

## **BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS NOCIVOS DA PROTEÇÃO INTELLECTUAL ATUAL DO SOFTWARE À CONCORRÊNCIA**

### **BRIEF CONSIDERATIONS ON THE HARMFUL EFFECTS OF CURRENT SOFTWARE INTELLECTUAL PROTECTION ON COMPETITION**

*Lucas Atihe (USP, São Paulo)*

#### **RESUMO**

O objetivo deste trabalho é, por meio do método dedutivo, abordagem qualitativa e revisão bibliográfica, analisar a necessidade e função da aplicação das regras atinentes ao Direito Antitruste às transações de mercado que envolvem o software, tendo em vista que o regime de proteção intelectual aplicável ao software é *sui generis* e por vezes inadequado, tanto à natureza jurídica do software quanto ao bem estar social. Nesse contexto, deve-se destacar também a função econômica da propriedade intelectual, bem como seus efeitos perante o Estado, a Sociedade e os particulares, e sua interface com o Direito Concorrencial. Assim, a partir das características técnicas do software, dos preceitos econômicos, constitucionais e concorrências da propriedade intelectual, inclusive acerca da possibilidade de cumulação protetiva entre o software e outros institutos de propriedade intelectual, verificando as consequências da referida cumulação.

**Palavras-chave:** software; antitruste; concorrência; propriedade intelectual; patente; Direito de Autor; interface;

#### **ABSTRACT**

The objective of this work is, through the deductive method, qualitative approach and bibliographical review, to analyze the need and function of applying the rules relating to Antitrust Law to market transactions involving software, bearing in mind that the applicable intellectual protection regime to the software is *sui generis* and

sometimes inappropriate, both to the legal nature of the software and to social well-being. In this context, the economic function of intellectual property must also be highlighted, as well as its effects on the State, Society and individuals, and its interface with Competition Law. Thus, based on the technical characteristics of the software, the economic, constitutional precepts and competitions of intellectual property, including the possibility of protective cumulation between the software and other intellectual property institutes, verifying the consequences of said cumulation.

**Key-words:** software; antitrust; competition; intellectual property; patent; Copyright; interface;

## SUMÁRIO

Introdução, 1. Aspectos gerais da proteção legal do software, 2.Interface Entre Concorrência e Propriedade Intelectual, 3. Livre Concorrência. Teoria da Diferenciação. Barreiras de Entrada e Abuso de Direito, 4. Interface Entre Software e Concorrência, Conclusão, Referências bibliográficas

## INTRODUÇÃO

Neste artigo, busca-se – sem qualquer pretensão de esgotar o tema - analisar os efeitos da forma de proteção atual do software, por meio da propriedade intelectual, no Direito Antitruste.

Inicialmente, serão analisadas premissas gerais sobre a proteção intelectual do software, partindo da sua natureza jurídica, para elencar os meios atuais concessão de direitos de “exclusivo” aos produtores/criadores de software.

Posteriormente, passa-se a aferição da função econômica da propriedade intelectual, justificada pela importância da inovação para o desenvolvimento econômico - com especial enfoque na teoria da destruição criativa de Shumpeter e na teoria da diferenciação, passando para os principais aspectos constitucionais, discutidos sob a égide do trinômio Estado, sociedade e particular, bem como

da necessidade de coibição de abusos para que sejam alcançados os objetivos constitucionais de desenvolvimento econômico e cultural – e sua muito debatida relação com o Direito Antitruste.

Por fim, serão sopesados os aspectos concorrenciais decorrentes da propriedade intelectual do software, examinando as barreiras de entrada neste mercado.

## **1. NATUREZA JURÍDICA DO SOFTWARE E ELEMENTOS TÉCNICOS DO SISTEMA DE COMPUTAÇÃO.**

Frente à constante renovação tecnológica, em meio à sociedade da informação e a chamada “indústria 4.0”, o mercado deve se adaptar ao surgimento das novas tecnologias, nas quais o software desempenha papel fundamental. Em consequência, o direito não pode ficar alheio a estas mudanças, e deve se adequar à nova realidade fática apresentada, seja por meio da utilização de institutos e soluções jurídicas existentes, ou da criação de novas teorias e modalidades jurídicas.

O software constitui figura única em meio à propriedade intelectual. Regido por legislação própria (Lei 9.609/1998), tem suas omissões sanadas pela Lei dos Direitos Autorais (Lei 9.610/1998), todavia esta proteção dos direitos intelectuais do autor/criador não parece satisfazer por completo as necessidades sociais ou mesmo se adequar por completo à natureza jurídica do programa de computador.

Antes de encarar diretamente os principais aspectos da proteção intelectual do software, é necessário delimitar alguns conceitos que permeiam a informática (e que por vezes não contam uma definição jurídica precisa), tais quais os conceitos de sistema informático, software, e código-fonte, para que se compreenda melhor o objeto do contratual e suas peculiaridades.

Para que se tenha uma noção mais abrangente da função do software no sistema computacional (tanto no âmbito legal como técnico), é necessário entender o contexto em que ele se insere e sua função no sistema computacional ou sistema informático.

O computador é um item composto essencialmente de sua máquina, ou seja, do hardware, (estrutura corpórea, material) e do software, estrutura imaterial criada pelo ser humano que lhe dá vida, juntamente com outros acessórios que estabelecem tal conjunção, como, por exemplo, suportes magnéticos de programas de computador.

Conforme define Leonardo Macedo Poli: “o sistema informático, também definido como computador lato sensu, é o conjunto composto por uma parte física e uma parte intelectual”<sup>380</sup>. Como afirmado, a parte física, material, é denominada hardware, e a parte intelectual, imaterial, é denominada software; juntos, eles formam o sistema informático ou computador.

Manoel Joaquim Pereira dos Santos, ao elucidar os conceitos técnicos de software e hardware, componentes de um sistema computacional, assinala: “Do ponto de vista técnico, o termo hardware compreende os elementos físicos do sistema de computação, enquanto software, os elementos lógicos, dos quais o programa de computador é a parte central”.<sup>381</sup>

Em outras palavras, portanto, ao passo que o hardware é o computador/smartphone enquanto máquina vazia, bem material, o software é o seu conteúdo, criação intelectual e imaterial, que os torna utilizáveis juntos, uma vez que o software precisa de uma forma física para se expressar (suporte magnético), e o hardware é nada mais que um produto industrial inanimado.

Cabe esclarecer que a expressão software compreende não só o programa de computador em si considerado, mas também

---

380 POLI, Leonardo Macedo. **Direitos de Autor e Software**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 8.

381 SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **A Proteção Autoral de Programas de Computador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 135

outros elementos auxiliares.<sup>382</sup> Como destaca Marcos Wachowicz<sup>383</sup>, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), ao fixar o conceito de software, dividiu-o em três componentes, quais sejam:

(i) Programa de computador: é conjunto lógico de instruções capaz de processar informações, realizar tarefas ou determinadas funções, após incorporação numa máquina apta a tornar legíveis estes dados, funções e tarefas;

(ii) Descrição do programa: documento escrito, expresso em palavras e/ou esquemas, apto a apresentar de forma completa e pormenorizada o conjunto lógico de instruções que compõe determinado programa de computador;

(iii) Material de apoio: qualquer material, complementar aos dois primeiros, que auxilie na compreensão ou aplicação do programa, como, por exemplo, instruções para os usuários de determinados programas.

Contudo, apesar das diferenças supracitadas, a expressão software vem sendo utilizada tanto pela doutrina como pela jurisprudência, de forma quase unânime, como sinônimo de programa de computador.

---

382 Não existe tradução literal na língua portuguesa para o termo *software*. Essa denominação compreende não só o programa de computador, mas também a metodologia de operação, a documentação auxiliar, o suporte magnético e, eventualmente, outros elementos relacionados ao programa de computador. A importância de delimitar um conceito legal de *software* está relacionada a estabelecer os limites e parâmetros de sua proteção; quais elementos que o compõem estão incluídos em sua proteção jurídica e quais não estão. Os documentos relativos ao *software* estão sujeitos à proteção, no que lhes couber, do direito autoral, na condição de obras literárias, mas não se equiparam ao regime conferido ao programa de computador. O mesmo ocorre, por exemplo, com as bases de dados, que, apesar de acompanharem o programa de computador, são figura digna de proteção autônoma. Já o suporte magnético equipara-se ao *hardware*, distanciando-se, assim, da noção estrita de programa de computador, posto que, enquanto o primeiro é considerado bem material, o segundo é considerado bem imaterial, oriundo da criatividade humana. Vide SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **A Proteção Autoral de Programas de Computador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; e PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

383 WACHOWICZ, Marcos. O programa de computador e sua proteção no Brasil. **Jus Navigandi**, 2002a. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2530/o-programa-de-computador-e-sua-protecao-no-brasil>>. Acesso em: 20 junho 2018.

Por conseguinte, é necessário que se conceitue o software ou programa de computador, para que se tenha uma melhor noção do objeto estudado.

Arnoldo Wald conceitua software como “conjunto de programas e procedimentos que permitem o processamento de dados do computador e comandam para seu funcionamento, segundo os objetivos do usuário”.<sup>384</sup>

Marcos Wachowicz define software levando em consideração seu caráter quase que literário, no sentido de corresponder à linguagem computacional, definindo-o como: “todo o escrito destinado a processamento de dados, compreendendo todo o conjunto de instruções para o citado fim (textos, manuais, codificações)”.<sup>385</sup>

Porém, surgem complicações quando se chega ao termo jurídico. Como os conceitos técnicos relacionados aos objetos informáticos e ao mundo digital geralmente mudam constantemente, em velocidade muito superior à da formulação de conceitos jurídicos a seu respeito, a tarefa de delinear conceitos jurídicos que sejam precisos, abrangentes e, ao mesmo tempo, de certa forma duráveis – já que o direito não muda na mesma velocidade – é muitas vezes ingrata.

A Organização Mundial de Propriedade Industrial (OMPI)<sup>386</sup> expõe em seu sítio as discussões acerca do regime jurídico aplicado ao software, resultando na ideia mais aceita atualmente de que o programa de computador em si considerado deveria ser objeto de proteção do direito autoral, enquanto as inovações relacionadas ao software estariam sujeitas à patente:

Nas décadas de 1970 e 1980, haviam extensivas discussões sobre se o sistema de patentes, o sistema

---

384 WALD, Arnoldo. **Da natureza jurídica do software**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 22, n. 87, jul./set., 1985. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181635>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

385 WACHOWICZ, *op. cit.* np.

386 WIPO. World International Property Organization. **Copyright Protection of Computer Software**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/copyright/en/activities/software.html>>. Acesso em: 1 fev. 2016.

de direito do autor, ou um sistema *sui generis*, deveria proporcionar proteção ao software.

Tais discussões resultaram no princípio geralmente aceito de que o programa de computador deveria ser protegido pelo direito de autor, ao passo que equipamentos que utilizem programas de computador ou invenções relacionadas ao software deveriam ser protegidas por meio de patente.<sup>387</sup>

Na legislação estrangeira, a extensão do conceito de software também é tema de controvérsia. Os mais recentes decretos legislativos da Europa têm preferido não conferir ao software um conceito jurídico fechado, tendo em vista a frequente e frenética mudança nos meios tecnológicos.<sup>388</sup>

Os E.U.A. foram um dos países que, assim como o Brasil, não se omitiu ao conferir um conceito legal. O Computer Software Copyright Act 1980<sup>389</sup>, que define software como “*um conjunto de declarações ou instruções para ser usado, direta ou indiretamente, em um computador, em ordem de obter certo resultado*”<sup>390</sup> do qual percebe-se, um conceito aberto, de ampla interpretação.

Manoel Joaquim Pereira dos Santos sintetiza a discussão ao subdividir em duas categorias os sistemas internacionais de proteção autoral do software, dessa forma “as legislações que simplesmente assimilam software às demais obras intelectuais e as legislações que, embora apliquem o direito autoral, introduziram regras específicas

---

387 Texto original em inglês: “*In the 1970s and 1980s, there were extensive discussions on whether the patent system, the copyright system, or a sui generis system, should provide protection for computer software. These discussions resulted in the generally accepted principle that computer programs should be protected by copyright, whereas apparatus using computer software or software-related inventions should be protected by patent*”.

388 PAESANI, 2014, p. 12

389 MOSSOF, Adam. **A brief history of software patents (and why they're valid)**. Center For The Protection Of Intellectual Property. 2013. Disponível em: <<http://cpip.gmu.edu/tag/computer-software-copyright-act-of-1980/>>. Acesso em: 9 jan. 2019.

390 Em tradução livre do texto original em inglês: “[...] a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result”.

para o software”.<sup>391</sup> Como se observa, o Brasil enquadra-se no segundo modelo, aplicando uma lei específica e, subsidiariamente, o Direito de Autor, seguindo o modelo francês.<sup>392</sup>

O legislador brasileiro, ao tratar do conceito de software, trouxe no art. 1º da Lei 9.609/1998, que dispõe sobre a tutela jurídica do programa de computador, a seguinte definição:

“Art. 1º 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.”

Vale destacar alguns elementos contidos no referido conceito legal. Ao afirmar que o software é a “expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada”, remete-se à função do software de, pela linguagem binária (0 e 1), comandar as funções da máquina, resultando em dados e informações.<sup>393</sup>

Manoel Joaquim Pereira dos Santos explica que o principal efeito dessa redação é a opção por esclarecer que a proteção do Direito de Autor ao programa de computador está restrita à forma de expressão

---

391 SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. A nova Lei do *Software*: aspectos controvertidos da proteção autoral, **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual**, n. 29, jul./ago. 1997, p. 21-28.

392 Sobre o tema, João Marcelo de Lima Assafim afirma que “(...) a natureza singular dos programas de computador – situados entre as criações abstratas e técnicas – ficou claramente demonstrado pelas dúvidas surgidas nos anos 1960, quando o Ordenamento europeu, entre os que então existiam, de um sistema de proteção jurídica para essas novas criações. E, apesar de ter sido escolhido por ampla maioria, o Direito de autor para proteger esses programas e não o Direito de Patentes, é inegável que as particularidades de sua essência forçaram, dentro do esquema tradicional do Direito de autor, a adoção de um regime *sui generis*. Da mesma maneira ocorre com o direito brasileiro”. ASSAFIM, 2005, p. 22

393 PINHEIRO, 2008, p. 167.

do conjunto de instruções que compõem o referido programa, e não simplesmente ao conjunto de instruções em si<sup>394</sup>.

Isso ocorre, pois, o conjunto de instruções, de forma isolada, é uma solução técnica, um método de operação e, portanto, mais próximo da tutela industrial do que autoral. Por sua vez, ao tratar da forma de expressão desse conjunto de expressão, o dispositivo legal supra remeteria mais ao sentido de linguagem computacional, daí a adoção de regime mais próximo ao do Direito de Autor.

Com efeito, a substância do software é intangível e se encontra representada em bem tangível (hardware), no qual pode exercer suas aplicabilidades, o que, como visto, não prejudica seu caráter de obra intelectual.

Liliana Minardi Paesani afirma que o programa de computador pode ser considerado bem imaterial, posto que preenche os seguintes requisitos: (i) é uma criação intelectual, derivando do pensamento criativo (podendo ser posteriormente classificado no direito de autor ou de propriedade intelectual); (ii) existe a possibilidade de reprodução (exploração econômica).<sup>395</sup>

Por conseguinte, sendo certo que o software deriva das criações da mente humana – tal qual invenções, símbolos, trabalhos artísticos e literários –, sua tutela deve ocorrer por meio da propriedade intelectual. Todavia, ele não se encaixa perfeitamente em nenhuma de suas subdivisões, o direito de autor e a propriedade industrial,<sup>396</sup> constituindo figura *sui generis* no direito.

Com efeito, no que diz respeito à sua natureza jurídica, pode-se afirmar que o software constitui figura única em meio à propriedade intelectual, todavia, referida proteção não parece ser a mais adequada, tendo em vista que o software tem eminente função técnica, como nas criações reguladas pela Propriedade Industrial (tal qual as patentes

---

394 SANTOS, 2008, p. 140.

395 PAESANI, 2014, p. 11.

396 MOTTA, Carlos. **Princípios da Proteção Negocial e Jurídica para Empreendedores em Tecnologia**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). **Direito & Internet II: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 218-219.

de invenção, modelos de utilidade, e os sinais distintivos) ao invés de artística, como nas obras musicais, literárias e estéticas, reguladas pelo Direito de Autor<sup>397</sup>.

Essa dualidade permite ainda que haja dupla proteção intelectual, a depender de algumas características especificadas do software. A Lei 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial), responsável por regular as patentes em geral, define como patenteável a invenção que preencha os requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicabilidade industrial (art. 8º).

Na época de sua constituição, o legislador excluiu o programa de computador da classificação como invenção ou, mesmo, modelo de utilidade, conforme expresso no art. 10, V, excluindo-o, portanto, do rol das criações patenteáveis por entender que, até então, sua proteção ocorreria pelo direito autoral.

Contudo, ressalva-se que o referido dispositivo só se aplica ao programa de computador em si considerado, mas é possível à patente de criações que combinem características de um novo processo ou produto com etapas de programa de computador, conforme afirma Manoel Joaquim Pereira dos Santos<sup>398</sup>:

No Brasil, sempre se distinguiu entre as chamadas “invenções de software”, ou seja, aquelas criações que combinam características de processo ou de produto com etapas de programa de computador e os programas de computador em si, expressamente

---

397 Carlos Alberto Bittar explica que o Direito de Autor “regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica, das obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e na ciência (BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 25). Já a Propriedade Industrial caracteriza-se, nas palavras de João Marcelo de Lima Assafim pela: “busca de soluções materiais e práticas sobre problemas que se apresentam ao ser humano em sua relação com o ambiente físico e natural onde vive”. São tutelados pela propriedade industrial as patentes de invenção, os modelos de utilidade, as marcas, entre outros (ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A Transferência de Tecnologia no Brasil: Aspectos Contratuais e Concorrenciais da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 225.)

398 SANTOS, 1997, p. 75.

considerados pela Lei de Propriedade Industrial como insuscetíveis de serem enquadrados como invenção. Às invenções de *software* o INPI tem concedido diversas patentes desde 1982, na esteira do que ocorre no âmbito internacional, contanto que haja um efeito técnico novo.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Carlos Motta esclarece que a tarefa de patentear um software só logrará êxito quando este for necessário para que um aparelho ou máquina (hardware) funcione, a exemplo dos sistemas operacionais de aparelhos celulares (como o sistema Androide ou IOS – nos celulares da Apple).<sup>399</sup>

Assim, se observada a classificação dos tipos de software, somente os softwares básicos ou sistemas operacionais são passíveis de patenteamento pelo INPI, já que são invenções que acompanham um hardware, este sim, muito mais fácil de registrar.

Nessa perspectiva, Carlos Motta afirma que a proteção do INPI, por meio do oferecimento de patente ao software, não diz respeito ao programa de computador em todas as suas modalidades, de forma indistinta, mas somente aos programas “essenciais para o funcionamento do computador” – sistema operacional – enquanto, aos outros tipos de programas de computador (programas aplicativos), restaria a proteção ofertada pelo Direito de Autor.<sup>400</sup>

Destaca-se que a proteção autoral do software perdura por 50 anos<sup>401</sup>. Assim, mesmo que eventual proteção patentária entre em domínio público após aproximadamente 20 anos, o cerne do software, ou seja, seu código-fonte – parte do programa cuja proteção intelectual é de fato almejada por seus criadores/produtores – restaria protegido por mais 30 anos. Referida proteção parece ir na contramão das mudanças socioeconômicas atuais, vez que diariamente surgem

---

399 MOTTA, 2008, p. 221.

400 *Idem. Ibidem*

401 Art. 2. § 2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

novos softwares (por vezes combinados inclusive a novos modelos de negócios), que tornam obsoletos os anteriores num período muito curto de tempo.

Outrossim, não resta dúvida de que a proteção intelectual do software, assim como a concessão de direitos de exclusivo, devem ser analisadas num espectro mais amplo, com base nos efeitos econômicos e concorrenciais da referida proteção concedida, sob pena de permitir eventuais abusos.

## 2. INTERFACE ENTRE CONCORRÊNCIA E PROPRIEDADE INTELECTUAL

Se outrora, os privilégios régios eram conferidos a poucos, para que obtivessem o monopólio de determinado produto, possibilitando sua exploração, hoje, com a eminente influência da sociedade de informação, não se pode mais limitar o entendimento da propriedade intelectual ao aspecto tradicional, privado.

Sobre a visão tradicional da propriedade intelectual, Paula Forgioni afirma:

“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”<sup>402</sup>

Assim, a função pública da propriedade intelectual, de incentivo ao desenvolvimento econômico, social e cultural, por meio da produção científica, artística e do surgimento de novas tecnologias, suplanta interesses meramente individuais dos agentes econômicos.

---

402 FORGIONI, Paula A. **Evolução do Direito Comercial Brasileiro**: Da Mercancia ao Mercado, 2009.

Não é por isso que o interesse individual deve se esquecido. Pelo contrário, é necessário que sejam conferidos direitos individuais/privados sobre as criações, para que sua produção seja estimulada e quem a produz não dependa de outras atividades, podendo dedicar todo seu tempo e dinheiro a determinado ofício, compensando a sociedade com as criações que serão desenvolvidas.

Com efeito, a proteção por meio da propriedade intelectual confere o incentivo necessário para o aperfeiçoamento de tecnologias e ideias, tendo os inventores o direito de ser proprietários daquilo que criaram, com a possibilidade de se apropriar de seu valor social. Se esse incentivo econômico não for concedido, os agentes econômicos não terão a vontade e o empenho necessários para inovar, tendo em vista que os concorrentes fiar-se-iam em suas descobertas, vale dizer, seriam “caroneiros” (free-riders) de seu desempenho.

Leandro Saito afirma que<sup>403</sup>:

“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. (...) Porém, a questão que a tempos se coloca se relaciona à necessidade de limitação dessa proteção para que tal incentivo não extrapole seus fins, causando enorme prejuízo social.”

Ressalta-se que as inovações contêm informações – as quais são a base do conhecimento - e, devido a isso, enfrentam o mesmo problema dos bens públicos econômicos, vale dizer, tendem a ser não-rivais e não-excludentes. Em assim sendo, aqueles agentes econômicos que produzem inovações não terão incentivos para fazê-lo, uma vez que qualquer indivíduo possa valer-se das mesmas sem que haja, em contrapartida, a retribuição. Enquanto os custos de produção da inovação são, geralmente, elevados, a sua disseminação custa tanto

---

403 SAITO, Leandro. A “propriedade” intelectual como barreira à entrada de novos players no mercado de softwares. São Paulo: IBPI, 2012. P. 39

quanto o meio usado para a sua transferência. Ou seja, uma vez que a inovação foi produzida, o custo marginal para a produção de uma unidade a mais é irrisório (pelo menos se comparados aos custos fixos).

O exemplo do software (custoso para produzir) distribuído pela internet (barato para disseminar) ilustra bem a situação acima. Essa situação representa uma falha do mercado. Isso porque o montante de inovação produzido será abaixo do ótimo quando o inovador não conseguir se apropriar do valor social daquilo que produzir. Com a proteção, via propriedade intelectual, atribui-se ao bem imaterial (de fácil acesso a todos) uma exclusividade, transformando-o em bem privado, do ponto de vista econômico.

Ludmila Somensi, em apurada análise da teoria de Schumpeter, que coloca a inovação como caráter essencial do regime capitalista, afirma o seguinte:<sup>404</sup>

O mercado é caracterizado por um processo cíclico, em que o desenvolvimento é resultado da introdução de uma inovação que movimenta as empresas de um estado estacionário. Segundo ele, a inovação promove uma “destruição criativa”, cujos ciclos que seguem são de imitação, difusão, equilíbrio momentâneo, seguidos de uma nova inovação, e assim por diante.

Basta observar o passado recente para perceber que, em meio à chamada sociedade de informação, com a frenética renovação tecnológica implementada atualmente, o surgimento de determinada tecnologia pode revolucionar o mercado de tal forma que gere a “destruição criativa” de empresas concorrentes. Os exemplos são vários. Pode-se citar o desaparecimento da Kodak pela não adaptação ao mercado das câmeras digitais, o desaparecimento da IBM, “engolida”

---

404 SOMENSI, Ludmila. O exercício abusivo da propriedade intelectual como infração à ordem econômica. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (USP), 2017. Pg. 29-31

pela Microsoft após decisões empresariais questionáveis na área da informática. Quem se lembra das fitas cassetes, quando até o DVD se tornou escasso com a popularização dos serviços de streaming.

Após referida inovação, os concorrentes passam a tentar imitar (e posteriormente melhorar) a inovação implementada. Após o sucesso na cópia, referida inovação se difunde no mercado, gerando, por fim, equilíbrio concorrencial, com a queda nos preços e maior acessibilidade por parte do consumidor. Mas isso só dura até o surgimento de outra inovação significativa, que inicia outro ciclo.

Dois momentos desse ciclo merecem destaque. O primeiro, é o período da tentativa de “imitação”, pois é onde incide a tutela da propriedade intelectual, o segundo é o do equilíbrio, ou a chamada “concorrência perfeita”.

Busca-se a proteção de propriedade intelectual justamente para evitar ou retardar a cópia da inovação tecnológica, garantindo que aquele que investiu na sua elaboração tenha, ao menos inicialmente, vantagem na sua exploração comercial para que seja vantajoso o investimento em novas inovações. Ou seja, não se trata de monopólio de mercado, ou privilégio, mas sim que a inovação não seja copiada durante determinado período. A doutrina majoritária utiliza o termo “exclusivo” para denominar o direito de exploração da inovação (embora esse termo também não seja completamente preciso, posto que esses direitos podem ser cedidos para produção da inovação por terceiro que tenha maior capacidade industrial, de distribuição, ou mesmo que seja formada um joint venture para exploração conjunta).

Quanto ao aspecto do equilíbrio momentâneo da concorrência, gerando, por um breve período a situação de “concorrência perfeita” – tão almejada pelos economistas, na qual as situações de competição são paritárias, levando a disputa concorrencial para guerra de preços e qualidades de produtos, favorecendo os consumidores -, Shumpeter afirma que dificilmente seria de rara ocorrência frente a uma inovação<sup>405</sup>:

---

405 SHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e a Democracia**, traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, fl. 134

“É dificilmente concebível a introdução, desde o início, de novos métodos de produção e novas mercadorias em condições de perfeita e imediata concorrência. Significa isso também que o que chamamos de progresso econômico é incompatível com a concorrência perfeita. Na verdade, a concorrência perfeita desaparece, e sempre desapareceu, em todos os casos em que surge qualquer inovação — automaticamente ou graças a medidas tomadas com esse fim — mesmo que existam todas as outras condições para ela.”

No entanto, a teoria da “destruição criativa”<sup>406</sup> de Schumpeter, embora acurada, também deve ser vista com certa cautela. Paula Andrea Forgioni critica a aplicação, por vezes até com viés ideológico, da teoria schumpeteriana, asseverando que acabam ocorrendo abusos perante o mercado e a sociedade, por meio da exploração indevida e irrestrita dos direitos de exclusividade sobre bens imateriais oriundos da propriedade intelectual. A autora afirma que<sup>407</sup>:

Os abusos dos direitos de propriedade intelectual são vedados por nosso ordenamento jurídico, aplicando-se-lhe as disposições referentes à Lei Antitruste. Os direitos de que gozam os titulares dos exclusivos somente podem ser exercidos nos limites de sua função econômica e social, ou seja, como instrumentos concorrenciais, sob pena de configurar infração à ordem econômica.

---

406 Foi utilizado o termo destruição criativa pois, por vezes, o surgimento de determinada tecnologia permite a destruição completa de todos os concorrentes da empresa responsável por seu surgimento, tamanha a revolução em determinado setor, ocasionada por tal inovação. Todavia, essa temporária destruição da concorrência seria benéfica por possibilitar relevante progresso social.

407 FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 346.

Vale acrescentar, a própria Lei 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial) comporta mecanismos para coibir abusos por parte dos detentores de direito de exclusividade sobre bens relacionados à propriedade industrial, como crimes contra a concorrência<sup>408</sup>, ou mesmo a licença compulsória, no caso das patentes – embora este último mecanismo tenha sido pouquíssimo utilizado na prática, talvez até pela condição nacional de país em desenvolvimento, que dificulta o enfrentamento de multinacionais de origem estrangeira e de grande influência no mercado internacional.

A título de exemplo, pode-se citar como atitude abusiva a não comercialização, ou a comercialização restrita, a preços elevadíssimos, de remédio cuja formulação química seja protegida por patente. Tal abuso do direito de patente configura clara ameaça à saúde pública, ensejando a licença compulsória e a aplicação da legislação antitruste.

O dilema aqui é encontrar o equilíbrio, um prazo ideal de proteção para determinada criação intelectual. Um tempo no qual o titular da propriedade intelectual, responsável por patrocinar a pesquisa, ou por realizar o trabalho artístico, consiga recuperar o investimento (de tempo, dinheiro ou de ambos) a ponto de auferir lucro com isso, fazendo desta sua atividade principal, e sendo incentivado a continuar a produzir, mas que não seja exagerado, para que a sociedade possa auferir com mais facilidade desse bem desenvolvido, após sua chegada ao conhecimento comum, ampliando o espectro da concorrência.

A proteção por tempo excessivo poderia gerar enriquecimento desmotivado, excessivo, a determinada empresa, decorrente de um direito de exclusivo que pode fazer custar não só à concorrência, mas a toda sociedade, que será privada dessa inovação (nota-se esse prejuízo, em especial, no ramo da saúde, com o desenvolvimento de

---

408 A autora destaca que os mecanismos para evitar a concorrência desleal previstos na LPI são relacionados ao interesse particular do detentor dos direitos de propriedade intelectual, enquanto a aplicação da Lei Antitruste só ocorre quando o bem jurídico tutelado é o interesse público sobre determinado bem, logo, é mais gravoso. Em outras palavras, não se confundem concorrência desleal e antitruste, são, outrossim, complementares.

medicamentos), ou mesmo da chance desenvolvimento cultural, por meio do acesso à informação ou à arte.

A função social da propriedade, especialmente no campo dos direitos de intelectuais, advém da moderna concepção do direito e, mormente, da empresa, em que as sociedades ou companhias são instituições dotadas de responsabilidades e deveres no seio da comunidade em que se inserem.

Desta foram, no equilíbrio entre interesse público e interesse privado, encontramos, a justificativa da temporariedade do direito de exclusividade, cuja razão é o equacionamento entre os interesses do inventor, merecedor de prêmio por seu desforço criativo, e o da coletividade, que deve ter acesso ao conhecimento.

Assim, proteção em excesso também pode ser danosa à sociedade, como assevera Paula Andrea Forgioni<sup>409</sup>:

“De uma parte, a garantia à propriedade intelectual estimula o desenvolvimento tecnológico, de outra, porém, é capaz de gerar situação propensa ao abuso, especialmente em ambientes nos quais a força concorrencial é arrefecida pela outorga da exclusividade. Tudo está em acertar o tênue equilíbrio entre a justa recompensa do esforço intelectual humano e o estímulo à evolução cultural e industrial do país”

Uma breve análise do art. 170 da Constituição Federal e seus incisos, nos permite concluir de plano o caráter dúplice da ordem econômica constitucional, qual seja, de que deve haver livre iniciativa econômica (privilegiando a empresa e o desenvolvimento), desde que respeitadas preceitos básicos relacionados à evolução sócio cultural (valorização do trabalho humano, existência digna, função social da propriedade, direito do consumidor, etc.)

---

409 FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 340.

Mas essa duplicidade também pode ser notada em diversos outros dispositivos constitucionais, no que diz respeito à relação entre estado, particular e sociedade na propriedade intelectual.

A propriedade intelectual está prevista no art. 5º: o inciso XXVII, determina “que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”; por sua vez, o inciso XXIX confere “aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Observa-se a preocupação com a utilização da propriedade intelectual com meio de alcance ao desenvolvimento econômico/cultural na parte final do art. 5º, XXIX, e nos artigos 218 e 219 da CF/1988, que determinam, respectivamente, as seguintes diretrizes a serem seguidas: “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”; e, precipuamente, “incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País”

Desta forma, a propriedade intelectual tem a importante função pública de incentivo à criação de novas tecnologias, ao progresso científico, e à criação artística. A sua visão exclusivamente privatista, como mero meio de garantir a exclusividade de exploração, proporcionando uma breve vantagem ao titular de direitos intelectuais sobre seu concorrentes diretos, é ultrapassada. A função privada da propriedade intelectual, quando muito distante da sua função social de desenvolvimento sociocultural, frequentemente leva a situações de abuso de direito na sua exploração.

Outrossim, o pilar da liberdade de iniciativa econômica, importante diretriz tanto da propriedade intelectual quanto da ordem econômica constitucional, não possui função exclusivamente privada,

mas também função pública relevante, especialmente no tocante ao desenvolvimento e à concorrência.

Cumpre destacar a posição de Eros Roberto Grau<sup>410</sup> sobre o princípio da liberdade de iniciativa econômica que, de forma didática, divide-o em liberdade privada e liberdade pública. Subdivide-se a liberdade privada na: (i) faculdade de conquistar a clientela, dentro do espectro da concorrência leal (liberdade de concorrência); (ii) proibição de formas de atuação comercial que ensejariam a detenção dos mecanismos de concorrência (ex. cartel, monopólio, etc – liberdade de concorrência). Por sua vez, subdivide-se a liberdade pública na (i) faculdade de explorar e criar atividade econômica privada (direito de empreender - liberdade de comércio e indústria – não ingerência do Estado na economia); (ii) não sujeição a restrições estatais, a não ser aquelas vedadas pela lei (liberdade de comércio e indústria); (iii) igualdade de condições de concorrência, por meio da neutralidade estatal (liberdade de concorrência).

Como observado anteriormente, a propriedade intelectual está virtualmente ligada à ideia de desenvolvimento. Todavia, salienta-se que desenvolvimento não está limitado ao desenvolvimento econômico. Eros Roberto Grau aponta que além de crescimento econômico, a ideia de desenvolvimento pressupõe um processo ativo de mudança social,

---

410 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13 ed, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 204-205: “Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos:

a) Liberdade de comércio e indústria (não ingerência do estado no domínio econômico):

a.1. Faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública;

a.2. Não sujeição de qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública;

b) Liberdade de concorrência:

b.1. Faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada;

b. 2. Proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada;

b.3. Neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.”

por meio do aumento do nível cultural e intelectual de determinada comunidade. O autor destaca a teoria de Shumpeter ao afirmar que, enquanto o crescimento é demonstrado por meros dados (em especial o aumento de população e aumento de riqueza), o desenvolvimento surge da inovação e da tecnologia, enquanto fenômenos econômicos qualitativamente novos, capazes de implicar em mudanças no meio de vida.<sup>411</sup>

Ao falar de desenvolvimento econômico no contexto da propriedade intelectual, é comum pensar, quase que imediatamente, em patentes, patentes de invenção (modelo de utilidade), cultivares, entre outros tantos tipos de inovações relacionadas a soluções práticas e palpáveis (como desenvolvimento de novo medicamento ou máquinas capazes de acelerar sobremaneira o ritmo de produção de bens destinados ao bem estar do ser humano), componentes da propriedade industrial.

Contudo, não se pode olvidar da função do Direito de Autor nesse contexto. Isso porque além de tutelar as publicações científicas, (e com isso, o conhecimento), tutela-se a arte, no que toca à sensibilidade da pessoa humana. Assim, a proteção aos direitos individuais do autor erigida pela Lei 9.610/1998 – tanto no campo moral, quanto no patrimonial – incentiva a produção de obras literárias, musicais e audiovisuais, que enriquecem o nível intelectual e cultural da sociedade, contribuindo também com a ideia de desenvolvimento, nos parâmetros previamente sustentados.

Manuella Santos aponta ainda dois princípios intrínsecos à propriedade intelectual amparados pelo texto constitucional, quais sejam: (i) o princípio da inderrogabilidade do domínio público e; (ii) o princípio da especificidade das proteções<sup>412</sup>. Sobre o princípio da especificidade das proteções, a autora explana que a proteção atribuída a determinado direito de propriedade intelectual deverá se encaixar em um desenho constitucional adequado, visando o

---

411 GRAU, 2008. p. 217.

412 SANTOS, Manuella. Aspectos constitucionais da propriedade intelectual. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 71/2010, Abr-Jun/2010. p. 178-202

ponderado equilíbrio dos interesses aplicáveis e, claro, respeitando a regra de não se apropriar do que está em domínio comum<sup>413</sup>. Sobre a inderrogabilidade do domínio público, Denis Borges Barbosa expõe que ao entrar em domínio público, a criação passa a pertencer à sociedade como um todo – sendo dever de todos mantê-la assim, impedindo a apropriação individual –, e que tal ato é “incondicional, universal e definitivo”, diferenciando-se, portanto, do abandono de obra (*res nullius* ou *res derelicta*), que pode ser apropriada por qualquer indivíduo.<sup>414</sup>

Assume-se, portanto, que ao cair em domínio público, determinado bem passará a estar disponível de forma permanente, cumprindo de vez a função para a qual foi criado, de pertencer à sociedade. Como bem assinalado por Denis Barbosa, não se trata de estar livre para ser apropriado por outrem de forma gratuita, mas de estar disponível para a coletividade. Até porque, bem imateriais não tem caráter esgotável.

Por sua vez, o princípio da especificidade das proteções tem a função, já descrita anteriormente, de tentar conferir um tempo de proteção adequado, de forma que o titular dos direitos intelectuais possa auferir lucro com a criação, remunerando-o por seus investimentos, e incentivando a continuidade da pesquisa ou da produção artística, sem que haja exagero no tempo de proteção a ponto de gerar concorrência desleal, monopólio de mercado, ou abuso de direito, limitando o acesso à informação (e bens de consumo oriundos dessa informação) de forma indevida. Decorrido o tempo de proteção, caso

---

413 SANTOS, 2010. p. 178-202. A autora explica: “Especificar significa explicar em detalhes, esmiuçar, tornar algo especial ou exclusivo, ou seja, dar o maior número de informações a fim de diferenciar ou identificar da melhor forma. No campo da propriedade intelectual esse princípio se expressa da seguinte maneira: cada direito de propriedade intelectual terá a proteção adequada a seu desenho constitucional e ao equilíbrio ponderado dos interesses aplicáveis, respeitando-se a regra de que só se pode apropriar o que não está no domínio comum.”

414 BARBOSA, Denis Borges. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. **Propriedade intelectual - criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

não haja possibilidade de renovação do referido período, a criação cai em domínio público.

Portanto, quando se fala em tempo de proteção da propriedade intelectual, são vários os interesses em jogo, sejam estatais, sociais ou financeiros. Quanto maior o tempo de proteção, melhor para o particular, que poderá explorar por mais tempo os direitos intelectuais. Por sua vez, o menor tempo de proteção favorece a sociedade e, a princípio, o Estado, com a entrada em domínio público da criação/informação tutelada.<sup>415</sup>

Todavia, essa proteção deve ser o mais específica possível, para que essa relação entre o bem intelectual a ser explorado e tempo de proteção seja equilibrada. Isso ocorre pois existe a possibilidade de conferir mais de um tipo de proteção a determinados bens. Destaca-se, por exemplo, o modelo de utilidade (proteção máxima de 10 anos) que também pode vir a ser protegido por desenho industrial (proteção máxima de 15 anos), ou o desenho industrial dotado de forte caráter artístico (obra de arte aplicada), que pode vir a ser tutelado pelo Direito de autor (proteção de 70 ano após o falecimento do autor), ou mesmo tornar-se uma marca tridimensional, sem falar no *software* que por vezes é patenteado de forma “embarcada”, enquanto faz parte de um

---

415 Neste sentido, afirma Balmes Vega Garcia: “Quanto ao esgotamento ou exaustão de direitos intelectuais para as citadas criações intelectuais industriais/técnicas configuram-se duas situações, a saber: uma para o mercado interno e outra para o mercado externo. Entenda-se, preliminarmente, que tal figura atua em favor da sociedade, enquanto acesso aos produtos em causa, tendo em conta que apenas com a expiração do prazo de vigência dos direitos patrimoniais da Patente (art. 40, LPI) e a correspondente extinção da patente (art. 78, LPI), com seu objeto ingressando no domínio público, nos termos do par. único do art. 78, LPI, ter-se á a instalação da concorrência plena. Com os produtos em causa sendo oferecidos a preços mais competitivos e acessíveis à população, tendo em conta a manufatura destes a preços mais módicos, por conta do fato que os agentes econômicos poderão reproduzir a invenção, com plena liberdade, sem peias, explorando-a economicamente, sem necessitar amortizar os custos das pesquisas, pois pesquisas não foram feitas nesse passo, apenas cópias, e sem demandar a autorização da titular que patenteou o produto originariamente.” GARCIA, Balmes Vega. Propriedade industrial. In: JORGE, André Lemos et al (Org.). **Coletânea da atividade negocial**. São Paulo: Uninove, 2019. Disponível em: <https://s3.uninove.br/app/uploads/2016/06/09161359/1575926038-1575926038-livro-coletanea-da-atividade-negocial-09122019.pdf>. Acesso em: 10 out.2020.

produto patenteável. Daí a importância do princípio da especificidade protetiva.

No caso do *software*, em particular, o prazo de proteção de 50 anos a contar de sua criação parece não respeitar o referido equilíbrio entre o retorno do investimento do particular e o benefício social do domínio público sobre a tecnologia criada. Nas palavras de Heloísa Gomes Medeiros, ao proteger por tanto tempo (50 anos) bens jurídicos que entram em obsolescência em curtíssimo período, referida proteção tutelaria “verdadeiras peças de museu”.<sup>416</sup>

Marcos Wachowicz destaca quatro argumentos que evidenciam a incongruência do prazo legal de 50 anos de proteção intelectual/autoral ao *software*<sup>417</sup>:

(i) no mercado informático, as inovações tendem a se tornar obsoletas em menos de 2 anos, tornando ineficaz a proteção intelectual de 50 anos. Não faz sentido proteger algo obsoleto sob o fundamento de retorno do investimento do desenvolvedor dessa tecnologia;

(ii) é necessário encarar o sistema informático como um todo. Na medida em que são criados *softwares* mais complexos e elaborados, também é necessária inovação no meio dos *hardwares*, criando máquinas capazes de processar estes *softwares*. Contudo, a proteção intelectual da inovação no *hardware* será de no máximo 20 anos (por meio de patente de invenção), entrando em domínio público 30 anos antes do *software*;

(iii) o *firmware*, enquanto bem jurídico híbrido<sup>418</sup> (composto ao mesmo tempo por *hardware* e *software*), terá sua inovação protegida de forma díspare e dissociada. Uma só tecnologia, com uma só funcionalidade, terá proteção autoral e industrial que perdurarão por prazos bastante diferentes;

(iv) o aumento do prazo de proteção (era de 25 anos durante a vigência da lei 7.646/1987 – antiga lei de *software* – e aumentou para 50 anos na lei 9.609/1998) não teria justificativa senão para criação ou

---

416 MEDEIROS, 2019, p. 185-186.

417 WACHOWICZ, 2009, p. 164-165.

418

manutenção de monopólios. Isto pois o planejamento dos investidores em pesquisa e desenvolvimento está relacionado ao prazo para obtenção de retorno (recuperar o valor investido e obter lucro), assim, é desarrazoado aumentar para 50 anos algo que foi projetado para trazer retorno em 25 anos.

O aumento do prazo legal de proteção no Brasil, descrito neste último argumento, se deve ao plano internacional. O prazo de proteção aos programas de computador fixado no art. 12 do Acordo TRIPS foi de 50 anos, e o referido acordo foi ratificado no Brasil em 1994<sup>419</sup>. Assim, a Lei 9.609/1998 alterou o prazo da lei anterior para se adaptar ao referido acordo.

A Diretiva Europeia 91/250/CEE (1991) – que reforçava a equiparação da proteção do *software* à das obras literárias na forma da Convenção de Berna – previa, no seu art. 8<sup>o</sup><sup>420</sup>, o elevadíssimo prazo de proteção autoral de 50 anos após a morte do último autor (e não da criação da obra). Isso foi corrigido na Diretiva 2009/24/CE, que revoga o referido artigo e deixa a cargo das legislações nacionais estabelecer o prazo de proteção do programa de computador. Manoel Joaquim Pereira dos Santos explica que a intenção da Diretiva anterior era de utilizar o prazo de 70 após a morte do autor, para torná-lo padrão. Ao final optaram por reduzi-lo a “apenas” 50 anos – prazo que, ainda assim, só seria justificável pensando-se na equiparação à proteção autoral.<sup>421</sup>

---

419 Vide item 1.3 (tratados e legislações internacionais: premissas básicas).

420 Artigo 8<sup>o</sup> Duração da protecção. “1. A protecção será concedida durante a vida do autor e por um período de cinquenta anos após a sua morte ou após a morte do último autor vivo; se o programa de computador for uma obra anónima ou sob pseudónimo ou se a legislação nacional considerar que o seu autor é uma pessoa colectiva, nos termos do n<sup>o</sup> 1 do artigo 2o, a protecção será concedida por um período de cinquenta anos a contar da data em que o programa de computador se tornar legitimamente acessível ao público. Presume-se que a protecção tem início no dia 1 de Janeiro do ano seguinte à ocorrência dos factos acima mencionados.

2. Os Estados-membros onde a duração da protecção é já superior à prevista no n<sup>o</sup> 1 poderão manter a duração actual, até uma harmonização mais geral por legislação comunitária, do período de protecção das obras sujeitas a direitos de autor.

421 SANTOS, 2008, p. 129.

De fato, mesmo o prazo atual da Lei 9.609/1998, - bem menor do que o prazo previsto na antiga diretiva europeia -, é mais longo que o das proteções relativas às criações industriais (no máximo 20 anos). Isso ocorre em função da equiparação da expressão do *software* à obra literária, e foi inclusive um dos motivos do *lobby* estadunidense para escolha do regime das obras protegidas por direitos autorais<sup>422</sup>.

Todavia, não leva em conta o caráter *sui generis* (ou, ao menos, da menor importância) do *software*. A inovação trazida (e talvez até mais relevante para o mercado) é aquela presente na função utilitária exercida pelo *software*. A expressão desta funcionalidade - o que se protege - somente descreve uma maneira de se atingir aquela funcionalidade. Ao que parece, a estipulação de prazo mais próximo ao das criações industriais para revelação dessa expressão seria mais adequada.

Ao falar desenvolvimento econômico/cultural no contexto da propriedade intelectual, é comum pensar, quase que imediatamente, em patentes (patentes de invenção ou modelo de utilidade), cultivares, entre outros tantos tipos de inovações relacionadas a soluções práticas e palpáveis (desenvolvimento de novo medicamento, máquinas capazes de acelerar sobremaneira o ritmo de produção de bens destinados aos bens estar do ser humano), componentes da propriedade industrial.

Assume-se, portanto, que ao cair em domínio público, determinado bem passará estar disponível de forma permanente ao, cumprindo de vez a função para o qual foi criado, de pertencer à sociedade. Como bem assinalado por Denis Barbosa, não se trata de estar livre para ser apropriado por outrem de forma gratuita, mas de estar disponível para coletividade. Até porque, bem imateriais não tem caráter esgotável.

Destaca-se, portanto, que apesar da sua natureza eminentemente privada, a propriedade intelectual possui também forte caráter

---

422 Vide item 1.2 e ASCENSÃO, 1997, p. 668.

publicísticos, de natureza estruturalista, gozando de forte afinidade com o Direito Concorrencial, como destaca Calixto Salomão Filho<sup>423</sup>:

“O direito industrial é, ao contrário, um campo no qual os princípios concorrenciais tem particular aplicação. Ocorre que esses princípios são publicísticos, isto é, tendentes à proteção da difusão do conhecimento e não à proteção privada de concorrentes. Mais do que isso. Esses princípios impõem uma visão estruturalista do processo econômico, em que monopólios são a exceção e não a regra. E mais, quando admitimos, como no caso das patentes, devem sê-lo se e somente se houver garantias de acesso de concorrentes e usuários (consumidores). Interpretado com base nesses princípios, o direito industrial não apenas ganha novas hipóteses legais de incidência, como passa a ter uma disciplina muito mais abrangente e rígida a um só tempo.” (...) “Visto como forma de proteger e estimular os investimentos em tecnologia e as inversões na construção da reputação de um determinado produto, os privilégios consistentes nas patentes e nas marcas, respectivamente, ganham uma distinta conotação concorrencial, no sentido estruturalista e publicístico acima identificado. Passam a ser formas de proteção da instituição “concorrência” e do acesso ao conhecimento e informação por parte dos consumidores.”

Ainda sobre a não oponibilidade entre o Direito Industrial e o Direito Antitruste, Nuno Pires de Carvalho pondera que<sup>424</sup>:

---

423 SALOMÃO FILHO, Calixto. Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 151.

424 CARVALHO, Nuno Pires de. A propriedade intelectual como fator de diferenciação e o papel fundamental que desempenha para assegurar a livre-concorrência. Revista dos Tribunais, vol. 968/2016, Jun/2016, p. 255 – 287.

A propriedade intelectual é expressão da liberdade econômica. Por isso não deveria ser surpresa que ela, quando corretamente estabelecida, protegida e utilizada, seja a essência das economias competitivas. A diferenciação é o alimento e a expressão da liberdade individual do ser humano. E é a propriedade intelectual que garante a expressão comercial dessa liberdade. Não há, portanto, um conflito inerente entre a propriedade intelectual e a livre-concorrência. Pelo contrário: esta não existe sem aquela.

Não restam dúvidas, portanto, que as regras do Direito Antitruste são importantes instrumentos para que se possa evitar abusos dos agentes econômicos, a partir de uma premissa legítima e legal – concessão de direitos intelectuais sobre determinados produtos –, e possa dar efetividade à função primária da propriedade intelectual.

Como lembra Leandro Saito, tanto os direitos intelectuais como o direito concorrencial objetivam, em último caso, a promoção do bem-estar social. Por conseguinte, ainda que a exclusividade conferida pelos direitos intelectuais limite a concorrência em um primeiro momento (quando se pensa em concorrência estática), a longo prazo esta deverá fomentá-la, sob a perspectiva da concorrência dinâmica.<sup>425</sup>

### **3. LIVRE CONCORRÊNCIA, TEORIA DA DIFERENCIAÇÃO, BARREIRAS DE ENTRADA NO MERCADO E ABUSO DO DIREITO.**

Nas lições sobre o espírito capitalista, Ripert assinala que, na modernidade capitalista, não se encontra o referido apego/afetividade pelos bens adquiridos. A agitação da vida moderna não lho permite. Basta ao homem médio moderno que saiba que poderá, devido à sua riqueza, adquirir o que desejar mediante pagamento. Ripert afirma

---

425 SAITO, 2012. P. 125/127

que “a riqueza é poder mais que gozo”<sup>426</sup>. Com efeito, nota-se uma inversão na relação entre riqueza e poder. Enquanto antigamente podia-se dizer que quem exercia o poder era rico, agora quem é rico é que exerce o poder.

Trata-se de uma sociedade de informações, de fluidez – seja de ideias, de acesso ao conhecimento, ou de acesso à tecnologia. O ter relacionado a propriedade material, já não é tão importante se colocado à frente da situação em que a pessoa (física ou jurídica) se insere. Por sua vez, a titularidade da propriedade intelectual sobre um bem pode conferir grande poder de mercado ao seu detentor.

Nesse contexto, é aspecto essencial para se destacar em meio à concorrência, a diferenciação do produto/serviço. Numa situação de concorrência perfeita, as pessoas diferenciariam os seus produtos por meio dos preços, do tempo de entrega, da localização das lojas, ou por meio da conquista da lealdade do consumidor. Outros, poderiam utilizar-se de instrumentos de propriedade intelectual, como melhoramentos técnicos, ou design mais agradável. Essa segunda possibilidade (melhoramentos técnicos e visuais), vem se mostrando significativas, a ponto de relativizar a busca por um menor preço – isso possibilita o surgimento da chamada “concorrência monopolística”.

Nuno Pires de Carvalho explica que a denominação “concorrência monopolística”, atribuída por Chamberlin, descreve o fenômeno de poder de impor preços mais elevados (até determinado limite), em função de diferenciações implementadas no produto, que “prendem” (*locked-in*) os consumidores por conta de suas preferências pessoais sobre o produto. No exemplo utilizado pelo autor, novos smartphones da Apple ou Samsung (hoje, pode-se incluir a Xiaomi) não desempenham necessariamente as mesmas funções (entre si ou em relação aos seus concorrentes), e podem ser lançados no mercado com preço acima do praticado por outras fabricantes de *smartphones*,

---

426 RIPERT, Georges. Aspectos jurídicos do capitalismo moderno. Tradução Gilda G. Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. P. 342.

sem que percam mercado, em função da fidelidade dos consumidores em função da diferenciação.<sup>427</sup>

O autor ainda complementa que a diferenciação está presente (muitas vezes como condição *sine qua non*) para a concessão de tutela protetiva por meio de algum dos institutos de propriedade intelectual, pois “Conceitos como novidade, atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade, confidencialidade - todos eles são, afinal, sinônimos de diferenciação”.<sup>428</sup>

---

427 CARVALHO, Nuno Pires de. **A propriedade intelectual como fator de diferenciação e o papel fundamental que desempenha para assegurar a livre-concorrência.** Revista dos Tribunais, vol. 968/2016, Jun/2016, p. 255 – 287. Vale citar a explicação conferida pelo autor: “O objetivo dos empresários seria, claro, vender mais e ganhar mais - levando em conta que, em situação de concorrência, ao contrário do que ocorre no monopólio, para ganhar mais o vendedor tem que vender mais. Chamberlin sugeriu que, ao introduzirem diferenças nos produtos, os concorrentes conseguem adquirir certo poder de determinação dos preços - mas só até certo ponto, posto que se os aumentos de preços forem excessivos, os concorrentes serão motivados a procurar substitutos. Ora, a existência dessas diferenças elimina a homogeneidade dos produtos e faz com que eles não sejam completamente intercambiáveis. Afinal, os smartphones da Apple e da Samsung não desempenham necessariamente as mesmas operações. Na medida (maior ou menor, dependendo da quantidade e da qualidade das características diferenciadoras) em que os consumidores estão dispostos a pagar um preço extra para continuarem fiéis ao aparelho de sua preferência, os fabricantes podem fixar os preços sem se preocuparem com a reação dos concorrentes. Portanto, quando um novo modelo da Samsung ou da Apple chega ao mercado, os consumidores serão insensíveis ao preço, até certa medida. Eles estarão amarrados (*locked-in*) às suas preferências pessoais. Foi a esta capacidade (ainda que limitada) de impor preços com base na diferenciação que Chamberlin chamou de concorrência monopolística.”

428 Idem. Afirma o autor: “A função primordial da diferenciação está presente em todo o espectro da propriedade intelectual e dá consistência e coerência a todos os seus componentes. A prova disto está em que a capacidade diferenciadora é a condição *sine qua non* para a proteção jurídica dos vários elementos da propriedade intelectual. Conceitos como novidade, atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade, confidencialidade - todos eles são, afinal, sinônimos de diferenciação. É nova a invenção que é diferente daquilo que existe no estado da técnica. Atende o requisito da atividade inventiva a invenção que é genuinamente, substancialmente diferente do que existe no estado da técnica. É original a obra que pode ser atribuída a um autor e que é diferente, por seu estilo, às obras dos outros autores. É distintiva a marca que diferencia produtos e serviços. É confidencial a informação que alguém possui e que é diferente daquilo que os outros sabem. Todos os requisitos substantivos que os ativos intangíveis têm que obedecer para poderem ser tratados como objetos da propriedade intelectual giram em torno das diferenças. Em sentido contrário, é também expressão da função diferenciadora da propriedade intelectual a repressão de práticas que constituem ou causam confusão, imitação, plágio, engano ou prejuízo à reputação dos concorrentes.”

Destacada a significativa vantagem concorrencial ocasionada pela concessão de direitos de propriedade intelectual (especialmente no caso da propriedade industrial), fica claro que a concessão de direito industrial (o mesmo não ocorre no Direito de Autor, cujo registro não é ato constitutivo de direitos) é exceção, sendo o acesso irrestrito do público a informações.

Isso porque os direitos intelectuais não podem ser protegidos de acordo com a aplicação do direito de propriedade; tampouco se aplica a eles a tragédia dos comuns, da teoria econômica tradicional. Isso ocorre pois a informação/conhecimento (objeto da tutela do direito intelectual) não é um bem escasso, não é esgotável.<sup>429</sup>

Calixto Salomão Filho destaca que a concessão da patente é exceção no sistema. O que justifica sua existência, enquanto exceção, e a torna efetivo estímulo à pesquisa e desenvolvimento em detrimento dos *free-riders*, é o requisito da atividade inventiva. O avanço tecnológico proporcionado pela atividade inventiva é o que impede que o direito de exclusivo se torne um meio de criação de monopólio.<sup>430</sup>

O autor aponta que não é mais cabível a doutrina tradicional do direito industrial, que apontava para a interpretação monopolística do direito de exclusividade de exploração decorrente da concessão de carta patente. Essa interpretação decorre da época em que havia somente os requisitos da novidade e da aplicação industrial, pois permitia aos *free-riders* a apropriação de descobertas, ou o registro de bens muito próximos aos já existentes no estado da técnica, prolongando sua proteção.

Após a adesão ao tratado de Estocolmo, em 1967, foi acrescentado o requisito da atividade inventiva. Referida adição parece singela, mas

---

429 SAITO, Leandro. A “**propriedade**” intelectual como barreira à entrada de novos players no mercado de **softwares**. São Paulo: IBPI, 2012. p. 39.

430 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 130. Nas palavras do autor: “O requisito da atividade inventiva torna, portanto, a concessão da patente um verdadeiro estímulo ao investimento na pesquisa científica, impedindo a ação do *free-rider*. Evita, portanto, a exploração monopolista e anticoncorrencial do Direito Industrial. Assim, pode-se dizer que a patente não é a regra, e sim a exceção, que só se justificará caso relevante atividade inventiva tenha sido realizada.”

mudou substancialmente a interpretação dos direitos daquele que possui determinada patente e da relação da patente com a sociedade como um todo. Isso ocorre, pois, a inventividade torna necessário um salto maior em relação ao estado da técnica, uma inovação efetiva. Por isso não bastam os requisitos da novidade e da aplicação industrial. É necessário que haja um salto tecnológico, escapando à obviedade para os técnicos no assunto.

Todavia, a relação entre os direitos industriais e práticas antitruste sofreu sensíveis alterações nos últimos 30 anos, com a mudança da importância da informação no contexto econômico social. Anteriormente, notava-se situação conflitante entre direitos industriais e concorrenciais, conflito este resolvido em função do grau hierárquico superior (até então) da propriedade intelectual. Determinado sujeito de direito deveria ter conduta condizente com as diretrizes concorrenciais, a não ser que tivesse direito a algum exclusivo que permitisse proceder de forma diferente naquele ponto.<sup>431</sup>

Isso ocorria enquanto a informação ocupava papel acessório/periférico na dinâmica do mercado. Este panorama mudou. Com a transição da informação para posição central do sistema econômico social surgem novos problemas, de maior complexidade, que tornam o modelo anterior insuficiente. Assim, propriedade intelectual e as práticas antitruste deixam de exercer situação de oposição, e passam a atuar de forma complementar, a ponto de justificar a atribuição de

---

431 GRAU-KUNTZ, Karin. **A interface da propriedade intelectual com o direito antitruste**. Exposição apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 22.08.2011, disponível em <http://ibpibrasil.org/40693/64901.html>. Acesso em: 10 ago. 2020. A autora afirma que: “Tendo em conta a transformação do papel da informação na estrutura econômico-social nas últimas três décadas, é certo que também a estrutura da compreensão legal do processo de interação da propriedade intelectual com o direito antitruste sofreu transformações. Eu recorro neste momento que o direito é uma manifestação cultural e que ele vai se desenvolvendo naturalmente com as transformações sociais. Enquanto a informação ocupava uma posição acessória na estrutura econômico-social – eu me refiro aqui à sociedade industrial – entendia-se que os direitos exclusivos de propriedade intelectual estavam em uma relação de oposição ao direito antitruste. Entre eles haveria uma relação de conflito, que vinha bem expressa na frase “o legislador não pode tirar com uma mão, o que deu com a outra”, de forma que o princípio da liberdade de concorrência deveria ceder frente ao direito exclusivo.”

um direito de exclusivo justamente com base no seu poder de fomento à defesa da concorrência (desde que, logicamente, preenchidos os requisitos técnicos básicos para concessão do exclusivo, como atividade inventiva, novidade e aplicabilidade industrial no caso da patente, e assim por diante).<sup>432</sup>

Neste panorama, só haverá oposição entre direitos industriais e concorrenciais (em detrimento da sua relação de complementaridade) quando os direitos de exclusivo forem utilizados com abuso, extrapolando sua função econômico-social, e servindo preponderantemente para que seu titular se coloque em posição de poder/domínio de mercado em relação a seus concorrentes.<sup>433</sup>

Leandro Saito elenca, em síntese, quatro grupos de práticas abusivas perpetradas pelos detentores de direito de exclusividade intelectual sobre determinado bem: “(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.”<sup>434</sup>

Como exemplos de práticas abusivas na aquisição de direitos de exclusividade, pode-se citar, por exemplo, o *patent leveraging*, com o emprego de patentes como forma de impedir a entrada de competidores no mercado ou, no mercado de *softwares*, os agentes econômicos em

---

432 GRAU-KUNTZ, 2011. Afirma a autora: “No momento em que a informação passa a se deslocar da posição acessória para o centro da estrutura econômico-social essa análise estática, calcada em uma relação de oposição entre os institutos jurídicos, deixa de ser suficiente para fazer frente à complexidade dos problemas que vão surgindo e, assim, passa a perder espaço para uma técnica de análise dinâmica, que se concentra nos efeitos do título exclusivo na estrutura de mercado. O direito de propriedade intelectual, por depender naturalmente do mercado, só poderá ser exercido em conformidade com as regras de preservação e com os fins políticos dos mercados. Esse pensamento vem bem expresso em uma frase de LEHMANN, que qualificou a propriedade intelectual como “limitações na concorrência voltadas a incentivar a concorrência”. As teses construídas a partir de uma noção hierárquica, que criam ver o direito de propriedade intelectual imune à aplicação do antitruste, são então definitivamente afastadas e a garantia do direito exclusivo de propriedade intelectual passa a ser justificada em razão de seu potencial instrumental concorrencial. A relação entre o direito de propriedade intelectual e o direito antitruste é compreendida como de complementaridade.”

433 SAITO, 2012, p. 128.

434 Idem. Ibidem., p. 134.

posição dominante podem usar referida exclusividade de exploração para impedirem terceiros de exercerem serviços subsidiários. Já a ação concertada entre agentes econômicos pode ocorrer por meio da restrição de acesso a certos bens, com intuito de impedir a competição justa. A ação unilateral abusiva do agente econômico ocorre quando se extrapola o limite da proteção intelectual a ponto de ocasionar desvirtuamento da finalidade protetiva destes direitos, como, por exemplo, quando o titular da patente se recusa a licenciá-la, ou quando realiza o licenciamento por um preço abusivo (inviabilizando seu uso).<sup>435</sup>

#### **4. INTERFACE ENTRE O SOFTWARE E A CONCORRÊNCIA.**

A interface entre *software* e concorrência se mostra ainda mais complexa do que a já polêmica relação entre Propriedade Industrial e Direito Antitruste. Isso porque, como afirmado, o *software* é figura *sui generis* no que tange à concessão de um direito de exclusivo que se adequa a sua natureza jurídica e a realidade mercadológica na qual este se insere.

Assim, nota-se que eventuais abusos de agentes econômicos ou o surgimento de situações que impliquem numa piora no bem estar do consumidor não decorrem somente de situações puramente concorrenciais, mas também da própria estrutura protetiva do *software*. Leandro Saito, em apurada análise das decisões proferidas pelos tribunais estadunidenses e pela Comissão Europeia, afirma que os problemas da tutela do *software* decorrem da sua estrutura protetiva. Enquanto vinculado ao direito autoral, o tempo da proteção é exageradamente extenso, dificultando o exercício da interoperabilidade (e, vale adicionar, aumentando a necessidade da prática da engenharia reversa).<sup>436</sup>

---

435 Idem. Ibidem, p. 134.

436 SAITO, 2012, p. 226-227. Afirma o autor: “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

Sobre a interoperabilidade entre programas (possibilidade de comunicação entre programas complementares), Manoel Joaquim Pereira dos Santos afirma que esta tem relação com a concorrência desleal, e conseqüentemente com a ordem pública, pois, por exemplo, “é imperativo que dois programas complementares ou um programa periférico e o computador se comuniquem”. O autor ainda acrescenta que programas de arquitetura aberta favorecem a concorrência e impedem o monopólio, na medida em que são plenamente interoperáveis.<sup>437</sup>

O exemplo mais claro da crítica ao sistema protetivo do *software* por seu efeito anticoncorrencial ou monopolista seria o da Microsoft, que exerce posição de dominância no setor dos sistemas operacionais. Como destacado anteriormente, praticamente todos os programas e aplicativos criados devem ser interoperáveis em relação ao sistema operacional Windows, da Microsoft. Para Leandro Saito, este fato resulta em duas importantes barreiras de entrada para novos competidores, quais sejam: (i) o efeito de rede; (ii) a estrutura da propriedade intelectual do *software*.<sup>438</sup>

O efeito de rede relaciona-se à interface entre programa e usuário (*look and feel*) e entre programas em si (interoperabilidade). Quanto mais pessoas usam determinado tipo de programa, maior efeito diferenciador, em função da tendência de fidelidade destes consumidores ao produto/serviço. A questão da propriedade intelectual relaciona-se com a interoperabilidade, pois o sistema de proteção decorre da atribuição de direitos autorais e sigilo sobre o código-fonte, e este é essencial para que se possa exercer a interoperabilidade, visto que sem acesso ao código-fonte, torna-se muito dificultoso

---

questão de fundo se relaciona à estrutura da proteção do *software* que, em vinculação jurídica à 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.”

437 SANTOS, 2008, p. 284.

438 SAITO, 2012, p. 14-15.

criar sistema operacional compatível com aquele predominante no mercado.<sup>439</sup>

Todavia, estes problemas concorrenciais ocasionados pela aplicação da proteção do Direito de Autor ao *software* não seriam resolvidos com uma simples mudança para o sistema de patentes. Como aponta Leandro Saito, a proteção patentária do *software* como regra (em detrimento do Direito de Autor) impediria o desenvolvimento de soluções informáticas de utilidade semelhante, pautadas em expressões literais distintas, o que geraria uma indesejada “exclusividade sobre a ideia (...), criando uma enorme barreira ao desenvolvimento de processos criativos novos e independentes.”<sup>440</sup>

Sobre as patentes de *software* no sistema estadunidense, James Bessem e Michael Meurer destacam que há grande chance de a descrição dos objetos patenteados serem muito abstratas<sup>441</sup>, prejudicando a especificidade que deve permear a propriedade intelectual para que não haja lesão à concorrência:

---

439 SAITO, 2012, p. 14-15. Afirma o autor: “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. 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 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*.”

440 SAITO, 2012, p. 227.

441 BESSEN, James. MEURER, Michael J. **Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk** New Jersey: Princeton University Press, 2008. p. 187/188.

Apesar de nem todas as patentes de *software* conterem reivindicações abstratas, a tecnologia facilita a existência de reivindicações abstratas. Ademais, as decisões dos tribunais na década de 1990 enfraqueceram as doutrinas que restringiam a existência de reivindicações abstratas nas patentes de *software*, em particular. *Software* também parece ser a área com o maior número de patentes relativamente óbvias. Por estas razões, não é surpreendente que parte substancial dos litígios envolvendo patentes, envolvem patentes de *software*<sup>442</sup>

Os autores ainda apontam que a maior parte dos litígios envolvendo patente nos EUA são relacionados a patentes de *software*. Denis Borges Barbosa, contudo, ao analisar a obra de Bessem e Meurer, aponta que o problema mencionado pelos autores se relaciona com o sistema estadunidense de patentes, que concedeu referidas patentes com atitude casual e parcial, gerando patentes triviais e obscuras. Na opinião do autor, tal problema não ocorreria no Brasil, pois as patentes de *software* nacionais não deverão ser concedidas se não forem claras como as das áreas da mecânica ou da química, por exemplo. Com efeito, Barbosa aponta que “uma patente de *software* só será igual a uma patente de *hardware* que tenha igual funcionalidade se os rigores e as exigências desta sejam exatamente impostas àquelas, especialmente os rigores na construção das reivindicações”.<sup>443</sup>

De toda forma, nota-se que existem claros problemas no sistema de proteção intelectual do *software*, visto que além dos problemas enfrentados pelas patentes de produtos que contêm programas de computador embarcados, a proteção do *software* por meio da aplicação

---

442 Tradução livre do original: “Although not all software patents contain abstract claims, the technology facilitates abstract claiming. In addition, court decisions in the 1990s have undermined legal doctrines that restricted abstract claims in software patents in particular. Software also seems to be an area with large numbers of relatively obvious patents. For these reasons, it is not surprising that a substantial share of current patent litigation involves software patents.”

443 BARBOSA, 2010, p. 2002.

do regime autoral – que não raro conta com constantes dilatações do seu prazo de proteção, com a atualização de um mesmo programa de computador -, em conjunto, deram aos detentores do direito de exclusividade sobre o *software*.<sup>444</sup>

Considerando que, a princípio, não se encaminha uma mudança no sistema protetivo do *software*, e a criação de um novo sistema *sui generis*, mais adequada aos anseios sociais, se mostre uma tarefa homérica (tanto pela criação desse sistema em si, quanto pela falta de interesse dos agentes econômicos que atualmente detêm estes direitos), a aplicação efetiva das regras do Direito Antitruste às transações comerciais que envolvem o *software* é uma importante ferramenta para coibir abusos.

Nota-se forte caráter dualístico na propriedade intelectual: enquanto a liberdade – que é sua essência, enquanto liberdade econômica para criar, empreender e inovar -, somada ao direito “exclusivo”, temporariamente concedido, tem caráter primariamente privado, o acesso à informação, a necessidade de desenvolvimento econômico/cultural e a defesa da concorrência justa se fundam em bases constitucionais, de direito público.

No caso do *software*, a situação não é diferente. Todavia, existe o problema adicional da inadequação dos modelos de proteção intelectual aplicados ao *software* – o que, diga-se, não é um problema nacional, mas mundial – cuja natureza jurídica *sui generis* não permite que as estruturas do modelo patentário e/ou do modelo autoral se encaixem a ele de forma adequada.

Assim, embora não seja capaz de resolver inteiramente o problema, a efetiva aplicação das regras do direito concorrencial ao mercado de *software* demonstra ser ferramenta importante para sua regulação, de forma a coibir abusos e gerar bem estar social.

---

444 SAMUELSON, Pamela. *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*. UC Berkeley Public Law Research Paper n. 1.323.818. 2008, disponível em <<https://www.law.berkeley.edu/php-programs/faculty/facultyCVPDF.php?facID=346>>. Acesso em: 20 jun. 2019

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se forte caráter dualístico na propriedade intelectual: enquanto a liberdade – que é sua essência, enquanto liberdade econômica para criar, empreender e inovar –, somada ao direito “exclusivo”, temporariamente concedido, tem caráter primariamente privado, o acesso à informação, e a necessidade de desenvolvimento econômico/cultural, e a defesa da concorrência justa, se fundam em bases constitucionais, de direito público.

No caso do software, a situação não é diferente. Todavia, existe o problema adicional da inadequação dos modelos de proteção intelectual aplicados ao software – o que, diga-se, não é um problema nacional, mas mundial – cuja natureza jurídica *sui generis* não permite que as estruturas do modelo patentário e/ou do modelo autoral se encaixem a ele de forma adequada.

Assim, embora não seja capaz de resolver inteiramente o problema, a efetiva aplicação das regras do direito concorrencial ao mercado de software demonstra ser ferramenta importante para sua regulação, de foram a coibir abusos e gerar bem estar social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A Transferência de Tecnologia no Brasil: Aspectos Contratuais e Concorrenciais da Propriedade Industrial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARBOSA, Denis Borges. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Coord.). **Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 17-40.

----- In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. **Propriedade intelectual - criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BESSEN, James. MEURER, Michael J. **Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk** New Jersey: Princeton University Press, 2008

CARVALHO, Nuno Pires de. **A propriedade intelectual como fator de diferenciação e o papel fundamental que desempenha para assegurar a livre-concorrência.** Revista dos Tribunais, vol. 968/2016, Jun/2016, p. 255 – 287.

CASTRO, Carla Frade. **Propriedade intelectual no CADE: a evolução para a afirmação de uma competência.** Revista do IBRAC, v. 23, p. 241.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os Fundamentos do Antitruste.** 8 ed. São Paulo: RT, 2015.

----- **A evolução no Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GARCIA, Balmes Vega. Propriedade industrial. In: JORGE, André Lemos et al (Org.). Coletânea da atividade negocial. São Paulo: Uninove, 2019. Disponível em: <<https://s3.uninove.br/app/>

uploads/2016/06/09161359/1575926038-1575926038-livro-coletanea-da-atividade-negocial-09122019.pdf>

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU-KUNTZ, Karin. **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>,

MEDEIROS, Heloísa Gomes. **Software e direitos de propriedade intelectual**. Curitiba: GEDAI, 2019.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Tradução Gilda G. Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

SAITO, Leandro. **A “propriedade” intelectual como barreira à entrada de novos players no mercado de softwares**. São Paulo: IBPI, 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

----- . **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

----- . **Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público**. Revista CEJ, Brasília, n. 35, p. 12-19, out./dez. 2006

SAMUELSON, Pamela. **The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law**. UC Berkeley Public Law Research Paper n. 1.323.818. 2008, disponível em <https://www.law.berkeley.edu/php-programs/faculty/facultyCVPDF.php?facID=346>

SANTOS, Manuella. **Aspectos constitucionais da propriedade intelectual**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 71/2010, Abr-Jun/2010. p. 178 - 202

SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual**. 7 ed., Barueri: Manole, 2017.

SHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e a Democracia**. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SOMENSI, Ludmila. **O exercício abusivo da propriedade intelectual como infração à ordem econômica**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (USP), 2017.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da tecnologia da informação**. Curitiba: Juruá, 2009.

WALD, Arnaldo. **Da natureza jurídica do software**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 22, n. 87, jul./set., 1985. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181635>>.