º 3, 673-683. Sobre efeitos de rede nos mercados de *software*, consultar MICHAEL L. KATZ; CARL SHAPIRO, *Antitrust in software markets*, cit.

⁵⁷⁷ “Telephone service is worthless if there is only one subscriber; he has no one to talk”. Assim, “the more subscribers, the more valuable the service is to each one, or at least to many of them” (RICHARD A. POSNER, *Antitrust in the new economy*, cit., p. 928).

⁵⁷⁸ STAN J. LIEBOWITZ; STEPHEN E. MARGOLIS, *Network externality: An uncommon tragedy*, cit., pp. 134 e ss. Conforme apontam os autores, há quem defenda que a presença de externalidades de rede pode criar distorções no mercado no sentido de direcionar as escolhas dos consumidores à escolha “errada”. Os exemplos geralmente citados são os do teclado QWERTY e do VCR. Tanto no caso do teclado como no caso do VHS argumenta-se que outros modelos, como o teclado DVORAK e o sistema de vídeo Betamax, seriam mais eficientes, mas que as externalidades de rede, enquanto falhas de mercado,

Conforme a classificação proposta por MICHAEL L. KATZ e CARL SHAPIRO, as externalidades podem ser diretas ou indiretas. As externalidades diretas seriam aqueles decorrentes de efeitos físicos diretamente causados pelo maior número de compradores sobre a qualidade do produto, sendo o exemplo o das redes de telefonia. As externalidades indiretas, por sua vez, ocorreriam em circunstâncias nas quais não haja o efeito físico direto sobre a rede, por exemplo no caso dos computadores: quanto maior o número de usuários de computador, mais abundantes e baratos serão os *softwares* disponíveis.

Os autores elencam, ainda, uma terceira categoria, que seria a dos serviços de suporte técnico pós venda. Segundo apontam, surgem externalidades positivas de bens duráveis quando a qualidade e disponibilidade dos serviços de pós venda dependam do tamanho da rede de serviços. O caso dos carros importados serve de exemplo: geralmente, quando introduzidos em um país, as vendas mostram-se baixas; isto ocorre principalmente pelo receio dos consumidores adquirirem um produto que possui uma rede de serviços questionável e incipiente.⁵⁷⁹

É necessário apontar que este terceiro fenômeno não constitui propriamente uma externalidade de rede. As externalidades de rede se relacionam a efeitos ligados à demanda, resultam de um valor adicional proporcionado pela entrada de um novo consumidor na rede. Este último caso trata, na realidade, de efeitos ligados a oferta, ou seja, que se ligam à redução do custo de produção, independentemente da demanda pelo produto.⁵⁸⁰

O caso do *software* é paradigmático por diferir da rede de telefonia em muitos aspectos. Ao contrário da rede telefônica, tanto um sistema operacional como um *software* aplicativo podem realizar praticamente todas as suas funcionalidades, mesmo que haja apenas um usuário deste produto.⁵⁸¹ Por outro lado, o valor do

direcionam os consumidores para os piores produtos. Conforme apontam os autores, “We are aware of no compelling examples of markets failing in the sense that the ‘wrong’ choice of network, among feasible alternatives, was made. Nor are we aware of any effort to examine whether the scale of the networks that do exist is economically efficient.” (*Network externality: An uncommon tragedy*, cit., pp. 146-149).

⁵⁷⁹ MICHAEL L. KATZ; CARL SHAPIRO, *Network externalities, competition and compatibility*, cit., p. 424. MARK A. LEMLEY e DAVID MCGOWAN, com base na classificação proposta por KATZ e SHAPIRO, os autores dividem os efeitos em “actual networks, virtual networks e simple positive-feedback phenomena” (*Legal implications of network economic effects*, In *California law review*, vol. 86, 1998, pp. 479-612). Lembram os autores também que as classificações não são estanques, havendo casos em que uma rede pode ter características de *actual* e de *virtual networks*, como no caso da *Internet*.

⁵⁸⁰ “Unlike actual or virtual networks, no technological compatibility, interoperability, or even contractual relationships are necessary to sustain this ‘network’. Strictly speaking, it is not a network at all.” (MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., pp. 494-495)

⁵⁸¹ MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*,

produto, e conseqüentemente sua demanda, aumentam de acordo com o crescimento do número de usuários desta plataforma ou sistema. Assim, à medida que mais usuários se utilizam de um mesmo formato de arquivo (por exemplo o formato “.doc”, utilizado no programa *Microsoft Word*), mais fácil será o compartilhamento de documentos neste formato. Por esta razão, de maneira similar à compatibilidade dos telefones, neste caso, a troca de arquivos pressupõe uma compatibilidade horizontal direta, ainda que não envolva redes físicas diretamente ligadas como no caso da telefonia.⁵⁸²

Um efeito indireto de rede apresenta-se quando uma característica particular de uma rede tende a ser otimizada em uma rede ampla. No caso do *software* o número de programas desenvolvidos para uma plataforma aumenta com o número dos usuários. Assim, um usuário individual de uma plataforma seria beneficiado com o aumento do número de outros usuários através de um leque maior de *softwares* disponíveis.⁵⁸³ Disso decorre que quanto maior o número de *softwares* compatíveis com determinado sistema operacional, mais propenso será o consumidor a adquirir este sistema.⁵⁸⁴ Por esta razão, o “sistema operacional com a maior gama de aplicativos compatíveis será o mais desejado pelos consumidores”.⁵⁸⁵

Este efeito indireto foi chamado, no caso *Microsoft* norte-americano, de “application barrier to entry”, ou barreira à entrada dos aplicativos.

cit., p. 491. O telefone não possui qualquer funcionalidade se apenas uma pessoa utiliza este produto.

⁵⁸² MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., p. 491.

⁵⁸³ Usuários de computador interagem entre si e, sendo assim, quanto maior o número de usuários de determinado sistema ou plataforma, maior a demanda. Isso ocorre porque a compatibilidade entre os *softwares* apenas será plena quando estes utilizarem a mesma plataforma ou forem desenvolvidos para o mesmo sistema operacional (MARIA J. GIL-MOLTÓ, *Economic aspects of the Microsoft Case: Networks, interoperability and competition*, disponível em <http://www.le.ac.uk/economics/research/RePEc/lec/leecon/dp08-39.pdf>, acesso no dia 24 mai. 2009). No mesmo sentido, MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., p. 491-492.

⁵⁸⁴ Como vimos no CAPÍTULO III, supra, *softwares* desenvolvidos para um sistema operacional não são compatíveis, em princípio, com outros sistemas operacionais.

⁵⁸⁵ CLÁUDIA TOSIN KUBRUSLY, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, cit., p. 63. A disparidade do número de aplicativos é gritante. Conforme afirmam STIGLITZ e FURMAN, nos anos de 1990 o sistema operacional da IBM, com 10% de *market share*, possuía cerca de 2500 aplicativos compatíveis, enquanto neste mesmo período o *Windows* já possuía mais de 70000 aplicativos compatíveis. (*Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., p. 9).

No mercado de aplicativos esta questão assume uma problemática própria. Por um lado as firmas independentes e os desenvolvedores possuem incentivos econômicos para redigirem aplicativos apenas para a rede hegemônica ou, no que toca o caso em questão, a redigirem aplicativos para o sistema operacional *Microsoft Windows*. Por outro lado, também os consumidores não são incentivados a adquirir um sistema operacional alternativo, de modo que estas redes alternativas não conseguem se desenvolver. Decorre daí um ciclo vicioso.⁵⁸⁶

Aos competidores restaria desenvolver uma rede alternativa que fosse plenamente compatível com os aplicativos desenvolvidos para o *Windows*. Porém, conforme vimos no Capítulo III, supra, um sistema operacional que buscasse realizar esta interoperabilidade teria de implementar quase integralmente as APIs do *Windows* (*Win 32 API*), cujas especificações não são fornecidas pela empresa. Do mesmo modo, a inviabilidade de se reverter a engenharia destas interfaces torna esse acesso praticamente impossível.⁵⁸⁷

A *Microsoft* soube brilhantemente valer-se destes efeitos de rede, utilizando-se de estratégias agressivas de preço para atingir o maior número possível de OEMs e usuários. Desde cedo a empresa reconheceu que um sistema operacional que pudesse atuar como plataforma comum para diversos aplicativos e capaz de rodar nos computadores das mais diversas marcas seria extremamente valorizado pelos consumidores. Desse modo, a estratégia da empresa estava voltada à criação

⁵⁸⁶ Assim, “even if a technically superior operating system to Microsoft Windows were to emerge, a significant impediment to development would be the difficulty in getting other software makers to write software applications for it, and no one wants to do that for a program that is used only a few thousand people” (HERBERT HOVENKAMP, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, cit., pp. 527-528). Corroborando tal tese, RICHARD J. GILBERT e MICHAEL L. KATZ citam o caso da *IBM*, que durante a década de 1990 gastou mais de 1 bilhão de dólares no desenvolvimento de um sistema operacional concorrente do *Windows*, mas que foi um fracasso comercial principalmente por conta da aplicação de barreiras de entrada, que impediram que esta superasse os efeitos de rede deste mercado (*An economist’s guide to U.S. v. Microsoft*, In *Journal of economic perspectives*, cit., p. 28). Não foi diversa a conclusão da Comissão Européia: “Although in theory possible, it would be extremely difficult, time-consuming, risky and expensive to develop an alternative client PC operating system, with a priori no application able to run on it, because users are very unlikely to buy an operating system without a wide range of applications already available, tested and used by other people. Therefore, for a new operating system product to enter the client PC operating system market, it would be necessary that such a product is either able to support a critical mass of existing Windows-dependent applications, or a comparable critical mass of applications already written for the new platform.” (THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 124).

⁵⁸⁷ THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 124-125.

de externalidades de rede entre fabricantes de *hardware*, desenvolvedores de *software* e consumidores. Os fabricantes de computador se beneficiariam, pois seus PCs poderiam rodar os diversos aplicativos redigidos para plataforma *Windows* e porque seus usuários já estariam familiarizados com sua interface gráfica. Os desenvolvedores de *software*, por sua vez, também se beneficiariam, pois ao desenvolverem aplicativos para esta plataforma, estariam seguros de que ele rodaria em um número enorme de PCs. Por fim, os consumidores também se beneficiariam, podendo escolher entre as mais diversas marcas e modelos de computador e de aplicativos, que seriam perfeitamente compatíveis entre si.⁵⁸⁸

Disso notamos que este mercado, assim como outras indústrias de rede, possuem estrutura diversa das tradicionais “estruturas de um lado” (*one-sided*). Estas novas indústrias caracterizam-se por serem plataformas de múltiplos lados (*multi-sided platform*). Um exemplo clássico aqui é o do jornal. Ao mesmo tempo em que jornais são vendidos para os leitores, seus espaços de publicidade são comercializados para os anunciantes, de modo que o aumento do número de leitores influi na valorização dos espaços publicitários do jornal. Este mecanismo gera profundas consequências sobre a estrutura de preços neste setor. O jornal pode, por exemplo, optar por vender os exemplares a preços módicos, de modo a aumentar o número de leitores, ao mesmo tempo em que aumenta o preço dos anúncios, tirando daí seu maior faturamento.⁵⁸⁹

Em setores de múltiplos lados (*multi-sided platforms*) as externalidades de rede tem papel crucial para o sucesso da plataforma, sendo a diferenciação de preços entre os lados da cadeia uma característica marcante. Assim, uma empresa deve cobrar preços maiores de um dos lados, de modo a garantir os lucros, ao mesmo tempo em que cobra preços menores do outro, para assim aumentar a rede de usuários. A decisão com relação a estas variáveis decorre da elasticidade da demanda, bem como dos valores atribuídos a cada um dos lados.⁵⁹⁰

A competição para a criação de uma nova rede leva, inclusive, a uma guerra de preços, para que assim se estimule a entrada de novos usuários. Como vimos, a entrada de um novo usuário leva a uma valorização da rede como um todo e, desse modo, caberá ao detentor da rede criar estímulos para sua entrada.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ FEDERICO ETRO, *Competition, innovation, and antitrust – A theory of market leaders and its policy implications*, cit., p. 212.

⁵⁸⁹ FEDERICO ETRO, *Competition, innovation, and antitrust – A theory of market leaders and its policy implications*, cit., pp. 212-213. O autor cita outros exemplos de indústrias de rede *multi-sided*, como os *video-games*, os mecanismos de busca na *Internet* (como o *Google*), as redes sociais (*Facebook*, *MySpace*) sites de compra (*Amazon*, *eBay*), entre outros.

⁵⁹⁰ FEDERICO ETRO, *Competition, innovation, and antitrust – A theory of market leaders and its policy implications*, cit., pp. 214-215.

⁵⁹¹ “Since every new subscriber increases the value of the service to the existing subscribers, a telephone company has an incentive to provide price inducements to new subscribers, as the money it will lose on them may be more than made up for by the

Exatamente por esta razão, a empresa *Microsoft* passou a distribuir o *software Internet Explorer* gratuitamente e integrado ao sistema operacional das máquinas, de modo a ampliar seu *market share* no mercado de *browsers* e impedir a consolidação de uma rede alternativa (a rede de usuários do *Netscape Navigator*).

A competição pela criação de novas redes pode ser ainda mais acirrada nos novos mercados. As redes tradicionais, como as ferrovias e as redes de telefonia, envolvem vultosas quantias de investimento para sua instalação. Porém, as novas redes se caracterizam, em princípio, por baixos custos tanto no que toca a sua criação como no que tange sua substituição. Por esta razão, RICHARD A. POSNER afirma que a enorme quantidade de capital disponível para investimento e a velocidade com que estas novas redes podem ser instaladas leva a uma competição sem fim pela hegemonia nestes setores, não estando nenhuma rede protegida da destruição criativa descrita por SCHUMPETER.⁵⁹² Além disso, a alta lucratividade que poderá ser auferida pelo novo entrante estimula a utilização de estratégias arriscadas como a predação.⁵⁹³

Por outro lado, se apenas o primeiro a desenvolver uma nova tecnologia detém a possibilidade de criar uma rede hegemônica, a existência de uma rede dominante em determinado setor pode desencorajar as outras firmas a investirem em inovação. Assim, em determinados mercados, a existência de uma rede hegemônica pode desestimular a inovação e os investimentos, ao invés de acirrar a competição.⁵⁹⁴

Por esta razão, STIGLITZ afirma que o estímulo às inovações passa pelo incentivo à concorrência e pela expansão das possibilidades de escolhas dos consumidores. Em casos de monopólio como o do *Windows*, mantidos por meio de condutas anticompetitivas, faz-se necessário intervir nos incentivos oferecidos ao monopolista, através de sanções estruturais ou mediante regulação das condutas do agente.⁵⁹⁵

higher price that existing subscribers will pay for access to a larger network. [...] The prospect of a network monopoly should thus induce not only a high rate of innovation but also a low strategy that induces early joining and compensates the early joiners for the fact that eventually the network entrepreneur may be able to charge a monopoly price.” (RICHARD A. POSNER, *Antitrust in the new economy*, cit., p. 930).

⁵⁹² RICHARD A. POSNER, *Antitrust in the new economy*, cit., p. 930.

⁵⁹³ MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., p. 495.

⁵⁹⁴ “Even if the only way to become a network monopolist is to be the first to come up with a new technology that benefits consumers, the existence of the monopoly may discourage subsequent technological innovation by other firms” (RICHARD A. POSNER, *Antitrust in the new economy*, cit., p. 930).

⁵⁹⁵ JOSEPH E. STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft*

2.2.2 – A questão dos custos de mudança (*switching costs*)

Ainda é necessário mencionar a questão dos custos de mudança (*switching costs*). Tratam-se dos custos incorridos pelo consumidor para que mude de fornecedor ou produto. Tais custos decorrem da constatação de que, quando o consumidor se acostuma com o uso de determinado produto, uma mudança para um produto com funcionalidade similares implicaria custos de tempo e de valor agregado.

Um exemplo clássico reporta ao uso do teclado QWERTY. Esse modelo de teclado, criado por CHRISTOPHER SHOLES em 1868, tornou-se mundialmente difundido, sendo adotado pela quase totalidade dos teclados no mundo (com pequenas alterações decorrentes de diferenças linguísticas).

Na década de 1920, AUGUST DVORAK desenvolveu um teclado alternativo, chamado de teclado simplificado Dvorak. Sua intenção era criar um modelo que facilitasse a digitação, tornando-a inclusive mais rápida. Os custos de mudança, porém, tornaram muito custosa a mudança do padrão QWERTY para o padrão Dvorak, considerando a necessidade de treinamento e adaptação ao novo modelo.⁵⁹⁶

Na área de *softwares* os custos de mudança se consubstanciam nos custos de treinamento para utilização da nova plataforma, bem como nos custos pecuniários de obtenção dos programas e atualizações compatíveis com o novo sistema operacional. Estes fatores geram uma “fidelização” do usuário, que acaba optando pela utilização de apenas uma plataforma (no caso em questão o *Microsoft Windows*). Aqui estamos diante do já mencionado “*lock-in effect*”. Por esta razão, somente um produto com qualidade muito superior teria condições de angariar usuários da antiga plataforma.⁵⁹⁷

2.2.3 – Padronização e efeitos de rede

Corporation), cit., p. 4.

⁵⁹⁶ Conforme apontam LIEBOWITZ e MARGOLIS, pode-se questionar também a eficiência do novo padrão de teclado, porém, é patente que os *switching costs* tiveram influência na prevalência do padrão QWERTY. (STAN J. LIEBOWITZ; STEPHEN E. MARGOLIS, *The fable of the keys*, In *Journal of Law and Economics*, vol. 30, n.º 1, 1990, pp. 1-26).

⁵⁹⁷ “In choosing a PC and an operating system, consumers make a large fixed investment. In addition, because a considerable amount of learning is associated with the use of operating systems and associated applications, and because files created under one applications software program may not be easily or perfectly transferable to others, there are large costs associated with switching.” (JOSEPH E. STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., p. 8).

Nesse ponto faz-se necessário estabelecermos a interrelação entre os direitos intelectuais, a compatibilidade e os efeitos de rede. A adoção de *standards*⁵⁹⁸ afeta a capacidade de produtos fabricados por empresas diferentes operarem conjuntamente em um mesmo sistema (por exemplo, a comunicação estabelecida entre dois computadores de marcas distintas), bem como afeta a possibilidade de peças de diferentes fabricantes poderem utilizar os mesmos componentes complementares (por exemplo, HDs de diferentes marcas funcionarem com computadores de diferentes marcas). Ao mesmo tempo, quando produtos são incompatíveis, as externalidades positivas operam no nível de cada produto individualmente.⁵⁹⁹ Desse modo, a eficiência de uma dada rede depende justamente da padronização de seus componentes essenciais. Basta lembrarmos do exemplo das ferrovias. No Brasil, dentre outros problemas, as estradas de ferro carecem de padronização das “bitolas”. Por essa razão os trens não podem operar por toda malha ferroviária, mas apenas nos trechos em que o tamanho dos trilhos é compatível. Disso decorre uma enorme ineficiência do sistema. No caso dos telefones e da *Internet* a padronização dos principais componentes (a rede telefônica, no primeiro, e os protocolos de *Internet*, no segundo) trouxe maior eficiência ao sistema.⁶⁰⁰

A padronização, ao criar uma rede única e compartilhada por diversos competidores, neutraliza a vantagem decorrente das bases instaladas, permitindo que a competição ocorra em termos de preço e qualidade dos bens ofertados.⁶⁰¹ A compatibilidade entre produtos pode, assim, solucionar parte da problemática dos efeitos de rede.⁶⁰² Aqui cabe mencionar, mais uma vez, o caso do teclado

⁵⁹⁸ Utilizamos aqui a definição de *standard* no sentido proposto por MARK A. LEMLEY: “I define a standard rather broadly as any set of technical specifications that either provides or is intended to provide a common design for a product or process” (*Intellectual property rights and standard-setting organizations*, In *California law review*, vol. 90, 2002, pp. 1889-1980).

⁵⁹⁹ JOSEPH FARRELL; MICHAEL L. KATZ, *The effects of antitrust and intellectual property law on compatibility and innovation*, In *Antitrust bulletin*, vol. 43, 1998, pp. 609-650.

⁶⁰⁰ *Standards* como o TCP/IP são livres, abertos e adaptados para qualquer pessoa que desejar utilizar a rede mundial de computadores (JONATHAN ZITTRAIN, *The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem it can't patch later*, cit., p. 1365). É evidente que a *Internet* possui uma série de problemas quanto à padronização dos protocolos e aos modelos de regulação adotados. Podemos citar a problemática da neutralidade das redes. No presente trabalho não cabem maiores considerações sobre o assunto, para tal vide CHRISTOPHER S. YOO, *Beyond network neutrality*, In *Harvard journal of law & technology*, Vol. 19, 2005, pp. 1-77.

⁶⁰¹ JOSEPH FARRELL; MICHAEL L. KATZ, *The effects of antitrust and intellectual property law on compatibility and innovation*, cit., p. 611.

⁶⁰² MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., p. 523.

QWERTY: a inexistência de direitos de exclusivo sobre o padrão QWERTY permite a qualquer empresa que deseje fabricar um teclado neste padrão que o faça sem a necessidade de qualquer licenciamento ou pagamento de *royalties*.

Porém, estes padrões podem estar – ou podem não estar – sob a proteção de um direito exclusivo. Quando pertencentes a uma determinada empresa (seja por meio de direitos intelectuais ou por meio de direito de propriedade, como no caso dos trilhos), a padronização tende a beneficiar apenas a detentora da rede. As externalidades de rede levam, por sua vez, os consumidores ou usuários a optarem pela rede que tiver maior número de usuários. Os efeitos de rede criam, assim, verdadeiros impedimentos à entrada, quando o produto oferecido pelo novo agente econômico é incompatível com a rede do monopolista. Neste sentido a incompatibilidade pode trazer limitações à concorrência.⁶⁰³ Por essa razão a proteção conferida por direitos intelectuais sobre *standards* poderá gerar grande poder de mercado ao titular deste direito.⁶⁰⁴

É comum que as próprias empresas firmem acordos de compatibilidade. Podemos citar como exemplo os acordos em torno do CD (*Compact Disc*) na década de 1980. Acordos de padronização podem tanto trazer benefícios ao mercado, na medida que trazem maior eficiência aos sistemas de rede, como podem também levar ao fechamento do mercado, quando algumas empresas tiverem o acesso negado a estes padrões.⁶⁰⁵ O que importa ressaltar neste momento é que a padronização poderá trazer benefícios mútuos vinculados ao aumento da rede, ao passo que a inexistência de compatibilidade poderá fomentar a criação de redes concorrentes, o que levaria a uma competição pela rede dominante. Desse modo, na ausência de padronização, a concorrência se dá “pelo mercado”, enquanto na presença de padronização a concorrência ocorrerá “no mercado”. Por conta disso afirma-se que em mercados de rede a presença de uma única rede favorece a eficiência do sistema.⁶⁰⁶

⁶⁰³ JOSEPH FARRELL; MICHAEL L. KATZ, *The effects of antitrust and intellectual property law on compatibility and innovation*, cit., p. 611.

⁶⁰⁴ MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., p. 523. Conforme afirma PHILIP J. WEISER: “For such basic standards, intellectual property law confronts a dilemma: Allowing one firm to control such standards on a proprietary basis may prevent the technology from gaining adopters, while not allowing the inventor to reap some rewards from an invention will fail to provide an incentive for firms to innovate in the first place.” (*The Internet, innovation, and intellectual property policy*, In *Columbia law review*, vol. 103, 2003, pp. 534- 613).

⁶⁰⁵ A padronização pode, ainda, gerar ineficiências dinâmicas, ao desincentivar as empresas a permanecerem atadas aos padrões e não investirem em novos padrões mais avançados (MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., p. 523).

⁶⁰⁶ MICHAEL L. KATZ e CARL SHAPIRO, *Antitrust in software markets*, cit., pp. 54-58.

Em um caso recentemente analisado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)⁶⁰⁷ a discussão envolveu justamente a licitude da mudança de um padrão utilizado pela indústria através da introdução de um novo padrão protegido por direitos exclusivos. No caso em exemplo uma empresa com posição dominante no mercado de cervejas (detentora de um *market share* próximo de 70%) introduziu no mercado um modelo de garrafa retornável protegido por desenho industrial, e caracterizado pela inserção da marca em seu corpo, impossibilitando, assim, que as empresas concorrentes utilizassem esta embalagem retornável. Através deste artifício logrou, então, substituir no mercado a garrafa retornável padrão (utilizada por todos os participantes do mercado) pelo seu modelo protegido.

O que interessa para o presente estudo é ressaltar a ilicitude da conduta da empresa com posição dominante que, ao introduzir um novo *standard* proprietário no mercado de distribuição de cervejas, diminui em grande medida a eficiência do sistema de troca de garrafas, ao criar um problema de externalidades de rede antes inexistente, o que poderá levar à exclusão de concorrentes e bloqueio do mercado pelo efeito *lock-in*. A racionalidade deste tipo de conduta decorre da constatação de que a introdução de incompatibilidades em mercados de rede gera enormes prejuízos aos “perdedores” e lucros extraordinários ao “vencedor”. Desse modo, a empresa confiante em sua “vitória” tenderia a se comportar contra a compatibilidade entre produtos.⁶⁰⁸⁻⁶⁰⁹

Um fabricante não monopolista de sistemas operacionais no mercado de *softwares* teria todos os incentivos econômicos para maximizar a compatibilidade com outros tipos de *software* como *internet browsers* ou processadores de texto, ainda que também comercialize estes produtos. O agente monopolista, por sua vez, tenderá a adotar posição oposta. Ao limitar a compatibilidade com os produtos de seus rivais poderá forçar os consumidores a migrarem para seus aplicativos.⁶¹⁰

⁶⁰⁷ P.A. n.º 08012.002474/2008-24 e Recurso Voluntário n.º 08700.002874/2008-81.

⁶⁰⁸ Conforme afirmam MICHAEL L. KATZ e CARL SHAPIRO: “since systems competition is prone to tipping, there are likely to be strong winners and strong losers under incompatibility. Therefore, if a firm is confident it will be the winner, that firm will tend to oppose compatibility” (*Systems competition and network effects*, In *Journal of economic perspectives*, vol. 8, n.º 2, 1994, p. 111)

⁶⁰⁹ O caso se encerra com a assinatura de um Termo de Cessação de Conduta (TCC) assinado pela empresa Ambev se comprometendo a retirar imediatamente do mercado todas as garrafas de 630 ml marcadas com a logomarca da empresa.

⁶¹⁰ “A nondominant seller of computer operating system would have every incentive to maximize such compatibility with other types of software, such as Internet browser and word processors, even if it sold these applications itself. After all, it would be competing in the market with sellers of other operating systems, and customer choice would be heavily driven by compatibility concerns. But a market dominating seller of operating

Como vimos no capítulo V, *supra*, os teóricos da Escola de Chicago argumentam que a concorrência pelo mercado caracterizada pelo mote *the winner takes all* estimularia o processo inovativo, justamente pela possibilidade do monopolista auferir grandes lucros com a hegemonia de sua rede. Ocorre, porém, que em muitos casos o controle destes *standards* e interfaces levará ao resultado oposto, i.e., à supressão da inovação.

Nos casos *Microsoft* (tanto o americano como o europeu) o controle exercido pela empresa sobre interfaces-chave permitiu que a empresa aumentasse as barreiras à entrada, impossibilitando a concorrência tanto no mercado de sistemas operacionais, como no de aplicativos.⁶¹¹ É por esta razão que a tendência em casos que envolvem uma relação entre direitos intelectuais e externalidades de rede aponta para a limitação dos direitos de “propriedade” intelectual, visando a promoção da compatibilidade entre os produtos oferecidos por competidores.

Dentre estas limitações podemos notar a permissão da prática de engenharia reversa (*reverse engineering*) para fins de acesso ao *standard* de mercado, como as interfaces do *software*, de modo que os competidores também tenham acesso aos benefícios de rede associados a este padrão.⁶¹²

A engenharia reversa, por exemplo, permitiria o acesso de qualquer pessoa às interfaces do *Microsoft Windows*, possibilitando a cópia de suas funcionalidades essenciais. Com isso as interfaces da empresa dominante se tornariam um *standard* utilizado por todo mercado. Tal padronização levaria a eliminação de parte dos efeitos de rede, ao permitir que a compatibilidade fosse a regra no mercado de sistemas operacionais.

Na prática, porém, a questão se mostra mais complexa.

Conforme ressaltamos, a engenharia reversa é um procedimento tecnicamente complexo, custoso, demorado e que pode trazer resultados não satisfatórios.⁶¹³ Já apontamos que o *Microsoft Windows* possui milhões de linhas de

systems stands in a very different position: by limiting compatibility with rivals' software applications it can force buyers to switch to its own applications.” (HERBERT HOVENKAMP, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, cit., p. 276).

⁶¹¹ MICHAEL L. KATZ e CARL SHAPIRO, *Antitrust in software markets*, cit., pp. 64-65.

⁶¹² “Because products that can work with an industry standard are included in the network benefits of widespread adoption, broadly compatible products produced by competitors may allow the market to benefit from a universal standard, while permitting competition among providers of products incorporating that standard.” (MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., p. 525).

⁶¹³ V. Capítulo III. Neste sentido, ainda, ANDREW JOHNSON-LAIRD: “reverse engineering is the most expensive remedy of last resort. [...] is a demanding and time-consuming process. Its results depend heavily upon a reverse engineer's skill and experience. [...] Reverse engineering is not a technique used by software thieves because it takes too much time and costs too much money.” (*Software reverse engineering in the real*

código-objeto, sendo difícil identificar quais seriam os elementos funcionais não protegidos (no caso, as *Application Program Interfaces* – APIs analisadas no Capítulo III, supra). Porém, ainda que se superem estes entraves técnicos para reversão da engenharia do *Microsoft Windows*, e ainda que se desconsidere a violação de qualquer norma de *copyright*, outros problemas se afiguram. A recente jurisprudência sobre o assunto⁶¹⁴, bem como a possibilidade de utilização de outras formas de proteção, como o segredo industrial e o patenteamento de interfaces, acabam impedindo que esta tarefa de dimensões hercúlea seja levada a cabo. A *Microsoft* se utiliza de todos estes artifícios para impedir a engenharia reversa, e do mesmo modo ela vem patenteando as suas APIs, dificultando assim ainda mais esse procedimento.⁶¹⁵

Deve-se ainda ressaltar que o desenvolvimento de um sistema operacional compatível com base na engenharia reversa é extremamente difícil. A complexidade do *Microsoft Windows* levaria uma empresa concorrente a copiar quase integralmente as *subroutines* do programa. A própria *Microsoft* se aproveita desta complexidade, tornando difícil a identificação das interfaces e transmitindo ao consumidor a sensação de que os produtos similares não seriam inteiramente compatíveis. Soma-se a isto a constante modificação do sistema operacional pela empresa, o que dificulta ainda mais o trabalho de acesso às interfaces, visto que os concorrentes teriam de reverter a engenharia do programa a cada nova versão do *software* lançado no mercado.⁶¹⁶⁻⁶¹⁷ Por fim, resta ainda destacar o preço relativamente baixo de venda do programa e a prática disseminada de “pirataria” destes produtos, o que desincentiva competidores a gastarem tempo e recursos no desenvolvimento de programa similar compatível.⁶¹⁸

world, In *University of Dayton law review*, vol. 19, 1993-1994, pp. 843-901)

⁶¹⁴ Conforme apontam MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN até 1992 não havia qualquer julgado que tivesse analisado se a engenharia reversa das APIs constituiria violação de *copyright* (*Legal implications of network economic effects*, cit., p. 528).

⁶¹⁵ MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., pp. 528-529.

⁶¹⁶ “A competitor would have to reverse engineer each new program and alter its own program to maintain compatibility with the new generation Microsoft product. Ideally, it would have to do it quickly, since even a six-month time lag in introducing a competing product can be fatal in a market which moves as fast as software. Regardless whether Microsoft deliberately introduced changes in its operating systems to deter competitors (such conduct may also be consistent with desirable product innovation), the evolution of its programs has had that effect.” (MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., p. 529).

⁶¹⁷ O lançamento de novas versões pela empresa é uma constante. Após alguns anos do lançamento da versão *Windows XP* seguiu-se com o lançamento do *Windows Vista*, em 2007 e, apenas dois anos depois, do *Windows 7*.

Isto posto é simples compreender porque as dificuldades de acesso às interfaces acaba por trazer sérios prejuízos ao bem-estar dos consumidores. A ausência de concorrência limita as suas possibilidades de escolha, permitindo que a empresa monopolista realize poucos investimentos em inovação e ainda assim que mantenha poder sobre o mercado. Conforme conclui LEMLEY:

If effective competition for a Microsoft-compatible operating system existed, the price of the operating system presumably would fall, and more consumers would adopt the standard, to the benefit of all. Nonetheless, it appears that the threat of entry drives Microsoft to develop new product upgrades and to price its product at a fairly reasonable level.⁶¹⁹

Os detentores dos direitos sobre os softwares argumentam, ainda, que a autorização da engenharia reversa poderia mitigar os incentivos dos produtores de bens intelectuais, ao permitir que concorrentes tivessem acesso à inovação e se aproveitassem do “efeito carona”. Porém, como já observamos anteriormente, a proteção de direitos intelectuais não pode garantir o controle completo do autor sobre a obra, mas antes ela apenas garante uma vantagem concorrencial para incentivar o investimento em inovação. Por essa razão um correto balanceamento entre estes direitos deve permitir a engenharia reversa em casos específicos que envolvam compatibilidade em indústrias de rede.

⁶¹⁸ MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., pp. 529-530. Importante notar que no Brasil, bem como em outros países em desenvolvimento, o custo de *softwares* costuma ser alto frente ao poder aquisitivo da população (no Brasil, um sistema operacional custa entre R\$ 299,00, referente à versão *Windows Vista Home Premium*, e R\$ 899,00, referente à versão *Windows Vista Ultimate*, conforme dados obtidos em 23 out. 2010). Porém, a disseminada “pirataria” (contrafação) desses programas permite que o *Microsoft Windows* se mantenha hegemônico. Tanto assim que a empresa não age com rigor para evitar este tipo de prática, ao contrário da indústria fonográfica e da indústria de filmes, que têm investido pesado em *lobby* ou mesmo judicialmente para impedir a violação dos direitos autorais relativos aos seus produtos. Podemos afirmar, inclusive, que a empresa se beneficiou imensamente da contrafação dos programas: os efeitos de rede permitiram que o aumento do número de usuários valorize ainda mais os produtos, ainda que este aumento ocorra sem o pagamento de qualquer quantia à empresa. Conforme afirmam JOSHUA SLIVE e DAN BERNHARDT: “In the presence of significant network externalities for the software, it may be profit maximizing for the software manufacturer to tolerate piracy by home consumers, most of whom have a low willingness to pay. This can increase the demand for the software by business users” (*Pirated for profit*, In *The canadian journal of economics/Revue canadienne d'economique*, vol. 31, n.º 4, 1998, pp. 886-899).

⁶¹⁹ MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., p. 530.

Podemos assim concluir que se a padronização das interfaces seria capaz de aumentar a eficiência dos programas, ao potencializar a compatibilidade entre eles e suavizar parte dos efeitos negativos de rede presentes no setor, as dificuldades técnicas-jurídicas relatadas mitigaria seu potencial de redutor de barreiras no mercado de sistemas operacionais

2.2.4 - Uma primeira conclusão

Como já afirmamos, devemos sempre ter em mente que o instrumental econômico deve servir como parâmetro para a compreensão de uma realidade econômica. Porém, enquanto ciência descritiva, não pode vincular a decisão do legislador ou do aplicador do direito às suas conclusões. Como lembram MARK A. LEMLEY e DAVID MCGOWAN:

where those goals are unsettled or poorly understood, as historically was the case in antitrust, all the economic sophistication in the world will not prevent courts from going astray. And even where legal goals are fully understood, they may simply be incommensurate with economic theory.⁶²⁰

Por esta razão, a descrição econômica das externalidades de rede não pode levar a conclusões sobre o papel das autoridades antitruste nos casos analisado. A reação da lei sobre este fenômeno econômico depende de fundamentos jurídicos.

A economia clássica não possui ferramentas para enfrentar a problemática destes mercados, posto lidar tradicionalmente com situações nas quais o retorno diminui⁶²¹ com o aumento de escala. No caso das externalidades de rede, porém, o retorno aumenta⁶²² sobre a maior parte ou mesmo sobre toda a curva da demanda. Assim, o direito não pode mais basear sua análise, especialmente de setores da nova economia, nos pressupostos desta teoria.⁶²³

⁶²⁰ MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., p. 487.

⁶²¹ A diminuição do retorno, sob o ponto de vista da demanda, se relaciona ao fato de que a utilidade de um bem diminui com o aumento da sua quantidade. É por essa razão que a curva de demanda se mostra negativamente inclinada, ou seja, o ofertante tem de reduzir o preço para que possa vender mais unidades.

⁶²² No caso dos mercados com externalidades de rede o aumento do retorno decorre do aumento da utilidade do produto com o aumento das quantidades vendidas pelo ofertante. Por essa razão, nesses mercados a curva de demanda tem formato diverso da tradicional curva de demanda com inclinação negativa.

⁶²³ MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., p. 484.

Não deve, porém, proceder a argumentação de que a inadequação do instrumental clássico deve levar a uma impossibilidade de análise antitruste destes casos. É evidente que suas especificidades devem ser tomadas em conta, influenciando sobre toda a análise realizada, mas as dificuldades ocasionadas não poderão levar à inércia do direito da concorrência.

Para alguns membros da Escola de Chicago, como RICHARD A. POSNER, a conquista de monopólios por meios legais, como a inovação protegida por direitos intelectuais, não pode ser considerada violação antitruste. Afirma para tanto que:

if copyright protection of computer software is too broad (too much intellectual property protection can reduce output, and, for that matter, too much innovation can be inefficient too), that is a matter to take up with Congress.⁶²⁴

Além disso defende que o fato da hegemonia de um monopolista (alcançada por efeitos de rede) ser dificilmente superada por um concorrente, ainda que com uma tecnologia superior, não constitui preocupação antitruste. Para o autor a expectativa de lucros exorbitantes estimularia as empresas da Nova Economia a inovarem, criando então uma nova rede hegemônica, o que aceleraria o ritmo da inovação.⁶²⁵

Este entendimento não deve, porém, prevalecer. A superação da visão privatística nos leva a compreensão da função eminentemente concorrencial dos direitos sobre bens intelectuais. Desse modo, os direitos exclusivos conferidos em relação ao código-fonte da *Microsoft*, do mesmo modo que os efeitos de rede, devem ser tratados como uma barreira adicional à entrada no mercado de *softwares*. Como vimos, é por conta desta proteção que os sistemas operacionais concorrentes não conseguem adaptar seu código para que seja realizada a compatibilidade com os aplicativos desenvolvidos para o *Windows*.

2.3 – Restrições verticais

Acordos verticais podem ser descritos como quaisquer transações que envolvam relações entre agentes de níveis diferentes da cadeia produtiva ou distributiva.⁶²⁶ Essas relações não se restringem a processos de agregação de valor

⁶²⁴ RICHARD A. POSNER, *Antitrust in the new economy*, cit., p. 929.

⁶²⁵ "A firm that will have the protection both of intellectual property law and of economies of scale in consumption if it is the first to come up with an essential component of a new-economy product or service will have a lucrative monopoly, and this prospect should accelerate the rate of innovation, in just the same way that, other things being equal, the more valuable a horde of buried treasure is, the more rapidly it will be recovered." (RICHARD A. POSNER, *Antitrust in the new economy*, cit., p. 929).

a uma matéria-prima, abarcando também atividades complementares, como produção de sistemas operacionais e de *browsers* de *Internet*.⁶²⁷ Estes acordos, bem como suas estipulações, apresentam-se de várias maneiras, variando, no que tocam suas formas, desde aquelas contratuais mais tradicionais até as modernas estruturas organizacionais e ainda, no que tange suas estipulações, abrangendo desde acordos de exclusividade relacionados a divisão territorial até estipulações de venda casada. Estas cláusulas recebem o nome genérico de restrições verticais.⁶²⁸

A licitude deste tipo de acordo suscitou inúmeras controvérsias no âmbito do antitruste, não cabendo aqui uma análise profunda dos diversos aspectos teóricos e jurisprudenciais da matéria.⁶²⁹ No âmbito do presente estudo interessará um tipo específico de restrição vertical, consistente na prática da chamada venda casada.

2.3.1 – Venda casada (*tying*)

A prática de venda casada, ou *tying arrangement*, na definição de PAULA A. FORGIONI ocorre quando:

um sujeito subordina a venda de um bem (produto principal, produto subordinante ou *tying product*) à aquisição de outro, ou à utilização de um serviço (produto ou serviço vinculado, subordinado ou *tied product*). Sua aplicação pode se dar das mais diversas formas como mediante “cláusulas contratuais de redação

⁶²⁶ Conforme definição de PAULA A. FORGIONI: “Os acordos verticais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que se situam ao longo da cadeia produtiva ou distributiva, ou seja, de uma linha imaginária que vai desde a produção da matéria prima até a distribuição final do produto ou do serviço.” (*Direito concorrencial e restrições verticais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 23).

⁶²⁷ PAULO FURQUIM DE AZEVEDO, *Restrições verticais e defesa da concorrência: A experiência brasileira*, Textos para discussão, n.º 264, EESP/FGV, São Paulo, 2010, disponível em <http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6895/TD%20264%20-%20Paulo%20Furquim%20de%20Azevedo.pdf?sequence=1>, acesso no dia 20 ago. 2012, p. 3.

⁶²⁸ PAULA A. FORGIONI, *Direito concorrencial e restrições verticais*, cit., pp. 25-26. PAULO FURQUIM DE AZEVEDO aponta que diante da diversidade de formas pelas quais estas restrições podem se manifestar, a doutrina econômica tem optado pela expressão ‘controle vertical’ (*Restrições verticais e defesa da concorrência: A experiência brasileira*, cit., p. 3).

⁶²⁹ Para maiores informações sobre o assunto, v. PAULA A. FORGIONI, *Direito concorrencial e restrições verticais*, cit.; PAULO FURQUIM DE AZEVEDO, *Restrições verticais e defesa da concorrência: A experiência brasileira*, cit.; HERBERT HOVENKAMP, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, cit., pp. 369 e ss.; OLIVER E. WILLIAMSON, *Mechanisms of Governance*, cit.

sofisticada, alegações de necessidade de manutenção da qualidade, vinculação do produto mediante uma imposição técnica.⁶³⁰

Três são as modalidades mais comuns dessas práticas: (i) a venda de um bem durável condicionada à aquisição de um bem não durável, como, por exemplo, máquinas de sal e sal; (ii) descontos em pacote (*bundled discounts*), quando descontos dados pelo vendedor sobre um conjunto de bens estão condicionados à manutenção de um nível de compras sobre todos os bens sujeitos ao desconto; e (iii) o vendedor apenas oferece dois ou mais produtos de forma conjunta.⁶³¹

Conforme a definição proposta, a análise desta prática passará necessariamente pela delimitação do mercado relevante dos produtos, do poder de mercado detido pela empresa, pela dependência negocial do consumidor e, por fim, pela possibilidade de bloqueio de mercado como decorrência da prática. Porém, como observamos no Capítulo V, *supra*, os aspectos técnicos envolvidos geram dificuldades de delimitação dos mercados relevantes em setores de alta tecnologia.

Em um primeiro momento as práticas de controle vertical, em especial a venda casada, eram tidas como meios de extensão do poder de mercado pré-existente em uma etapa da cadeia para outra etapa, sobre a qual se desejasse exercer o controle.

Segundo este entendimento e no que toca o caso *Microsoft*, ao vincular a venda do *Windows* à aquisição conjunta do *Internet Explorer* a empresa em questão estaria praticando um ilícito antitruste, posto que:

a *Microsoft* poderia utilizar a sua posição dominante para afetar a concorrência entre distribuidores (ou de navegadores de *Internet*) e criar uma nova posição dominante em um mercado que era anteriormente competitivo.⁶³²

Esta forma de compreensão do problema, aplicada incessantemente durante a chamada *Warren Era*,⁶³³ começou a ser questionada por RONALD COASE, e, posteriormente, por ROBERT BORK e RICHARD POSNER.

⁶³⁰ PAULA A. FORGIONI, *Direito concorrencial e restrições verticais*, cit., pp. 245-246.

⁶³¹ GUILHERME FAVARO CORVO RIBAS, *Venda casada anticoncorrencial e propriedade intelectual*, Dissertação de Mestrado, São Paulo, USP, 2011, p. 57.

⁶³² PAULO FURQUIM DE AZEVEDO, *Restrições verticais e defesa da concorrência: A experiência brasileira*, cit., p. 5.

⁶³³ A chamada Warren Era foi marcada por forte intervencionismo antitruste, com base nas ideias estruturalistas de Harvard. Segundo o entendimento consolidado nesse

Estes teóricos, frequentemente associados à chamada Escola de Chicago, demonstraram que o maior lucro que pode ser obtido em uma cadeia produtiva é aquele de monopólio. Por esta razão, dois monopólios consecutivos em dois elos da cadeia produtiva não resultariam em dois lucros de monopólio, mas sim em um lucro conjunto inferior ao obtido por um único monopolista.⁶³⁴ Disso decorreria a ausência de racionalidade econômica para que um agente se utilizasse do controle vertical para alavancar seu poder sobre outros níveis da cadeia produtiva.

Nestes termos, sob o enfoque dos teóricos de Chicago a *Microsoft* não teria interesse econômico em afetar a concorrência do mercado de *browsers* por meio de restrições verticais.

A evolução da matéria, porém, especialmente pelos teóricos pós-Chicago, passou a associar as restrições verticais às economias de escopo e de escala e à redução dos custos de transação. A conclusão desta nova perspectiva é a de que, embora não seja possível impor duas margens de lucro de monopólio sobre duas fases distintas da cadeia produtiva, as restrições verticais podem ter como objetivo não aumentar, mas antes proteger o poder de mercado do monopolista. Assim, diante das falhas de mercado, o monopolista pode se valer de práticas antes tidas como eficientes com o intuito único de impedir a entrada de agentes no curto prazo, garantindo seus retornos a longo prazo.⁶³⁵

período, a estrutura de mercado possui um papel crucial, sendo determinante para a existência de um efetivo processo competitivo no setor (ALAN DEVLIN, *Antitrust in na era of market failure*, disponível em: <http://www.harvard-jlpp.com/33-2/557.pdf>, acesso no dia 06, ago., 2012, pp. 568-569).

⁶³⁴ “O lucro de monopólio é, por definição, o máximo lucro que pode ser extraído de uma determinada curva de demanda. Preços mais baixos que o de monopólio geram lucros menores porque, embora a quantidade vendida cresça, a queda da margem unitária (preço subtraído de custos) é proporcionalmente maior. Também preços mais altos que o de monopólio geram lucros inferiores, uma vez que, nesse caso, a queda na quantidade vendida é proporcionalmente maior que o aumento de margem. E isto, é claro, não é um acaso; simplesmente o preço de monopólio é a escolha que torna o lucro máximo. Não é possível, portanto, se extrair mais renda de uma demanda final do que a que já extrai um monopolista, mesmo que este passe também a monopolizar a produção de seus insumos ou a distribuição de seu produto.” (PAULO FURQUIM DE AZEVEDO, *Restrições verticais e defesa da concorrência: A experiência brasileira*, cit., p. 5).

⁶³⁵ “More recent theories, often associated with the so-called “post-Chicago” approach, have however shown that in the presence of pervasive market imperfections, the above strategies can be anti-competitive because they are aimed at deterring entry in the short run and protect monopolistic rents in the long run.” (FEDERICO ETRO, *The theory of market leaders, antitrust policy and the Microsoft case*, Working Paper n.º 99, Facoltà di Economia Università degli Studi di Milano, 2006, disponível em <http://www.intertic.org/Policy%20Papers/comppolicy.pdf>, acesso no dia 20 ago. 2012, p. 5).

É justamente este argumento que explica a racionalidade da atitude da *Microsoft* que, diante da ameaça representada pelo *Netscape Navigator*, vinculou gratuitamente o *Internet Explorer* ao seu sistema operacional *Windows*. Do mesmo modo, esta mesma racionalidade levou a empresa a vincular o *Windows Media Player* ao *Windows*, como foi discutido no caso julgado pela Comissão Européia.⁶³⁶

A prática de venda casada pode se dar por meio de mecanismo contratual ou por meio de mecanismos tecnológicos. Este segundo tipo de venda é chamado de “*physical tie-ins*”.

As cortes americanas tendem a não considerar esta forma de restrição ilegal, com receio de que a intervenção desincentive a pesquisa e o desenvolvimento. Nestes casos, a dificuldade em se balancear as perdas sociais advindas de uma venda conjunta obrigatória em contraposição com os ganhos sociais que exsurtem, leva as cortes a considerarem as vendas legais, ainda que o vendedor seja um monopolista.

Deve-se, porém, diferenciar as “*true technological ties*” das “*assembled packages accompanied by contractual limitations on disassembly*”.

No caso *Microsoft*, a empresa passou a comercializar o *Windows* com o *Internet Explorer* incorporado, inclusive com a integração de parte de seu código-fonte. Porém, isto não impedia que programadores experientes pudessem facilmente remover o *browser* instalado. Do mesmo modo, a integração tecnológica não trazia eficiência ao sistema, tanto assim que antes da criação de travas tecnológicas o programa podia ser facilmente desinstalado. Disso decorre que a venda casada neste caso não é fruto de uma *technological tie*, mas antes de uma imposição contratual da empresa com o intuito de impedir que os fabricantes de computadores desinstalassem o *Internet Explorer* para instalar o *browser* concorrente.⁶³⁷

Diversos podem ser os efeitos gerados por meio das restrições por vendas casadas. Dependendo do produto e das características do mercado considerado, sua aplicação poderá levar, por exemplo, ao fechamento do mercado do produto vinculado, ou à criação de mercado para um produto com pouca aceitação.

No caso da *Microsoft* podemos destacar como principal objetivo por trás da distribuição gratuita e vinculada do *Internet Explorer* o de impedir a consolidação do intenso poder de mercado do *Netscape Navigator*. Com a adoção desta tática, a empresa buscou impedir que uma plataforma do tipo *middleware* (i.e. plataforma capaz de rodar aplicativos sobre qualquer sistema operacional) pudesse colocar em risco o poder de mercado detido pela empresa no mercado de sistemas operacionais.

Como veremos a seguir, a questão foi analisada de forma diversa, tendo tido diferentes conclusões no caso americano e no caso europeu.

⁶³⁶ “O mais notório exemplo de emprego desse argumento Pós-Chicago ocorreu no caso

CAPÍTULO VI - JULGAMENTO DO CASO MICROSOFT NA UNIÃO EUROPEIA E NOS EUA

The Microsoft case may prove to be one of the great debacles in the history of public antitrust enforcement, snatching defeat from the jaws of victory.

HERBERT HOVENKAMP ⁶³⁸

A importância do caso *Microsoft* extrapola os limites do presente trabalho. Seu desenvolvimento trouxe profundas reflexões sobre o papel do direito concorrencial e sobre a eficácia da intervenção estatal sobre os mercados de tecnologia. Por sua relevância, é considerado por muitos como o grande caso antitruste de nossa era.⁶³⁹

Microsoft vs Netscape (disputa de navegadores de *Internet*), que, embora seja um caso clássico de vendas casadas, pode ser tratado como um caso de controle vertical, em que há restrições à liberdade de escolha na comercialização de produtos verticalmente relacionados (sistema operacional e navegador de *Internet*). Sendo a *Microsoft* virtualmente monopolista no segmento de sistemas operacionais, a monopolização do segmento de navegadores não poderia ampliar o lucro de monopólio já extraído dos usuários de computadores *PC*. Entretanto, o bloqueio ao crescimento de navegadores concorrentes, no caso o *Netscape*, eliminava um potencial entrante no *mercado de sistemas operacionais*, de onde a *Microsoft* extraía seus lucros mais suculentos. A estratégia de fechar mercado, portanto, atendia ao propósito de *preservar* o lucro pré-existente, em ameaça pela potencial entrada de concorrentes a jusante.” (PAULO FURQUIM DE AZEVEDO, *Restrições verticais e defesa da concorrência: A experiência brasileira*, cit., p. 7).

⁶³⁷ Neste sentido, HOVENKAMP afirma: “The main objection to Microsoft’s bundling of Windows and IE was not the fact that Microsoft bundled them together in the first place, but rather that Microsoft had a contract with computer manufacturers that forbade them from de-installing IE and substituting a rival web browser. That requirement was a purely contractual tie, not a technological one.” (HERBERT HOVENKAMP, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, cit., p. 409).

⁶³⁸ HERBERT HOVENKAMP, *The antitrust enterprise: Principle and execution*, Cambridge, Harvard University, 2005, p. 298.

⁶³⁹ “The Microsoft case is unquestionably the most visible antitrust case since the breakup of AT&T twenty-five years ago. [...] Each era has its landmark antitrust case. And each such case is a creature of the competitive context in which it arose. The Standard Oil case grew out of the enormous consolidations, the trusts, that accompanied the shift from local or regional markets to national markets. The Alcoa case arose in the context of unprecedented scale economies in basic manufacturing, at a time when manufacturing was king. The AT&T case took place at the boundary between competition and regulation, at a time when regulation was giving way to competition in a number of

No presente capítulo será feita uma análise suscinta dos casos julgados nos Estados Unidos (*DOJ v. Microsoft Corp.*) e no âmbito da União Européia (*Sun Microsystems v. Microsoft Corp.*). A intenção aqui será fornecer ao leitor primeiras informações sobre os processos. A complexidade de ambos os casos exigiria um estudo de grandes dimensões, o que extrapolaria os limites deste estudo. Nesse sentido nos concentramos principalmente na questão da eficácia das imposições para redução das barreiras à entrada acima delineadas e estudadas.⁶⁴⁰

1. Características do mercado de *softwares*

Conforme vimos no Capítulo III, a estrutura da indústria de computadores desenvolveu-se de uma organização extremamente verticalizada, onde *hardware* e *software* de diferentes fabricantes geralmente não se apresentavam compatíveis entre si, característica das décadas de 70 e 80 do século passado, para uma estrutura horizontal, na qual notamos alto grau de compatibilidade entre componentes de *hardware* e de *hardware* e *software* de diferentes fabricantes e, por esta razão, caracterizada por considerável interoperabilidade entre os níveis diferentes da cadeia.⁶⁴¹

Da análise da estrutura deste setor surge o conceito da “*Divided Technical Leadership*”, desenvolvido pelo economista TIMOTHY BRESNAHAN,⁶⁴² segundo o qual, se cada aspecto da plataforma de um computador é dominado por uma única companhia, então cada uma delas controlará uma camada (*layer*) da plataforma. Assim, e.g., a IBM exerceria domínio sobre a montagem de

sectors of the economy. The Microsoft case 4 involved the relatively young software industry just as it was facing the ‘Internet Tidal Wave’” (CARL SHAPIRO, *Microsoft: A remedial failure*, In *Antitrust law journal*, vol. 75, 2008-2009, pp. 739-772).

⁶⁴⁰ O caso julgado nos EUA, por exemplo, possui inúmeras decisões e pareceres, sendo inviável a análise detida de todos os documentos sobre o caso. Para acesso a todos estes documentos acessar o site http://www.justice.gov/atr/cases/ms_index.htm, acesso no dia 20 ago. 2012.

⁶⁴¹ “Over time, the computer industry had moved from the old vertical structure toward a horizontal structure. This was characterized by a market for chips (Intel as a leader, Motorola, ARM, TI, AMD,..), one for hardware and peripheral equipment (IBM, Dell, Hewlett-Packard, Packard Bell, Compaq, Gateway, Acer, Fujitsu,...), one for operating systems (Windows as a leader, OS/2, Unix, Linux, Solaris,..), one for application software (Office, Scientific Workplace, Adobe Acrobat, Macromedia Dreamweaver,..) and one for sales and distribution, with competition within horizontal levels and higher interoperability across levels.” (FEDERICO ETRO, *Competition, innovation, and antitrust – A theory of market leaders and its policy implications*, cit., p. 210).

⁶⁴² TIMOTHY F. BRESNAHAN; SHANE GREENSTEIN, *Technological competition and the structure of the computer industry*, In *The journal of industrial economics*, vol. XLVII, n.º 1, 1999.

computadores, a *Microsoft* sobre os sistemas operacionais, a *Intel* sobre os processadores, etc. Disso resultaria que as empresas de uma camada incentivariam a entrada de *players* nas outras camadas, enquanto a competição ocorreria nas fronteiras destas camadas. Esta divisão do controle sobre as camadas criaria mais incentivos para a inovação do que o controle exercido pela mesma empresa sobre diversas camadas.

No que toca a *Microsoft*, porém, conforme apontam STIGLITZ e FURMAN, a empresa exerce domínio sobre diversas destas camadas, sendo necessária a aplicação de uma medida que pudesse dividir essa hegemonia técnica entre diferentes *players*.⁶⁴³

A rápida alternância tecnológica também é marca fundamental deste mercado. Por esta razão, em linha com o modelo Schumpeteriano supra descrito, seguidores da Escola de Chicago afirmam que a instabilidade estrutural gerada pela introdução de inovações criaria um processo de alternância entre os *players* dominantes neste mercado. Assim afirmam ainda que a intervenção governamental nestes setores poderia ser prejudicial ao mercado.⁶⁴⁴

Neste ponto é necessário insistir no que já afirmamos: apesar dos enormes avanços tecnológicos das últimas décadas, bem como do grande crescimento da indústria de computadores, as mudanças tecnológicas e estruturais não tornam este setor imune à intervenção antitruste.⁶⁴⁵ Se a alternância constante de empresas dominantes foi uma marca da indústria computacional em sua infância, durante as décadas de 1970 e 1980, o padrão da década de 1990 divergiu profundamente dos períodos anteriores. Neste, os efeitos de rede, aparentemente, suplantaram a influência da mudança estrutural pela introdução de inovações e, no que toca a *Microsoft*, permitindo que ela mantivesse intocada sua hegemonia.⁶⁴⁶

⁶⁴³ JOSEPH E. STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., p. 12.

⁶⁴⁴ Seguindo esta linha alguns defenderam que o melhor remédio para o caso *Microsoft* seria simplesmente não fazer nada. Ou seja, diante da incerteza quanto à eficácia das sanções, melhor seria o governo não aplicar qualquer medida. O andamento do processo já trouxe consideráveis prejuízos à empresa e a seus funcionários, que levaram, inclusive, ao abandono de alguma das práticas analisadas (JONATHAN ZITTRAIN, *The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem it can't patch later*, cit., p. 1369).

⁶⁴⁵ Neste sentido, MICHAEL L. KATZ e CARL SHAPIRO: “We are sympathetic to the view that the software industry has been driven by impressive advances in technology, and we certainly agree that enormous value has been generated in the software industry over the past twenty years, both for shareholders and customers. However, we do not believe that technological or structural change is so great that the software industry should be immune from antitrust enforcement.” (*Antitrust in software markets*, cit., p. 37).

⁶⁴⁶ MICHAEL L. KATZ e CARL SHAPIRO, *Antitrust in software markets*, cit., pp. 37-38.

Já observamos que o mercado de *softwares* se divide em duas principais categorias, o mercado de sistemas operacionais e o de aplicativos.

Sistemas operacionais são geralmente vendidos já instalados no computador, porém, algumas empresas como a *Microsoft*, distribuem estes *softwares* também de forma separada. Nesse sentido, a empresa em análise comercializa este tipo de *software* desde a década de 1980, tendo já lançado inúmeras versões de seu produto *Windows*, como o *Windows 95*, *Windows 98*, *Windows XP*, *Windows Vista* e o *Windows 7*.

Existe, ainda, outro tipo de sistema operacional denominado “*workgroup server*”. Estes são sistemas operacionais desenvolvidos para centralizar operações como compartilhamento de arquivos armazenados em um servidor, compartilhamento de impressoras e a administração da rede de computadores. Eles são utilizados por escritórios, nos quais um pequeno número de computadores são ligados em rede. Dentro desta categoria podemos incluir o *Windows 2000 Server* e o, *Windows 2003 Server*.⁶⁴⁷

Outras empresas oferecem produtos concorrentes tanto dos sistemas operacionais *Client PC*, como dos sistemas operacionais *workgroup server*. No mercado de *Client PCs* podemos apontar o *Mac OS X*, desenvolvido e instalado nos computadores *Apple*, os produtos da *Linux*, como o *Mandrake Linux* e o *Red Hat Linux*⁶⁴⁸. Já no mercado de *Workgroup server* podemos apontar o *software Netware*, da empresa *Novell*, os produtos baseados em linguagem *UNIX*, como o *Solaris* e o *Linux ES*, dentre outros.

A definição do mercado relevante em setores de tecnologia suscita inúmeras controvérsias. Em primeiro lugar, apesar dos produtos serem evidentemente distintos entre si, a delimitação do mercado acaba por incluir alguns produtos similares enquanto exclue outros com funcionalidades similares.

Em segundo lugar, os consumidores tendem a adquirir o *software* especificamente para uso com uma configuração específica de *hardware* e sistema operacional.⁶⁴⁹ E, assim, a definição do mercado de aplicativos tende a ser

⁶⁴⁷ THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commisson decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., pp. 23 e ss.

⁶⁴⁸ Conforme vimos anteriormente, o *Linux*, por ser um *software open source*, possui diversas versões, desenvolvidas por diversas empresas ou programadores independentes.

⁶⁴⁹ Conforme aponta JONATHAN ZITTRAIN: “There are difficulties defining the relevant market – Apple, after all, has a lock on the mainstream operating system for personal computers sold with Motorola 680x0 and Power PC chips.” Porém, ainda assim, o poder de mercado do *Windows* parece difícil de ser contestado, conforme aponta: “Even if we define the market as ‘personal computers’ in which Microsoft’s *Windows OS* has an overwhelming market share, we should go the extra step to show that market is difficult to contest. I believe we can take that step. *Windows’* dominance of the PC OS market is very difficult to challenge, and not just because it is a daunting and expensive task to write an OS from scratch to compete with the huge, complex opus that *Windows* is, or to

específica para determinado *hardware* e sistema operacional. Ou seja, aplicativos como o *iWork* da *Apple*, ainda que possua funcionalidades similares, não se encontra no mesmo mercado relevante do *Microsoft Office* para *Windows*.

Em terceiro lugar, os efeitos de rede levam os consumidores a preferirem programas largamente utilizados, ainda que os concorrentes sejam tecnologicamente superiores, o que influencia tanto a delimitação do mercado relevante como a constatação do poder de mercado.

Em quarto lugar, sendo o *software* um bem durável,⁶⁵⁰ fabricantes de *software* tendem a competir com a base instalada de seus próprios usuários. Assim, se a *Microsoft* lança uma versão mais atualizada do *Office* por um preço muito alto, os consumidores tendem a permanecer utilizando a versão antiga do programa, salvo se a evolução tecnológica for suficientemente grande a ponto de compensar os custos de mudança.

Em quinto lugar, a conjugação dos custos de mudança com a característica de bem durável do *software* cria mercados distintos para diferentes classes de consumidores. Nesta linha podemos definir quatro grupos de consumidores destes produtos: (i) os atuais usuários do programa; (ii) os usuários do programa concorrente; (iii) consumidores antigos do programa que, em sua última aquisição, decidiram por um produto concorrente; e (iv) novos consumidores, que entraram há pouco no mercado e ainda não adquiriram nenhum *software* nesta categoria. A determinação de categorias, agora pela perspectiva da demanda, leva as empresas a utilizarem estratégias distintas para os diferentes grupos consumidores envolvidos, o que também influenciará a definição dos mercados.

Em sexto lugar, também a elevada margem bruta de lucro (de 80% a 90%) influencia a delimitação, pois a necessidade de vendas em larga escala leva à ampliação dos mercados e à retração dos aumentos de preços, uma vez que qualquer aumento, mesmo que modesto, poderá levar a uma brutal redução de lucro. Por fim, a natureza dinâmica destes mercados faz necessário que se adote uma definição de mercado voltada ao futuro (*forward looking*) e não presa à situação atual.⁶⁵¹

Do mesmo modo a determinação do *market share* detido pelos fabricantes de *software* suscita problemas. Se utilizássemos, por exemplo, o índice *HHI*

market that OS against the established Windows brand” (*The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem it can't patch later*, cit., p. 1363).

⁶⁵⁰ O *software* perde sua utilidade não pelo uso contínuo ou pela passagem do tempo, mas sim pela obsolescência diante de novos produtos. “Software ‘wears out’ only due to technological change or planned obsolescence, not based on normal wear and tear such as applies for durable equipment. The durability of software is a major factor in the software business and has significant implications for antitrust analysis” (MICHAEL L. KATZ e CARL SHAPIRO, *Antitrust in software markets*, cit., p. 36)

⁶⁵¹ MICHAEL L. KATZ e CARL SHAPIRO, *Antitrust in software markets*, cit., pp. 39-41.

(*Herfindahl-Hirschman Index*)⁶⁵² a conclusão seria que praticamente qualquer mercado de programas de computador seria extremamente concentrado. A rápida mudança tecnológica presente neste setor inviabiliza a utilização da tradicional metodologia de determinação do *market share*, como um único meio de avaliação de concentração e do poder de mercado. Por esta razão, as barreiras à entrada passam a ter importância fundamental para a determinação do poder das empresas nestes mercados.

A análise realizada nos itens anteriores nos permite concluir que o poder de mercado da *Microsoft* decorre justamente da conjugação do elevado *market share* detido pela empresa com os supra analisados efeitos de rede.

2 - *Microsoft*

A *Microsoft* foi fundada em 1975 por BILL GATES e PAUL ALLEN, com o intuito de desenvolvimento de um *software* intérprete do programa BASIC para o Altair 8800, primeiro computador pessoal (*Personal Computer - PC*). Anos depois foi lançado seu primeiro sistema operacional, chamado de *MS-DOS*. Em 1985 foi criada a primeira versão do *Windows*, que já incluía uma interface gráfica que permitia aos usuários realizarem tarefas "clitando" em ícones na tela por meio de um periférico chamado de *mouse*. O *Windows 3.0*, lançado em 1990, foi o primeiro sucesso comercial. No mesmo ano foi lançada a primeira versão do pacote *Office*. Em 1995 foi a vez do *Windows 95*, que já integrava as funcionalidades do *Windows 3.1* e do *MS-DOS* em um único sistema operacional. Além disso, esta versão trazia uma interface multi-tarefas e oferecia integrados os aplicativos *MSN messenger* e *Internet Explorer*. Em 2000 a empresa lançou o *Windows 2000 Professional* e, em seguida, o *Windows XP*.

Frente ao crescimento dos *softwares open-source*, a empresa investiu altas quantias (em torno de 10 bilhões de dólares) para o desenvolvimento do *Windows Vista*, lançado em 2007.⁶⁵³ Diante do fracasso desta versão, que reporta a inúmeros problemas técnicos do programa,⁶⁵⁴ a empresa investiu dois anos no desenvolvimento da versão *Windows 7*, atualmente a mais nova.⁶⁵⁵

⁶⁵² O HHI (*Herfindahl-Hirschman Index*) é um método de mensuração de concentração de mercado muito utilizado em análises antitruste. Seu cálculo consiste na soma dos quadrados da participação de mercado dos participantes em determinado setor. Seu índice oscila entre 0 (numa situação de mercado com muitas firmas com baixa participação) e 10.000 (numa situação de controle total de mercado por uma única empresa). Desse modo, as autoridades antitruste tem considerado índices entre 1.500 e 2.500 como indicação de setores moderadamente concentrados, e setores com índices maiores do que 2.500 como setores altamente concentrados (conforme <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hhi.html>, acesso no dia 06, ago., 2012).

⁶⁵³ FEDERICO ETRO, *Competition, innovation, and antitrust - A theory of market leaders and its policy implications*, cit., p. 216.

A empresa logrou aumentar sua participação no mercado adotando as seguintes estratégias: (i) reduzir os preços de seus produtos de forma mais acentuada que seus competidores; (ii) promover intensamente serviços de suporte aos desenvolvedores para que utilizassem suas APIs; (iii) promover o desenvolvimento de periféricos, de modo a aumentar o valor de seu produto para os desenvolvedores e usuários; e (iv) prestar continuamente serviços de suporte para desenvolvimento de *software*.

Empregando estas estratégias, a empresa logrou aumentar seu *market share*, que no início dos anos 90 já atingia marcas superiores a 90% do mercado, não ficando nunca abaixo desse percentual.⁶⁵⁶

3 – Caso julgado nos EUA (DOJ v. Microsoft Corp.)

O caso norte-americano consistiu em uma série de ações civis movidas por 20 estados norte-americanos e pelo Departamento de Justiça dos EUA (*US DOJ*) com fundamento no *Sherman Act* de 1890. A principal alegação do caso se baseia na integração (*bundling*) do *Internet Explorer* ao *Microsoft Windows*, dentre inúmeras outras práticas exclusionárias.

Durante o julgamento ficou patente o poder de mercado da empresa. Este decorre principalmente de seu elevado *market share*⁶⁵⁷ em conjugação com as barreiras à entrada presentes neste mercado.

⁶⁵⁴ NICK WINGFIELD, *Windows 7 forçou Microsoft a corrigir falhas dela mesma*, reportagem publicada no *The Wall Street Journal*, Redmond, EUA, em 19 out. 2009, disponível em <http://www.valoronline.com.br/impreso/the-wall-street-journal-americas/107/100367/Windows-7-forcou-Microsoft-a-corriger-falhas-de>, acesso no dia 20 ago. 2012.

⁶⁵⁵ WALTER S. MOSSBERG, *Novo Windows põe fim ao longo pesadelo da Microsoft com o Vista*, reportagem publicada no *The Wall Street Journal*, Redmond, EUA, em 8 out. 2009, disponível em <http://www.valoronline.com.br/impreso/the-wall-street-journal-americas/107/99500/novo-Windows-poe-fim-ao-longo-pesadelo-da-micros>, acesso no dia 20 ago. 2012.

⁶⁵⁶ FEDERICO ETRO, *Competition, innovation, and antitrust – A theory of market leaders and its policy implications*, cit., p. 217.

⁶⁵⁷ A *District Court* avaliou o *market share* da empresa em 90% nos anos de 1990, tendo este valor crescido para mais de 95% posteriormente. Cabe apontar que dados mais recentes apontam uma ligeira queda desse percentual, conforme dados constantes do ANEXO I, obtidos em agosto de 2012 no site <http://www.netmarketshare.com/>, o *market share* do *Windows* atualmente gira em torno de 92,01%. Em 2007 o percentual era de 95,56%, passando para 93,09% em 2009 e chegando a 91,08% em setembro de 2010. Essa queda se deve, principalmente, ao ganho de mercado do sistema operacional da *Apple Mac OS*, que detinha 3,51% do mercado em 2007, avançou para 5,03% em setembro de 2010, e atuamente detém próximo de 7% do mercado. Importante ressaltar que os sistemas

A possibilidade de manutenção de seu monopólio sobre o mercado de sistemas operacionais, bem como de seus vultosos lucros sobre esta atividade, incentiva a empresa almejar eliminar quaisquer ameaças que possam colocar em xeque seu domínio.

A primeira destas ameaças se deu com o desenvolvimento do *Netscape Navigator* e da tecnologia *Java*. Estas tecnologias rodam em qualquer computador o que, por sua vez, diminui as barreiras à entrada de aplicativos (*applications barrier to entry*).⁶⁵⁸ Aqui trata-se dos chamados *softwares middleware*. Para eliminar esta “ameaça” a *Microsoft* lançou mão de diversas práticas que podem ser classificadas em dois grupos: práticas exclusionárias (*exclusionary behavior*) e práticas predatórias (*predatory behavior*).

As práticas predatórias ocorrem em duas fases. Durante a primeira a empresa oferece o produto a uma preço extremamente baixo, de modo a eliminar os outros concorrentes do mercado e a aumentar seu poder. Em seguida, durante a segunda fase, utiliza-se do poder adquirido e passa a estabelecer lucros monopolísticos que possibilitem a ela recuperar os gastos incorridos anteriormente. No caso presente a *Microsoft* sacrificou os lucros advindos com uma possível comercialização de seu *browser*, de modo a garantir a manutenção de seu monopólio no mercado de sistemas operacionais.⁶⁵⁹

A predação se deu com a integração do *Internet Explorer* ao *Windows*. Esta integração não ocorreu apenas com a instalação do programa, mas também com a integração de parte de seu código-fonte, o que impossibilitava que o programa fosse desinstalado de forma simples. Desse modo, apenas programadores experientes conseguiam realizar sua remoção. A empresa alegou que a integração tinha como objetivo melhorar a venda de seu sistema operacional, ao aumentar suas funcionalidades. Porém, caso este fosse o verdadeiro intuito da empresa, ela poderia ter apoiado o uso de um *browser* já consolidado no mercado. Conforme se

operacionais da *Apple* e da *Microsoft*, não são, em princípio, substitutos.

⁶⁵⁸ Por esta razão eram chamados de “*cross-platform*”: “Middleware was important to the plaintiffs’ case because of its relationship to one of the most critical barriers to entry into the operating system market, the existence of a substantial number of applications programs that work with Windows. This large array of programs has become an entry barrier because consumers are reluctant to buy an operating system for which there are few applications and software developers are reluctant to write applications for operating systems for which there are few users. This keeps consumers and developers attached to Windows. The middleware focused on in the litigation, however, was “cross-platform” – that is, it would be capable of running with any operating system, not just Microsoft’s. If applications developers could write software to interoperate with such middleware, rather than with Windows, the applications barrier to entry into the operating system market might be lowered or eliminated.” (HARRY FIRST, *Microsoft and the evolution of the intellectual property concept*, In *Wisconsin Law Review*, vol. 2006, n.º 5, pp. 1369-1432).

⁶⁵⁹ RICHARD J. GILBERT; MICHAEL L. KATZ, *An economist’s guide to U.S. v. Microsoft*, cit., pp. 33-34.

constatou durante a instrução do caso, inclusive por meio de documentação interna da empresa, a integração não resultava em quaisquer eficiências para o programa. O objetivo perseguido era unicamente o de reduzir o poder do *Netscape Navigator*.⁶⁶⁰

Importante ressaltar que a combinação dos dois programas, tendo em consideração as peculiaridades deste setor econômico, não configura uma venda casada tradicional. Nos casos tradicionais de venda casada o monopolista busca, normalmente, a extensão do monopólio que exerce em um mercado a outro mercado, de modo a auferir lucros de monopólio por meio de outro produto. No caso da *Microsoft* os sistemas operacionais e *browsers* de *Internet* não se caracterizam apenas como produtos complementares. Na medida que um *browser* é capaz de servir como plataforma sobre a qual programadores podem desenvolver aplicativos, este atua não apenas como complemento mas, de certo modo, como substituto dos sistemas operacionais.⁶⁶¹

Outro entendimento, no sentido de que a integração do *Internet Explorer* ocorreu de modo não-exclusivo foi defendido pela empresa *Microsoft*. Neste sentido a integração dos programas não impediria que fosse instalado outro *browser* concorrente no mesmo computador, ainda que resultasse na perda de espaço de armazenamento na memória do computador. Sob esta perspectiva a integração do programa em questão não impossibilitaria ao *Netscape Navigator* concorrer com o *Windows*.

Para BENJAMIN KLEIN uma prática não poderia ser considerada predatória se trouxesse benefícios para o consumidor, ou se fosse capaz de gerar eficiências. Assim, as práticas realizadas pela *Microsoft* não seriam ilícitas, na medida em que resultam em inúmeros benefícios ao consumidor. No que toca o qualificativo predatório, só seria o caso se as práticas utilizadas pela empresa não fossem pautadas por racionalidade econômica. Por esta razão, o autor defendeu que as práticas da *Microsoft*, apesar de dificultarem a distribuição do *Netscape Navigator*, não impediriam que a empresa *Netscape* competisse no mercado. No mais, tais práticas teriam ainda resultado em inúmeros benefícios aos consumidores.⁶⁶²

⁶⁶⁰ “The evidence also showed that the incorporation of *Internet Explorer* in *Windows* created no efficiencies. Extensive internal memoranda prove conclusively that *Microsoft*’s objective was not to improve *Windows* but rather to reduce the market share of *Netscape*’s *Navigator* to point that it would no longer threaten the *Windows* monopoly. That effort succeeded.” (ROBERT H. BORK, *Proposed conclusions of law of amicus curiae Robert H. Bork (United States of America v. Microsoft Corporation)*, 2000, disponível em <http://legal.web.aol.com/decisions/dlither/MS%20Bork%20Brief.pdf>, acesso no dia 7 out. 2010, p. 3);

⁶⁶¹ ROBERT H. BORK, *Proposed conclusions of law of amicus curiae Robert H. Bork (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., p. 4.

⁶⁶² BENJAMIN KLEIN, *The Microsoft case: What can a dominant firm do to defend its market position?*, cit., pp. 60-61.

As práticas exclusionárias envolvem a criação de dificuldades para que concorrentes tenham acesso a determinado recurso ou conjunto de consumidores, de modo a aumentar os custos dos rivais (*rainsing rivals' costs*) e enfraquecer sua capacidade de competir.⁶⁶³ A *Microsoft* foi processada por conta de uma série de contratos e acordos firmados, que tenderiam a exclusão de concorrentes. No que toca aos contratos de exclusividade e práticas exclusionárias a visão tradicional de Chicago aponta no sentido de que estas necessariamente promoveriam eficiência, posto que não seria economicamente racional que os comprados envolvidos nestes tipos de transação e prática concordassem com termos que os colocariam numa situação desprivilegiada.

Este entendimento desconsidera, porém, que, ao concordar com os termos de um acordo, um comprador pode não estar considerando os eventuais prejuízos que poderiam estar sendo causados a terceiros. Um contrato firmado com um pequeno comprador, por exemplo, pode não trazer consequências relevantes para o mercado, porém, quando firmado entre um único fornecedor e um grande número de compradores, a situação poderá ser inversa, gerando sérios prejuízos à concorrência. As consequências poderão ser ainda mais graves em situações nas quais o fornecedor está em posição de discriminar preços e exercer seu poder de barganha em relação aos compradores.

Deve-se notar, por outro lado, que em algumas circunstâncias os efeitos gerados podem ser positivos. Em alguns casos, a exclusão de um fornecedor ineficiente pode resultar no aumento do bem-estar. Além disso, como já observamos, há casos em que a eliminação de um concorrente pode estimular a inovação.

Em suma, os efeitos poderão ser positivos ou negativos a depender do caso específico analisado.

A *Microsoft* lançou mão de inúmeras limitações no licenciamento de *software* para os *OEMs* (*Original Equipment Manufacturers*), que impediam que estes realizassem mudanças visuais na "área de trabalho" (*desktop*)⁶⁶⁴ do *Windows*. Mais especificamente, as licenças impediam que os fabricantes adicionassem ou removesses ícones do *desktop*, como os atalhos para os *browsers* instalados. Com isso os computadores saíam obrigatoriamente instalados com o *Internet Explorer*, sem que houvesse possibilidade de sua remoção, e mais, obrigatoriamente com o ícone do programa na área de trabalho do computador.

⁶⁶³ RICHARD J. GILBERT; MICHAEL L. KATZ, *An economist's guide to U.S. v. Microsoft*, cit., p. 31.

⁶⁶⁴ A palavra *desktop* é utilizada para se referir ao tampo da mesa, onde se apoiam os objetos de trabalho. Metaforicamente é utilizada no meio computacional para se referir à área de trabalho do usuário, como se a tela do monitor de um computador representasse a área de trabalho de um tampo de uma mesa real de escritório (<http://www.wikipedia.org>).

Foram firmados, ainda, acordos com os provedores de acesso à *Internet* (*Internet Access Providers – IAPs*), segundo os quais a *Microsoft* incluiria um atalho para o “discador” destes provedores na área de trabalho do programa. Em troca estes garantiriam a distribuição aos seus usuários do *Internet Explorer*.⁶⁶⁵ Em relação aos provedores de conteúdo da *Internet* (*Internet Content Providers – ICPs*), a empresa ofereceu a colocação gratuita de um *link* para estes sites no *channel bar*⁶⁶⁶ do *Internet Explorer*, em troca destes declararem que o *Internet Explorer* seria o *browser* de sua preferência, bem como customizarem seus sites, de modo que seu conteúdo fosse mais atraente quando acessado pelo *Internet Explorer*. A empresa também firmou acordos, com os vendedores independentes de *software* (*Individual Software Vendors – ISVs*), por meio dos quais garantia a estes o acesso a informações privilegiadas sobre os produtos futuramente lançados pela empresa, em troca destes desenvolverem programas exclusivamente para o *Internet Explorer*. Além disso, a empresa ainda levou a *Apple* a restringir a compatibilidade do *Netscape Navigator* com o *Macintosh*, sob a ameaça de não mais licenciar uma versão do *Microsoft Office* para o sistema operacional da *Apple*.

A *Microsoft* se defendeu destas acusações afirmando que seus direitos de *copyright* permitiriam que impedisse os *OEMs* de alterarem qualquer aspecto de seu *software* sem sua autorização. Este entendimento visa alcançar uma completa imunidade destes direitos em relação à intervenção antitruste⁶⁶⁷, permitindo que a titular do *copyright* exercesse completo controle sobre seus bens intelectuais. Estes argumentos, porém, não se justificam. As condutas da empresa não tinham o objetivo de proteger tais direitos, mas sim de suprimir a concorrência no setor, como ficou patentemente demonstrado no caso.⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ A distribuição pelos *IAPs* ao tempo do julgamento constituía o segundo canal mais importante de distribuição de *browsers*. Estas empresas precisavam distribuir *softwares* de navegação para os usuários de seus serviços. Por esta razão a *Microsoft* podia minar a distribuição do *software* concorrente ao induzir os *IAPs* a favorecerem o *Internet Explorer*, e ao impedir que *IAPs* que distribuíssem o *Netscape Navigator* conquistassem usuários. (JOHN E. LOPATKA, *Assessing Microsoft from a distance*, In *Antitrust law journal*, vol. 75, 2008-2009, pp. 811-845). Alguns afirmam que as exclusividades firmadas pela *Microsoft* com os *IAPs* foram decorrentes antes de vitórias competitivas da empresa, que teria oferecido melhores termos de negociação, melhores preços e melhor produto (BENJAMIN KLEIN, *The Microsoft case: What can a dominant firm do to defend its market position?*, In *The journal of economic perspectives*, vol. 15, n.º 2, 2001, pp. 45-62). Apesar de tais assertivas serem questionáveis, a evolução do ambiente tecnológico fez com que acordos firmados com provedores de acesso perdessem importância, sendo hoje este tipo de conduta praticamente irrelevante.

⁶⁶⁶ *Channel Bar* seria a barra de ferramentas do *browser* na qual estariam atalhos para sites, buscadores, dentre outros.

⁶⁶⁷ Como vimos no CAPÍTULO IV, esta visão defendida por ASCARELLI, segundo a qual o direito industrial seria uma área infensa às normas antitruste se encontra extremamente ultrapassada, frente à evolução institucional da concorrência.

A Microsoft ainda alegou que os acordos em controvérsia eram antigos, tendo sido firmados quando o *Internet Explorer* respondia por uma pequena parcela do mercado de *browsers*. Esta argumentação desconsiderou o enorme poder de mercado que a empresa detinha com o *Windows*, bem como a possibilidade desta se utilizar dele para consolidar um segundo monopólio no mercado de *browsers*.

No que toca as práticas, a *Microsoft* não conseguiu comprovar que os acordos firmados pela empresa fossem capazes de gerar eficiência. Os únicos acordos capazes de gerar algum tipo de incentivo foram aqueles firmados com os provedores de conteúdo.⁶⁶⁹

Se estas condutas deixam traduzir algum grau de eficiência, esta decorre apenas do elevado poder de mercado da *Microsoft*. Na verdade são elas “desleais”, na medida em que a “vitória” da empresa no mercado decorre não de efeitos positivos da concorrência, como qualidade, preço, reputação e confiabilidade em seus produtos, mas sim por conta de seu poder de barganha e pressão sobre fabricantes como a *Dell* e a *America Online*, uma vez que estas não poderiam abrir mão do acesso ao *Windows* (ameaça da *Microsoft* caso eles continuassem a instalar navegadores concorrentes) ao passo que facilmente poderiam abrir mão de instalar programas concorrentes como o *Netscape Navigator*.⁶⁷⁰ Na verdade estas práticas acabaram por aumentar o *market share* do *Internet Explorer* levando, posteriormente, à eliminação do *Netscape Navigator* do mercado.

Por fim, com relação à plataforma *Java*, a empresa *Microsoft* desenvolveu uma versão do programa otimizada para o *Windows*, na qual adicionou uma série de funções extras, atrativas para desenvolvedores independentes de *software*. Esta versão era incompatível com a versão original do programa (desenvolvida pela *Sun*), e podia ser rodada apenas no *Internet Explorer*.⁶⁷¹ Para aumentar o número de

⁶⁶⁸ “Microsoft’s actions had nothing to do with protecting the integrity of its artistic work; they had everything to do with suppressing the competitive threat that middleware presented.” (HARRY FIRST, *Microsoft and the evolution of the intellectual property concept*, cit., p. 1382).

⁶⁶⁹ RICHARD J. GILBERT; MICHAEL L. KATZ, *An economist’s guide to U.S. v. Microsoft*, cit., p. 32.

⁶⁷⁰ JONATHAN ZITTRAIN, *The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem it can’t patch later*, cit., p. 1366. A essencialidade da marca dominante leva à impossibilidade dos distribuidores deixarem de vender as marcas líderes de mercado para ofertarem concorrentes, ainda que potenciais.

⁶⁷¹ “Why, you might ask, would Microsoft embrace the instrument of its own undoing in the operating systems market? The answer lies in a brilliant defensive masterstroke by Microsoft: The Java that comes with IE is not exactly the same as the Java that comes with Navigator and that Sun says is ‘pure’. Microsoft added certain features that are really tempting for an individual software developer to use. The cost of using those features in a program is that the program will no longer run on any platform; instead, it will run only

aplicativos desta nova plataforma foram firmados uma série de acordos com desenvolvedores independentes de *software* (ISVs), para que estes desenvolvessem programas que rodassem apenas nesta versão criada pela *Microsoft* (*Microsoft's Java Virtual Machine*). A *Microsoft* argumentou que buscava apenas melhorar a eficiência do programa, de modo que pudesse rodar com maior rapidez e eficácia no *Windows*. Porém, a prática se demonstrou predatória, pois a detentora do *Windows* realizou uma série de gastos com o intuito único de impedir que uma versão que rodasse em qualquer sistema operacional (como era a versão original da *Sun*) se tornasse padrão de mercado. Para tanto, tomou iniciativas com o fim de diminuir o número de aplicativos desenvolvidos para a versão original do *Java*, bem como se recusou a incluir em sua versão avanços técnicos que possibilitariam sua portabilidade para qualquer sistema operacional.⁶⁷²

É importante ressaltar que a questão relativa aos benefícios gerados ao consumidor por meio destas práticas é extremamente controversa. A curto prazo o consumidor poderia se beneficiar por produtos oferecidos gratuitamente, tanto por parte da *Microsoft* como da *Netscape*, que se viu forçada a fornecer seu produtos, sem por ele nada cobrar,⁶⁷³ porém, a longo prazo, a redução das possibilidades de escolha e da competição no setor podem trazer sérios prejuízos ao bem-estar social.

Este tipo de análise apresenta inúmeras dificuldades, seja por conta da intensa velocidade de transformação do mercado, seja pelo fator incertezas quanto aos desenvolvimentos futuros destes produtos. Além disso, a relação entre competição no mercado e inovação ainda é extremamente controvertida, como vimos no Capítulo V, supra.

3.1 - Início do processo

O caso se inicia com a apresentação de uma representação do *Department of Justice* (U.S. DOJ) contra a *Microsoft*, na qual se sustentava que a empresa havia violado o *Sherman Act* por manter ilegalmente um monopólio no mercado de sistemas operacionais e injustificadamente restringir o comércio através de

with *Microsoft's Java* as found in IE. Which *Java* would succeed – the original one or *Microsoft's* incompatible, proprietary derivative – would depend on which browser, *Navigator* or *IE*, became dominant, since each carried with it *Java's* respective implementations.” (JONATHAN ZITTRAIN, *The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem it can't patch later*, cit., p. 1365).

⁶⁷² RICHARD J. GILBERT; MICHAEL L. KATZ, *An economist's guide to U.S. v. Microsoft*, cit., p. 36.

⁶⁷³ Deve se ressaltar que esta “gratuidade” é extremamente questionável, visto que ao fornecer um dos componentes gratuitamente a empresa pode, por exemplo, elevar o preço do sistema operacional para compensar esta perda. (RICHARD J. GILBERT; MICHAEL L. KATZ, *An economist's guide to U.S. v. Microsoft*, cit., p. 40).

práticas anticompetitivas. Não se alegava que a empresa houvesse alcançado a posição de monopólio de maneira ilegal, mas que sua manutenção dependia de práticas assim qualificadas.

A primeira prática analisada foi a criação de entraves para que os fabricantes de computadores (*Original Equipment Manufacturers – OEMs*) instalassem os sistemas operacionais concorrentes. A empresa valeu-se de cláusula em contratos de longa duração que determinava o pagamento de royalties não pelo número de computadores comercializados com o produto da *Microsoft*, mas pelo número total de computadores vendidos, independentemente do *software* instalado. Ou seja, criou-se um estímulo para que os *OEMs* instalassem o produto da empresa, visto que o instalando ou não eles pagariam *royalties* da mesma forma.

A segunda prática analisada foi relativa a previsão de acordos de confidencialidade com vendedores de *software*, de modo a impedir o desenvolvimento de programas para sistemas operacionais concorrentes.

Ao mesmo tempo em que o Governo ingressou com a representação em questão, ele apresentou um acordo (*Consent Decree*), aceito pela empresa representada, através do qual ela se comprometia a não mais licenciar seus programas através de contratos com cláusulas que obrigavam o pagamento de *royalties* por computador vendido, a não firmar contratos com prazo superior a um ano, a não obrigar o licenciamento de outros produtos da empresa em conjunto com o sistema operacional (venda casada), bem como a não realizar outras práticas que trouxessem efeitos semelhantes.

Seguindo a previsão do *Tunney Act*,⁶⁷⁴ o acordo foi submetido para aprovação da *District Court*. Porém, esta rejeitou suas disposições, entendendo que as soluções propostas eram muito restritas, o que não permitiria uma real abertura do mercado para a competição. Tanto o Departamento de Justiça como a *Microsoft* interpuseram recurso de apelação contra esta decisão.

3.2 - Decisão proferida em 1995 pela *Court of Appeals* do Distrito de Columbia (*D.C. Circuit*)

A *Court of Appeals* do Distrito de Columbia (*D.C. Circuit*) entendeu que a *District Court* não poderia ter rejeitado o acordo sob a argumentação de que ele não trazia soluções para problemas que não foram apresentados na Representação.

⁶⁷⁴ 15 U.S.C. §16 (b): “**Consent judgments and competitive impact statements; publication in Federal Register; availability of copies to the public.** Any proposal for a consent judgment submitted by the United States for entry in any civil proceeding brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws shall be filed with the district court before which such proceeding is pending and published by the United States in the Federal Register at least 60 days prior to the effective date of such judgment. [...]”.

Ou seja, não poderia ter a *District Court* exigido a previsão de remédios para problemas que sequer haviam sido mencionados na Representação.

3.3 - Decisão proferida em 1998 pela *Court of Appeals* do Distrito de Columbia (*D.C. Circuit*)

Após o julgamento da primeira Representação contra a empresa em 1997, o *Department of Justice* apresentou uma nova Representação, alegando que a *Microsoft* havia violado os termos do acordo firmado diante da *Court of Appeals* em 1995, ao incluir o *Internet Explorer* como parte de seu sistema operacional e ao condicionar o licenciamento do *Windows 95* à instalação deste programa nos computadores. Foi concedida uma liminar para impedir que a empresa licenciasse o programa nestes termos, sendo esta revertida pela decisão da *Court of Appeals*, que entendeu que a combinação do *Internet Explorer* com o *Windows* seria, na realidade, uma integração legítima, não sendo, portanto, vedada pelo acordo anteriormente assinado.

3.4 - Decisão proferida em 2001 pela *Court of Appeals* do Distrito de Columbia (*D.C. Circuit*)

Em 1998, o *Department of Justice*, juntamente com alguns estados federados, apresentou nova Representação contra a *Microsoft*, consolidando as alegações anteriormente relatadas e trazendo novos argumentos ao sustentar a alegação de violação do *Sherman Act*. A empresa foi acusada de manter o monopólio do mercado de sistemas operacionais através de contratos de exclusividade, bem como da vinculação do *Internet Explorer* ao *Windows*. Foi acusada, também, da tentativa de monopolizar o mercado de *browsers*, ao valer-se de seu poder sobre o mercado de sistemas operacionais.

A *District Court*, após a tentativa frustrada de fechar um acordo, concluiu que a *Microsoft* seria culpada pela manutenção ilegal de posição de monopólio no mercado de sistemas operacionais, bem como pela venda casada do *Internet Explorer* e, ainda, pela tentativa de monopolização de um segundo mercado (de *browsers*) através do primeiro (de sistemas operacionais). Foi determinada a divisão da empresa em duas companhias, uma responsável apenas pelos sistemas operacionais e outra pelos aplicativos.⁶⁷⁵

A *Court of Appeals* seguiu em parte significativa as conclusões proferidas pela *District Court*, como a ilegalidade dos contratos de exclusividade firmados com os provedores de acesso à *Internet (ISPs)*, com os vendedores independentes de *software (ISVs)* e com a *Apple*, porém entendeu não haver ilegalidade nos acordos

⁶⁷⁵ Para garantir a separação efetiva dos negócios das duas empresas foram determinadas uma série de medidas de restrição na troca de informações, como a necessidade de nomeação de diretorias distintas, a vedação da troca de informações, etc..

firmados com os provedores de conteúdo da *Internet (ICP)*, e ainda que a integração do *Internet Explorer* ao *Windows* também não seria ilegal.

Um dos principais pontos apresentados envolvia a criação de uma versão própria do *software Java runtime environment* pela *Microsoft*. Como vimos, o *Java runtime environment* é um tipo de *software middleware*, ou seja, é desenvolvido para permitir que aplicativos desenvolvidos por meio desta plataforma possam rodar em qualquer computador que tenha o *Java runtime environment* instalado, diminuindo, portanto, as *applications barrier to entry*. Assim, visando contornar a compatibilidade do *Java runtime*, a *Microsoft* desenvolveu uma versão própria do programa, que poderia rodar mais rapidamente no *Windows* os aplicativos desenvolvidos para esta plataforma mas que, por sua vez, eram incompatíveis com a versão desenvolvida originalmente pela *Sun*.

A *Court of Appeals*, no entanto, entendeu não haver ilegalidade no fato da empresa ter desenvolvido um *software* que não seria compatível com os produtos dos rivais.

Além disso a *Court of Appeals* concluiu que não se poderia falar em tentativa de monopolização do mercado de *softwares*, posto ter faltado a definição de mercado relevante e, ainda, pela falta de comprovação quanto a existência de barreiras à entrada no mercado em questão. Do mesmo modo a ilegalidade da integração do *Internet Explorer* foi revertida pela *Court of Appeals*, que entendeu que a decisão deveria ter aplicado a *rule of reason*, avaliando as eficiências produzidas pela conduta ao invés de puni-la *per se*.

Ainda que tenha seguido boa parte da decisão da *District Court*, a *Court of Appeals* decidiu pela não divisão da companhia em duas empresas distintas. Para tanto questionou a adequação da aplicação de um remédio meramente estrutural para um caso em que a empresa representada cresceu de forma unitária, e não como resultado de fusões e aquisições.

Após proferida a decisão nove estados federados, juntamente com o *Department of Justice*, assinaram um novo acordo com a empresa representada, acordo que nos termos das disposições do *Tunney Act* foi novamente submetido a aprovação. Foram apresentadas uma série de restrições cujo objetivo era impedir que a *Microsoft* lançasse mão de sua posição poderosa para proteger o seu monopólio no mercado de sistemas operacionais. Dentre elas podemos destacar a proibição da empresa impedir ou desestimular os *OEMs* a comercializarem computadores com *softwares* de concorrentes, bem como a proibição de desestimular o desenvolvimento de *softwares middlewares* que trouxessem estímulo à concorrência. Por fim, foi determinado, ainda, que a *Microsoft* revelasse o código fonte das *APIs* usadas pelos seus *middlewares* para interoperar com o *Windows*, que licenciasse os protocolos de comunicação dos servidores da *Microsoft* e que fossem compartilhadas as informações técnicas que possibilitassem a interoperabilidade dos produtos competidores com o *Windows*. Para a garantia dos termos do acordo foi criado um Comitê Técnico, cuja função era monitorar o cumprimento das

disposições e que, para este fim, teria acesso a diversas informações internas da empresa.

3.5 - Decisões posteriores

Em 2006, ano em que o acordo expiraria, o *Department of Justice* e os estados federados alegaram, perante o juiz da *District Court*, que a performance da empresa com relação aos protocolos havia sido desapontadora e que a empresa deveria empregar maiores esforços para cumprir com as disposições do acordo acima mencionado. As partes, então, decidiram estender a validade das disposições por mais 3 anos, prevendo, caso necessário, uma nova extensão.

As contínuas reextensões das disposições do acordo pode ter gerado alguns problemas que devem ser considerados. Em primeiro lugar poderia levar à impressão de que o Governo não estaria honrando o acordo que firmara, estimulando a *Microsoft* a seguir não cumprindo com as disposições negociadas. Em segundo lugar o desrespeito aos seus termos poderia estimular os próximos denunciados a não cumprirem com os acordos firmados.⁶⁷⁶

3.6 - Eficácia das sanções impostas

Crucial para a compreensão do caso é a constatação de que “a monopoly is neither automatically permanent nor automatic transient”. Pelo contrário, sua manutenção depende em parte das barreiras à entrada e, em parte, da conduta dos monopolistas e da regulação governamental.⁶⁷⁷

Os abusos cometidos pela *Microsoft* são inquestionáveis. Nesse sentido seguidores da Escola de Chicago, como ROBERT BORK, afirmam categoricamente que:

Microsoft engaged in market behavior that cost it large amounts of revenue with no prospect of return except to preserve its monopoly by eliminating or marginalizing technologies that would have raised the possibility of competition in the operating system market.⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ MICHAEL L. KATZ; WILLIAM P. ROGERSON, *The applications barrier to entry and its implications for the Microsoft remedies: Comment on Iansiti and Richards, cit.*, pp. 733-734.

⁶⁷⁷ JOSEPH STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., p. 19.

⁶⁷⁸ ROBERT BORK, *Proposed conclusions of law of amicus curiae Robert H. Bork (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., p. 1;

Na análise das sanções aplicáveis é necessário ter em mente que qualquer medida eficaz deve sempre considerar o bem-estar do consumidor. Nenhuma medida se justifica enquanto mera punição, devendo sempre basear-se nos benefícios que poderão ser auferidos pelo consumidor.⁶⁷⁹ Ao mesmo tempo, uma sanção eficaz, além de impedir que o agente dê continuidade às práticas indesejadas e que volte a realizá-las no futuro, deve impor medidas que não envolvam grandes custos administrativos, não impeçam condutas eficientes, bem como não criem oportunidades para que empresas adotem comportamentos estratégicos custosos.⁶⁸⁰

O *Department of Justice* entendeu que um remédio eficaz deveria eliminar as práticas ilegais da *Microsoft*, prevenir a ocorrência de práticas similares e restabelecer a ameaça competitiva colocada pelos *middlewares*.

As características do caso nos levam a crer que o restabelecimento da competição neste setor apenas poderia ser atingido com a redução das barreiras à entrada, não sendo suficiente a mera proibição da prática de condutas tidas como ilegais.⁶⁸¹

Com relação à natureza das sanções impostas, podemos identificar três ordens de imposições: (i) empresa foi obrigada a realizar atos que não estaria legalmente obrigada, como disponibilizar informações antes mantidas em segredo; (ii) criação de instituições alternativas para monitorar as condutas da empresa; e (iii) as disposições do acordo permitem que determinadas condutas sejam consideradas ilícitas *per se*, ou seja, sem que se proceda à análise por meio da *rule of reason*.⁶⁸²

Devemos assim indagar se as sanções impostas foram eficazes para atingir os objetivos acima elencados.

Diante da enorme velocidade das mudanças nos mercados de tecnologia, a imposição de sanções antitruste pode ser muito lenta e, por esta razão, ineficaz.⁶⁸³ Dependendo do ponto de vista adotado em relação aos objetivos das imposições,

⁶⁷⁹ WILLIAM S. COMANOR, *The problem of remedy in monopolization cases: The Microsoft case as an example*, In *The antitrust bulletin*, vol. 46, 2001, pp. 115-133.

⁶⁸⁰ RICHARD J. GILBERT; MICHAEL L. KATZ, *An economist's guide to U.S. v. Microsoft*, cit., p. 40.

⁶⁸¹ CARL SHAPIRO, *Microsoft: A remedial failure*, cit., p. 740.

⁶⁸² Como exemplo de ilicitude *per se* cita-se a proibição constante do acordo de que a empresa não poderia realizar qualquer ato discriminatório. (MICHAEL L. KATZ; WILLIAM P. ROGERSON, *The applications barrier to entry and its implications for the Microsoft remedies: Comment on Iansiti and Richards*, cit., pp. 733-734).

⁶⁸³ Assim afirma RICHARD A. POSNER: "an antitrust case involving a new-economy firm may drag on for so long relative to the changing conditions of the industry as to become irrelevant, ineffectual. That was a problem even in the old economy." (*Antitrust in the new economy*, cit., p. 939).

alguns irão afirmar que as sanções foram bem-sucedidas, e que a posição de monopólio da empresa permaneceu pela superioridade competitiva de seus produtos. Por outro lado, outros irão afirmar que os dados de mercado levam a uma conclusão oposta, no sentido de que a ameaça competitiva anteriormente enfrentada não pôde ser restabelecida e que os efeitos das condutas ilícitas anteriormente praticadas permanecem.⁶⁸⁴

Conforme veremos, as sanções impostas falharam em diversos sentidos. Seja porque basearam-se no ambiente tecnológico da década de 1990, desconsiderando as mudanças que viriam a ocorrer nos anos seguintes⁶⁸⁵, seja porque deixaram de enfrentar algumas das práticas ilegais comprovadamente praticadas.

O primeiro remédio aplicado foi a decisão da *District Court* em dividir a empresa em duas, com o objetivo de estabelecer uma série de novos incentivos voltados a estimular a competição. Conforme JOSEPH STIGLITZ e JASON FURMAN, medidas estruturais, ainda que possam causar grandes problemas a curto prazo, têm como objetivo eliminar um monopólio, bem como criar condições estruturais para prevenir seu soerguimento sem a necessidade de supervisão governamental. Dessa forma poderiam ser aplicadas quando constatada a ocorrência de condutas anticompetitivas no passado e quando as modificações das condições de mercado indicassem a possibilidade de novas condutas anticompetitivas no futuro.⁶⁸⁶

Esta argumentação se baseava na ideia de que a divisão estimularia a empresa responsável pelos aplicativos a transpor seus produtos para outros sistemas operacionais, ou mesmo desenvolver seu próprio sistema operacional. Além disso, acreditava-se que traria um estímulo para que a empresa

⁶⁸⁴ “Under this view, remedies of the sort embodied in the Final Judgments are doomed to fail because Netscape posed a unique threat, the strength of which will not be equaled by developments for many years to come” (MICHAEL L. KATZ; WILLIAM P. ROGERSON, *The applications barrier to entry and its implications for the Microsoft remedies: Comment on Iansiti and Richards*, cit., p. 737).

⁶⁸⁵ CARL SHAPIRO, *Microsoft: A remedial failure*, cit., pp. 740-741. Conforme ressalta o mesmo autor em testemunho dado durante o julgamento do caso: “in this fast-moving industry, any conduct provisions imposed by the Court should be broad enough to prevent Microsoft from engaging in a number of categories of anticompetitive tactics in the future, precisely because the specific tactics that Microsoft might employ in the future are hard to predict today in the face of changing products and technology.” (*Declaration of Carl Shapiro before the United States District Court for the District of Columbia (United States of America v. Microsoft Corporation)*, disponível em <http://www.justice.gov/atr/cases/f219100/219127.pdf>, acesso no dia 18 out. 2010, pp. 2-3).

⁶⁸⁶ JOSEPH STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., p. 21.

remanescente responsável pelo sistema operacional estimulasse a interoperabilidade com todos os aplicativos do mercado.⁶⁸⁷ Por outro lado, a divisão de uma “megacorporação” certamente traria custos substanciais para sua reorganização. Ademais, a literatura econômica indica que a venda de sistemas operacionais e aplicativos por uma única empresa leva ao estabelecimento de preços inferiores à situação em que duas empresas distintas com poder de mercado vendem produtos complementares.⁶⁸⁸ Economistas como PAUL KRUGMAN defenderam que a promoção de inovação é questão ainda muito controversa, podendo a divisão da empresa ocasionar o aumento dos preços do sistema operacional e dos aplicativos pelas empresas separadas, não trazendo por fim benefícios ao consumidor.⁶⁸⁹

Na verdade a decisão da *District Court* em dividir a companhia em duas baseou-se em falsas evidências, ao acreditar que *Netscape* e *Java* poderiam já ter quebrado o monopólio da *Microsoft*, tendo ela, por esta razão, uma eficácia questionável.⁶⁹⁰

É impossível, porém, prever qual seria o real impacto de uma divisão da empresa. Poderia haver incentivos para que a competitividade fosse restabelecida no setor, o que traria benefícios para o mercado. Alguns, inclusive, afirmam que a divisão poderia ter como resultado a criação de inúmeros fabricantes pequenos de sistemas operacionais, chamadas de “*Baby Bills*”. Como resultado haveria uma grande redução do poder de mercado da empresa em relação aos sistemas

⁶⁸⁷ Em defesa da imposição de um remédio híbrido, com a aplicação da medida estrutural seguida de imposições comportamentais de transição, v. THOMAS M. LENARD, *Creating competition in the market for operating systems: Alternative structural remedies in the Microsoft case*, In *George Mason law review*, vol. 9, n.º 3, 2000-2001, pp. 803-841).

⁶⁸⁸ “The concern with respect to pricing is the “double marginalization problem” identified by Cournot (1838). Suppose that every consumer of a personal computer requires one operating system and one application program (for example, a word processor). If the monopoly supplier of the operating system is also the monopoly supplier of the application, it will take foregone application sales into account when analyzing the effects of an increase in the price of the operating system. But if a separate firm sells the application, the operating system monopolist will not count lost application sales as a cost and thus has less incentive to restrain price. A similar logic applies to pricing the application. Hence, this argument suggests that the sum of the operating system and application prices set by an integrated monopolist will be lower than the sum of those prices when set separately by two independent firms each with significant market power.” (RICHARD J. GILBERT; MICHAEL L. KATZ, *An economist’s guide to U.S. v. Microsoft*, cit., p. 41).

⁶⁸⁹ PAUL KRUGMAN, *Reckonings; Microsoft: What next?*, coluna publicada em 26 abr. 2000, disponível em <http://www.nytimes.com/2000/04/26/opinion/reckonings-Microsoft-what-next.html>, acesso no dia 8 out. 2010.

⁶⁹⁰ CARL SHAPIRO, *Microsoft: A remedial failure*, cit., p. 743.

operacionais. Esta atomização, no entanto, poderia também gerar uma distorção na estrutura deste mercado.

O número ideal de *players* no mercado de sistemas operacionais é incerto. Alguns afirmam que esse número seria próximo de um ou dois. Desse modo, a complexidade deste setor, por conta da difícil relação entre concorrência e inovação, bem como de suas peculiaridades, levaria a uma enorme indefinição quanto a eficácia de um remédio desta natureza.⁶⁹¹ Por esta razão, diante da questionável eficácia e de sua desproporcionalidade, a medida foi prontamente descartada pela *Court of Appeals* e não voltou a ser discutida posteriormente

Um segundo grupo de sanções aplicadas se relaciona diretamente às condutas da empresa. A dificuldade da aplicação deste tipo de remédio decorre do fato de serem extremamente complicadas e requererem um elevado grau de intervenção governamental no interior da empresa. Seu objetivo também é o de criar incentivos, no caso em tela aumentar os custos das condutas exclusionárias.⁶⁹²

Segundo STIGLITZ e FURMAN, poderíamos afirmar que as sanções aplicadas deveriam atingir três grupos de objetivos: (i) criar maiores possibilidades de escolha aos consumidores; (ii) reduzir as barreiras à entrada; e (iii) prevenir que a *Microsoft* fortalecesse seu monopólio de sistemas operacionais por meio de venda casada de produtos adicionais.

3.6.1 – Criação de possibilidades de escolha aos consumidores

As sanções aplicadas deveriam ter como primeiro objetivo aumentar as possibilidades de escolha dos consumidores, permitindo que estes decidissem livremente pelos *softwares* que desejassem adquirir. A garantia dessa liberdade apenas ocorrerá no momento em que os vendedores de *software* (*ISVs*) e os fabricantes de computadores (*OEMs*) puderem decidir livremente pelos programas que desejam vender ou instalar em seus produtos, sem temer qualquer represália por parte da *Microsoft*.⁶⁹³

⁶⁹¹ RICHARD J. GILBERT; MICHAEL L. KATZ, *An economist’s guide to U.S. v. Microsoft*, cit., p. 42. Conforme apontou HARRY FIRST, “Of course, structural relief can present extreme challenges. Although the governments’ proposed approach in Microsoft was the product of much deliberation, the exact implementation of the plan was never spelled out and the plan’s effects were inevitably speculative. Because the plan was never implemented, however, the modern case for structural relief, imposed by judicial decree rather than by settlement, thus remains untested.” (*Netscape is dead: Remedy lessons from the Microsoft litigation*, cit., p. 30).

⁶⁹² JOSEPH STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., p. 21.

⁶⁹³ JOSEPH E. STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft*

Desse modo uma sanção voltada a viabilizar esta liberdade deve conter as seguintes garantias: (i) a garantia de que os *OEMs* e *ISVs* possam livremente modificar aspectos funcionais do computador como ícones do *desktop*, do menu, entre outros; (ii) a garantia de que os *OEMs* e *ISVs* disponham de informação adequada e acesso técnico para desenvolver aplicativos para, ou até mesmo modificações para, o *Windows*; (iii) a garantia de que os *OEMs* e *ISVs* não sofrerão retaliação da *Microsoft* por disponibilizarem alternativas para os consumidores; (iv) a garantia de que os *OEMs* e *ISVs* terão incentivos econômicos para realizar mudanças benéficas aos consumidores.

Nos itens seguintes iremos analisar com mais vagar cada um destes pontos.

3.6.1.1 – Garantir aos OEMs e ISVs o direito de modificar aspectos funcionais do computador

A decisão apresentada pela *Court of Appeals* em 2001 permitiu concluir que as condutas da *Microsoft* limitaram a atuação dos *OEMs*, impedindo que estes instalassem o *Netscape Navigator* em seus computadores. Diante desta constatação a decisão final buscou viabilizar uma liberdade de atuação quanto à instalação destes *middlewares* que, supostamente, competiriam com o *Windows*. Assim, o julgamento proibiu a empresa de retaliar *OEMs* e fabricantes de *software* e *hardware* por apoiarem *middlewares* concorrentes, bem como garantiu uma série de direitos aos *OEMs* de modificarem aspectos funcionais do *desktop*, como a possibilidade de inserir ícones e atalhos (*shortcuts*), bem como de instalar e promover *softwares middleware* de outras empresas.⁶⁹⁴

Diante destas imposições a empresa cumpriu todas as determinações do julgamento final respondendo, inclusive, com relatórios periódicos relatando o cumprimento das obrigações. Por conta disso os fabricantes de computadores instalaram em seus produtos diversos *softwares* de outras empresas, como *antivirus*, o *Java Virtual Machine* da *Sun*, dentre outros.

Corporation), cit., p. 26.

⁶⁹⁴ *Final Judgement, Section III.C.1*: “Installing, and displaying icons, shortcuts, or menu entries for, any Non-Microsoft Middleware or any product or service (including but not limited to IAP products or services) that distributes, uses, promotes, or supports any Non-Microsoft Middleware, on the desktop or Start menu, or anywhere else in a Windows Operating System Product where a list of icons, shortcuts, or menu entries for applications are generally displayed, except that Microsoft may restrict an OEM from displaying icons, shortcuts and menu entries for any product in any list of such icons, shortcuts, or menu entries specified in the Windows documentation as being limited to products that provide particular types of functionality, provided that the restrictions are non-discriminatory with respect to non-Microsoft and Microsoft products.” Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/cases/f200400/200457.pdf>, acesso no dia 23 ago. 2012.

No entanto, verificou-se que mesmo após a aplicação das medidas, nenhum dos fabricantes realizou a instalação de *browsers* rivais. As razões aqui são variadas. O programa *Mozilla Firefox*, maior concorrente atual do *Internet Explorer*, por exemplo, não oferecia qualquer remuneração aos *OEMs* para que estes instalassem o programa em seus computadores, como outros possivelmente fariam.⁶⁹⁵

Ainda assim a popularidade deste programa cresceu enormemente nos últimos anos, tendo abocanhado uma fatia considerável do mercado de *browsers*.⁶⁹⁶ Pode-se concluir, assim, que estas imposições apresentaram poucos problemas de aplicação.

O *Consent Decree* trouxe ainda a obrigação de que a empresa permitisse em seus contratos de licença que os *OEMs* pudessem suprimir *middlewares* da empresa, como o *Internet Explorer*. Porém, assim como nas imposições supra referidas, nenhum dos *OEMs* aparentemente decidiu por remover qualquer *middleware* do *Windows*. A conclusão óbvia disso é que não houve qualquer incentivo econômico para que os fabricantes removeassem aplicativos da *Microsoft*. Caso assim o fizessem, comprariam e venderiam o produto pelo mesmo preço. Logo ninguém racionalmente pagaria o mesmo preço por um produto com menos funcionalidades.⁶⁹⁷

3.6.1.2 - Garantir aos OEMs e ISVs o direito de obterem informações adequadas e acesso a aspectos técnicos essenciais, para que possam desenvolver aplicativos para o Windows

⁶⁹⁵ O *Mozilla Firefox* é um *software open source*, distribuído gratuitamente por *download* em seu *website* (<http://www.firefox.com>). Suas origens remontam à falência do *Netscape Navigator* no início da década de 2000. Em 1998 a *Netscape* lançou uma versão de seu navegador sob uma licença de *software livre*. Em 2003, após a *AOL* criar a fundação *Mozilla*, que recebeu doações da *IBM*, da *Sun Microsystems* e da *Red Hat*, iniciou-se o desenvolvimento do *Mozilla Firefox*, *software open source* que se baseava no mesmo código-fonte do *Netscape Navigator*. Diante da superioridade de suas funções e de sua maior segurança e confiabilidade (em 2007, por exemplo, uma pesquisa apontou que 60% dos usuários apontaram o *Firefox* como o melhor *browser*) passou a ganhar mercado frente ao *Internet Explorer* (HARRY FIRST, *Netscape is dead: Remedy lessons from the Microsoft litigation*, cit., pp. 1-3). Porém, conforme constatamos no ANEXO II, o *Internet Explorer* ainda detém quase 54% do *Market Share* do mercado de *browsers*.

⁶⁹⁶ WILLIAM H. PAGE, *Mandatory contracting remedies in the american and european Microsoft cases*, In *Antitrust law journal*, vol. 75, 2008-2009, pp. 787-809. Conforme dados de setembro de 2010, o *Mozilla Firefox* possui atualmente um *market share* de 22,96% do mercado de *browsers*.

⁶⁹⁷ WILLIAM H. PAGE, *Mandatory contracting remedies in the american and european Microsoft cases*, cit., p. 799.

Para que os fabricantes de *software* possam desenvolver produtos compatíveis com o *Microsoft Windows* é necessário que a empresa forneça informações adequadas, que possibilitem a interoperabilidade entre os aplicativos e o *Windows*. O fornecimento destas informações pode ocorrer de forma seletiva pela empresa, ou seja, disponibilizando apenas parte das informações necessárias para que desenvolvedores criem produtos que possam ameaçar a hegemonia da empresa, reduzindo a *applications barrier to entry*.⁶⁹⁸

A decisão final trouxe a obrigação da *Microsoft* disponibilizar as *APIs* (e documentos relacionados) utilizadas pelos *middlewares* da *Microsoft*, para interoperarem com o *Windows*. Porém, diante do receio de que esta abertura pudesse gerar efeitos econômicos e tecnológicos adversos, a decisão não obriga a empresa a fornecer as *APIs* do próprio *Windows*. Do mesmo modo, as *APIs* do *Internet Explorer* e de outros *middlewares* também não se enquadram na decisão.

Outro problema está no conceito indefinido do que seria uma *API* e o que seria uma parte do programa. A empresa poderia, por exemplo, não disponibilizar uma *API* alegando ser ela parte do programa. Por fim, a decisão permite uma série de exceções e um longo período para disponibilização das informações, o que impediu a sua eficiência.

Outro aspecto de difícil aplicação diz respeito às obrigações relacionadas às *Communication Protocols* utilizadas pelo *Windows Client PC*, para se comunicar com o *Windows Server*. A licença referente a estes direitos deve conter termos razoáveis e não discriminatórios (*RAND*). O problema desta medida está na extrema dificuldade de implementação destes protocolos e na ausência de interesse dos concorrentes em licenciá-los. Ao que tudo indica, por conta das dificuldades em se estabelecer os termos das licenças (especialmente em relação aos *royalties*), os potenciais concorrentes têm preferido licenciar protocolos padrão ao invés dos protocolos proprietários da empresa.⁶⁹⁹

3.6.1.3 - Garantir aos OEMs e ISVs a proteção contra retaliação da Microsoft por disponibilizarem alternativas aos consumidores

As alterações dos aspectos funcionais acima descritas apenas serão eficazes se garantida proteção aos *OEMs* e *ISVs* contra a retaliação comercial da *Microsoft*. Devemos ter em conta que as relações comerciais travadas entre a *Microsoft* e as outras empresas são de extrema complexidade. Tal fato impossibilitava a imposição de um rol de práticas vedadas pela autoridade antitruste. Uma vez determinadas as práticas ilícitas, a empresa poderia facilmente se valer de outras

⁶⁹⁸ JOSEPH E. STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., pp. 29-30.

⁶⁹⁹ WILLIAM H. PAGE, *Mandatory contracting remedies in the american and european Microsoft cases*, cit., pp. 800-801.

formas de pressão sobre os OEMs e ISVs não previstas anteriormente.⁷⁰⁰ Disso decorre a ineficácia do *Consent Decree* quanto a este ponto.

3.6.1.4 - Garantir aos OEMs e ISVs incentivos econômicos para que realizem mudanças que beneficiarão consumidores

Por fim, além das três condições acima referidas, os OEMs deveriam, ainda, contar com incentivos econômicos para que pudessem instalar livremente outros produtos. Sem incentivos não há qualquer racionalidade para instalação de *middlewares* de outras empresas, visto que os *middlewares* da Microsoft já vem instalados “gratuitamente” no *software*. Mais do que isso, em muitos dos acordos a Microsoft não apenas deixava de cobrar um valor pela licença do aplicativo, mas também reduzia o preço dos *royalties* pagos pelo licenciamento do Windows no caso do OEM utilizar o *Internet Explorer* como programa padrão em seus computadores.⁷⁰¹

Uma possível solução seria obrigar a Microsoft a licenciar uma versão mais barata do programa, sem instalar aplicativos adicionais.⁷⁰²

3.6.2 - Reduzindo as barreiras à entrada

A questão das barreiras à entrada é central para qualquer sanção que se cogite aplicar. A Microsoft basicamente evitou a redução das barreiras por meio de dois grupos de condutas. Primeiro desestimulando o uso de um produto rival, que poderia reduzir estas barreiras e, em segundo lugar, utilizando-se de produto líder de mercado (*Microsoft Office*) para influenciar a decisão de outros fabricantes sobre seus sistemas operacionais.

3.6.2.1 - Middlewares e as barreiras à entrada dos aplicativos (applications barriers to entry)

É evidente que a real extensão da influência do *Netscape* sobre o mercado não pode ser mensurada. Impossível, também, avaliar em que medida uma inovação introduzida pela concorrência poderia apresentar um novo desafio para a Microsoft. Acredita-se que esta virá dos *middlewares*, ao permitirem a

⁷⁰⁰ JOSEPH E. STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., pp. 31.

⁷⁰¹ BENJAMIN KLEIN, *The Microsoft case: What can a dominant firm do to defend its market position?*, cit., p. 59.

⁷⁰² JOSEPH E. STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., pp. 32.

interoperabilidade dos produtos,⁷⁰³ porém apenas o futuro permitirá uma conclusão.

Com relação à prática de venda casada (*tying*) ainda permanecem dúvidas quanto à legalidade de um monopolista lançar mão de sua posição dominante em um mercado para adquirir o monopólio em outro mercado. Alguns (em especial os seguidores da escola de Chicago) argumentam que, como decorrência da “dupla margem”, uma quantidade de poder de monopólio pode apenas extrair uma quantidade específica de lucros dos consumidores.⁷⁰⁴ No caso da tentativa de domínio de um segundo mercado o lucro monopolista seria dividido entre os dois mercados. Esta dificuldade aumenta no caso dos *softwares*, visto que nestes a delimitação tradicional de mercados relevantes acaba sendo inadequada.⁷⁰⁵ No caso dos *browsers* e dos sistemas operacionais, por exemplo, defendeu-se que sua integração era pertinente e eficiente, concluindo-se pela inclusão de ambos no mesmo mercado relevante.

Por outro lado, as escolas Pós-Chicago demonstraram que mesmo diante da inexistência de racionalidade na utilização de restrições verticais para imposição da dupla margem de monopólio, as restrições verticais podem atuar no sentido de proteger o poder de monopólio existente.⁷⁰⁶ Por esta razão, o que devemos considerar é que da mesma forma que a *Microsoft* conseguiu eliminar as ameaças colocadas pelo *Netscape Navigator* e pelo *Java*, ela poderá também eliminar a ameaça posta por qualquer inovação que vier a ser introduzida.

⁷⁰³ JOSEPH E. STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., p. 4.

⁷⁰⁴ Conforme explica PAULO FURQUIM DE AZEVEDO, foram os trabalhos de COASE, BORK e POSNER que levaram a elaboração da teoria da dupla margem: “A presença de dois monopólios consecutivos, ambos fazendo incidir uma margem de monopólio sobre o seu custo, não resultaria em dois lucros de monopólio, mas em um lucro conjunto inferior ao que seria obtido por um único monopolista, no que ficou conhecido na literatura econômica como ‘dupla margem’.” A conclusão desta teoria é a de não ser possível extrair mais renda de uma demanda final do que a que já extrai um monopolista. A consequência disso, segundo os seguidores da Escola de Chicago, “é que não haveria interesse no exercício de controle vertical para fins de alavancagem de poder de mercado nos demais elos de uma cadeia produtiva. Em outras palavras, mesmo podendo a *Microsoft*, por meio de restrições verticais, afetar a concorrência no mercado de distribuidores, ainda de acordo com a Escola de Chicago, ela não teria interesse econômico em fazê-lo para fins anticompetitivos” (*Restrições verticais e defesa da concorrência: A experiência brasileira*, cit., p. 5).

⁷⁰⁵ MARK A. LEMLEY; DAVID MCGOWAN, *Legal implications of network economic effects*, cit., p. 506.

⁷⁰⁶ GUILHERME FAVARO CORVO RIBAS, *Venda casada anticoncorrencial e propriedade intelectual*, cit., p. 80-81.

STIGLITZ e FURMAN defendem, então, que a única saída seria a modificação dos incentivos da empresa, em conjugação com medidas que incrementassem a competição no setor. Uma possível solução seria a aplicação de remédio estrutural ou, na sua impossibilidade, de controle de condutas para impedir que esta retome tais posições.⁷⁰⁷ Como veremos a seguir, a decisão final nesse sentido foi ineficaz, não atingindo quaisquer destes objetivos.

Assim como no mercado de sistemas operacionais, também no mercado de *middlewares* notamos a presença de externalidade de rede. O valor de um pacote de *middlewares* aumenta na medida em que mais pessoas utilizam estes aplicativos. O problema está na vinculação do *Microsoft Windows* aos *middlewares* da empresa. Ou seja, ainda que seja instalado um novo *middleware* no *Windows*, este não será diretamente utilizado, visto que o sistema acionará o *middleware* da *Microsoft*. Nesses termos, a única forma de possibilitar a entrada destes novos *middlewares* seria com a garantia de que os *OEMs* pudessem remover os *middlewares* da *Microsoft* do sistema.⁷⁰⁸ Porém, como vimos, não haveria incentivos econômicos para esta remoção, posto que os produtos da empresa já vêm instalados de forma gratuita.

3.6.2.2 - Microsoft Office e as barreiras à entrada dos aplicativos (applications barriers to entry)

Outro problema não enfrentado no julgamento se refera ao fato da *Microsoft*, além do monopólio sobre o mercado de sistemas operacionais, liderar também outros mercados de aplicativos, como o de aplicativos empresariais. O conjunto de aplicativos *Microsoft Office* domina, assim, a quase totalidade do *market share* do mercado em que se situa.

Por conta do enorme poder exercido pela *Microsoft* através também do *Microsoft Office*, qualquer empresa que tente desenvolver um sistema operacional concorrente do *Windows*, além de dever superar a inexistência de uma cadeia de aplicativos compatíveis com seu sistema, deverá, ainda, convencer a *Microsoft* a criar uma versão do *Office* compatível com seu sistema operacional.

Por esta razão:

⁷⁰⁷ JOSEPH E. STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., p. 4.

⁷⁰⁸ “By providing no means for OEMs or end users to undo the commingling of code that ties Microsoft middleware to the operating system, the PFJ ensures that Microsoft middleware will have an installed base, in the relevant sense, of nearly the entire PC market” (JOSEPH E. STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., p. 36).

withholding or simply threatening to withhold Microsoft Office from other operating system is a powerful way in which Microsoft can use anticompetitive means to reduce the desirability of rivals while also extracting concessions or exchanges that help support the Windows monopoly of PC operating systems.⁷⁰⁹

3.6.3 - Prevenindo a *Microsoft* de fortalecer seu monopólio no mercado de sistemas operacionais através da venda casada de outros produtos

Da mesma forma que a *Microsoft* utilizou-se do *Microsoft Windows* para estender seu poder sobre o mercado de *browsers*, com o desenvolvimento de novos produtos como *Instant Messengers*, sistemas operacionais para *Pocket PC*, entre outros, ela poderia valer-se do domínio sobre o mercado de sistemas operacionais para ganhar mercado também em relação a estes novos produtos. A decisão final, porém, não trouxe quaisquer disposições que buscassem evitar estas novas condutas.⁷¹⁰

3.6.4 - Conclusão

Diante do exposto podemos concluir que as condutas da *Microsoft* de fato pediam pela aplicação de sanções pela Justiça norteamericana. Ainda que a complexa dinâmica competitiva do mercado de *software* possa dificultar a análise econômica do caso quanto aos efeitos das sanções, sua importância e seus efeitos sobre o mercado não podem significar a inércia do direito antitruste.

Os termos do acordo mencionado foram quase integralmente cumpridos pela empresa. Poucas foram as reclamações com relação a possíveis descumprimentos de seus termos, salvo com relação às disposições relativas aos protocolos de comunicação dos *PCs* com os servidores.⁷¹¹

No entanto, tendo em vista os argumentos acima elencados, podemos concluir que as medidas aplicadas tiveram eficácia extremamente reduzida, permitindo a manutenção ilegal do monopólio da *Microsoft*. Isto porque o acordo

⁷⁰⁹ JOSEPH E. STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., pp. 37-38.

⁷¹⁰ JOSEPH E. STIGLITZ; JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., pp. 38-39.

⁷¹¹ HARRY FIRST, *Netscape is dead: Remedy lessons from the Microsoft litigation*, New York University Law and Economics Working Paper, n.º 166, 2008, disponível em http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/166/, acesso no dia 22 out. 2010, p. 10.

assinado contém tantas exceções que, por fim, acabou por mostrar-se ineficaz na limitação de condutas da empresa.

Segundo STIGLITZ e FURMAN a principal fraqueza do acordo está no fato dele não alterar os incentivos oferecidos à *Microsoft*, de modo que a empresa continua contando com os mesmos incentivos para incorrer nas práticas ilícitas.⁷¹²

Por sua vez CARL SHAPIRO encontra o ponto fraco principal da decisão no fato dela apenas ter logrado evitar que as condutas praticadas pela *Microsoft* persistissem, sem que houvesse, porém, a determinação de sanção que fosse capaz de forçar um reestabelecimento da competição no mercado em questão. Especialmente, não foi prevista sanção voltada a reduzir as barreiras à entrada.⁷¹³⁻⁷¹⁴

PAUL KRUGMAN aponta para conclusão semelhante:

Despite this, the settlement clearly leaves Microsoft with a lot of advantages. It will still have its monopoly position in operating systems; it will still be able to use that position to sell other products, as long as they are not too much worse than the alternatives. And that will continue to deter at least some potential innovation. As I said, it's a choice among evils.⁷¹⁵

⁷¹² JOSEPH E. STIGLITZ e JASON FURMAN, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, cit., pp. 24-25.

⁷¹³ “The effectiveness of the remedy should not just be judged by whether or not Microsoft’s monopoly has persisted. After all, even if potential competition had been fully restored, that potential competition might not have led to actual competition. But the recent evidence generally confirms the predictions made by myself and others seven years ago that threats to Windows from middleware were unlikely, over a five-year period, to rise to the level of the threat illegally stifled by Microsoft. Likewise, the recent evidence generally supports the predictions made more than five years ago that the most serious threats to Windows in the years ahead would likely come from servers along with remote applications. Unfortunately, the Final Judgment has done little, if anything, to lower the entry barriers facing these threats.” (CARL SHAPIRO, *Microsoft: A remedial failure*, cit., p. 762).

⁷¹⁴ Em sentido oposto, KEITH N. HYLTON defende que “when the defendant has engaged in substantial innovation and efficiency-enhancing investment, courts should adopt narrowly-tailored remedies that target the specific conduct that is found to violate the antitrust laws while doing as little as possible to discourage the defendant innovation and investment.” (*Remedies, antitrust law, and Microsoft: Comment on Shapiro*, In *Antitrust law journal*, vol. 75, 2008-2009, pp. 773-786).

⁷¹⁵ PAUL KRUGMAN, *Reckonings; making Windows transparent*, coluna publicada em 4 nov. 2001, disponível em <http://www.nytimes.com/2001/11/04/opinion/reckonings-making-Windows-transparent.html?ref=paulkrugman>, acesso no dia 8 out. 2010.

Outros, como JOHN E. LOPATKA, apontam no sentido de que a análise de mercado procedida após a aplicação das medidas indicaria terem elas gerado impacto bastante insignificante sobre o poder da *Microsoft*. Segundo o autor, uma prova que corrobora tal constatação está no fato de que mesmo com a proibição das condutas consideradas ilícitas o poder de mercado da empresa sequer foi ameaçado.⁷¹⁶

Desse modo é praticamente unânime a conclusão de que as disposições do acordo geraram resultados completamente desprezíveis para o restabelecimento da competição, seja no mercado de *browser* ou no de sistemas operacionais.

No que tange o mercado de *browsers* as maiores alterações decorreram das inovações introduzidas pelo *Firefox* e, mais recentemente, pelo *Google Chrome*, e não pelas imposições do acordo.

No mercado de servidores, apesar do licenciamento de parte dos protocolos, não foi desenvolvido qualquer sistema operacional que pudesse contestar a *Microsoft*.

Do mesmo modo o *market share* da empresa no mercado de sistemas operacionais *Client PC* continua intocado.⁷¹⁷

4 – Caso julgado na União Europeia (*Sun Microsystem v. Microsoft Corp.*)

O caso julgado pela Comissão Europeia foi iniciado com uma Representação da empresa *Sun Microsystems*, em dezembro de 1998. Alegava a empresa que a *Microsoft* abusava de sua posição dominante no mercado de sistemas operacionais do tipo *Client PC* e de sistemas operacionais do tipo *workgroup servers*, ao se recusar a compartilhar as informações necessárias para que sistemas operacionais concorrentes do tipo *workgroup server* pudessem realizar a completa interoperabilidade com os seus sistemas operacionais *Client PC*, eliminando, assim, a possibilidade de concorrência neste mercado e violando o art. 82 do Tratado da União Europeia.

⁷¹⁶ “If the state of competition in a market is the same when unlawful conduct takes place as when it does not take place, the inference is that the practices were ineffectual. And in this case, if Microsoft had the same monopoly power absent conduct found exclusionary as it did when it was engaging in the conduct, the inference is that Microsoft's monopoly power resulted from efficiency-increasing, positive network effects and legitimate competitive conduct, such as improving its products.” (JOHN E. LOPATKA, *Assessing Microsoft from a distance*, cit., p. 834).

⁷¹⁷ “No remedy, not even the reorganization remedy, could assure that there would be competition in this market, of course, but the lack of any change in Microsoft's monopoly position in the more than five years that the decree has been in effect is a good sign that the decree has not opened the operating system market to competition.” (HARRY FIRST, *Netscape is dead: Remedy lessons from the Microsoft litigation*, cit., pp. 11-12).

Em 2000 foi iniciada investigação voltada a analisar as condutas da *Microsoft* com relação a interoperabilidade dos *workgroup servers* e os *client PCs*, e com relação à integração do *Windows Media Player* ao *Windows*.

A importância da interoperabilidade neste caso é patente. Como afirmamos, *workgroup servers* são *softwares* de sistema que centralizam operações como compartilhamento de arquivos armazenados em servidor, compartilhamento de impressoras e administração da rede de computadores. Deste modo, para que a rede de computadores opere, normalmente é necessária uma interoperabilidade perfeita entre um sistema operacional e o *workgroup server*, bem como entre dois *workgroup servers*. Por sua vez, esta só poderá ser atingida por meio de compatibilidade da arquitetura de comunicação, que se consubstancia no código-fonte dos programas. Assim, quando um servidor com um *software workgroup server* não-*Microsoft* instalado ingressa em uma rede, seu menor grau de interoperabilidade afetará toda a eficiência da rede. A única forma de um fabricante de *workgroup servers* concorrer neste mercado é tendo acesso às informações relacionadas à interoperabilidade com a arquitetura dos *softwares Windows*.⁷¹⁸

Isto em vista a *Sun* pedia o acesso às *specifications* referentes aos protocolos usados pelo *Windows workgroup server* para permitir o acesso aos arquivos, impressoras e outras funcionalidades do programa. Estes protocolos incluíam tanto as interconexões diretas (*workgroup server* e *Client PC*), como as indiretas (*workgroup server*, *workgroup server* e *Client PC*).

A intenção da *Sun* seria desenvolver uma camada abstrata entre os aplicativos desenvolvidos para o *Windows* e o sistema operacional *Solaris* (da *Sun*), de modo que os *workgroup servers Solaris*, ao serem utilizados em conjunto com os sistemas operacionais *Windows*, pudessem oferecer as mesmas *APIs* utilizadas pelos *workgroup servers* da *Microsoft*. A problemática desta abertura está na possibilidade de violação de direitos intelectuais da *Microsoft* durante este processo.⁷¹⁹

A dúvida que surge é se a informação disponibilizada constitui inovação, que, portanto, deve ser resguardada, ou se constitui mera informação de interface, que deve ser disponibilizada. Nesse sentido um conceito aberto da definição do

⁷¹⁸ “This means that other work group server operating system vendors that want to compete for customers having an existing investment in Windows need access to information relating to interoperability with the Windows domain architecture.” (THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 54).

⁷¹⁹ THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., pp. 54-55.

que exatamente seriam estas informações de interface cria complicações para sua disponibilização.

A Comissão Europeia conclui que a *Microsoft* detinha posição dominante, seja no mercado de sistemas operacionais (*Client PC*) como no mercado de *workgroup servers*, e ainda, que havia abusado desta posição ao se recusar a fornecer informação necessária à interoperabilidade entre os programas. Este comportamento teria possibilitado um rápido crescimento de sua participação no mercado de *workgroup servers*. Por sua vez, a recusa da empresa em fornecer informações teve por consequência a diminuição das possibilidades de escolha dos consumidores, ao prendê-los ao produto da *Microsoft*.⁷²⁰

Diante da violação de dispositivos de proteção da concorrência contidos no Tratado da União Europeia, a Comissão impôs uma multa de quase 500 milhões de Euros, determinando, ainda, que a empresa disponibilizasse a informação necessária para a interoperabilidade dos produtos para qualquer empresa interessada. Porém, a obrigação de prestar informação não abarcava o código-fonte destes protocolos, mas apenas suas *specifications*.

Com relação à acusação de prática de venda casada a Comissão determinou que a empresa comercializasse uma versão do *Windows* sem o *Windows Media Player* instalado. Similarmente à decisão norte-americana foi determinada a criação de um *trustee*, que teria acesso a informações internas da companhia, incluindo o *source code* de seus programas, de modo a monitorar o cumprimento da decisão.

A *Microsoft* apresentou recurso de apelação alegando que as informações exigidas ultrapassariam a mera garantia de interoperabilidade, abrindo, em verdade, a possibilidade dos concorrentes clonarem os produtos da empresa, violando, assim, os seus direitos intelectuais. Além disso, argumentou que a inclusão do *Windows Media Player* não deveria ter sido punida, pois a inclusão de funcionalidades adicionais seria, na realidade, uma melhoria de seu produto. Por fim, sustentou que a Comissão não teria poderes para determinar a criação de um *trustee*.

A Corte de Primeira Instância rejeitou os argumentos apresentados pela *Microsoft* e confirmou a decisão da Comissão, salvo a imposição da criação de um *trustee* independente, que considerou estar além dos poderes da Comissão.

4.1 - Eficácia das sanções impostas

O julgamento da *Microsoft* pela Comissão Europeia teve um desenrolar diferente do caso norte-americano. No caso europeu as sanções, genericamente, se dividiram em dois grupos, sendo o primeiro relacionado à prática de venda

⁷²⁰ BRUCE CANETTI, *Microsoft champions intellectual property rights and loses to european union competition law: Proceeding under article 82 of the EC Treaty case COMP/C-3/37.792 Microsoft, march 24, 2004*, In *Journal of law, technology & policy*, vol. 172, 2004, pp. 171-179.

casada do *Windows* e do *Windows Media Player*, e o segundo relacionado à questão da interoperabilidade.

Com relação à prática de venda casada, a Comissão determinou que a empresa oferecesse uma versão do *Windows* separada do *Windows Media Player*.

Importante ressaltar que esta medida possui eficácia extremamente duvidosa, na medida em que o *Windows Media Player* era distribuído gratuitamente pela empresa em conjunto com o *Windows*. No presente trabalho, porém, não cabem maiores considerações com relação à licitude desta prática.⁷²¹

A questão da interoperabilidade ganhou enorme relevo no caso europeu. A grande discussão se travou em relação à interpretação da Diretiva do *Software* (*Software Directive*) de 1991. Como vimos no Capítulo III, supra, a interoperabilidade é uma questão de grau e, por esta razão, a *Microsoft* entendia que a previsão da Diretiva previa uma interoperabilidade *one-way*, ou seja, uma facilitação da interoperabilidade entre o *Microsoft Windows* e os aplicativos complementares. Por outro lado, a Comissão entendia pela necessária aplicação de uma interoperabilidade *two-way*, segundo a qual esta deveria facilitar também o desenvolvimento de outro sistema com uma plataforma funcionalmente similar, ou seja, uma em que os aplicativos desenvolvidos para o *Windows* pudessem funcionar normalmente.⁷²² Por esta razão, a empresa entendia que seus contratos de licença já permitiam a interoperabilidade, pois possibilitavam o desenvolvimento de produtos complementares, e que a abertura do seu código-fonte permitiria a clonagem de seu produto, trazendo sérios desincentivos para que investisse em inovação.⁷²³

⁷²¹ KEITH N. HYLTON, por exemplo, defende que “The EU order requiring Microsoft to offer a version of Windows that does not include the media player is an example of the type of remedy that could come out of foreign competition regimes, where the courts are not as interested in the efficiency implications of their decisions as are the courts in the United States. Such orders are not only costly for the dominant firm defendant, but for consumers as well. By raising the costs of the dominant firm defendant without offering benefits to consumers—as appears to be true of the order requiring Microsoft to offer Windows without its media player such remedies reduce competition and diminish consumer surplus.” (*Remedies, antitrust law, and Microsoft: Comment on Shapiro, cit.*, p. 786).

⁷²² PAMELA SAMUELSON, *Are patents on interfaces impeding interoperability?*, cit., p. 1952. Sobre a questão da interoperabilidade *two-way*, MICHAEL ANTHONY DIZON: “It also held that interoperability, by its nature, implies a two-way relationship because the function of a computer program is to communicate and work together with other components of a computer system.” (*Decompiling the Software Directive, the Microsoft CFI case and the i2010 strategy: How to reverse engineer an international interoperability regime*, cit., p. 5).

⁷²³ “It objected to being required to give competitors extensive information that would allow them to ‘clone’ its technologies. Microsoft argued that this forced disclosure would be harmful to investments in innovation in the WGS-OS market. Microsoft itself would

Em defesa da interoperabilidade *two-way* a Comissão apontou, em primeiro lugar, que as *implementations* não se confundem com as interfaces e, em segundo lugar, que diante das condições de mercado a recusa da empresa fornecer informações sobre a interoperabilidade prejudicaria os consumidores e a concorrência.⁷²⁴ A decisão então não ordenou que fossem abertos o código-fonte, algoritmos ou outros detalhes internos que possibilitassem a clonagem do programa, mas apenas as interfaces essenciais.

Com relação à questão dos incentivos, a Comissão defendeu que havendo pagamento por parte da *Sun* e das outras empresas que buscassem a informação contida nas interfaces essenciais, isto incentivaria a manutenção dos investimentos em inovação.⁷²⁵ Por conta disto alguns afirmam que a decisão tomada foi correta, na medida em que permitia a implementação da interoperabilidade sem que os concorrentes pudessem clonar os produtos da *Microsoft*, violando seus direitos intelectuais.⁷²⁶

A argumentação da *Microsoft* era baseada numa ideia de proteção maximalista de seus direitos intelectuais. Entendia a empresa que estes deveriam permitir a recuperação de seus investimentos, não podendo ser obrigada a disponibilizar as informações solicitadas pela *Sun*, sob risco de minar seus incentivos para inovar.⁷²⁷ Além disso sustentava que os concorrentes poderiam ter acesso a estas informações por meio de engenharia reversa. O *software Samba* aparentemente teria tido sucesso no desenvolvimento de interfaces por meio deste processo.⁷²⁸

have little incentive to invest in innovation if it was forced to give its interfaces away to its competitors and be unable to benefit from the exclusive rights conferred by IP laws.” (PAMELA SAMUELSON, *Are patents on interfaces impeding interoperability?*, cit., pp. 1992-1993.)

⁷²⁴ MICHAEL ANTHONY DIZON, *Decompiling the Software Directive, the Microsoft CFI case and the i2010 strategy: How to reverse engineer an international interoperability regime*, cit., p. 6.

⁷²⁵ PAMELA SAMUELSON, *Are patents on interfaces impeding interoperability?*, cit., p. 1994.

⁷²⁶ “The Court carefully examined the degree of interoperability required by the case, and it held that the degree imposed by the European Commission (‘Commission’) was correct since it did not permit other software developers to clone or reproduce Microsoft’s products or certain features of those products – the interoperability information that was required to be disclosed did not relate to Microsoft’s source code or implementation details” (MICHAEL ANTHONY DIZON, *Decompiling the Software Directive, the Microsoft CFI case and the i2010 strategy: How to reverse engineer an international interoperability regime*, cit., p. 6).

⁷²⁷ “[i]ts refusal to supply the information was objectively justified by its intellectual property rights because it was entitled to a reward from its investment and because any other result would prejudice its incentives to innovate” (HARRY FIRST, *Strong spine, weak underbelly: The CFI Microsoft decision*, New York University Law and Economics Research Paper n.º 08-17, 2008, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1020850>, acesso no dia 4 de outubro de 2010, p. 3).

A revisão do caso pela *Court of First Instance* ressaltou a enorme importância da interoperabilidade para o caso. Assim como nos casos *Magill* e *IMS Health*, a Corte concluiu que a titularidade de direitos intelectuais não seria, por si só, uma justificativa para a recusa em licenciar tais direitos.⁷²⁹

Já afirmamos que a instabilidade estrutural dos mercados faz com que o poder de monopólio conferido por uma inovação seja justamente o estímulo para que o monopolista continue investindo em inovação e para que competidores busquem inovar para que atinjam os lucros monopolísticos do líder de mercado. Porém, um fator desconsiderado por SCHUMPETER está no uso da inovação, pelo monopolista, para bloquear a entrada da concorrência. Por esta razão, à medida que o monopolista se utiliza de sua inovação consubstanciada em direitos intelectuais para impedir que outros concorrentes possam questionar seu poder de mercado, o direito antitruste deve intervir de modo a restabelecer o ambiente competitivo.⁷³⁰

Com base neste raciocínio a Corte entendeu que a correta aplicação da *Software Directive* deveria gerar a obrigação de fornecer as informações essenciais para a completa interoperabilidade. Além disso, a Corte apontou que o licenciamento de interfaces seria prática recorrente da indústria⁷³¹, e que a própria empresa já havia concordado em disponibilizá-las no caso norte-americano.

Como consequência da decisão da Corte de Primeira Instância a empresa disponibilizou quantia considerável de informação sobre suas interfaces. Porém,

⁷²⁸ THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., pp. 81 e ss.

⁷²⁹ No caso *Magill*, quatro foram os requisitos definidos para que a recusa de licenciar ocasionasse violação do art. 82 do tratado da Comissão Européia: “(1) indispensability of the requested information or product to the requester’s business; (2) ‘preventing the emergence of a new product for which there is a potential consumer demand’; (3) exclusion of ‘any competition on a secondary market’; and (4) lack of objective justification” (HARRY FIRST, *Strong spine, weak underbelly: The CFI Microsoft decision*, cit., p. 2).

⁷³⁰ “Monopolists need to protect their current markets from convulsive change, which is just the kind that unmanaged innovation can bring. Joseph Schumpeter, who saw monopoly as the engine of innovation, may have been right when he wrote that monopoly profits are ‘the baits that lure capital on untried trails’. But when monopolists have the power to block those trails competition law needs to intervene.” (HARRY FIRST, *Strong spine, weak underbelly: The CFI Microsoft decision*, cit., p. 4)

⁷³¹ Como exemplos, podem ser citados os acordos de licenciamento de interfaces firmados na década de 1990 entre a *Microsoft* e as empresas *SGL* e *Digital*. (THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, cit., p. 63).

em 2008, a Comissão multou a empresa por descumprimento da decisão, por considerar que a quantia de informação disponibilizada seria insuficiente.⁷³²

Uma diferença marcante entre as decisões europeia e norte-americana reside na aplicação da chamada *essential facilities doctrine* no caso europeu. Esta doutrina surge a partir da concepção do direito concorrencial como garantidor institucional da concorrência. Aplica-se, geralmente, em hipóteses de extrema concentração econômica, nas quais o acesso à infra-estrutura essencial, controlada pelo monopolista, é condição intransponível para que novas empresas ingressem neste mercado. Na definição de CALIXTO SALOMÃO FILHO:

uma *essential facility* existe, portanto, diante de situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, nas quais a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou o fornecimento do essencial. A existência de bens cuja utilização é condição essencial para a produção de outros justifica a necessidade de impor o fornecimento dos primeiros.⁷³³

Porém, essas hipóteses não se relacionam apenas à infra-estruturas específicas, podendo ainda dizer respeito à qualquer bem econômico.⁷³⁴

Aplicando-se a doutrina ao caso *Microsoft*, notamos que o agente detentor de posição dominante, ao se recusar, com base em direitos intelectuais, a disponibilizar detalhes do código-fonte essenciais à interoperabilidade dos programas (caracterizados como *essential facilities* por conta de suas características), violou deveres de fornecimento obrigatório. A combinação de direitos intelectuais com efeitos econômicos severos (como os efeitos de rede) podem levar ao fechamento de mercado. Nestas condições, a garantia do acesso é essencial para preservação da estrutura de mercado.⁷³⁵ Desse modo, ainda que não

⁷³² PAMELA SAMUELSON, *Are patents on interfaces impeding interoperability?*, cit., pp. 1995-1996.

⁷³³ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., p. 113.

⁷³⁴ “Também a impossibilidade de duplicação do bem pode não decorrer de circunstâncias econômicas, mas jurídicas, como a proteção conferida a uma bem imaterial pela legislação autoral ou de propriedade industrial” (CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial – As condutas*, cit., p. 113).

⁷³⁵ “The combination of strong iprs and stringent economic effects can easily lead to foreclosure of markets. When such phenomena do occur jointly and lead to monopolization for reasons different from firm’s economic efficiency, the granting of access becomes a primary necessity to preserve the competitive structure of the market.” (EMANUELA AREZZO, *Competition policy and IPRs: an open debate over an ever-green issue*, cit., p. 12)

seja expressamente utilizada a expressão “*essential facilities*”, este enfoque ficou claro na análise feita pela *Court of First Instance* da União Europeia.⁷³⁶

Após a decisão proferida no caso *Trinko*, a aplicação desta doutrina nos Estados Unidos vem sendo enormemente limitada e questionada. Sob influência das ideias expostas por PHILLIP AREEDA⁷³⁷, afirmou a Suprema Corte que a aplicação da *essential facilities doctrine* em casos de *duty to deal* (obrigação de fornecer) raramente se justifica, visto que este tipo de obrigação pode levar ao desestímulo da inovação. A Suprema Corte elenca quatro razões para a sua não aplicação neste caso; (i) a Suprema Corte nunca reconheceu a aplicação desta doutrina no passado; (ii) para que seja aplicada não basta que o preço seja elevado, mas o acesso deve ser completamente inviável; (iii) a *essential facilities doctrine* não se aplica quando “a state or federal agency has effective power to compel sharing and to regulate its scope and terms”; e (iv) o argumento das *essential facilities* não difere de outros argumentos genericamente aplicados.⁷³⁸⁻⁷³⁹

⁷³⁶ Sobre a *essential facilities doctrine*, consultar ABBOTT B. LIPSKY JR.; GREGORY SIDAK, *Essential facilities*, In *Stanford law review*, vol. 51, n.º 5, 1999, pp. 1187-1248; ROBERT PITOFKY; DONNA PATTERSON; JONATHAN HOOKS, *The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law*, In *Antitrust law journal*, vol. 70, n.º 2, 2002, pp. 443-462; GREGORY J. WERDEN, *The law and economics of the essential facility doctrine*, In *Saint Louis university law journal*, vol. 32, n.º 2, 1987, pp. 433-480.

⁷³⁷ PHILLIP AREEDA, *Essential facilities: An epithet in need of limiting principles*, In *Antitrust law journal*, vol. 58, 1989-1990, pp. 841-853.

⁷³⁸ A maior aplicação da *essential facilities doctrine* na Europa decorre de uma série de fatores. Segundo SERGIO BACHES OPI, alguns fatores podem ser enumerados: (i) a lei americana não prevê a imposição da obrigação de fornecer e de negociar (*duty to deal* e *duty to supply*) aos agentes dominantes, ao contrário do que prevê a legislação europeia; (ii) a maior influência da Escola de Chicago sobre as autoridades antitruste americanas, o que levaria à preocupação única com a eficiência dos mercados, sem qualquer consideração sócio-política; (iii) a ênfase na integração dos mercados presente na União Europeia levaria a uma maior aceitação da doutrina; e (iv) a recente privatização das empresas estatais europeias levou a um processo de concentração econômica que trouxe maiores preocupações com relação ao abuso de posição dominante por estas empresas (*The application of the essential facilities doctrine to intellectual property licensing in the European Union and the United States: Are intellectual property rights still sacrosanct?*, In *Fordham intellectual property, media and entertainment law journal*, Vol. 11, 2001, pp. 414-418).

⁷³⁹ MICHAEL L. KATZ e CARL SHAPIRO também demonstram certa preocupação com a utilização da *essential facilities doctrine* em casos envolvendo direitos intelectuais. Afirmam os autores que “such a duty is fundamentally at odds with the granting of the intellectual property rights themselves, which explicitly involve the power to exclude others from infringing on those rights. Furthermore, invoking the essential facilities doctrine raises a host of practical problems regarding the terms and conditions on which the dominant firm will be forced to deal.” (*Antitrust in software markets*, cit., p. 65).

Esta posição, apesar de predominante na doutrina norte-americana, não deve prevalecer. Os efeitos de rede presentes em muitos destes setores (como no do *software*) garantem, por si só, os investimentos realizados pela monopolista para criação desta rede.⁷⁴⁰ Além disso, o controle absoluto do monopolista sobre sua inovação pode gerar custos ao mercado, como quando este, visando proteger sua posição de mercado da destruição criativa Schumpeteriana, utiliza-se de condutas ilegais.

Na decisão europeia foi aplicado um teste de sopesamento entre os incentivos aos inventores e os incentivos à competitividade no mercado. Segundo este teste a não divulgação de detalhes necessários à interoperabilidade traziam, em verdade, um desestímulo à inovação, enquanto a divulgação poderia ter o efeito de reavivar a competição no mercado. Deste modo, do balanceamento dos interesses envolvidos, concluiu a Comissão que os benefícios para o ambiente competitivo advindos da divulgação das informações pela *Microsoft* superariam os possíveis efeitos negativos sobre os estímulos que teria a empresa para inovar.⁷⁴¹ A *Court of First Instance* confirmou todos estes argumentos, negando, ainda, o pedido liminar feito pela empresa por entender não existirem indícios de risco irreparável de danos.

4.1.1 – A problemática da interoperabilidade

A questão da interoperabilidade suscitou inúmeras controvérsias relacionadas às sanções cabíveis e sua eficácia.

Alguns sustentaram a imposição de licenciamento compulsório do código-fonte do *Microsoft Windows*, de modo que qualquer concorrente pudesse desenvolver um sistema operacional com funcionalidades semelhantes ao do *Windows*.

No caso norte-americano, a própria juíza COLLEN KOLLAR-KOTELLY reconheceu que a clonagem das funcionalidades do programa não se confunde com a clonagem do código do programa, afirmando que a cópia das funcionalidades por meio do acesso ao código-fonte não violaria os direitos intelectuais da empresa. Porém, reconheceu que esta medida poderia trazer benefícios desmedidos aos competidores, não consubstanciando, assim, uma medida que necessariamente estimularia a competição.⁷⁴² Por esta razão a decisão norte-americana adotou opção menos radical, que determinou o licenciamento

⁷⁴⁰ PAMELA SAMUELSON, *Are patents on interfaces impeding interoperability?*, cit., p. 1997.

⁷⁴¹ BRUCE CANETTI, *Microsoft champions intellectual property rights and loses to european union competition law: Proceeding under article 82 of the EC Treaty case COMP/C-3/37.792 Microsoft, march 24, 2004*, cit., p. 178.

⁷⁴² HARRY FIRST, *Microsoft and the evolution of the intellectual property concept*, cit., pp. 1388-1390.

apenas das interfaces do programa, para todos aqueles que desejassem desenvolver tecnologias compatíveis.

Tanto a Comissão Europeia como as autoridades antitruste norte-americanas falharam na criação de mecanismos que possibilitassem a promoção da competição pelo licenciamento compulsório de direitos intelectuais como as interfaces. O problema se encontra na necessidade de acompanhamento constante pela autoridade antitruste e na dificuldade de definição das informações que devem ser licenciadas. Por isso, alguns, inclusive, afirmam que a licença compulsória das interfaces não poderia garantir a competitividade no mercado. Esta apenas poderia ser garantida por meio de soluções estruturais como a divisão da empresa.⁷⁴³

Neste ponto devemos indagar se o nível de proteção conferido pelas autoridades judiciárias aos direitos de exclusivo da empresa não acaba criando ineficiências dinâmicas em detrimento ao estímulo à inovação. Ao negar a possibilidade de licenciamento compulsório do código-fonte do *Microsoft Windows* desprezou-se o estímulo inovativo e as eficiências de longo prazo, que poderiam ser geradas pela possibilidade de empresas concorrentes desenvolverem *softwares* compatíveis com os aplicativos feitos para o *Windows*, ou *softwares* com funcionalidades semelhantes. Como aponta HARRY FIRST:

intellectual property concept, however, offers the potential of short-circuiting this inquiry, for it allows the court to focus only on the interests of the producer of the intellectual product. That interest, of course, is to get maximum protection from interference with use of its products and to get maximum reward.⁷⁴⁴

PAMELA SAMUELSON sugere a aplicação de um sistema utilizado em um caso similar que envolveu as empresas *IBM Corp.* e *Fujitsu* na década de 1980. Neste caso criou-se um mecanismo de “*clean room*” das informações de interface essenciais. De acordo com ele a *IBM* deveria fornecer o código-fonte de qualquer novo sistema operacional desenvolvido para um grupo especial de funcionários da *Fujitsu*. Os funcionários, por sua vez, deveriam analisar o código-fonte e extrair apenas a informação relacionada às interfaces. Em seguida um grupo técnico da *IBM* revisaria as informações extraídas pela *Fujitsu*, determinando quais informações, dentre as selecionadas, corresponderiam apenas às interfaces, não apresentando inovações da empresa.

⁷⁴³ PAMELA SAMUELSON, *Are patents on interfaces impeding interoperability?*, cit., pp. 1998 e ss..

⁷⁴⁴ HARRY FIRST, *Microsoft and the evolution of the intellectual property concept*, cit., p. 1390.

Por meio deste sistema a empresa concorrente (*Fujitsu*) poderia continuar desenvolvendo um sistema operacional com funcionalidades similares ao da *IBM* sem que fossem violados direitos intelectuais destes novos produtos da empresa. Esta sistemática poderia resolver um dos maiores problemas relacionados ao licenciamento compulsório: a quantidade de informação necessária para se estabelecer a interoperabilidade dos programas.⁷⁴⁵

5 – Desenvolvimentos recentes do ambiente tecnológico (IT ecosystem)

Nos últimos anos presenciamos uma série de mudanças no ambiente tecnológico, mudanças que trouxeram profundas alterações a estes mercados.

Utiliza-se o termo *IT ecosystem* para se referir à rede de organizações, tecnologias, produtos e consumidores desta indústria tecnológica.⁷⁴⁶ Neste ambiente as plataformas de *software* possuem especial relevância, posto elas fornecerem as ferramentas e os “tijolos” que permitem às organizações desenvolverem suas funcionalidades de forma mais eficiente, além de poderem conectar suas tecnologias, produtos e serviços entre si. Antes da explosão da *Internet*, o *Windows* seria talvez a única plataforma largamente utilizadas. Porém, vislumbramos em anos recentes o desenvolvimento de inúmeras novas plataformas por novos *players*, como a *Adobe*, o *Facebook* e a *Google*.⁷⁴⁷ Houve, assim, uma redução da importância central do sistema operacional, com a emergência de três novas tendências: (i) aplicativos baseados em *Internet*; (ii) plataformas baseadas em *Internet*; e (iii) modelos de negócio baseados em *Internet*.⁷⁴⁸

⁷⁴⁵ “In a suitable antitrust case involving misuses of IPRs in interfaces and refusals to disclose interface information, a court might want to consider a similar ‘clean room’ and licensing regime as that which settled the IBM-Fujitsu dispute more than two decades ago. This is admittedly a costly way to facilitate interoperability, but it does have some advantages: it avoids wasteful rounds of bickering over how much information the firm must disclose and it places some of the burden of obtaining the information on the firms that want to develop functional equivalent programs.” (PAMELA SAMUELSON, *Are patents on interfaces impeding interoperability?*, cit., pp. 2000-2001).

⁷⁴⁶ Este ambiente tecnológico compreende um grande número de organizações como fabricantes de microprocessador, como a *Intel* e a *AMD*, fabricantes de *software* como a *Microsoft*, e a *Sun*, etc.. (MARCO IANSITI; GREG RICHARDS, *Six years later: The impact of the evolution of the IT ecosystem*, In *Antitrust law journal*, vol. 75, 2008-2009, pp. 705-721).

⁷⁴⁷ Estas mudanças receberam o nome de *Web 2.0*. Trata-se de “termo criado em 2004 pela empresa estadunidense *O’Reilly Media* para designar uma segunda geração de comunidades e serviços, tendo como conceito a ‘*Web* como plataforma’, envolvendo wikis, aplicativos baseados em folksonomia, redes sociais e Tecnologia da Informação” (<http://www.wikipedia.org>).

⁷⁴⁸ MARCO IANSITI; GREG RICHARDS, *Six years later: The impact of the evolution of the IT ecosystem*, cit., pp. 706-708.

Os aplicativos baseados em *Internet* são *softwares* hospedados em *websites* independentes, que podem ser acessados de quaisquer computadores conectados à *Internet*⁷⁴⁹ e independentemente do sistema operacional ou do *browser* instalado. Por esta razão, os aplicativos têm reduzido a dependência dos usuários com relação a determinado sistema operacional, diminuindo as barreiras à entrada criadas pelos efeitos de rede.⁷⁵⁰

As plataformas baseadas em *Internet* permitem que os aplicativos desenvolvidos sobre estas possam rodar em *websites* por meio de qualquer computador conectado à *Internet*, independentemente do sistema operacional ou do *browser* utilizado. Tecnologias como *Java* e *Flash* permitem que programadores desenvolvam diversas aplicações, atingindo um enorme número de consumidores destes serviços. Estas são acessadas por meio dos chamados *plug-ins*⁷⁵¹, tecnologias que permitem que o *browser* execute uma série de funcionalidades adicionais que aumentam o poder destes aplicativos e melhoram seu aspecto visual, aproximando-se muito da aparência e funcionalidade dos aplicativos tradicionais. Isto explica porque o *Flash*, como o *Java*, já se encontram instalados na quase totalidade dos computadores ligados à *Internet*, sobre os mais diversos sistemas operacionais.⁷⁵² Dessa forma, é possível afirmar que as novas plataformas levariam a uma redução das barreiras à entrada no mercado de sistemas operacionais, posto eliminarem as vantagens competitivas geradas pelos efeitos de rede do *software* com maior parcela de mercado.

Por fim, uma terceira tendência dessas novas tecnologias manifesta-se na criação de novos modelos de negócio. Os novos negócios baseados em *Internet*, em geral, se caracterizam pela oferta gratuita de serviços, com os lucros dos ofertantes advindos da publicidade veiculada nestes meios. Exemplos não faltam deste novo modelo de negócios, como os sites *Youtube* e o *Facebook*, ou até mesmo o serviço de

⁷⁴⁹ Podemos citar como exemplo destes aplicativos o *Gmail*, que permite ao usuário acessar sua caixa de e-mails de qualquer computador conectado à *Internet*, a *Wikipédia*, ou mesmo as redes pessoais como o *Facebook* e o *Orkut*.

⁷⁵⁰ MARCO IANSITI; GREG RICHARDS, *Six years later: The impact of the evolution of the IT ecosystem*, cit., pp. 708-711.

⁷⁵¹ “Technology component that allows a Web browser to run an application displaying content or executing functionality richer than what is available from the browser alone. Plug-ins, including Flash and Java, enable powerful, OS-agnostic functionality and create broad-based platforms for developers to write applications that are independent of the operating system yet still possess the responsiveness and appearance of full featured desktop applications” (MARCO IANSITI; GREG RICHARDS, *Six years later: The impact of the evolution of the IT ecosystem*, cit., pp. 713-714).

⁷⁵² “An application written in Flash or Java, however, can run in any Web browser that has the appropriate plug-ins installed, regardless of the client platform or operating system.” (MARCO IANSITI; GREG RICHARDS, *Six years later: The impact of the evolution of the IT ecosystem*, cit., p. 715).

busca Google. Estima-se que 95% das páginas de *Internet* possuem alguma propaganda de terceiros. Outra característica destes novos modelos se encontra na distribuição destes bens e serviços quase que exclusivamente por meio de *downloads* pela rede virtual, o que poderia significar mais uma redução de barreiras neste mercado.⁷⁵³

Porém, numa análise mais profunda, perceberemos que as barreiras à entrada descritas ainda permanecem elevadas.

Já observamos que as barreiras à entrada criadas pela compatibilidade dos aplicativos (*applications barrier to entry*) se originam do fato de que um novo sistema operacional apenas competirá no mercado à medida que uma grande variedade de programas sejam desenvolvidos para serem usadas nele. Ao mesmo tempo os fabricantes de *software* apenas terão incentivo econômico para criar *softwares* para estes sistemas operacionais se houver uma vasta gama de usuários desta plataforma. Nesse sentido os efeitos de rede levam a um “chicken-and-egg problem with users and applications”.⁷⁵⁴

Os *software middleware*, como vimos, poderiam levar a redução das barreiras, ao permitir que praticamente qualquer aplicativo (independentemente de sua compatibilidade) pudesse rodar em qualquer sistema operacional.

As decisões proferidas no caso norte-americano, porém, tiveram pouca eficácia com relação à redução destas barreiras. Tanto assim que, em 2007, vários estados americanos afirmaram que a *Microsoft* ainda possuía poder monopolístico no mercado relevante considerado, e que a necessidade de proteção da competição é ainda mais forte nos dias atuais do que quando o caso foi julgado. Por esta razão os termos do acordo foram prorrogados por mais alguns anos.⁷⁵⁵

De fato, devemos ter em conta que a empresa continua a exercer enorme poder de mercado. Do mesmo modo podemos constatar que as mudanças no ambiente tecnológico não indicam a possibilidade de vermos uma onda de destruição criativa contestar, nos próximos anos, seu poder de mercado.⁷⁵⁶

⁷⁵³ O *iTunes*, *player* de mídia da *Apple*, por exemplo, atingiu uma base de mais de 500 milhões de usuários quase que exclusivamente pelos *downloads* feitos pela *Internet*. (MARCO IANSITI; GREG RICHARDS, *Six years later: The impact of the evolution of the IT ecosystem*, cit., pp. 717-718).

⁷⁵⁴ MICHAEL L. KATZ; WILLIAM P. ROGERSON, *The applications barrier to entry and its implications for the Microsoft remedies: Comment on Iansiti and Richards*, In *Antitrust law journal*, Vol. 75, 2008-2009, pp. 723-738. As barreiras à entrada criadas pelos efeitos de rede citados levam a um problema sem solução, visto que os fabricantes não irão investir em *softwares* para este novo sistema operacional enquanto não houver um elevado número de usuários deste. Porém o número de usuários não irá aumentar enquanto não houver um significativo número de aplicativos desenvolvidos para este sistema.

⁷⁵⁵ MICHAEL L. KATZ; WILLIAM P. ROGERSON, *The applications barrier to entry and its implications for the Microsoft remedies: Comment on Iansiti and Richards*, cit., pp. 723-738.

Se por um lado as mudanças do *IT ecosystem* supra mencionadas trouxeram profundas modificações ao mercado, tendo, inclusive, reduzido de certo modo as barreiras à entrada pelo advento desses aplicativos *Internet based*, é fato que uma vasta gama de aplicativos não migraram para plataformas baseadas em *Internet*, dependendo ainda do *Windows* para funcionar. Nesse sentido estima-se que 70% a 80% dos aplicativos tipicamente utilizados pelas empresas ainda dependam do sistema operacional da *Microsoft*.⁷⁵⁷ Somado a isso temos que seu domínio absoluto no mercado de sistemas operacionais, com a inexistência de qualquer competidor potencial, leva ao baixíssimo incentivo para que desenvolvedores migrem seus aplicativos para plataformas ubíquas.

Deve-se, por fim, recordar que o *browser* da empresa (*Internet Explorer*) continua tomando uma parcela dominante do mercado, o que naturalmente incentiva os desenvolvedores de *software* a produzirem aplicativos compatíveis com este *browser*.⁷⁵⁸

É necessário ressaltar que os novos aplicativos de *Internet* são desenvolvidos para *APIs* de *plug-ins*, em detrimento de *APIs* do *browser* ou do sistema operacional. Assim, mesmo que estes *plug-ins* não tenham sido originalmente desenvolvidos para tal fim⁷⁵⁹, eles acabam por atuar como formas de *middleware* ao permitirem que os aplicativos rodem em qualquer *browser* e, portanto, em qualquer sistema operacional. No entanto, para podermos concluir que estes trariam uma redução das barreiras à entrada, teríamos de examinar se os aplicativos realmente são escritos com base em *APIs* de *plug-ins* em detrimento de *APIs* de *browsers*, se eles são totalmente compatíveis com *browsers* diferentes, dentre outras questões que apenas no futuro poderão ser analisadas. Assim sendo a única conclusão a que podemos chegar é que, diante do enorme poder de mercado que a *Microsoft* ainda detém, não podemos afirmar que as recentes

⁷⁵⁶ “The issue of whether Microsoft still possesses significant market power was vigorously debated in the briefs and expert reports filed during the proceedings that resulted in the two-year extension. We believe that it is highly unlikely that Microsoft will be swept away by a gale of creative destruction between now and the time the court considers whether to extend the remedy provisions beyond November 2009. Thus, we fully expect the degree of Microsoft’s market power to continue to be an issue.” (MICHAEL L. KATZ; WILLIAM P. ROGERSON, *The applications barrier to entry and its implications for the Microsoft remedies: Comment on Iansiti and Richards, cit.*, pp. 726-727).

⁷⁵⁷ Dentre estes podemos citar aplicativos como o *Autocad*, *Microsoft Office*, *Adobe Photoshop*, *Acrobat Professional*, *Microsoft Outlook*, dentre inúmeros outros.

⁷⁵⁸ Ainda que os novos aplicativos baseados em *Internet* possam a princípio rodar em qualquer *browser*, existem problemas de compatibilidade entre eles. Por esta razão alguns sites ou aplicativos funcionam corretamente apenas no *Internet Explorer*.

⁷⁵⁹ Como vimos estes foram originalmente desenvolvidos para expandir as funcionalidades e melhorar a aparência das aplicações na *Internet*.

modificações analisadas representariam significativa redução das barreiras à entrada.

6 – Conclusão

Por vezes a aplicação de sanções antitruste é tida como muito “fraca”, com imposição de medidas insuficientes. Do mesmo modo sofrem inúmeras críticas as decisões que impliquem constante acompanhamento da autoridade por um período longo de tempo. Isto explica a preferência na aplicação de medidas estruturais que deixem ao mercado o papel de corrigir as condutas ilícitas.⁷⁶⁰

O grande problema reside na aplicação de um remédio “*backward looking*”, ou seja, que toma por base as condutas ilegais praticadas pela empresa, buscando uma sanção que seja eficaz para “corrigi-las”. Um remédio eficaz, como vimos, deve se basear nas condutas praticadas no passado pela empresa, porém seu foco deve ser o de reestabelecer a competitividade futura no mercado analisado.⁷⁶¹ Do mesmo modo também surgem questionamentos quanto à eficácia extraterritorial das sanções aplicadas.⁷⁶²

As diferenças na aplicação das sanções pelos Estados Unidos e pela Comissão Europeia refletem, em verdade, as diferenças de seus sistemas antitruste e o enfoque diverso dado aos casos.

No caso americano o acordo firmado descreve detalhadamente uma série de condutas permitidas e uma série de condutas vedadas. Isto reflete a abrangência mais ampla dada ao caso, no qual a integração do *Internet Explorer* foi apenas um dos pontos discutidos.

As imposições no caso europeu mostraram-se muito mais simples e genéricas. Este caso teve como enfoque duas condutas específicas: a vinculação do *Windows Media Player* e a recusa do fornecimento de informações necessárias à interoperabilidade.

O que sobressaiu, porém, em ambos os casos, foi a enorme assimetria informacional entre o monopolista e a autoridade antitruste. Por esta razão os

⁷⁶⁰ HARRY FIRST, *Netscape is dead: Remedy lessons from the Microsoft litigation*, cit., pp. 17-18.

⁷⁶¹ Não por outra razão que CARL SHAPIRO afirmou que “Restoring competition requires looking more broadly to other technologies that are likely to pose threats to the monopolist in the foreseeable future. While courts prefer to impose remedies that are as tightly linked to the violations as possible, that link necessarily must be weaker in industries where technology, and hence the relevant conduct, is changing rapidly.” (CARL SHAPIRO, *Microsoft: A remedial failure*, cit., p. 758).

⁷⁶² HARRY FIRST, *Netscape is dead: Remedy lessons from the Microsoft litigation*, cit., pp. 19-24.

remédios falharam também pela desconsideração de questões mercadológicas fundamentais.

Deixando de lado as peculiaridades presentes em cada um dos casos, no âmbito do presente trabalho interessa especificamente o tratamento dado sobre a questão dos direitos intelectuais do *software* e seu papel sobre este mercado.

Em ambos os casos discutidos restou patente a problemática do espectro de proteção dos direitos intelectuais. A *Microsoft*, apresentando uma visão maximalista de seus direitos, defendia que estes lhe garantiam a liberdade ilimitada de controle sobre seus produtos. Nesta linha a empresa argumentava que havia gasto bilhões de dólares no desenvolvimento de seus *softwares* e milhões no desenvolvimento de seus protocolos. Nesta linha o licenciamento compulsório destes produtos poderia gerar prejuízos incalculáveis para a empresa. Este entendimento não prevaleceu em nenhum dos dois casos discutidos. Em ambas as decisões restou evidente a prevalência de uma compreensão *instrumental* dos direitos intelectuais, *que devem ser garantidos apenas na medida em que sejam capazes de gerar incentivos para a inovação*.⁷⁶³

Sob um enfoque concorrencial a inovação também não deve ser considerada como um fim em si mesma, do mesmo modo que os direitos intelectuais não podem ser considerados como o único meio para se atingir este fim. Já observamos que o próprio processo competitivo travado no mercado também gera inúmeros incentivos para a inovação. Ainda que uma única empresa detenha a quase totalidade do *market share* de determinado setor, não havendo barreiras intransponíveis o processo de destruição criativa pode gerar um estímulo muito maior à inovação do que a atomização deste mercado.⁷⁶⁴ Disso decorre que a política antitruste deve considerar todos estes *trade-offs*, de modo a avaliar quais condutas contribuem para o aumento do bem-estar social.

O sopesamento entre os benefícios advindos da proteção de um direito intelectual e os decorrentes de sanções antitruste ganha especial relevo quando a proteção destes direitos afeta a possibilidade de um competidor contestar mercados que são, ou deveriam ser, competitivos. Nestes casos a autoridade antitruste deve levar em conta não apenas os benefícios competitivos que serão gerados neste mercado, mas também aqueles que podem surgir em mercados complementares nos quais o monopolista atue.⁷⁶⁵

⁷⁶³ HARRY FIRST, *Microsoft and the evolution of the intellectual property concept*, cit., pp. 1410-1412. Como ressaltamos no CAPÍTULO IV, supra, a evolução da matéria para uma visão publicística levou ao reconhecimento de que direitos intelectuais apenas se justificam enquanto estímulo à concorrência (Conforme ressaltou CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito industrial, direito concorrencial e interesse público*, cit., p. 14).

⁷⁶⁴ Conforme observamos no Capítulo V, supra.

⁷⁶⁵ HARRY FIRST, *Microsoft and the evolution of the intellectual property concept*, cit., p. 1420.

No caso do mercado de sistemas operacionais a proteção de interfaces e protocolos necessários para a interoperabilidade pode justamente impedir que concorrentes tenham acesso a este mercado. Mais do que isto, o acesso a um dos níveis de produção (mercado de sistemas operacionais), criaria a possibilidade deste *player* contestar também o controle do monopolista sobre um mercado complementar, estimulando a inovação decorrente da *divided technical leadership*.⁷⁶⁶⁻⁷⁶⁷

Disso podemos concluir que o acesso às informações relativas à interoperabilidade como interfaces e protocolos é fundamental para o estímulo à inovação e à concorrência no mercado de *softwares*. A imposição de licenciamento compulsório destes direitos poderia, portanto, solucionar parte da problemática dos efeitos de rede, gerando uma considerável redução das barreiras à entrada neste setor.

Porém, diante das dificuldades tanto no estabelecimento do valor dos *royalties* a serem pagos à empresa, como com relação a quantidade de informação que deve ser licenciada, é necessário analisarmos outras medidas possíveis para que os concorrentes tenham acesso a estas informações.

No próximo capítulo apresentaremos algumas conclusões sobre o tema estudado, bem como delinearemos algumas possibilidades de solução para a questão do *software*.

⁷⁶⁶ Como vimos no Capítulo VI supra, o conceito desenvolvido por TIMOTHY F. BRESNAHAN propõe que a divisão do controle sobre as diversas camadas de uma mesma plataforma pode estimular o estabelecimento de competição nas outras camadas. Esta divisão do controle sobre as camadas cria mais incentivos para a inovação do que o controle exercido pela mesma empresa sobre diversas camadas, sendo, portanto, mais eficiente. (TIMOTHY F. BRESNAHAN; SHANE GREENSTEIN, *Technological competition and the structure of the computer industry*, cit.).

⁷⁶⁷ HARRY FIRST, *Microsoft and the evolution of the intellectual property concept*, cit., pp. 1420-1421.

CAPÍTULO VII - A “PROPRIEDADE” INTELECTUAL COMO BARREIRA À ENTRADA DE NOVOS PLAYERS NO MERCADO DE SOFTWARES

Da análise das decisões proferidas tanto pela Comissão Europeia como pela Justiça norte-americana podemos concluir que mais do que um problema relacionado à interpretação de normas concorrenciais, a questão de fundo se relaciona à estrutura da proteção do *software* que, em vinculação jurídica a figura do direito autoral teve seu escopo muito ampliado e seu tempo de proteção inadequadamente estendido, criando problemas especialmente no que tange a interoperabilidade dos programas.

1 - Da inadequação do direito autoral para a proteção dos programas de computador

Já observamos que a escolha do regime autoral para tutela dos programas de computador decorreu antes de interesses comerciais dos grandes fabricantes de computador do que de sua real adequação para proteção destes bens.

No sistema autoral a expressão (a “revelação”) é condição para que uma criação seja considerada obra intelectual. Porém, não sendo a exteriorização do conteúdo um requisito para a proteção, o *software* não pode se enquadrar no conceito de obra intelectual. Resulta disso uma primeira inadequação.

Do concluído decorre, ainda, uma segunda dificuldade: a exteriorização do conteúdo levaria o criador a disponibilizar o código-fonte de seu programa. Ocorre, porém, que pelo sistema autoral aplicado aos softwares, nem mesmo após o escoamento do prazo de proteção o criador seria obrigado a revelar seu conteúdo.⁷⁶⁸

Conforme ressaltamos, o *software* é comercializado predominantemente sob a forma compilada, ou seja, sem que o usuário tenha acesso ao seu código-fonte.

As dificuldades inerentes ao processo de engenharia reversa, aliados às proteções tecnológicas, tornam o acesso integral ao código-fonte uma tarefa impossível. Disso resta que ao usuário não é possível examinar o conteúdo interno do programa (instruções de programação), compreendê-lo e conhecer com profundidade seu funcionamento.

A proteção pelo modelo autoral também não se mostra adequada uma vez que não traz qualquer obrigação específica de contraprestação à sociedade por parte do criador. Diante de sua natureza eminentemente econômico-industrial, o modelo de proteção destes bens deveria prever uma forma de contraprestação ao criador (contraprestação não. O acesso ao código-fonte poderia levar à circulação

⁷⁶⁸ GIOVANNI SARTOR; GUIDO SCORZA, *L'accesso al codice sorgente: Alcune considerazioni su libertà, conoscenza e concorrenza in margine al caso Microsoft*, cit., pp. 3-4.

das expressões contidas no *software*, trazendo assim, uma justa contraprestação pelos benefícios advindos da proteção.

É sabido que no sistema de patentes o inventor deve revelar ao público a invenção, de modo que a coletividade possa se beneficiar de sua criação. Esta contraprestação é, inclusive, o fundamento deste sistema.

Por outro lado, a adoção de um regime de patente é ainda mais problemática. Como vimos, tal proteção poderia impedir o desenvolvimento de uma série de soluções informáticas e expressões literais distintas que atingissem utilidade semelhante.⁷⁶⁹ Isso acaba por gerar uma exclusividade sobre a ideia (o que é indesejado em qualquer regime moderno de proteção de bens intelectuais), criando uma enorme barreira ao desenvolvimento de processos criativos novos e independentes.

Da mesma forma, considerando que dentro de um único *software* se encontram trechos de código-fonte de diversos outros *softwares*, o patenteamento levaria à apropriação de criações intelectuais de outras pessoas. Isso ganha ainda mais relevância e é motivo de preocupação quando consideramos o crescimento dos programas desenvolvidos em *software* livre.⁷⁷⁰

Voltando a proteção autoral, um outro problema decorre do extenso prazo de proteção que recai sobre os programas de computador.

Nos Estados Unidos, como vimos, após a promulgação do *Sonny Bono Copyright Extension Act* (ou *Mickey Mouse Act*), o Congresso pôde estender para até 95 anos o prazo de proteção dos bens autorais. Durante este período, portanto, os criadores do *software* podem desfrutar dos direitos exclusivos de cópia e distribuição de seus programas.⁷⁷¹

Na verdade a extensão do prazo de proteção dos direitos autorais não gera incentivos econômicos significativos ao criador da obra, posto que a compensação adicional virá muitos anos depois, tendo assim um *present value* (PV) pouco relevante, como ressaltaram os economistas que assinaram o *Amici Curiae* apresentado durante o julgamento da constitucionalidade do *Sonny Bono Act*.⁷⁷²

⁷⁶⁹ EROS ROBERTO GRAU, et. al., *Contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de Sao Paulo CCSL/USP...*, pp. 3-4.

⁷⁷⁰ EROS ROBERTO GRAU, et. al., *Contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de Sao Paulo CCSL/USP...*, pp. 4.

⁷⁷¹ JONATHAN ZITTRAIN, *The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem it can't patch later*, cit., p. 1372.

⁷⁷² Do mesmo modo afirmam estes que esta extensão acaba por bloquear trabalhos derivados da obra original, gerando bloqueios ao processo criativo. GEORGE A. AKERLOF, et. al., *Economists' brief as Amici Curiae in support of petitioners (Eldred v. Ashcroft)*, 2002, disponível em <http://cyber.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/supct/amici/economists.pdf>,

No que toca os programas de computador a inadequação destes prazos extensos é ainda mais gritante. Programas de computador tornam-se obsoletos em poucos anos: o prazo máximo de “validade” de um *software* não aparenta ser maior do que cinco anos. Basta, para tanto, lembramos a evolução das versões do *Windows*. A versão *Windows 3.0*, lançada em 1990, tornou-se obsoleta em 1995, com o lançamento do *Windows 95*. Após 3 anos foi lançado o *Windows 98*, e dois anos depois uma nova versão (*Windows ME*). O *Windows 98* foi também rapidamente substituído pelo *Windows XP*, em 2001.⁷⁷³ Esta última versão, com o maior tempo de vida útil, foi substituída pelo *Windows Vista*, em 2007. Por fim, diante do fracasso desta última versão, em 2009 oi lançado o *Windows 7*, versão atual no momento.⁷⁷⁴⁻⁷⁷⁵

O prazo de proteção também é excessivo frente ao investimento médio realizado neste setor no desenvolvimento de novos produtos. Se os vultosos investimentos realizados para a criação de um novo fármaco apenas podem ser recuperados após vários anos de proteção da patente (alguns, inclusive, continuam rentáveis anos após a expiração deste prazo), o *software*, por sua vez, exige o investimento de quantias menores, que podem ser recuperadas num prazo menor.⁷⁷⁶

acesso no dia 24 out. 2010.

⁷⁷³ STEVEN B. TOENISKOETTER, *Protection of software intellectual property in Europe: An alternative sui generis approach*, cit., pp. 77-78. No mesmo sentido aponta JONATHAN ZITTRAIN: “Of course, no one really believes that ninety-five years from now Windows 95 would be of great use to either creator or competitor. Imagine: ‘All right everybody, it’s New Year’s 2089, finally the locks are off, we can get to Windows 95!’ Of course, five years before we would have gotten to DOS, and five years before that – let’s see, the winter of A.D. 2075 or so – the Radio Shack TRS-80 operating system. This is clearly absurd, and this absurdity bears directly on the problems within the Microsoft case—problems that I have claimed are too severe to go unaddressed, yet know no ready remedy within the traditional antitrust framework.” (*The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem it can't patch later*, cit., p. 1373).

⁷⁷⁴ WALTER S. MOSSOBERG, *Novo Windows põe fim ao longo pesadelo da Microsoft com o Vista*, cit.

⁷⁷⁵ Processo semelhante pode ser notado nos lançamentos das versões do sistema operacional dos computadores *Apple*. A versão *Mac OS X, Cheetah*, foi lançada em março de 2001; a versão *Mac OS X, Puma*, em setembro de 2001; a versão *Mac OS X, Jaguar*, em agosto de 2002; a versão *Mac OS X, Panther*, em outubro de 2003; a versão *Max OS X, Tiger*, em abril de 2005; a versão *Max OS X, Leopard*, em outubro de 2007; a versão *Max OS X, Snow Leopard*, em agosto de 2009; e por fim a versão *Max OS X, Lion*, será lançada no verão de 2011.

⁷⁷⁶ “A pharmaceutical company will spend millions developing a new drug or medical device yet will have a twenty year monopoly in which to recoup its costs and turn a profit. Even after the twenty year monopoly, when generics enter the market, the pharmaceutical company can continue to produce the brand name drug and continue to profit. On the

Um terceiro problema ainda mais relevante para o presente trabalho encontramos no impacto gerado pelas normas de proteção sobre as barreiras à entrada decorrentes da *applications barrier to entry* presentes nestes mercados. O acesso ao código-fonte permitiria que concorrentes extraíssem a informação necessária para que fosse realizada a interoperabilidade entre os aplicativos desenvolvidos para *Windows* e um novo sistema operacional. Com isso, a *application barrier to entry* seria drasticamente reduzida.

Concluí-se, assim, que a proteção do *software* por meio do regime autoral, com as constantes dilatações do seu prazo de proteção, em conjunção com as disposições contratuais atinentes à distribuição destes bens, deram aos seus produtores:

too much monopoly power in the economic sense, that is, either causes a lessening rather than an increase in the output of the intellectual property in question or distorts the allocation of resources between industries that produce intellectual property and industries that do not, or has both bad effects, creates a natural concern with any further practice or circumstance that might increase the manufacturer's power over the price of his software.⁷⁷⁷

1.1 - Adoção de um regime protetivo *sui generis*

Diante dos inúmeros problemas gerados pela proteção autoral do *software*, muito se discutiu sobre a possibilidade de adoção de um regime protetivo específico, *sui generis*. Em 1983, por exemplo, o governo japonês encaminhou um relatório no qual recomendava a adoção de um regime *sui generis* para a proteção do *software*. Este regime abarcava alguns aspectos do direito autoral, porém contendo alterações importantes, como o menor período de duração da proteção, bem como especial atenção ao aspecto da interoperabilidade.

Da mesma forma a Comissão Europeia manifestou interesse na adoção de um regime *sui generis*.⁷⁷⁸ Em 1994, um grupo composto por MITCHELL KAPOR, RANDALL DAVIS, JEROME REICHMAN e PAMELA SAMUELSON apresentou um relatório no qual apresentavam críticas ao modelo de proteção pelo *copyright*. Nele concluíram que as compilações industriais de *know-how* aplicados aos programas de computador deveriam ser protegidas pelas “*market-destructive*

other hand, research and development costs in software are much lower and would take much less time to recoup.” (STEVEN B. TOENISKOETTER, *Protection of software intellectual property in Europe: An alternative sui generis approach*, cit., p. 78).

⁷⁷⁷ RICHARD A. POSNER, *Antitrust in the new economy*, cit., p. 928.

⁷⁷⁸ PAMELA SAMUELSON, *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, cit., p. 14.

appropriations”, além de sugerirem período menor, durante o qual se protegeria a cópia integral do código-fonte, seguido por um período em que a cópia fosse permitida, mas que se garantisse um direito de compensação.⁷⁷⁹

JONATHAN ZITTRAIN, por sua vez, propõe a adoção de um sistema diferente. Inicialmente instituir-se-ia uma redução do prazo de proteção para algo em torno de 5 a 10 anos. Adicionalmente criar-se-ia a obrigação do depósito do código-fonte integral do programa em um órgão governamental, como a Biblioteca do Congresso Norte Americano (*The Library of Congress*), que manteria este em segredo durante todo período de proteção. Esta proteção resguardaria os mesmos direitos que as patentes garantem atualmente, ou seja, o direito exclusivo de impedir que outros fabriquem, utilizem, ofereçam para venda ou importem o produto protegido.⁷⁸⁰ Desse modo os criadores dos *softwares* poderiam usufruir da proteção por um período razoável, dentro do qual teriam a oportunidade de recuperar seus investimentos. Porém, decorrido este período, o código-fonte estaria livre para ser analisado e copiado por qualquer pessoa.

A vantagem deste sistema é que ele funcionaria para qualquer fabricante de *software*, e não apenas para a *Microsoft*.⁷⁸¹ A disponibilização do código após o decurso do prazo solucionaria o problema da ausência de contraprestação do criador pela proteção conferida no caso do *software*.

Outra possibilidade seria a inclusão de requisitos de proteção similares aos existentes para as patentes, ou seja, a novidade e a não obviedade. Ao mesmo tempo reduzir o tempo de proteção para algo entre dois a cinco anos e incluir o licenciamento compulsório no caso se recusa da empresa.⁷⁸²

A redução do prazo não traria também problemas para a *Microsoft*. Como afirmamos, um *software* se torna obsoleto em poucos anos, tanto assim que as empresas lançam continuamente novas versões de seus programas. A única preocupação da *Microsoft* seria com a criação de potenciais competidores para seus produtos – o que, em termos concorrenciais, seria bem-vindo. À medida que seus sistemas operacionais mais antigos entrem em domínio público, desenvolvedores do mundo inteiro poderiam estudar o código-fonte e desenvolver uma versão colaborativa⁷⁸³ deste programa, versão que poderia competir com aquela atual do

⁷⁷⁹ PAMELA SAMUELSON, et al., *A manifesto concerning the legal protection of computer programs*, In *Columbia law review*, vol. 84, 1994, pp. 2308-2431.

⁷⁸⁰ STEVEN B. TOENISKOETTER, *Protection of software intellectual property in Europe: An alternative sui generis approach*, cit., p. 76.

⁷⁸¹ JONATHAN ZITTRAIN, *The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem it can't patch later*, cit., p. 1373.

⁷⁸² STEVEN B. TOENISKOETTER, *Protection of software intellectual property in Europe: An alternative sui generis approach*, cit., p. 77.

⁷⁸³ As formas colaborativas de produção do conhecimento implicam em uma tendência

software, sem que tenha de enfrentar a problemática dos efeitos de rede e dos custos de mudança.

Estas mudanças dependem, porém, de uma reforma ampla nas leis de proteção do *software*, e não de considerações antitruste.

Não é necessário assim muita reflexão para que notemos a tarefa homérica deste tipo de medida, principalmente quando se tem em vista o poder econômico da indústria de *softwares*, cujo interesse é manter o sistema na forma atual, garantindo a proteção de suas criações sem a possibilidade de competição efetiva a curto prazo.

2 – O caso dos sistemas operacionais desenvolvidos para telefones móveis

Da análise do mercado de sistemas operacionais para *smartphones* podemos chegar a algumas conclusões interessantes relacionadas a influência das externalidades de rede sobre a entrada de novos *players* no mercado.

Smartphones são telefones celulares com funcionalidades mais sofisticadas, como acesso à Internet, a aplicativos empresariais, entre outras, que se aproximam daquelas realizadas pelos computadores pessoais. Estima-se que o primeiro *smartphone* do mundo tenha sido o *Simon*, lançado pela IBM em 1992. Nos anos que se seguiram foram lançados inúmeros produtos deste gênero, pelas mais diversas marcas, das quais se destacaram, principalmente, a *Nokia*, a *Blackberry*, e, mais recentemente, a *Samsung* e a *Apple*. Atualmente podemos encontrar produtos deste gênero vinculados a praticamente todas as marcas do mercado.

Da mesma forma que os computadores tradicionais, estes aparelhos rodam sistemas operacionais que funcionam como plataformas para os mais diversos aplicativos. O desenvolvimento destes sistemas operacionais se assemelha ao dos PCs: no início foi levado a cabo pelo próprio fabricante do aparelho, tendo surgido um mercado de fabricantes de sistemas operacionais independentes com a evolução dos aparelhos e de suas funcionalidades.

que surgiu com a Web 2.0 e com as novas formas de interação social. O que marca estas formas é a produção de conteúdo por meio de milhões de usuários no mundo inteiro, que não recebem qualquer remuneração para contribuírem com o projeto. Em jogo está apenas a gratificação pessoal por estarem participando de algo muito maior. Exemplos marcantes deste modelo de desenvolvimento são o site Wikipedia (<http://www.wikipedia.org>), o *software Linux* e o *software Firefox*, dentre outros. Alguns, inclusive, afirmam que o advento destas formas de produção colocam em xeque as teorias da empresa baseadas na dualidade mercado/firma de RONALD COASE (YOCHAI BENKLER, *Coases penguin, or Linux and the nature of the firm*, In *The Yale law journal*, vol. 112, n.º 3, 2002-2003, pp. 369-446). Em sentido parecido MICHAEL GIBBONS aponta as motivações implícitas nestas novas formas de produção do conhecimento (*Innovation and the Developing System of Knowledge Production*, disponível em <http://web.archive.org/web/20031227102019/http://edie.cprost.sfu.ca/summer/papers/Michael.Gibbons.html>, acesso no dia 23 ou. 2010.

Neste mercado a inexistência de uma larga gama de aplicativos desenvolvidos para um sistema operacional específico (como ocorre no caso dos sistemas operacionais de PC) fez com que se estabelecesse concorrência extremamente acirrada entre as empresas, com uma constante alternância de *market share* entre as marcas dominantes. Até o ano de 2010, a maior participação de mercado pertencia à empresa *Symbian*, que desenvolvia os programas instalados nos *smartphones* de marcas como a *Nokia*, *Fujitsu*, *LG*, *Motorola*, *Samsung*, detendo, na época, cerca de 40% do mercado. A segunda maior participação pertencia à *RIM* (*Research in Motion*), fabricante dos sistemas utilizados nos telefones *Blackberry*, próxima a 18%. Em terceiro, estava a *Google*, com seu sistema operacional *Android*⁷⁸⁴, *software open source* lançado em 2008 e que em apenas dois anos de existência já alcançou um *market share* próximo de 17%. A *Microsoft*, que em 2009 detinha uma participação de 9,3% com seu *software Windows Mobile*, em 2010 possuía algo em torno de 5%, ocupando a quinta colocação neste mercado.⁷⁸⁵

Confirmando a previsão da *Gartner* realizada em 2010, este mercado passou por profundas alterações nos anos de 2011 e 2012.⁷⁸⁶ O *iOS* (sistema operacional do *iPhone*, *Ipad* e *Ipod Touch*) e o *software Android* tiveram um crescimento de *market share* estrondoso, ao passo que empresas tradicionais como a *Symbian* e a *Blackberry* apresentaram uma enorme queda de participação.

Conforme dados da *Nilsen*, a participação do sistema *Android*, em julho de 2012, era de 51% do mercado de *smartphones*, enquanto o *iOS* detinha 34%. O *software RIM* da *Blackberry* possuía 9% de participação, ao passo que o *Windows Mobile* e o *Windows 7* detinham 3% e 1,3% respectivamente. Surpreendente é a queda de participação do sistema *Symbian*, que anteriormente alcançava uma participação próxima de 40% do mercado e atualmente amarga 0,9% do mercado norte-americano.⁷⁸⁷

⁷⁸⁴ O sistema *Android* é utilizado em aparelhos de diversas marcas como a *Intel*, *HTC*, *ARM*, *Samsung* e *Motorola*.

⁷⁸⁵ Dados coletados pela *Gartner*, disponível em <http://www.gartner.com/it/page.jsp?id=1421013>, acesso no dia 23 out. 2010.

⁷⁸⁶ Estimava a empresa um crescimento de mais de 55% do setor nos quatro anos seguintes. Segundo suas estimativas, até 2014 a empresa *Symbian* perderá *market share*, ficando com uma fatia de 32,9%. A *RIM* deve cair para a terceira posição, com 17,9% do mercado, enquanto o sistema *Android* da *Google* deve ter um enorme crescimento de participação, atingindo a segunda posição do mercado, com 24,6% de *market share* (DANIELA BRAUN, *Mercado de smartphones vai crescer 55,4% em 2010, prevê IDC*, disponível em <http://www.valoronline.com.br/online/android/35359/305876/mercado-de-smartphones-vai-crescer-554-em-2010-preve-idc>, acesso no dia 23 out. 2010).

⁷⁸⁷ Conforme dados coletados em 13, ago., 2012 em: <http://blog.nielsen.com/nielsenwire/?p=32494>.

Assim, como o mercado de sistemas operacionais de *desktop*, este também apresenta a problemática dos efeitos de rede e da interoperabilidade. Em um momento inicial, a rede instalada de aplicativos ainda era incipiente. A *Apple* tomou a iniciativa para estimular a criação de uma rede de aplicativos compatíveis com seus produtos.

Lançando o *iPhone* a empresa criou um ambiente extremamente favorável ao desenvolvimento de *softwares* para seu telefone. Por meio da *App Store* desenvolvedores independentes de *software* podem comercializar seus aplicativos de maneira extremamente simples e eficiente.⁷⁸⁸ Além disso, a empresa fornece a eles um *kit* de aplicativos que não só facilita o trabalho, mas ainda os estimula a desenvolver *softwares* para esta plataforma. Por meio destas medidas a empresa buscou justamente criar vantagens competitivas para seus produtos, por meio de externalidades de rede positivas, que surgiram por conta de uma larga rede instalada de aplicativos.

Esta iniciativa foi seguida por outros fabricantes, que iniciaram a criação de sistemas semelhantes. Destes destacou-se a *Google* (desenvolvedora do *Android*), que através de estímulos aos desenvolvedores independentes sedimentou uma larga gama de aplicativos disponíveis para seu sistema.

Uma vez que os aplicativos são incompatíveis com sistemas de marcas diferentes, o desenvolvimento paralelo de redes de programas poderá levar a uma intensa disputa pela maior rede instalada, da mesma forma que ocorreu no caso da *Microsoft*. Nos dias atuais tais conflitos já se delineiam pela disputa entre os aplicativos da *Play Store* (loja de aplicativos do *Android*) e da *App Store* (loja de aplicativos do *Ipad* e do *Iphone*).

Neste caso a padronização de interfaces, por meio de acordos firmados por associações de empresas do setor ou por iniciativa governamental, poderia gerar enorme eficiência neste setor, evitando a criação de redes proprietárias incompatíveis entre si, como ocorreu com o *Windows*. Considerando que estes aparelhos poderão se tornar o principal meio de acesso à *Internet* nos próximos anos, o bloqueio de mercado poderia trazer graves prejuízos ao mercado.

O que importa notarmos neste momento é que a ausência de uma única grande rede instalada de aplicativos torna a entrada de *players* mais frequente e a contestabilidade deste mercado muito mais fácil. Assim, diante da ausência de efeitos de rede significativos, a competitividade neste mercado se mostra mais acirrada, com maior alternância de posições e maior introdução de inovações.

⁷⁸⁸ “A *Apple* criou um ambiente favorável ao desenvolvimento de *softwares* para seu aparelho. Na sequência, outros fabricantes tentaram atrair desenvolvedores para seus próprios aparelhos. ‘Precisamos fazer mais que isso. Aí sim os consumidores terão escolha e poderão levar seus aplicativos de um aparelho para outro’, observou. ‘Precisamos de uma internet móvel global.’” (XABIER MIKEL LABURU, *Para GSM association, ausência de padronização inibe desenvolvimento*, reportagem publicada no jornal Valor Econômico do dia 24 jun. 2009).

Por outro lado, com a definição das principais redes de aplicativos sendo delineada, notamos uma tendência de crescimento das duas principais redes (aplicativos para *Android* e para *iOS*), em detrimento das outras marcas. A acirrada concorrência entre as duas marcas, no entanto, tem apresentado grandes estímulos para a inovação e a melhoria de serviços nesse setor.

3 – Outras soluções possíveis para o problema das barreiras à entrada

É possível identificar algumas tendências atuais que poderiam trazer também uma significativa redução destas barreiras à entrada. O desenvolvimento de *middlewares* que fossem largamente utilizados pelos computadores e sobre os quais fossem desenvolvidos inúmeros aplicativos poderia gerar significativa redução destas barreiras. A falta de incentivo para a sua adoção, porém, dificulta a aplicação desta solução.

Poderíamos também considerar o uso de *softwares* emuladores, que permitiriam aos computadores com sistemas operacionais diferentes rodar *softwares* desenvolvidos para o *Windows*. Ocorre, porém, que estes necessitam de confiabilidade e transparência para que possam ser adotados.

Por fim podemos apontar o advento de plataformas de *hardware* que vêm substituindo os computadores pessoais. Dentre estas podemos citar os celulares *smartphone*, as televisões inteligentes, que permitem o acesso à *Internet*, ou até mesmo a ampliação das funcionalidades dos consoles de videogame.⁷⁸⁹

As soluções apontadas apenas se desenvolverão nos próximos anos e, assim sendo, a previsão de seus impactos é mero exercício de futurologia. No momento apenas podemos concluir que a predominância do *Microsoft Windows* ainda perdurará por um longo tempo, pelo menos até que plataformas concorrentes possam vencer as barreiras à entrada e competir nesse importante mercado.

⁷⁸⁹ MICHAEL L. KATZ; WILLIAM P. ROGERSON, *The applications barrier to entry and its implications for the Microsoft remedies: Comment on Iansiti and Richards, cit.*, pp. 731-732.

BIBLIOGRAFIA

ADIERS, Claudia Marin, *As importações paralelas à luz do princípio de exaustão de marca e seus reflexos no direito contratual e concorrencial*, disponível em http://adiersadvogados.adv.br/Artigo_Importacoes.Paralelas.pdf, acesso no dia 12 ago. 2012;

AKERLOF, George A., *The market for lemons: Quality uncertainty and the market mechanism*, In *Quarterly journal of economics*, vol. 84, n.º 3, 1970, pp. 488-500;

_____ ; ARROW, Kenneth J.; BRESNAHAN, Timothy F.; BUCHANAN, James M.; COASE, Ronald H.; COHEN, Linda R.; FRIEDMAN, Milton; GREEN, Jerry R.; HAHN, Robert W.; HAZLETT, Thomas W.; HEMPHILL, C. Scott; LITAN, Robert E.; NOLL, Roger G.; SCHMALENSEE, Richard; SHAVELL, Steven; VARIAN, Hal R.; ZECKHAUSER, Richard J., *Economists' brief as Amici Curiae in support of petitioners (Eldred v. Ashcroft)*, 2002, disponível em <http://cyber.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/supct/amici/economists.pdf>, acesso no dia 20 ago. 2012;

_____ ; SHILLER, Robert J., *Animal spirits: How human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism*, Princeton, Princeton University Press, 2009;

ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, tradução por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2009;

AREEDA, Phillip, *Essential facilities: An epithet in need of limiting principles*, In *Antitrust law journal*, vol. 58, 1989-1990, pp. 841-853;

AREZZO, Emanuela, *Competition policy and IPRs: an open debate over an ever-green issue*, In *Il diritto d'autore*, n.º 3, 2004;

ARROW, Kenneth, *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, 1959, disponível em <http://www.rand.org/pubs/papers/2006/P1856.pdf>, acesso no dia 20 ago. 2012;

ASCENSÃO, José De Oliveira, *Direito autoral*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1997;

_____, *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*, In *Revista da ABPI*, n.º 59, 2002, pp. 44-49;

_____, *O direito intelectual e os negócios*, palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 27 abr. 2010;

AZEVEDO, Paulo Furquim de, *Restrições verticais e defesa da concorrência: A experiência brasileira*, Textos para discussão, n.º 264, EESP/FGV, São Paulo, 2010, disponível em <http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6895/TD%20264%20->

[%20Paulo%20Furquim%20de%20Azevedo.pdf?sequence=1](#), acesso no dia 20 ago. 2012;

BAKER, Jonathan B., *Beyond Schumpeter vs. Arrow: How antitrust fosters innovation*, 2007, disponível em <http://ssrn.com/abstract=962261>, acesso no dia 20 ago. 2012;

BARBOSA, Cláudio R., *Propriedade intelectual enquanto informação – Uma perspectiva de “Law and Economics”*, UC Berkeley, Berkeley Program in Law and Economics, disponível em: <http://www.escholarship.org/uc/item/9q80d5w8>, acesso no dia 20 ago. 2012;

_____, *Propriedade intelectual – Introdução à propriedade intelectual como informação*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008;

BARBOSA, Denis Borges, *A proteção do software*, 2001, disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/77.DOC>, acesso no dia 20 ago. 2012;

_____, *Nota sobre a aplicação da doutrina das essential facilities à Propriedade Intelectual*, disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/concorrenca/essencial.doc>, acesso no dia 20 ago. 2012;

_____, *Uma introdução à propriedade intelectual*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003;

BARCELLOS, Milton Lucídio Leão, *Tentando interpretar as quatro teorias da propriedade intelectual na realidade brasileira*, In *Revista da ABPI*, n.º 80, jan./fev. 2006;

BATISTA, André Nunes, *Copyright e copyleft: O software e o conhecimento*, Tese de láurea, São Paulo, USP, 2007, disponível em <http://go2.wordpress.com/?id=725X1342&site=tagesuhu.wordpress.com&url=http%3A%2F%2Ftagesuhu.files.wordpress.com%2F2008%2F03%2Ftese-final.doc&sref=http%3A%2F%2Ftagesuhu.wordpress.com%2F2008%2F03%2F12%2Fgnulinux%2F>, acesso no dia 20 ago. 2012;

BAUMOL, William J., *Contestable markets: Un uprising in the theory of industry structure*, In *The american economic review*, vol. 72, n.º 1, 1982, pp. 1-15;

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe, *Manual de direito do consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009;

BENKLER, Yochai, *Coases penguin, or Linux and the nature of the firm*, In *The Yale law journal*, vol. 112, n.º 3, 2002-2003, pp. 369-446;

_____, *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access*, In *Federal Communications Law Journal*, vol. 52, n.º 3, 2000, pp. 561-579;

BERCOVICI, Gilberto, *Constituição econômica e desenvolvimento*, In *Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico*, n.º 1, out/mar, Belo Horizonte, 2008, pp. 161-180;

BITTAR, Carlos Alberto, *Direito de autor*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2008;

BORK, Robert H., *Proposed conclusions of law of amicus curiae Robert H. Bork (United States of America v. Microsoft Corporation)*, 2000, disponível em <http://legal.web.aol.com/decisions/dlother/MS%20Bork%20Brief.pdf>, acesso no dia 20 ago. 2012;

BRACHA, Oren, *Owning ideas: A history of anglo-american Intellectual Property*, disponível em <http://www.utexas.edu/law/faculty/obracha/dissertation/>, acesso no dia 20 ago. 2012;

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues, *Direito da concorrência e propriedade intelectual – Da inovação tecnológica ao abuso de poder*, Tese de doutorado, São Paulo, PUC-SP, 2009;

BRESNAHAN, Timothy F.; GREENSTEIN, Shane, *Technological competition and the structure of the computer industry*, In *The journal of industrial economics*, vol. XLVII, n.º 1, 1999;

BRAUN, Daniela, *Mercado de smartphones vai crescer 55,4% em 2010, prevê IDC*, reportagem publicada no jornal Valor Econômico do dia 8 set. 2010, disponível em <http://www.valoronline.com.br/online/android/35359/305876/mercado-de-smartphones-vai-crescer-554-em-2010-preve-idc>, acesso no dia 20 ago. 2012;

BUCKMAN, Richard E.; GAY, Joshua, *A note on software*, In STALLMAN, Richard M., *Free software, free society: Selected essays of Richard M. Stallman*, Boston, Free Software Foundation, 2002;

CANETTI, Bruce, *Microsoft champions intellectual property rights and loses to european union competition law: Proceeding under article 82 of the EC Treaty case COMP/C-3/37.792 Microsoft, march 24, 2004*, In *Journal of law, technology & policy*, vol. 172, 2004, pp. 171-179;

CARVALHO, Nuno T. P., *As concentrações de empresas no direito antitruste*, São Paulo, Resenha Tributária, 1995;

CERQUEIRA, João da Gama, *Tratado de Propriedade Industrial*, vol I, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1946;

CLEMENT, Douglas, *Creative disruption*, In *The region*, set., 2008, pp. 31-61, disponível em <http://www.minneapolisfed.org/pubs/region/08-09/clement.pdf>, acesso no dia 20 ago. 2012;

COHEN, Julie E.; LEMLEY, Mark A., *Patent scope and innovation in the software industry*, In *California law review*, Vol. 89, n.º 1, Jan., 2001, pp. 1-57;

_____ ; NOLL, Roger G., *Intellectual property, antitrust and the new economy*, In *University of Pittsburgh law review*, vol. 62, 2001, pp. 453-473;

COMANOR, William S., *The problem of remedy in monopolization cases: The Microsoft case as an example*, In *The antitrust bulletin*, vol. 46, 2001, pp. 115-133

COMPARATO, Fábio Konder, *O indispensável direito econômico*, In *Ensaios e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 453-472;

_____, *Parecer sobre a inconstitucionalidade das patentes pipeline*, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI n.º 4234, Relatora Ministra Carmen Lúcia, pendente de julgamento, disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=12879>, acesso no dia 20 ago. 2012;

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE), disponível em <http://www.cade.gov.br>, acesso no dia 20 ago. 2012;

DEMSETZ, Harold, *Toward a theory of property rights*, In *The American Economic Review*, vol. 57, n.º 2, 1967, pp. 347-359;

DEVLIN, Allan, *Antitrust in na era of market failure*, disponível em: <http://www.harvard-jlpp.com/33-2/557.pdf>, acesso no dia 20 ago. 2012;

DIZON, Michael Anthony C., *Decompiling the Software Directive, the Microsoft CFI case and the i2010 strategy: How to reverse engineer an international interoperability regime*, In *Computer and telecommunications law review*, vol. 14, 2008, p. 213, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1407131>, acesso no dia 20 ago. 2012;

DWORKIN, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986;

EASTERBROOK, Frank H., *The limits of antitrust*, In *Texas law review*, vol. 63, 1984;

ECONOMIDES, Nicolas, *Network externalities, complementarities, and invitations to enter*, In *The European journal of political economy*, vol. 12, 1996, pp. 211-232;

ETRO, Federico, *Competition, innovation, and antitrust - A theory of market leaders and its policy implications*, Berlin, Springer, 2007;

_____, *The theory of market leaders, antitrust policy and the Microsoft case*, Working Paper n.º 99, Facoltà di Economia Università degli Studi di Milano, 2006, disponível em <http://www.intertic.org/Policy%20Papers/comppolicy.pdf>, acesso no dia 20 ago. 2012;

FAGUNDES, Jorge, *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência*, São Paulo, Singular, 2003;

_____, *Políticas de defesa da concorrência e política industrial: Convergência ou divergência?*, In *Revista do IBRAC*, vol. 5, n.º 6, 1998;

_____ ; PONDÉ, João Luiz, *Barreiras à entrada e defesa da concorrência: Notas introdutórias*, disponível em http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/barreiras_a_entrada_e_defesa_da_concorrencia.pdf, acesso no dia 20 ago. 2012;

FALCÃO, Joaquim, *O Supremo e o Software*, disponível em http://www4.serpro.gov.br/noticias-antigas/noticias-2004/20040422_02/, acesso no dia 20 ago. 2012;

_____ ; FERRAZ JR., Tercio Sampaio; LEMOS, Ronaldo; MARANHÃO, Juliano; SOUSA, Carlos Affonso Pereira de; SENNA, Eduardo, *Estudo sobre o software livre, comissionado pelo Instituto Nacional da Tecnologia da Informação da Casa Civil da Presidência da República*, 2005, disponível em http://www.iti.gov.br/twiki/pub/Certificacao/CartilhasCd/Estudo_FGV.pdf, acesso no dia 20 ago. 2012;

FARINA, Elizabeth M. M. Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia M., *Competitividade: mercado, estado e organização*, São Paulo, Editora Singular, 1997;

FARRELL, Joseph; KATZ, Michael L., *The effects of antitrust and intellectual property law on compatibility and innovation*, In *Antitrust bulletin*, vol. 43, 1998, pp. 609-650;

FAUSTO, Boris, *História do Brasil*, 12ª ed., São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2004;

FERRAZ JR., Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano de Souza Albuquerque, *Free software and non-exclusive rights*, disponível em http://www.sampaioferraz.com.br/images/Free_Software.pdf, acesso no dia 20 ago. 2012;

_____ ; _____, *Software livre: a administração pública e a comunhão do conhecimento informático*, In FERRAZ JR., Tercio Sampaio, *Direito Constitucional - Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos humanos e outros temas*, Barueri, Manole, 2007;

FIANI, Ronaldo, *Uma avaliação crítica da teoria de rent seeking*, disponível em http://www.ie.ufrj.br/eventos/seminarios/pesquisa/uma_avaliacao_critica_da_teororia_de_rent_seeking.doc, acesso no dia 20 ago. 2012;

FIRST, Harry, *Microsoft and the evolution of the intellectual property concept*, In *Wisconsin Law Review*, vol. 2006, n.º 5, pp. 1369-1432;

_____, *Netscape is dead: Remedy lessons from the Microsoft litigation*, New York University Law and Economics Working Paper, n.º 166, 2008, disponível em http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/166/, acesso no dia 20 ago. 2012;

_____, *Strong spine, weak underbelly: The CFI Microsoft decision*, New York University Law and Economics Research Paper n.º 08-17, 2008, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1020850>, acesso no dia 20 de ago. 2012;

FISHER, William, *Theories of intellectual property*, disponível em <http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/iptheory.html>, acesso no dia 20 ago. 2012;

FORGIONI, Paula A., *Análise Econômica Do Direito (AED): Paranóia Ou Mistificação?*, In *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n.º 139, São Paulo, Malheiros, jul/set, 2005, pp. 242-256;

_____, *Direito concorrencial e restrições verticais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007;

_____, *Evolução do Direito Comercial Brasileiro – Da Mercancia ao Mercado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009;

_____, *Importações paralelas no Brasil: A propriedade industrial nos quadrantes dos princípios constitucionais*, In *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n.º 149/150, São Paulo, Malheiros, jan./dez., 2008, pp. 187-200;

_____, *Os fundamentos do antitruste*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008;

FRUMKIN, M., *The origins of patents*, In *Journal of the Patent Office Society*, vol. 27, 1945;

GARTNER, _____, disponível em <http://www.gartner.com/it/page.jsp?id=1421013> acesso no dia 20 ago. 2012;

GELLER, Paul Edward, *Copyright history and the future: what's culture got to do with it?*, In *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 47, 2000;

GIBBONS, Michael, *Innovation and the Developing System of Knowledge Production*, disponível em <http://web.archive.org/web/20031227102019/http://edie.cprostat.sfu.ca/summer/papers/Michael.Gibbons.html>, acesso no dia 20 ago. 2012;

GILBERT, Richard J.; KATZ, Michael L., *An economist's guide to U.S. v. Microsoft*, In *Journal of economic perspectives*, vol. 15, n.º 2, 2001, pp. 25-44;

_____; NEWBERRY, David M. G., *Preemptive patenting and the persistence of monopoly*, In *The american economic review*, vol. 72, n.º 3, 1982, pp. 514-526;

GIL-MOLTÓ, Maria J., *Economic aspects of the Microsoft Case: Networks, interoperability and competition*, disponível em <http://www.le.ac.uk/economics/research/RePEc/lec/leecon/dp08-39.pdf>, acesso no dia 20 ago. 2012;

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida, *A livre concorrência como garantia do consumidor*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003;

GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na constituição de 1988*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008;

_____; et. al., *Contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de São Paulo CCSL/USP em conjunto com Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - CTS-FGV acerca do documento: "Procedimentos para o exame de pedidos de patentes envolvendo invenções implementadas por programa de computador" submetido a Consulta Pública pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior-INPI/MDIC*, disponível em: <http://softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/inpi-contribuicao-ccsl-usp-cts-fgv>, acesso no dia 20 ago. 2012;

GRAU-KUNTZ, Karin, *Ainda sobre a questão das peças de reposição*, In *Revista Eletrônica do IBPI - Sobre a questão das peças de reposição must-match*, 2010, disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/b1f03417495d4142ffff831aac144220.pdf>, acesso no dia 20 ago. 2012;

_____, *A interface da propriedade intelectual com o direito antitruste*, Exposição apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 22 de agosto de 2011, disponível em: <http://ibpibrasil.org/40693/64901.html>, acesso no dia 20 ago. 2012;

_____, *O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)*, disponível em <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/58f41a63eeb4cae8ffff8030fffff1.pdf>, acesso no dia 20 ago. 2012;

_____, *Sobre a controvertida questão da patente "pipeline"*, In *Revista Eletrônica do IBPI - Edição Especial - Patentes Pipeline*, disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/155123c1662385b4ffff819cac144221.pdf>, acesso no dia 20 ago. 2012;

GUIMARÃES, Bernardo; GONÇALVES, Carlos Eduardo, *Introdução à economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010;

HELLER, Michael A.; EISENBERG, Rebecca S., *Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research*, In *Science*, vol. 280, 1998, pp. 698-701;

HOVENKAMP, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2nd ed., St. Paul, West Pub. Co, 1999;

The antitrust enterprise: Principle and execution, Cambridge, Harvard University, 2005;

_____, *The intellectual property-antitrust interface*, In *Issues in competition law and policy*, n.º 1979, ABA section of antitrust law, 2008, pp. 1979-2007;

HUNT, E. K., *História do pensamento econômico – Uma perspectiva crítica*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2005;

HYLTON, Keith N., *Remedies, antitrust law, and Microsoft: Comment on Shapiro*, In *Antitrust law journal*, vol. 75, 2008-2009, pp. 773-786;

IANSITI, Marco; RICHARDS, Greg, *Six years later: The impact of the evolution of the IT ecosystem*, In *Antitrust law journal*, vol. 75, 2008-2009, pp. 705-721;

ILDEFONSO, D.; DEL CORRAL, L. García, *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona, Jaime Molina Editor, 1892;

IRTI, Natalino, *Direito e mercado*, In IRTI, Natalino, *L'ordine giuridico del mercato*, 4ª ed., Roma, Laterza, 2001, tradução por Rachel Sztajn, texto fornecido pela autora;

JOHNSON-LAIRD, Andrew, *Software reverse engineering in the real world*, In *University of Dayton law review*, vol. 19, 1993-1994, pp. 843-901;

KATZ, Michael L.; ROGERSON, William P., *The applications barrier to entry and its implications for the Microsoft remedies: Comment on Iansiti and Richards*, In *Antitrust law journal*, Vol. 75, 2008-2009, pp. 723-738;

_____, SHAPIRO, Carl, *Antitrust in software markets*, In JEFFREY A EISENACH; THOMAS M. LENARD (Ed.), *Competition, innovation and the Microsoft monopoly: Antitrust in the digital marketplace*, Kluwer Academic Publishers, 1998, pp. 29-81

_____; _____, *Network externalities, competition and compatibility*, In *The american economic review*, vol. 75, n.º 3, 1985, pp. 424-440;

_____; _____, *Systems competition and network effects*, In *Journal of economic perspectives*, vol. 8, n.º 2, 1994, pp. 93-115;

KLEIN, Benjamin, *The Microsoft case: What can a dominant firm do to defend its market position?*, In *The journal of economic perspectives*, vol. 15, n.º 2, 2001, pp. 45-62;

KOBAYASHI, Bruce H., *Game theory and antitrust: A post-mortem*, In *George Mason Law Review*, vol. 5, n.º 3, 1997, pp. 411-421;

KRUGMAN, Paul, *Bits, bands and books*, coluna publicada em 6 de junho de 2.008, disponível em http://www.nytimes.com/2008/06/06/opinion/06krugman.html?_r=1, acesso no dia 20 jan. 2010;

_____, *Reckonings; making Windows transparent*, coluna publicada em 4 nov. 2001, disponível em <http://www.nytimes.com/2001/11/04/opinion/reckonings-making-Windows-transparent.html?ref=paulkrugman>, acesso no dia 8 out. 2010;

_____, *Reckonings; Microsoft: What next?*, coluna publicada em 26 abr. 2000, disponível em <http://www.nytimes.com/2000/04/26/opinion/reckonings-Microsoft-what-next.html>, acesso no dia 8 out. 2010;

KUBRUSLY, Claudia Tosin, *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*, Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2008;

LABURU, Xabier Mikel, *Para GSM association, ausência de padronização inibe desenvolvimento*, reportagem publicada no jornal Valor Econômico do dia 24 jun. 2009;

LANDES, William M.; POSNER, Richard A., *An economic analysis of copyright law*, In *The Journal of Legal Studies*, vol. 18, n.º 2, 1989, pp. 325-363;

LEMLEY, Mark A., *A new balance between IP and antitrust*, Stanford law and economics Olin Working Paper, n.º 340, 2007, disponível em <http://ssrn.com/abstract=980045>, acesso no dia 6 ago. 2010;

_____, *Intellectual property rights and standard-setting organizations*, In *California law review*, vol. 90, 2002, pp. 1889-1980;

_____, *Property, intellectual property and free riding*, In *Texas law review*, vol. 83, 2004-2005, pp. 1031-1075;

_____; LESSIG, Lawrence, *Open access to cable modems*, In *Whittier law review*, vol. 22, n.º 1, 2000, p. 3-34;

_____; MCGOWAN, David, *Legal implications of network economic effects*, In *California law review*, vol. 86, 1998, pp. 479-612

LEMOS, Ronaldo, *Creative commons, mídia e as transformações recentes do direito da propriedade intelectual*, In *Revista Direito GV*, vol. 1, n.º 1, mai, 2005, pp. 181-187;

_____, *Direito, tecnologia e cultura*, Rio de Janeiro, FGV, 2005;

LESSIG, Lawrence, *The future of ideas – The fate of the commons in a connected world*, New York, Random House, 2001;

_____, *Free Culture – The nature and future of creativity*, New York, Penguin Group, 2004;

LÉVY, Pierre, *L'universel sans totalite, essence de la cyberculture*, In *Sociétés*, n.º 59, 1998, disponível em <http://caosmose.net/pierrelevy/pierreluniversel.html>, acesso no dia 17 ago. 2010

LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E., *Dismal science fictions: Network effects, Microsoft, and antitrust speculation*, In *Policy analysis*, n.º 324, 1998

_____; _____, *Network externality: An uncommon tragedy*, In *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 8, n.º 2, 1994, pp. 133-150;

_____; _____, *The fable of the keys*, In *Journal of Law and Economics*, vol. 30, n.º 1, 1990, pp. 1-26;

LIPSKY JR., Abbot B.; SIDAK, Gregory, *Essential facilities*, In *Stanford law review*, vol. 51, n.º 5, 1999, pp. 1187-1248;

LIU, Yiming, *IPR and development in a knowledge economy*, Berkeley, 2007, disponível em <http://repositories.cdlib.org/ischool/2007-011>, acesso no dia 26 abr. 2009;

LOHR, Steve, *High-tech antitrust cases: The road ahead*, coluna publicada em 13 de maio de 2009, disponível em <http://bits.blogs.nytimes.com/2009/05/13/high-tech-antitrust-the-road-ahead/?hp>, acesso no dia 25 set. 2010;

LOPATKA, John E., *Assessing Microsoft from a distance*, In *Antitrust law journal*, vol. 75, 2008-2009, pp. 811-845;

MACEDO JR., Ronaldo Porto, *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007;

MAJORAS, Deborah Platt, *A government perspective on IP and antitrust law*, 2006, disponível em <http://www.ftc.gov/speeches/majoras/060621aai-ip.pdf>, acesso no dia 31 ago. 2010;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004;

MANN, Ronald J., *Do Patents Facilitate Financing in the Software Industry?*, In *Texas law review*, Vol. 83, n.º 4, 2005;

MANSO, Eduardo Vieira, *A informática e os direitos intelectuais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985;

MAZZILLI, Hugo Nigro, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010;

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007;

MIURA, Maira Yuriko Rocha, *Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira: Uma visão de Direito Comercial*, Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2010;

MONCADA, Luís S. Cabral de, *Direito económico*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000;

MONIZ, Pedro Paranaguá, *Software livre como alternativa de desenvolvimento e de negócio: em busca da soberania nacional*, In CARVALHO, Patricia Luciane de (org.), *Propriedade intelectual – Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2005;

MOSSOBERG, Walter S., *Novo Windows põe fim ao longo pesadelo da Microsoft com o Vista*, reportagem publicada no *The Wall Street Journal*, Redmond, EUA, em 8 out. 2009, disponível em <http://www.valoronline.com.br/impresso/the-wall->

street-journal-americas/107/99500/novo-Windows-poe-fim-ao-longo-pesadelo-da-micros, acesso no dia 8 out. 2010;

NACHBAR, Thomas B., *Monopoly, mercantilism, and the politics of regulation*, In *Virginia law review*, Vol. 91, n.º 6, 2005, pp. 1313-1379;

NET MARKETSHARE, disponível em <http://marketshare.hitslink.com>, acesso no dia 23 out. 2010.;

NEWBERG, Joshua A., *Antitrust for the economy of ideas: the logic of technology markets*, In *Harvard journal of law & technology*, vol. 14, n.º 1, 2000, pp. 83-137;

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, *Defesa da concorrência e globalização econômica: O controle da concentração de empresas*, São Paulo, Malheiros, 2002;

NUSDEO, Fábio, *Curso de economia: Introdução ao direito econômico*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010;

OLSON, Mancur, *The logic of collective action*, Cambridge, Harvard University Press, 1971;

OPI, Sergio Baches, *The application of the essential facilities doctrine to intellectual property licensing in the European Union and the United States: Are intellectual property rights still sacrosanct?*, In *Fordham intellectual property, media and entertainment law journal*, Vol. 11, 2001, pp. 409-507;

PAGE, William H., *Mandatory contracting remedies in the american and european Microsoft cases*, In *Antitrust law journal*, vol. 75, 2008-2009, pp. 787-809;

_____, *The ideological origins and evolution of U.S. Antitrust Law*, In *Issues in competition law and policy*, 1, ABA section of Antitrust Law, 2008;

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio, *Direitos Autorais*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2009, disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20autorais_net.pdf?sequence=1, acesso no dia 19 mar. 2012;

PITOFISKY, Robert, *Challenges of the new economy: Issues at the intersection of antitrust and intellectual property*, In *Antitrust law journal*, vol. 68, 2000-2001, pp. 913-924;

_____; PATTERSON, Donna; HOOKS, Jonathan, *The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law*, In *Antitrust law journal*, vol. 70, n.º 2, 2002, pp. 443-462;

POSNER, Richard A., *Antitrust in the new economy*, In *Antitrust law journal*, vol. 68, 2000-2001, pp. 925-943;

_____, *Antitrust law*, 2nd edition, Chicago, The University of Chicago Press, 2001;

PRAGER, F. D., *The early growth and influence of intellectual property*, In *Journal of the patent Office society*, vol. 34, 1952;

PROENÇA, José Marcelo Martins, *Concentração empresarial e o direito da concorrência*, São Paulo, Saraiva, 2001;

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo, *Venda casada anticoncorrencial e propriedade intelectual*, Dissertação de Mestrado, São Paulo, USP, 2011;

ROSA, João Guimarães, *Tutaméia - Terceiras estórias*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Livraria José Olympio, 1976;

ROSENBERG, Barbara, *Considerações sobre direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual*, In PEDRO ZANOTTA, PAULO BRANCHER, et. alii., *Desafios atuais do direito da concorrência*, São Paulo, Singular, pp. 169-189;

SALOMÃO FILHO, Calixto, *A paralisia do antitruste*, In GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.), *Estudos de direito econômico e economia da concorrência em homenagem ao Prof. Dr. Fábio Nusdeo*, Curitiba, Juruá, 2009, pp. 15-31;

_____, *Direito concorrencial - As condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003;

_____, *Direito industrial, direito concorrencial e interesse público*, In *Revista CEJ*, Brasília, n.º 35, out./dez. 2006, pp.12-19;

SAMUELSON, Pamela, *Are patents on interfaces impeding interoperability?*, In *Minnesota law review*, vol. 93, n.º 6, 2009, pp. 1943-2019;

_____, *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*, UC Berkeley Public Law Research Paper n.º 1.323.818, 2008, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1323818>, acesso no dia 2 de outubro de 2010;

_____; DAVIS, Randall; KAPOR, Mitchell D.; REICHMAN, Jerome H., *A manifesto concerning the legal protection of computer programs*, In *Columbia law review*, vol. 84, 1994, pp. 2308-2431;

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos, *A proteção autoral de programas de computador*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008;

SARTOR, Giovanni; SCORZA, Guido, *L'accesso al codice sorgente: Alcune considerazioni su libertà, conoscenza e concorrenza in margine al caso Microsoft*, European University Institute working paper n.º 2006/25, 2006;

SCHUARTZ, Luiz Fernando, *Mercados de Novas Tecnologias - Crise Anunciada do Direito da Concorrência?*, In GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.), *Direito e Internet - Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada*, São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2001;

SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalism, socialism, and democracy*, New York, Harper Perennial Modern Thought, 2008;

SECRETARIA DE DIREITO ECONÓMICO - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, disponível em <http://www.mj.gov.br/SDE>, acesso no dia 23 out. 2010;

SEN, Amartya, *The possibility of social choice*, In *The American economic review*, vol. 89, n.º 3, 1999, pp. 349-378;

SHAPIRO, Carl, *Exclusivity in network industries*, In *George Mason law review*, vol. 7, n.º 3, 673-683;

_____, *Microsoft: A remedial failure*, In *Antitrust law journal*, vol. 75, 2008-2009, pp. 739-772;

_____, *Declaration of Carl Shapiro before the United States District Court for the District of Columbia (United States of America v. Microsoft Corporation)*, disponível em <http://www.justice.gov/atr/cases/f219100/219127.pdf>, acesso no dia 18 out. 2010;

SILVEIRA, Newton, *Propriedade intelectual*, 3ª Ed., Barueri, Manole, 2005;

SLIVE, Joshua; BERNHARDT, Dan, *Pirated for profit*, In *The canadian journal of economics/Revue canadienne d'economique*, vol. 31, n.º 4, 1998, pp. 886-899;

SMITH, ADAM, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Edinburgh, 1806;

STALLMAN, Richard M., *Free software, free society: Selected essays of Richard M. Stallman*, Boston, Free Software Foundation, 2002;

STIGLITZ, Joseph E.; FURMAN, Jason, *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*, 2002, disponível em http://www.justice.gov/atr/cases/ms_tuncom/major/mtc-00030610c.pdf, acesso no dia 28 set. 2010;

THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commisson decision relating to a proceeding under article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>, acesso no dia 18 set. 2010;

TOENISKOETTER, Steven B., *Protection of software intellectual property in Europe: An alternative sui generis approach*, In *Intellectual property law bulletin*, vol. 10, pp. 65-81;

UNIVERSITY OF CALIFORNIA, INFORMATION & EDUCATIONAL TECHNOLOGY, disponível em <http://iet.ucdavis.edu/glossary.cfm>, acesso no dia 23 out. 2010;

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION, *Antitrust Guidelines for the Licencing of Intellectual Property*, 1995, disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf>, acesso no dia 28 set. 2010;

VARIAN, Hal R., *Microeconomia: uma abordagem moderna*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012;

WACHOWICZ, Marcos, *O programa de computador e sua proteção no Brasil*, 2001, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2530&p=2>, acesso no dia 17 mar. 2010;

_____, *Revolução tecnológica e a propriedade intelectual*, In PIMENTA, Eduardo Salles (Org.), *Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007;

WEISER, Philip J., *The Internet, innovation, and intellectual property policy*, In *Columbia law review*, vol. 103, 2003, pp. 534- 613;

WERDEN, Gregory J., *The law and economics of the essential facility doctrine*, In *Saint Louis university law journal*, vol. 32, n.º 2, 1987, pp. 433-480;

WILLIAMSON, Oliver E., *Mechanisms of Governance*, New York, Oxford University Press, 1996;

WINGFIELD, Nick, *Windows 7 forçou Microsoft a corrigir falhas dela mesma*, reportagem publicada no *The Wall Street Journal*, Redmond, EUA, em 19 out. 2009, disponível em <http://www.valoronline.com.br/impreso/the-wall-street-journal-americas/107/100367/Windows-7-forcou-Microsoft-a-corrigir-falhas-de>, acesso no dia 8 out. 2010;

WIKIPEDIA, disponível em <http://www.wikipedia.org>, acesso no dia 24 out. 2010;

YOO, Christopher S., *Beyond network neutrality*, In *Harvard journal of law & technology*, Vol. 19, 2005, pp. 1-77;

ZITTRAIN, Jonathan, *The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem it can't patch later*, In *Connecticut law review*, vol. 31, 1998-1999, pp. 1361-1374.

Filmografia:

STEAL THIS FILM PART II, dirigido por J. J. King, Reino Unido e Alemanha, 2007;

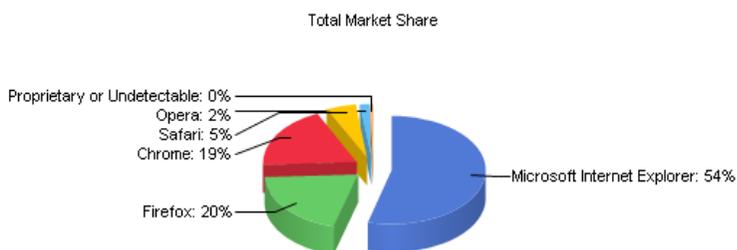
ANEXO I - MARKET SHARE DO MERCADO DE SISTEMAS OPERACIONAIS
Dados de Agosto de 2012



Sistema Operacional	Total Market Share
<i>Windows</i>	92.01%
<i>Mac</i>	6.97%
<i>Linux</i>	1.02%

Fonte: <http://www.netmarketshare.com/>

ANEXO II - MARKET SHARE DO MERCADO DE NAVEGADORES DE INTERNET
Dados de Agosto de 2012



<i>Browser</i>	<i>Total Market Share</i>
<i>Microsoft Internet Explorer</i>	53.93%
<i>Firefox</i>	20.16%
<i>Chrome</i>	18.88%
<i>Safari</i>	4.93%
<i>Opera</i>	1.59%
<i>Proprietary or Undetectable</i>	0.32%
<i>Mozilla</i>	0.03%
<i>Flock</i>	0.02%
<i>Konqueror</i>	0.00%

Fonte: <http://www.netmarketshare.com/>