

---

# PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO ANTITRUSTE: A VELHA E A NOVA ECONOMIA EM DISPUTA

*INTELLECTUAL PROPERTY AND ANTITRUST LAW: THE OLD AND THE NEW ECONOMY IN DISPUTE*

---

*Leandro Novais e Silva*

*mestre e doutor em Direito Econômico pela UFMG;*

*Aprovado em concurso público para Professor Adjunto de Direito Econômico da UFMG; Pesquisador associado do Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação (NECTAR-ITA) e Procurador do Banco Central do Brasil*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A proteção dos direitos de propriedade intelectual sob a ótica da AED; 2 A concepção do direito antitruste como política pública de Estado; 3 Interação entre propriedade intelectual e direito antitruste; 3.1 Quando os direitos de propriedade intelectual geram problemas antitruste; 3.2 Reflexões sobre a Supreme Court's Illinois Tool Works Decision 547 U.S. 28; 4 A propriedade intelectual no centro do debate entre a velha e a nova economia; 4.1 Destruição criativa: a velha e a nova economia em disputa; 4.2 Reforço da clássica proteção aos direitos de propriedade intelectual (direitos autorais); 4.3 Repensando o copyright na nova economia e o espírito antitruste; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo debate a interação entre a propriedade intelectual e o direito antitruste, com enfoque para a proteção dos direitos autorais e as novas tecnologias. Com a investigação de Direito Comparado, em particular do Direito norte-americano, referência na matéria, estabeleceu-se um histórico da interação, com apontamento jurisprudencial. Detectou-se os principais pontos problemáticos na interseção entre a propriedade intelectual e o direito antitruste. Nessa linha, aprofundou-se o debate sobre o emergente choque entre os direitos autorais e as novas tecnologias. Discutiu-se, assim, com suporte no histórico já delineado anteriormente, as soluções para a renovação da proteção dos direitos autorais no ambiente digital, com destaque para as legislações americanas denominadas SOPA (Stop On line Piracy Act) e PIPA (Protect Intellectual Property Act) e também as negociações internacionais em torno do ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement). Por fim, o artigo oferece uma proposta alternativa de regulação da matéria, cujo enfoque – orientado pelo espírito antitruste – garante proteção à criação autoral, em especial quanto à distribuição do conteúdo criado e os efeitos patrimoniais daí decorrentes, mas que o regime protetivo fosse igualmente compatível e adaptado à realidade das novas mídias digitais. O suporte teórico que embasou a respectiva proposta foi a Análise Econômica do Direito (AED).

**PALAVRAS-CHAVE:** Propriedade Intelectual. Direito Antitruste. Interação. Direitos Autorais. Novas Tecnologias. Jurisprudência Norte-Americana. Proposta Regulatória. Análise Econômica do Direito.

**ABSTRACT:** This article discusses the interaction between intellectual property and antitrust law, focusing on the protection of copyright and new technologies. With the investigation of comparative law, particularly the American law, a reference in the field, established a history of interaction with judicial appointment. It turned out the main trouble spots in the intersection between intellectual property and antitrust law. Along this line, deepened the debate on the emerging clash between copyright and new technologies. It has been argued, therefore, supported the historical context outlined above, the solutions for the renewal of copyright protection in the digital environment, with emphasis on the U.S. legislation called SOPA (Stop On-line Piracy Act) and PIPA (Protect Intellectual Property Act) and also the international negotiations around ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement). Finally, the article offers an alternative proposal to regulate the matter, whose approach - guided by the spirit of antitrust - ensures protection

of authorial creation, especially regarding the distribution of content created and the resulting balance sheet effects, but that the scheme would also be protective compatible and adapted to the reality of the new digital media. The theoretical support that its proposal was based the the Economic Analysis of Law (AED).

**KEYWORDS:** Intellectual Property. Antitrust Law. Interaction. Copyright. New Technologies. U.S Jurisprudence. Regulatory Proposal. Economic Analysis of Law.

## INTRODUÇÃO

A interação entre Direito Antitruste e o Direito da Propriedade Intelectual revela, na maior parte dos casos, sintonia e harmonização. São direitos complementares, enfatiza a literatura jurídico-econômico<sup>1</sup>. Os direitos de propriedade intelectual, em definição ampla (propriedade industrial e direitos autorais), proporcionam proteção ao autor/inventor, incentivam a inovação e o remuneram pela descoberta; tal regra de incentivo, tipicamente estudada pela Análise Econômica do Direito<sup>2</sup>, ao resultar em inovação, acirra a competição, a busca por novos produtos e serviços, de melhor qualidade e menor preço. Exatamente o que defende a filosofia antitruste.

Há casos, no entanto, de *abuso* do direito de propriedade intelectual. O incentivo à inovação pode encobrir estratégia anticoncorrencial. O objetivo se torna menos a proteção da inovação, mas a proteção contra os concorrentes. No caso do uso abusivo da propriedade industrial a sanção específica é a licença compulsória<sup>3</sup>. Nesse ponto, a interação antes harmoniosa e complementar, torna-se conflituosa. O antitruste revela o remédio contra o uso abusivo do direito<sup>4</sup>.

1 Cf. LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press: New York, 2011. 681p.

2 POSNER, Richard A. Intellectual Property: The Law and Economics Approach. *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 19, n. 2 (spring, 2005), p. 57-73.

3 No caso brasileiro, a disciplina está na Seção III da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. O art. 68 tem a seguinte redação: "O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial".

4 O abuso do direito de propriedade intelectual pode eventualmente configurar concorrência desleal, cuja proteção é abrangida pela Lei de Propriedade Industrial. No entanto, quando a própria coletividade é prejudicada, e não necessariamente o concorrente, o abuso pode configurar infração à ordem econômica (art. 36, XIV, da Lei n. 12.529/2011), cuja recomendação de penalidade é imposta no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (art. 38, IV, letra "a").

A literatura jurídico-econômico americana<sup>5</sup>, em particular, cuida dos eventuais choques entre a propriedade industrial (patentes de invenção; modelo de utilidade; desenho industrial; marca), com ênfase nas patentes, e o direito antitruste. No entanto, mais rara é a exploração da interação entre os direitos autorais e o direito antitruste.

Uma investigação possível é se há abusos no uso dos direitos autorais e suas implicações concorrenciais. Mas, especialmente, se o direito antitruste pode participar da modelagem da *distribuição* dos direitos autorais na nova economia tecnológica. É esta a linha e o objetivo essencial do artigo: buscar lições da interação entre o direito antitruste e o direito de propriedade intelectual, empregando-as particularmente no caso dos direitos autorais.

E nenhum debate hoje está mais em evidência, com sensíveis implicações para o Direito e a Economia, do que a proteção dos direitos de propriedade intelectual, em particular os direitos autorais, em face das mídias digitais, com ênfase na internet. O debate americano sobre o tema tem encontrado ampla repercussão, com a participação de inúmeros especialistas, de diferentes tendências, cujo foco essencial é a discussão sobre as novas legislações que reforçam a proteção dos direitos de propriedade intelectual, coibindo com rigor a cópia/distribuição ilegal de conteúdo pela internet.

O debate acima contextualizado permite identificar, ainda que de maneira reducionista e artificial, duas indústrias econômicas “peso-pesado”<sup>6</sup>: (i) a antiga indústria do entretenimento americano, capitaneada por Hollywood, e a (ii) indústria das novas tecnologias, cujas empresas atuam basicamente na internet. A discussão sobre a proteção do direito de propriedade intelectual nessa era digital (como fazer; como restringir; qual o alcance protetivo) configurou o real embate entre a velha e a nova economia. A primeira a defender o reforço tradicional da proteção dos direitos de propriedade intelectual; a segunda, contra tais restrições, defendendo a liberdade de expressão, a criação e a inovação na internet.

Tendo tal pano de fundo como referência, o artigo procura debater algumas questões: (i) é real a disputa entre a velha e a nova economia?; (ii) a solução é o reforço tradicional dos direitos de propriedade intelectual?; (iii) quais seriam as implicações concorrenciais daí decorrentes? E, se for possível, responder à seguinte pergunta, inovando na abordagem

5 Cf. LEMLEY, Mark A. A New Balance Between IP and Antitrust. *John M. Olin Program in Law and Economics Stanford Law School*, Working Paper, n. 340, April 2007 e LEMLEY, Mark A; BURK; Dan L. *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve It*. The University of Chicago Press: Chicago, 2009. 220p.

6 Cf. In fight over piracy bills, new economy rises against old. *New York Times*, January 18, 2012. Acesso em: 18.janeiro.2012.

sobre o tema: (iv) é possível repensar/readaptar o direito de propriedade intelectual (direitos autorais) em face das novas tecnologias?

Para o desenvolvimento, além desta introdução, o artigo foi estruturado em mais cinco tópicos. O tópico 2, de cunho mais descritivo, trata da proteção aos direitos de propriedade intelectual, com ênfase nas patentes de invenção e nos direitos autorais, pela ótica da Análise Econômica do Direito; o tópico 3, cuida do direito antitruste e de seu alcance como política pública de Estado; o tópico 4, subdividido em dois pontos, realça problemas antitruste gerados pela propriedade intelectual, com ênfase na propriedade industrial, norteando-se por um caso clássico decidido pela Suprema Corte americana; o tópico 5, subdividido em três pontos, faz a transposição da discussão anterior para os direitos autorais, realçando as novas implicações concorrenciais. E no contexto do debate entre a velha e a nova economia, o tópico debate ideias para o *copyright* na nova economia, discutindo as questões levantadas no parágrafo anterior. O tópico 6 traz as conclusões do artigo.

E, finalmente, para tal abordagem utilizar-se-á essencialmente a Análise Econômica do Direito, como método investigativo. A AED reflete objeto de estudo recente na doutrina jurídica nacional, uma vez que só há pouco as cadeiras de direito econômico das principais faculdades brasileiras iniciaram um estudo aprofundado sobre a teoria norte-americana e a sua relação com processos de regulação estatal, desregulação e concorrência<sup>7</sup>.

## 1 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL SOB A ÓTICA DA AED

A ideia básica da proteção à propriedade intelectual, do ponto de vista da Análise Econômica do Direito, reside em que os benefícios (incentivo à inovação e ganhos remuneratórios do inventor/autor) do direito de exclusividade – ou do exclusivo<sup>8</sup> – devem mais que compensar seus eventuais custos (restrição de acesso e de desenvolvimento e

7 Como obra referencial da Análise Econômica do Direito cf. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 4. ed.. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

8 “De início, note-se que a expressão ‘propriedade’ intelectual já denota tomada de posição ideológica, atribuindo às descobertas, criações e inovações a forte proteção ligada à visão clássica dos direitos absolutos: poderes de usar, fruir e dispor, oponíveis erga omnes. Segundo Ascensão, essa qualificação continua a existir ‘com clara função ideológica, para coibir a nudez crua do monopólio sob o manto venerável da propriedade’. Por conta desse viés, vários autores preferem referir-se a ‘exclusivos’ no lugar de ‘direito de propriedade intelectual’” (FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 337).

eventuais problemas concorrenciais). A perspectiva de auferição de lucros move o agente econômico. Caso contrário, o agente tende a não realizar a inovação<sup>9</sup>.

Projetando a análise exclusivamente sobre as patentes de invenção e sobre os direitos autorais é possível identificar nas regras de proteção os respectivos incentivos econômicos<sup>10</sup>.

Nas patentes, segundo dispõe a Lei de Propriedade Industrial<sup>11</sup>, são indispensáveis os requisitos de *novidade, atividade inventiva e aplicação industrial*.

É indispensável que o produto ou método patenteável seja novo. A patente de produtos ou métodos já conhecidos resultaria, economicamente, em desestímulo à produção de novos produtos ou métodos. O estoque de saberes (imateriais) públicos disponíveis também reduziria. O incentivo seria aproveitar o que já foi inventado, reduzindo igualmente a quantidade da informação (insumos livres) para a elaboração de novos conhecimentos. E, por fim, a sistemática de licenciamento de qualquer produto ou método já conhecido acarretaria a elevação de custos de transação, ainda que o licenciamento fosse gratuito. O incentivo que compensa, portanto, orienta-se para a invenção de novo conhecimento, nos limites de compreensão da novidade.

A patente deve expressar atividade inventiva, ou seja, não recair em atividade que seja óbvia. O pressuposto econômico é de proteção da atividade que, regra geral, tenha elevado custo econômico. Daí a ideia de segurança do investimento, com a garantia da remuneração futura. Proteger a descoberta óbvia, aquela que exige baixo investimento, não compensa. Os benefícios da invenção óbvia, sem proteção, são suficientes para suprir os custos de investimento. Basta a sua simples exploração para recompensar o custo da descoberta.

O invento, ainda, deve ter aplicação industrial. Proteger um invento sem aplicação industrial ou comercial imediata não tem lógica

---

9 Em Hovenkamp: "In private market economy, individuals will not invest sufficiently in invention or creation unless the expected return from doing so exceeds the cost of doing so" (HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark D., LEMLEY, Mark A.; LESLIE, Christopher R. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. Aspen Publishers, 2011, § 1.1)

10 O tópico aproveita particularmente as ideias desenvolvidas por Fabiano Teodoro Resende Lara, com destaque para o capítulo 5 (LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Direito do Desenvolvimento e Direito ao Desenvolvimento: análise econômica da função social da propriedade intelectual*. Belo Horizonte: UFMG (tese de doutoramento), 2008. 254p.)

11 Art. 8º da Lei n. 9.279/1996. Há correspondência no artigo 27 do TRIPS (Acordo dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio).

econômica. Configura desperdício de recursos. Alocação inadequada. O benefício é exclusivo do inventor, sem a geração consequente de riquezas oriundas do invento. O invento não geraria benefício ou lucro social, de forma a recompensar sua proteção. Não gera desenvolvimento econômico ou inovação aplicada, razão essencial da proteção.

A não aplicação industrial tem ainda íntima conexão com o *abuso* do direito de propriedade intelectual. Estimula o comportamento de patenteamento estratégico, usado apenas para bloquear outras invenções, gerando problemas antitruste. O benefício econômico decorrente da invenção é postergado no tempo, esperando a descoberta da utilidade da patente, normalmente a ser feita por outro inventor, não pelo originário. Visível estímulo do comportamento parasitário (*free riding*), daquele que não desenvolve a invenção para a utilidade industrial. Funciona simplesmente como obstáculo à inovação por outro concorrente.

Por fim, o regime de proteção da patente, sob a perspectiva econômica, deve evitar a duplicação de investimentos para a invenção. A proteção eficiente deveria levar em conta, além dos requisitos já apresentados, as particularidades da inovação e seu alcance econômico. Quando possível, orientar-se pela fixação de prazos<sup>12</sup> e escopos protetivos diferenciados. O sistema objetivo de proteção – mesmo prazo e mesmo alcance da proteção para qualquer invento – pode premiar, não proporcionalmente, inovações de menor ou maior relevância econômica.

Conquanto a proteção dos direitos autorais tenha, obviamente, especificidades, a transposição da análise econômica obedece a uma lógica protetiva semelhante.

O fundamento econômico de sustentação básica da proteção – que aproxima os dois regimes protetivos – é igualmente no caso dos direitos autorais a *atividade criativa e transformadora* que a obra intelectual deve conter.

Além disso, deve ser expressa em qualquer meio ou suporte, ainda que intangível<sup>13</sup>. Deve ter, assim, representação ou exteriorização, o que equivale aqui a uma ideia de utilidade. Nesse caso utilidade para o

---

12 No Brasil, o art. 40 da Lei n. 9.279/1996 determina que o prazo de duração da patente de invenção será de 20 (vinte) anos contados da data de depósito. Diferentemente, nos Estados Unidos a proteção não é conferida pelo depósito – ou a quem depositou primeiro –, mas verdadeiramente quem inventou primeiro, o que pode demandar intensa análise probatória. Quanto aos direitos autorais, o art. 41 da Lei n. 9.610/1998 determina a proteção por 70 (setenta) anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor.

13 Art. 7º da Lei n. 9.610/1998. Há correspondência no artigo 9, 2, do TRIPS (Acordo dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio).

espírito. Não se protege, assim, a simples ideia, por mais genial que seja, mas a sua expressão, a sua exteriorização por qualquer meio<sup>14</sup>.

Do ponto de vista econômico, a circulação de ideias é totalmente livre. Seria totalmente dispendioso proteger a ideia pura, simplesmente representada. Nesse caso, haveria tão só o estímulo para a produção de ideias originais, não expressas, formando como um “banco de ideias”, aguardando o licenciamento futuro. Além disso, o custo de produção de novas ideias seria impensável. O autor deveria pesquisar quais ideias já foram protegidas, no tal “banco de ideias”, procurar seu autor para licenciá-la e só depois utilizá-la. Não há custo de transação que possa ser calculável para tal operação.

O caráter criativo e transformador também é indispensável. Se não há aqui, integralmente, como na patente, o requisito da *novidade*, é indispensável para a proteção a atividade criativa (ou recriativa, transformadora, com características de originalidade) de uma ideia anteriormente manifestada (expressa). Caso contrário, o retorno econômico do primeiro a manifestar a ideia com o mínimo de expressão, configurando proteção, seria completamente desproporcional ao trabalho necessário para obtê-la.

A recriação, sem plágio, portanto, deve ser protegida, quando novamente expressa. Tal estrutura de proteção cria incentivos econômicos adequados para o crescimento quantitativo e qualitativo do conhecimento humano. Remunera os esforços do autor da obra, permitindo igualmente o uso (recriativo) daquele estoque de matéria-prima, novamente expresso, produzindo novo valor e novo conhecimento.

E, por fim, e sensivelmente importante, a proteção não depende do registro, sendo este facultativo<sup>15</sup>. Se o requisito importante não é a originalidade, mas a ideia representada em um meio, expressa, a veiculação do meio, por si só, realça a proteção, inclusive contra o plágio. Haveria custos elevadíssimos para o sistema protetivo identificar a originalidade da ideia e a sua precedência. Não há eficácia econômica para o registro.

14 “Copyrights protect works of authorship fixed in a tangible medium, such as books, film, diagrams, and sound recordings. Copyright does not protect ideas or facts. The federal copyright statute explicitly states that copyright protection does not extend to ‘any Idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or Discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.’ 17 U.S.C. § 102(b). Rather, copyright protection extends to how an idea is expressed. This is often referred to as the idea/expression distinction in copyright. The dividing line between idea and expression is often hard to define, particularly in cutting edge areas of copyright protection such as software” (LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press: New York, 2011, p. 11).

15 Na legislação brasileira, artigos 18 e 19 da Lei n. 9.610/1998.

Tal característica direciona inegavelmente o sistema de proteção do direito autoral, mais intensamente do que a patente de invenção, do registro para a regulação da distribuição do conteúdo criado. A base essencial da remuneração do autor da obra intelectual vem da distribuição/comercialização do conteúdo criado. Aqui essencialmente o incentivo econômico à criação, o *copyright* na expressão inglesa. O exclusivo se exerce visivelmente pela comercialização da obra, pela reprodução remunerada do trabalho intelectual. Este elemento distintivo – como se verá mais adiante – tem estreita conexão com os modelos de negócio de “comercialização” da obra intelectual, com inegáveis implicações concorrenciais<sup>16</sup>.

## 2 A CONCEPÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ESTADO

As principais escolas do pensamento antitruste – a escola de Harvard<sup>17</sup> e a escola de Chicago<sup>18</sup> – ainda hoje disputam a compreensão exata de objetivos (ou objetivo) que deve perseguir um sistema de defesa da concorrência. São inúmeros objetivos e estes continuam a oscilar no tempo, a depender do contexto histórico, econômico e social de aplicação da legislação antitruste: (i) proteção da pequena empresa; (ii) controle de preços; (iii) eficiência econômica; (iv) obtenção de resultados econômicos desejáveis.

16 Interessante notar, do ponto de vista econômico, que o exclusivo, para funcionar como tal, tem íntima relação com a notoriedade de autor intelectual. Quanto menor for o conhecimento público do autor da obra, menor a proteção do exclusivo ele exige ou requer. Por óbvio: a remuneração é proporcional à notoriedade do autor. Os problemas gerados para proteção do direito autoral, e seu uso exclusivo (comercialização/reprodução), são proporcionais à popularidade do autor. Assim, há forte incentivo para a ampla reprodução da obra, quase sem custo, quando o autor é desconhecido. Eventuais problemas de autoria só surgem quando a obra intelectual se torna conhecida e popular.

17 “Em linhas gerais, a Escola de Harvard parte do pressuposto de que as empresas com poder econômico usá-lo-ão para implementar condutas anticompetitivas - `todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limite, ensina Montesquieu (...) O modelo de concorrência que se propugna implica a manutenção ou incremento do número de agentes econômicos no mercado. Dessa forma, dá-se preferência a uma estrutura mais pulverizada, evitando-se as disfunções no mercado. A frase *small is beautiful* identifica-se com a tese que defendem” (FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-2)

18 “A partir da década de 1980 atinge seu auge a Escola de Chicago, levada ao Poder, nos Estados Unidos, durante o governo de Ronald Reagan. Essa escola, iniciada pelas lições de Aaron Director e Ronald Coase, nos anos 50, tem como principais expoentes Bork, Bowman, Mac Gee, Telser e Posner (...) A escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa de mercado, que sempre beneficia os consumidores” (FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 163-4).

Por mais que se possa considerar a escola de Chicago, incorporando ao pensamento antitruste as idéias de rivalidade, de contestabilidade, da teoria dos jogos, cujo objetivo máximo é a eficiência econômica e a proteção ao consumidor<sup>19</sup>, como mais próxima de um padrão objetivo e técnico de aplicação da legislação antitruste, é inegável a persistência do modelo *estruturalista* de Harvard (Estrutura – Conduta – Desempenho), como modelo de raciocínio antitruste, dando cobertura às válvulas de escape para a definição de objetivos do direito antitruste.

A realidade oscilante que demanda a aplicação da legislação antitruste permite o uso mais ou menos amplo das válvulas de escape, tais como a regra da razão, o conceito de mercado relevante, ou o jogo do interesse protegido (proteção da concorrência, do consumidor ou contra a concorrência desleal, na defesa da propriedade intelectual).

O que se pode afirmar, para efeito de aplicação no presente artigo, é que há, no entanto um limite intransponível para a aplicação da legislação antitruste, cuja idéia é a *política de Estado*.

É que um sistema de defesa da concorrência – tanto no caso americano, como brasileiro – não deve praticar *política de Governo*. Política circunstancial, conjuntural, cujo lapso temporal é geralmente curto, efêmero, atuando com especificidade sobre determinado setor da economia. Tal política soluciona problemas pontuais. É atribuição do Governo de plantão. É política de passagem.

O direito antitruste é dirigido para política de Estado, de caráter mais perene, constante, política de longo prazo. A defesa antitruste, ainda cíclica, cujas acomodações são permitidas pelas válvulas de escape, tem horizonte contínuo, de garantia da concorrência como viabilidade do próprio mercado, cujo modelo reconhecidamente beneficia os consumidores.

Tal ideia permite conferir maior segurança jurídica para aplicação da legislação antitruste e maior previsibilidade para atuação dos agentes econômicos. Comporta ainda alguma imprevisibilidade, naturalmente. A dinâmica econômica é, por vezes, imprevisível. Instável. Com todos os padrões de verificação do passado, o economista ainda é seguidamente surpreendido. No entanto, há uma aproximação de um padrão objetivo, com limites visíveis, compreendendo a exata política pública do antitruste<sup>20</sup>.

19 Cf. BORK, Robert. *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993. 479 p. A defesa de estruturas pulverizadas, como objetivo máximo do antitruste, em algumas situações gera estruturas ineficientes, penalizando o consumidor. Nesse sentido, o antitruste como um fim em si mesmo pode configurar um paradoxo, não perseguindo o objetivo essencial de proteção ao consumidor, segundo o entendimento de Bork.

20 “O superamento do subjetivismo, como nos lembra Esser, exige o conhecimento do processo de política do direito, em medida suficiente para deixar entender a motivação da decisão e suas conseqüências.

Levando em conta tal concepção, não é dado na aplicação da legislação antitruste, especialmente no controle preventivo dos atos de concentração, impor modelos de negócio. As restrições estruturais ou comportamentais impostas pelos órgãos antitruste devem buscar tão somente o controle do poder de mercado a ser exercido por empresas em concentração, salvaguardando um cenário de competição possível. Não se deve impor, com a justificativa de controle, um ambiente de negócio desejável para aquele segmento da economia. De novo: protegesse a concorrência, não um modelo de negócio concorrencial<sup>21</sup>. É uma sintonia fina complexa, mas indispensável.

A mesma idéia tem aplicação, com eventuais temperamentos, para a atuação do sistema concorrencial na atividade de *advocacia da concorrência*. Aqui não se aplica a legislação a um caso concreto, quer seja de controle preventivo ou repressivo (quanto às infrações concorrenciais). A atuação da advocacia da concorrência configura, de forma redundante, uma antecipação da prevenção. Objetiva recomendar, em particular às agências governamentais, regras ou normativos (regulação) que proporcionem ambientes mais competitivos.

Não deve impor ou ir contra modelos de negócios, mas deve advogar a criação ou fomento de ambientes mais competitivos. Em tais ambientes, as empresas são livres para atuar e desenvolver modelos alternativos.

Nesse ponto, a interação entre o direito antitruste, concebido como política pública de Estado, e a propriedade intelectual ganha novo realce, sustentando a linha argumentativa do artigo. Como se verá adiante, não se almeja propor decididamente modelo de negócio para os direitos autorais no ambiente de novas tecnologias. Tal proposta ultrapassaria os limites do antitruste como política pública.

---

Em outras palavras, para que seja proporcionado certo grau de segurança e previsibilidade, exige-se a definição da política da concorrência, por parte das autoridades competentes" (FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 271-2)

21 Publishers argue that the agency model promotes competition by allowing more booksellers to thrive. They say Amazon had sold e-books below cost and that agency pricing saved book publishers from the fate suffered by record companies. But the Justice Department believes it has a strong case that Apple and the five publishers colluded to raise the price of e-books, people familiar with the matter say. Apple and the publishers deny that. The Justice Department isn't taking aim at agency pricing itself. The department objects to, people familiar with the case say, coordination among companies that simultaneously decided to change their pricing policies. "We don't pick business models—that's not our job," Ms. Pozen says, without mentioning the case explicitly. "But when you see collusive behavior at the highest levels of companies, you know something's wrong. And you've got to do something about it." DOJ's Latest On Apple Investigation. *Truth on the Market*. Acesso em: 25 mar. 2012.

Busca-se capturar, com a leitura da Análise Econômica do Direito, a realidade positiva do funcionamento da internet, em particular, para sugerir, normativamente, qual é, nesse novo ambiente, o regime mais competitivo e igualmente protetivo dos direitos autorais. Busca-se uma regulação competitiva para o novo ambiente<sup>22</sup>. Os modelos de negócio que compreenderem antecipadamente – e isto já está acontecendo – o ambiente da nova economia, com soluções adaptadas ao novo contexto de distribuição/comercialização do direito autoral, cujo padrão normativo é objeto do artigo, irão sair na frente e capturar o *market share* do mercado em transição.

### 3 INTERAÇÃO ENTRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO ANTITRUSTE

#### 3.1 QUANDO OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL GERAM PROBLEMAS ANTITRUSTE

A tensão entre os direitos antitruste e os direitos de propriedade intelectual é antiga, sendo já realçada quando do nascimento da disciplina antitruste nos Estados Unidos, ainda no século XIX, com o *Sherman Act* de 1890<sup>23</sup>. Tal tensão segue a lógica econômica da proteção.

Do ponto de vista econômico, a proteção ao direito de propriedade intelectual confere ao titular um direito de uso exclusivo, da fruição autônoma, cuja temporalidade é definida, impedindo o aproveitamento econômico de todos os demais (terceiros), a não ser na hipótese licenciamento voluntário.

Na propriedade material, via de regra, a definição de direitos de propriedade individual segue a lógica econômica do estímulo ao uso adequado do recurso, finito, com a internalização dos custos de utilização da propriedade. A indefinição de direitos redundaria em total desequilíbrio e esgotamento frenético do recurso, tal qual uma *tragédia dos comuns*<sup>24</sup>.

Mas diversamente da propriedade material, a propriedade imaterial (a patente inventada, a idéia intelectual expressa) não caracteriza um bem escasso. Não há a proteção de um recurso escasso. Protege-se a ideia ou técnica expressa com o objetivo de incentivar a inovação, garantindo uma remuneração exclusiva ao autor/inventor. No entanto, a ideia ou técnica expressa não se esgota, não é finita. O uso

22 Cf. VISCUSI, W. Kip *et al.* *Economics of regulation and antitrust*. 3. ed. Cambridge: MIT Press, 2001. 864 p

23 Cf. HORWITZ, Morton j. *The Transformation of American Law – 1870 - 1960* (The crisis of legal orthodoxy). New York: Oxford University Press, 1977. 356p.

24 Cf. HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. *Science*, 162 (1968), p. 1243-1248.

por um terceiro – a cópia legal ou ilegal de um livro – em nada reduz a própria ideia expressa protegida. A compreensão exata dos objetivos da proteção, sob a perspectiva econômica, tem implicações sobre os modelos regulatórios, como se verá no ponto 5.

Para o presente ponto, a garantia de exclusividade importa na possibilidade da atribuição de um preço exclusivo à criação, com o objetivo de recuperação do investimento. O preço exclusivo aproxima-se do *preço de monopólio*, ao menos quanto à concepção econômica. Daí que parte da literatura atribui à propriedade intelectual a ideia de *monopólio legal*<sup>25</sup>.

Embora haja, obviamente, uma criação exclusiva (no caso das patentes, com os requisitos de novidade e atividade inventiva; no caso do direito autoral, de uma recriação original), seguramente há no mercado substitutos próximos do método/técnica ou da obra intelectual criada.

No caso do direito autoral, tal ideia resulta muito clara. No cenário de um estilo musical, há inúmeros autores que, invariavelmente, são substitutos próximos uns dos outros. Há, portanto, em razão da substituição próxima – ou da elasticidade da substituição (da demanda) – efetiva concorrência, o que restringe a definição de preços exclusivos. Quanto mais inelástica for essa substituição, quanto mais exclusiva for criação, maior o poder de definição de preços de monopólio.

Aqui a origem da tensão com o direito antitruste. A possibilidade de definição de preços de monopólio – por si só – eventualmente não satisfaz o agente econômico. Para potencializar a exclusividade da criação – e seus efeitos remuneratórios –, viabilizando seu poder de mercado, o agente econômico emprega técnicas as mais diversas, cujos resultados podem caracterizar infração antitruste.

Quase todas as práticas de infração antitruste podem ter como base o abuso do direito de propriedade intelectual<sup>26</sup>. As práticas de venda casada, ou de forçar a comercialização de um produto ou serviço não exclusivo em vinculação a um produto acobertado pela propriedade intelectual é muito frequente<sup>27</sup>. Resulta inclusive na definição do poder de mercado<sup>28</sup>, ainda

25 Cf. Capítulo II de BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual*. São Paulo: Editora Singular, 2010.

26 “Nos Estados Unidos, o problema das questões envolvendo propriedade intelectual e antitruste levou os órgãos de defesa da concorrência a regularem o assunto desde 1970, por meio da publicação, pelo DOJ (Department of Justice), dos chamados *Nine No-No’s*” (BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual*. São Paulo: Editora Singular, 2010, p. 81). Tratava-se da listagem de nove condutas anticoncorrenciais, consideradas *per se*, no âmbito do direito de propriedade intelectual.

27 Cf. *International Salt Co. v. United States*. 332 U.S. 392 (1947).

28 Cf. ANTITRUST GUIDELINE FOR THE LICENSING OF INTELLECTUAL PROPERTY. U.S. Department of Justice; Federal Trade Commission, 1995, Sec.2.2: “Market power is the ability profitably

que hoje tal tensão tenha sido relativizada. A indústria de software vive intensamente tal problema, cujo caso notório foi o da *Microsoft*<sup>29</sup>.

A conduta de venda casada, com as devidas adaptações, também pode originar o *abuso* do direito de autor, com as práticas de *block-booking copyrighted works*, cuja venda um trabalho intelectual (em particular filmes e livros) fica condicionada à compra de outra obra<sup>30</sup>. Casos em que a indústria cultural possui efetivo poder de mercado, a compra individual se torna inegociável. Algumas justificativas econômicas, na linha da escola de Chicago, podem explicar a conduta<sup>31</sup>. Mas há casos em que a técnica econômica não consegue dar conta, configurando o abuso.

O uso abusivo da propriedade intelectual pode resultar tanto de acordos horizontais, como nos casos de patentes e cartéis<sup>32</sup>, de fixação de preço<sup>33</sup>, de atuação no mercado (*market allocation*)<sup>34</sup>, como de acordos verticais, no caso de discriminação ou restrição de preços<sup>35</sup> e de estruturação de pagamentos de *royalties*<sup>36</sup>.

E, por fim, o abuso pode dar origem também às práticas de recusa do direito de licenciar<sup>37</sup>. Caso clássico do abuso do direito de propriedade intelectual, que integra a linha do patenteamento estratégico e da inovação predatória, bloqueando a atuação dos concorrentes. Literatura abalizada<sup>38</sup> tem discutido a ação nefasta das empresas de alta tecnologia,

---

to maintain prices above, or output below, competitive levels for a significant period of time. The Agencies will not presume that a patent, copyright, or trade secret necessarily confers market power upon its owner. Although the intellectual property right confers the power to exclude with respect to the specific product, process, or work in question, there will often be sufficient actual or potential close substitutes for such product, process, or work to prevent the exercise of market power”.

29 Cf. U.S. v. Microsoft Corp. 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

30 Cf. United States v. Paramount Pictures, Inc. 334 U.S. 131 (1948).

31 Cf. LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press: New York, 2011, p. 140-1.

32 Cf. United States v. United States Gypsum Co. 333 U.S. 364 (1948).

33 Cf. Standard Oil Co. v. United States. 283 U.S. 163 (1931).

34 Cf. Hartford-Empire Co. v. United States. 323 U.S. 386 (1945).

35 Cf. United States v. Line Materials Co. 333 U.S. 287 (1948).

36 Cf. Zenith Radio Corp. V. Hazeltine Research, Inc. 395 U.S. 100 (1969)

37 Cf. In re Independent Service Organizations Antitrust Litigation (Xerox). 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000) e KUBRUSLY, Claudia Tosin. Análise da recusa de licenciar no âmbito do Direito Antitruste. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, abr./jun. 2010.

38 “Lawyers and executives in the information technology industries, by contrast, almost invariably see the patent system as a cost rather than a benefit to innovation. Even companies with tens of thousands of patents generally use those patents only ‘defensively’, to minimize the amount they must pay other patent owners to permit them to sell their products. Ask most of these companies and in their candid moments they will tell you that they would be better off without any patent system, or at least with one that was

cuja disputa por patentes – estimulada pela estrutura de mercado e pela competição – tem como objetivo essencial, não a utilidade industrial da criação, mas a criação de obstáculos à concorrência. Em maior intensidade tal caso constitui propriamente a falência do instituto da patente como propriedade intelectual, desvirtuando a lógica de proteção.

Os casos mencionados permitem salientar que, em significativas situações, aquele balanço econômico sugerido anteriormente, como justificativa para a proteção da propriedade intelectual, cujos benefícios à inovação superam os custos da exclusividade e de restrição ao conhecimento, podem resultar sensivelmente desequilibrados. Quem informa tal idéia é o direito antitruste.

Com tal argumento desenvolvido, o simples reforço de proteção aos direitos de propriedade intelectual, no caso dos direitos autorais, pode não ser a solução para a garantia de remuneração da obra intelectual em tempos de nova economia e de transição das mídias.

### 3.2 REFLEXÕES SOBRE A SUPREME COURT'S ILLINOIS TOOL WORKS DECISION 547 U.S. 28

Em 2006, a Suprema Corte americana decidiu um caso sobre venda casada ou acordos de subordinação (*tying arrangements*) tendo como pano de fundo a edição recente (1995) do *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, guia elaborado em conjunto pelo *Department of Justice* e pela *Federal Trade Commission*.

A decisão é bastante significativa, tanto por sua decisão final, que entendeu inexistir, na hipótese, poder de mercado da empresa detentora da patente, razão pela qual entendeu não configurada a infração antitruste, como também por elaborar extenso histórico da interação entre o direito antitruste e a propriedade intelectual no direito norte-americano, além da análise recente do guia de licenciamento da propriedade intelectual informado pelo antitruste<sup>39</sup>.

O caso tem como configuração uma empresa (*Illinois Tool Works*) que desenvolveu uma solução para imprimir códigos de barra em caixas e materiais de embalagem, patenteando um sistema de “impulso piezo elétrico de jato de tinta na cabeça de impressão” e igualmente o “contêiner

---

radically changed and that left them alone to innovate” (LEMLEY, Mark A; BURK; Dan L. *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve It*. The University of Chicago Press: Chicago, 2009, p. 4).

39 “We granted certiorari to undertake a fresh examination of the history of both the judicial and legislative appraisals of tying arrangements. Our review is informed by extensive scholarly comment and a change in position by administrative agencies charged with enforcement of the antitrust law” (LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press: New York, 2011, p. 48).

de tinta”, que se ajustava à cabeça de impressão. No entanto, a empresa não patenteou a tinta, especialmente designada para a impressão.

Os principais revendedores da solução e os principais consumidores compravam o pacote completo, sem buscar qualquer outra solução alternativa para a tinta não patenteada. Sequer utilizavam uma tinta concorrente para repor os recipientes de tinta. Uma empresa concorrente (*Independent Ink, Inc.*) desenvolveu uma tinta com a mesma composição química vendida pela empresa que apresentava a solução. A venda combinada, no entanto, impedia a eficiente participação do concorrente. Nesse contexto, a ação judicial da *Independent Ink* contra *Illinois Tool Works*, cujo foco essencial eram as patentes do mecanismo de impressão e o conseqüente poder de mercado.

O caso, polêmico, contou com a decisão da Corte Distrital de Illinois, favorável à empresa detentora das patentes. Foi revertido na Corte de Apelação Federal do 7º Circuito. E novamente modificado pela decisão final da Suprema Corte americana.

O debate principal da decisão era se o fato de possuir uma patente em um dos produtos (*tying product*), normalmente a solução industrial principal, conferia poder de mercado à empresa no segundo produto (*tied product*), eventualmente acarretando uma infração antitruste.

A linha decisória da Suprema Corte, desde o início do século XX, com a modificação da legislação antitruste pelo *Clayton Act* (§ 3) em 1914, era a de *presumir* tal poder de mercado. O “monopólio” caracterizado por determinada patente poderia ser estendido a outros produtos, não patenteados, configurando infração concorrencial, levando-se em conta a presunção do poder de mercado da empresa detentora da patente no produto principal.

A decisão revisitou todo o histórico jurisprudencial da Corte, além da literatura acadêmica sobre o tema, apoiando-se ainda no Guia recentemente editado, para rever tal posicionamento. O poder de mercado não pode ser presumido. É possível a existência de produtos substitutos próximos ao produto patentado, o que proporcionaria efetiva concorrência. Indispensável, assim, a *prova* do poder de mercado da empresa no produto patentado (*tying product*)<sup>40</sup>.

A Corte empregou uma ponderação decisória adequada. O mercado de patentes pode ser competitivo. Em determinadas indústrias, a novidade

---

40 “Congress, the antitrust enforcement agencies, and most economists have all reached the conclusion that a patent does not necessarily confer market power upon the patentee. Today, we reach the same conclusion, and therefore hold that, in all cases involving a tying arrangement, the plaintiff must prove that the defendant has market power in the tying product...” (LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press: New York, 2011, p. 54).

é muito sutil e o avanço tecnológico se dá em pequenos saltos. Os produtos tendem a possuir substitutos próximos. É o que ocorre na indústria de software e alta tecnologia, em que normalmente mais de uma patente é necessária para desenvolver um produto, não acarretando, normalmente, poder de mercado<sup>41</sup>. O uso da patente é fragmentado. Diferentemente, na indústria farmacêutica a patente pode gerar rapidamente poder de mercado, uma vez que a descoberta de um novo princípio ativo/fármaco pode revolucionar determinado mercado relevante.

O poder de mercado, portanto, deve ser aferido no caso, sem presunção. A tensão entre o direito antitruste e a propriedade intelectual advoga soluções temperadas, inclusive de garantia do direito de propriedade intelectual, quando a proteção é complementar à principiologia concorrencial.

A decisão traz também uma reflexão do espírito antitruste para o caso dos direitos autorais. A proteção dos direitos autorais tende a ser fragmentada, com inúmeros substitutos próximos, além de originar um substancial *mercado negro*, de cópias ilegais, cujo retorno financeiro é substancial. Singular literatura discute a possibilidade de inclusão do mercado negro no mercado relevante do produto, alterando o poder de mercado daquele detentor do direito de propriedade intelectual<sup>42</sup>. Se o mercado negro de cópias ilegais fizer parte do mercado relevante, proporcionalmente menor será o poder de mercado do detentor do direito autoral e também de infrações antitruste. A solução não será, então, para o caso dos direitos autorais, a inclusão do mercado negro no mercado legal? É o que se discutirá no último ponto.

---

41 Não foi, contudo, o que aconteceu no caso *Microsoft*. A empresa detinha significativo poder de mercado em razão da predominância do seu sistema operacional *Windows*. A possibilidade, então, de acordos de subordinação (venda casada), associando-se ao sistema operacional o navegador de internet, tornou-se evidente, com eventuais efeitos anticompetitivos. Na linha do julgado da Suprema Corte americana, o poder de mercado da *Microsoft* não foi presumido, mas devidamente comprovado. A literatura sobre o caso é muito extensa, inclusive criticando as decisões judiciais americanas.

42 “Some markets, in which IP rights are important have corresponding black markets. For example, some businesses knowingly sell products that infringe patents, or are illegal copies of copyrighted works, or are counterfeit versions of branded luxury goods, such as purses. Black market Sales generally occur at price less than charged by the seller of the legitimate goods. Because many goods protected by IP rights cost little to manufacture or copy – for example, pharmaceuticals and CD’s – Black market sellers can charge a very low price but still earn considerable profits. Indeed, digital copies of music, movies, and software have a marginal cost that approaches zero. Should the presence of black market Sales affect the court’s determination of whether the owner of intellectual property possesses market power? In particular, should black market Sales be included in the relevant product market?” (LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press: New York, 2011, p. 56).

## 4 A PROPRIEDADE INTELECTUAL NO CENTRO DO DEBATE ENTRE A VELHA E A NOVA ECONOMIA

### 5.1 DESTRUIÇÃO CRIATIVA: A VELHA E A NOVA ECONOMIA EM DISPUTA

A ideia básica do embate entre a velha e a nova economia é visivelmente a do surgimento de um novo modelo de negócio, cujo terreno fértil é o ambiente da nova economia. A experiência indica, mais uma vez, um possível cenário de *destruição criativa*, em clara referência às ideias de *Joseph Schumpeter*<sup>43</sup> e à eficiência dinâmica.

Inerente ao sistema capitalista, a mola propulsora da inovação cria e recria indústrias, destruindo antigos modelos de negócio, criando outros, causando falências e desemprego para produzir mais riqueza à frente, com novos produtos e serviços, de maior qualidade e menor preço<sup>44</sup>. Está na genética do sistema capitalista e no seu padrão evolutivo a *destruição criativa*: a criação de riqueza pela inovação, com a consequente destruição de modelos de negócios anteriores<sup>45</sup>.

Obedecendo ou não um padrão temporal criativo/destrutivo (ciclo de inovação), o fato é que as transições de atuação da indústria geram crises e problemas, com especificidades e magnitudes diversas, cuja solução – quando há – nunca resulta simples<sup>46</sup>. O conhecimento das

43 Cf. McCRAW, Thomas K. *Prophet of Innovation: Joseph Schumpeter and Creative Destruction*. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2007. 719p.

44 “Segundo o próprio economista, ‘o impulso fundamental que inicia e mantém o movimento da máquina capitalista decorre de novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados, das novas formas de organização industrial que a empresa capitalista cria. [...] A abertura de novos mercados – estrangeiros ou domésticos – e o desenvolvimento organizacional, da oficina artesanal aos conglomerados [...] ilustram o mesmo processo de mutação industrial [...] que incessantemente revoluciona a estrutura econômica a partir de dentro, incessantemente destruindo a velha, incessantemente criando uma nova. Esse processo de Destruição Criativa é o fato essencial do capitalismo. É nisso que consiste o capitalismo e é aí que têm de viver todas as empresas capitalistas” (BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual*. São Paulo: Singular, 2010, p. 26).

45 “As tecnologias realmente destroem, ao mesmo tempo que criam. Cada nova tecnologia arrasa ou pelo menos diminui o valor de velhas técnicas e posições mercadológicas. O novo produto ocupa o espaço do velho e novas estruturas de produção destroem as antigas. O progresso é consequência deste processo destruidor e criativo” (BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual*. São Paulo: Singular, 2010, p. 26).

46 “O pensamento de Schumpeter centrou-se nos desequilíbrios que a inovação tecnológica causa sobre a economia. Em outras palavras, o progresso técnico é tanto o motor do sistema capitalista quanto fonte de desequilíbrios estruturais. As inovações e sua difusão são um elemento perturbador do sistema, pois induzem a problemas de ajustamento estrutural entre os diversos setores da economia. A razão para essa perturbação seria o fato de que as grandes inovações não se distribuem homogeneamente ao longo do

características da inovação, da consolidação da nova indústria (da nova economia), pode permitir uma análise mais acurada, com maior grau de acerto. É o que se espera fazer com o debate sobre a propriedade intelectual.

Nessa ordem de ideais, a *velha economia* está centrada no modelo de negócio, ainda que com notável incremento tecnológico, da produção de forma compartimentada, de produtos *físicos*, cujo automóvel é o símbolo. Produção *fordista* ou *taylorista*, de massa, de maneira segmentada, ainda que hoje quase toda transnacional (modelo *toyotista*), com o aproveitamento máximo das vantagens comparativas. Modelo clássico do século XX. Na indústria cultural em particular, o exemplo significativo é a grande indústria de Hollywood e dos estúdios de música, do entretenimento americano, cuja distribuição dos produtos – e consequente controle remuneratório – está centrada prioritariamente nas mídias físicas.

A *nova economia* está calcada no modelo de negócio digital. O modelo do século XXI. Tem como mola propulsora o desenvolvimento da internet e de novas tecnologias associadas. A fragmentação criativa é total, cujo símbolo é a indústria do software<sup>47</sup>. A rede mundial de computadores redefine completamente a forma de distribuição e acesso aos produtos desenvolvidos e igualmente os esquemas de remuneração. Tal processo atinge em cheio a indústria do entretenimento, com a distribuição do conteúdo autoral *on line*.

Nos limites estreitos do artigo, as definições acima, ainda que reducionistas, dão coerência ao argumento. É inegável que o universo industrial é muito mais rico e complexo, e que o conceito de nova economia abrange também outras ideias<sup>48</sup>, mas o choque é real, concreto, visível e as definições da velha e da nova economia permitem qualificar adequadamente o debate.

Obviamente, do ponto de vista da dinâmica capitalista, não se pode falar em uma transição completa de um modelo econômico da velha economia para a nova economia. Modelos de produção já consolidados, da produção física, continuam coexistindo, ainda que sofram impacto de

---

tempo, mas tendem a se concentrar em determinados períodos e setores” (BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual*. São Paulo: Editora Singular, 2010, p. 27).

47 Cf. FRIEDMAN, Thomas L. *The World is Flat – A Brief History of the Twenty-First Century*. New York: Farrar, Straus e Giroux, 2005. 488 p.

48 Em parte, a nova economia abrange também a compreensão da economia sustentável, do uso equilibrado e ambientalmente responsável dos recursos e insumos.

novas tecnologias. É uma convivência complementar entre modelos de negócio<sup>49</sup>.

No entanto, há áreas sensíveis, cujo cenário de transição é muito mais visível, gerando conflitos e choques. Em determinadas áreas há, inegavelmente, destruição de modelos antigos de negócio, com o surgimento de novos. Nessas áreas convivem – conflituosamente – a velha e a nova economia.

Uma dessas áreas de convívio conflituoso, de visível impacto, é a distribuição/comercialização de conteúdo autoral pela internet e pelas novas mídias eletrônicas. E a propriedade intelectual é o centro deste embate.

#### 4.2 REFORÇO DA CLÁSSICA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL (DIREITOS AUTORAIS)

Nessa fase de transição, de migração do conteúdo autoral para mídias eletrônicas e para internet, em particular, e verdadeiramente na revolução de acesso a filmes, músicas e livros, com a explosão do mercado de cópias ilegais ou do mercado negro, a grande indústria da produção cultural reivindica (faz intenso *lobby*) a renovação da proteção dos direitos de propriedade intelectual, com novos mecanismos de proteção, endurecendo o jogo em face das cópias ilegais<sup>50</sup>.

---

49 Nesse sentido, a constituição da bolsa eletrônica americana NASDAQ (1971), para os papéis das empresas de alta tecnologia, em complemento à bolsa de valores da indústria tradicional (*New York Stock Exchange*), de 1792.

50 Paralelamente, a indústria cultural também faz *lobby* para a extensão do prazo de proteção. “Exemplo disso é o chamado ‘Sonny Bono Copyright Term Extension Act’, legislação americana promulgada em 27 de outubro de 1999 que visou estender o prazo de duração dos direitos autorais de 50 para 70 anos nos Estados Unidos, contados a partir da morte do autor. A reforma, que pareceu ir no sentido de oferecer maiores incentivos aos criadores, acabou por gerar grande controvérsia. Tratava-se, em verdade, da décima primeira lei prevendo a extensão do prazo durante um período de 40 anos. Contestadores dessa última lei apontaram para a Disney como a principal responsável por sua existência. Segundo eles, não fosse pelo Sonny Bono Act, o primeiro desenho de Mickey Mouse teria entrado em domínio público no ano de 2003, seguindo de perto pelos desenhos do Pato Donald e do Pateta. Ora, resumem os críticos, se a extensão trata de criações já existentes, o critério de incentivo à criação de obras não poderia servir para esse caso” (BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual*. São Paulo: Editora Singular, 2010, p. 57-8). O *Sonny Bono Copyright Extension Act* foi declarado constitucional pela Suprema Corte americana no caso *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003). Sobre o caso cf. POSNER, Richard A. The Constitutionality of the Copyright Term Extension Act: Economics, Politics, Law, and Judicial Technique in *Eldred v Ashcroft*. *The Supreme Court Review*, vol. 2003 (2003), p. 143-162 e BREYER, Stephen. *Economic Reasoning and Judicial Review*. Washington – DC: AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2003. 19 p.

No debate para a renovação da proteção dos direitos autorais no ambiente digital, ganhou destaque, em razão da intensa polêmica, as legislações americanas recentemente propostas ao Congresso americano, denominadas SOPA (*Stop On line Piracy Act*) e PIPA (*Protect Intellectual Property Act*) e também as negociações internacionais em torno do ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*).

As duas legislações americanas – com as votações temporariamente suspensas no Congresso americano, até o final de redação deste artigo – estipulavam mecanismos para a completa retirada da rede (internet) de sítios que divulgavam conteúdo autoral (filmes e músicas), caracterizando tal divulgação como “cópia ilegal”. Tal mecanismo funcionaria encontrando-se o endereço IP (Internet Protocol) que abriga a página com conteúdo ilegal, retirando-o do ar, bloqueando-o, sem necessidade de ordem judicial, em alguns casos (ou com ordem judicial americana bloqueando sítios localizados em outros países). No âmbito internacional, as negociações em torno do ACTA também estão baseadas em modelos de proteção semelhantes.

No Brasil, replicando a legislação americana, o projeto mais recente para a renovação da Lei de Direitos Autorais acrescenta um mecanismo conhecido como *notice and take down*, ou notificação e retirada, que possibilitaria a retirada de conteúdo “pirata” do ar, sem a necessidade de ordem judicial, por solicitação dos detentores de direitos autorais. Com o mecanismo, uma gravadora, por exemplo, pode solicitar a um grande portal ou ao *Google*, em cujo domínio está hospedado um Blogger com links para downloads ilegais de disco, a remoção do conteúdo. A ordem deve ser cumprida e tão só, posteriormente, notificado o autor do sítio. Somente aí poderia o autor da página elaborar uma contranotificação, solicitando a manutenção do sítio e assumindo a responsabilidade pelo conteúdo autoral disponível.

A demanda é basicamente dos produtores da área audiovisual e musical, cujo apelo é evidente. O intenso *lobby* da indústria do entretenimento americano (velha economia) pelos novos mecanismos de proteção, repercutida aqui no Brasil<sup>51</sup>, suscitou uma frenética reação das empresas de alta tecnologia, baseadas na internet (nova economia), com

---

51 “Outra forma de pressão política que não pode ser negligenciada, esta última de forma unilateral, são os relatórios do Departamento de Comércio dos EUA (*United States Trade Representative* – USTR), que listam os países na famosa *priority watch list*, a lista negra daquele governo, por entender que não têm seus direitos de propriedade intelectual devidamente protegidos nos demais países. No relatório anual de final de abril de 2006, o Brasil é novamente posto no grau máximo de alerta.” (PARANAGUÁ, Pedro. Descompasso da propriedade intelectual: direitos autorais, novas tecnologias e acesso a conhecimento. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações* – RDIT, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2007).

ampla repercussão internacional<sup>52</sup>. O debate, intensamente politizado, ganhou foros de defesa da propriedade intelectual<sup>53</sup>, de um lado, e da liberdade de expressão<sup>54</sup>, contra a censura prévia, do outro.

Como salientado no início, não é objetivo do artigo discutir a polêmica pelo viés constitucional, cuja proteção à liberdade de expressão é argumento de sustentação do debate. O objetivo é a leitura econômica do problema, que pode igualmente orientar novos modelos normativos.

Na perspectiva econômica, o enfoque contemplado pela velha indústria é a de que as cópias ilegais acarretam uma significativa perda de receita na distribuição e na comercialização do conteúdo autoral. A redução de faturamento se difunde pelo setor, atingindo os grandes produtores, sua força de trabalho e a cadeia de distribuição legal do conteúdo autoral.

O incentivo econômico resulta claro para o reforço da proteção da propriedade intelectual, com os mencionados mecanismos antipirataria. A linha de defesa é o trespasses da clássica proteção aplicada às mídias físicas ao ambiente eletrônico, na tentativa de criar obstáculos à disseminação do conteúdo autoral pela internet. Recolocar a indústria cultural no efetivo controle da distribuição do conteúdo autoral.

Será, no entanto, que a melhor resposta é exatamente o reforço da tradicional proteção dos direitos autorais? Os argumentos elaborados no artigo permitem antever outra perspectiva econômica para a polêmica. O *copyright* pode ser repensado por um caminho alternativo.

### 5.3 REPENSANDO O *COPYRIGHT* NA NOVA ECONOMIA E O ESPÍRITO ANTITRUSTE

Repensar o *copyright* na nova economia, em uma perspectiva de Direito e Economia (AED), equivale a salientar que (i) o argumento

---

52 “When the powerful world of old media mobilized to win passage of an online antipiracy bill, it marshaled the reliable giants of K Street – the United States Chamber of Commerce, the Recording Industry Association of America and, of course, the motion picture lobby, with its new chairman, former Senator Christopher J. Dood, the Connecticut Democrat and an insider’s insider. Yet on Wednesday this formidable old guard was forced to make way for the new as Web powerhouses backed by Internet activists rallied opposition to the legislation through Internet blackouts and cascading criticism, sending an unmistakable message to lawmakers grappling with new media issues: Don’t mess with the internet. As a result, the legislative battle over two once-obscure bills to combat piracy of American movies, music, books and writing on the World Wide Web may prove to be a turning point for the way business is done in Washington. It represented a moment when the new economy rope up against the old” (In fight over piracy bills, new economy rises against old. *New York Times*, January 18, 2012. Acesso em: 18.janeiro.2012).

53 Inc. XXVII, do art. 5º, da Constituição da República.

54 Inc. IX, do art. 5º, da Constituição da República.

econômico da velha indústria, de redução de receita, por si só, não é suficiente o bastante, além de que (ii) os mecanismos de proteção dos direitos de propriedade intelectual não serão eficientes na luta contra cópia ilegal, cujo alto custo de implantação desperdiça recursos. E, por fim, que (iii) a inovação de novos modelos de negócio, com geração de novas receitas (riqueza) e bem-estar econômico (*social welfare*) são retardados pela proteção clássica em análise.

O argumento desenvolvido no artigo que necessita ser reafirmado é o de que, no caso dos direitos autorais, não se protege a expressão de um bem escasso. A ideia em si não é escassa. Ela se torna escassa, com valor econômico, em razão da proteção. Por isso, quando distribuído ou comercializado o conteúdo autoral, gerando riqueza, o seu uso – quer seja legal ou ilegal – não torna o bem imaterial finito. Pelo contrário. O amplo acesso ao conhecimento cumpre efetiva função social, reduz o desperdício (peso-morto)<sup>55</sup> e a eventual ineficácia da distribuição legal<sup>56</sup>.

Ocorre que o salto de inovação trazido pela internet, com os mecanismos de redes de compartilhamento (*peer-to-peer*, P2P) e os seus efeitos positivos (*network externalities*), revolucionaram a forma de distribuição do conteúdo autoral, com qualidade, gerando, obviamente, um poderoso mercado negro. Mas a leitura econômica do mercado ilegal, no caso dos direitos autorais, é que há uma estrondosa demanda pelo conteúdo – cada vez maior – e significativamente *fora da curva* de demanda da distribuição (com preço de mercado) do conteúdo autoral em meio físico<sup>57</sup>.

---

55 “Much of the debate about SOPA and PIPA has thus far centered around the entertainment industry’s absurdly inflated claims about the economic harm of copyright infringement. When making these calculations, intellectual property owners tend to assume that every unauthorized download represents a lost sale. This is clearly false. Often people copy a file illegally precisely because they’re unwilling to pay the market price. Were unauthorized copying not an option, they would simply not watch the movie or listen to album” (SOPA: Stopping online piracy would be a social and economic disaster. *Slate.com*. Acesso em: 18.janeiro.2012).

56 “A cobrança de preços monopolistas gera uma quantidade de peso-morto, que consiste em perda social, que não é apropriada pelo monopolista. Ou seja, é perda total de riqueza, devendo ser eliminada pela estrutura do direito, porque causa ineficiência. A utilização do objeto da proteção intelectual por aqueles que estão fora da demanda projetada possibilita a eliminação do peso-morto e não implica não implica diminuição do valor da propriedade do monopolista, sendo a situação de eficiência paretiana (ótimo de Pareto)” (LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Direito do Desenvolvimento e Direito ao Desenvolvimento: análise econômica da função social da propriedade intelectual*. Belo Horizonte: UFMG (tese de doutoramento), 2008, p. 245).

57 “A propriedade intelectual tem função social. A função social da propriedade, no que diz respeito à propriedade intelectual, impõe ao titular o dever de gestão e distribuição da inovação. A função social da propriedade intelectual, ainda que não possa impedir a prática de preços monopolistas, autoriza a obtenção dos proveitos do objeto de propriedade intelectual por aqueles que não têm condição de pagar por isso, ou seja, estão fora da demanda projetada” (LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Direito do*

Saltos tecnológicos dessa magnitude, com significativas inovações, revolucionam o *copyright* e necessitam ser assim compreendidos, gerando novos modelos de negócio. O reforço contra a cópia ilegal, em uma proteção maximalista do direito de propriedade intelectual, tal como proposto nas legislações americanas, releva solução jurídico-econômica inadequada, com desperdício de recursos, cuja regulação favorece a indústria que não se adapta à inovação.

O famoso caso *Betamax*<sup>58</sup> decidido pela Suprema Corte americana em 1984 ilustra adequadamente o atual descompasso da propriedade intelectual. Discutia-se à época os limites de uso do videocassete, com a tecnologia que, ao permitir cópias de filmes em fitas de vídeo, poderia infringir os direitos de *copyright*. Decidiu a Suprema Corte que embora, *circunstancialmente*, determinado uso do sistema de videocassete pudesse infringir direitos autorais, sua utilização normal não comprometia tais direitos. Ou seja: onde a tecnologia tem muitos usos, não se deve impedir os usos legítimos somente porque alguns podem utilizar a inovação para infringir direitos autorais. Nítido espírito antitruste, que privilegia a inovação.

E a realidade da cópia via fita de vídeo já foi completamente ultrapassada por outros meios até a atual evolução da internet<sup>59</sup>. Vive-se, portanto, novo descompasso.

Na linha dos itens elencados no início do ponto, é importante pensar que (i) a inovação trazida pela internet e novas tecnologias também geram riqueza. A geração de riqueza pode mais do que compensar a destruição de receita decorrente do processo evolutivo. Isto não equivale a dizer que a propriedade intelectual não precisa ser protegida, mas que o modelo de negócio deve ser adaptado à nova realidade, o que exige uma regulação diferente<sup>60</sup>.

É também consistente pensar que (ii) a aplicação de mecanismos clássicos para o *enforcement* dos direitos autorais no ambiente digital resulta em altíssimo custo, cujos benefícios são reduzidos. As redes

---

*Desenvolvimento e Direito ao Desenvolvimento: análise econômica da função social da propriedade intelectual.* Belo Horizonte: UFMG (tese de doutoramento), 2008, p. 245).

58 Cf. Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984).

59 Já há novo julgamento da Suprema Corte americana sobre a matéria, de 2005, caso conhecido como MGM v. Grokster. No caso concreto, a Suprema Corte americana salientou que na atuação de inúmeras empresas da internet (Morpheus, Grokster, e o software KaZaA) estas não poderiam distribuir conteúdo autoral. De qualquer forma, a Suprema Corte não derrubou a histórica decisão do caso Betamax, de maneira a caracterizar a inovação tecnológica como infringente do direito autoral. A polêmica persiste.

60 Cf. GALINI, Nancy; SCOTCHMER, Suzanne. Intellectual Property: When Is It the Best Incentive System? *Innovation Policy and the Economy*, vol. 2 (2002), p. 51-77.

de compartilhamento se reproduzem quase que instantaneamente. Os custos para a supervisão da internet com os objetivos de impedir cópias ilegais são gigantescos. Ademais, afetariam o tráfego normal da rede, com nítidas externalidades negativas. O balanço econômico mostra que a solução não compensa.

E, por fim, é significativo pensar que (iii) a solução de reforço dos direitos de propriedade intelectual retarda os efeitos benéficos ofertados pela inovação. Há modelos de negócio eficientes, incorporando a demanda fora da curva, que garantem proteção ao direito autoral, remunerando o autor, tornando a cópia (*download*) ilegal, legal. É o efeito de contemplar no mercado relevante o mercado considerado negro, fora da curva.

De novo aqui, o espírito antitruste é o condutor do debate. Ao considerar inexorável a inovação, a indústria cultural deveria repensar a proteção do direito autoral, contemplando modelo de negócio adaptado à nova realidade, decorrendo daí imediatos efeitos de bem-estar econômico<sup>61</sup>. Quem chegar primeiro – e alguns já estão chegando – receberá a maior fatia da receita deste novo bolo<sup>62</sup>.

## 5 CONCLUSÃO

O artigo permite a conclusão que há outras formas de compreensão do embate entre a velha e nova economia sobre a proteção da propriedade intelectual. O problema é real, concreto. Há soluções propostas. O fundamento básico é o reforço dos mecanismos tradicionais de combate à cópia ilegal de conteúdo autoral.

A análise de direito e economia propõe uma discussão alternativa. Fundamental para a metodologia é o referencial da jurisprudência americana. O artigo, assim, abusou da análise jurisprudencial comparativa. Com o objetivo bem delineado no início, espera-se, ao final, ter alcançado ideias alternativas que possam contribuir para o polêmico debate.

---

61 “The American economy has plenty of problems, but lack of adequate entertainment options is not on the list. SOPA isn’t just an overly intrusive way to solve a problem, it’s a “solution” to a problem that’s not a problem” (SOPA: Stopping online piracy would be a social and economic disaster. *Slate.com*. Acesso em: 18.janeiro.2012).

62 É igualmente certo que os novos modelos de negócio, legalizando a cópia do direito autoral no ambiente da internet, podem gerar novos problemas antitruste. Soluciona-se um problema, aparece outro. É assim na economia: o cobertor é curto. Assunto para outro artigo. Cf. FOER, Albert A. E-Commerce Meets Antitrust: A Primer. *Journal of Public Policy & Marketing*, vol. 20, n. 1, Competition Policy and Antitrust Law (spring, 2001), p. 51-63 e HAUSMAN, Jerry A.; SIDAK, J. Gregory. Google and the Proper Antitrust Scrutiny of Orphan Books. *Journal of Competition Law & Economics*, 5(3) 2009, p. 411-438.

**REFERÊNCIAS**

ANTITRUST GUIDELINE FOR THE LICENSING OF INTELLECTUAL PROPERTY. U.S. Department of Justice; Federal Trade Commission, 1995.

BORK, Robert. *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993. 479 p.

BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual*. São Paulo: Singular, 2010.

BREYER, Stephen. *Economic Reasoning and Judicial Review*. Washington – DC: AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2003.

BURTIS, Michelle M.; KOBAYASHI, Bruce H. Why an Original Can Be Better Than a Copy: Intellectual Property, the Antitrust Refusal to Deal, and ISO Antitrust Litigation. *Supreme Court Economic Review*, vol. 9 (2001), p. 143-170.

FOER, Albert A. E-Commerce Meets Antitrust: A Primer. *Journal of Public Policy & Marketing*, v. 20, n. 1, Competition Policy and Antitrust Law (spring, 2001).

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed. São Paulo: .Revista dos Tribunais, 2010. 510p.

FRIEDMAN, Thomas L. *The World is Flat – A Brief History of the Twenty-First Century*. New York: Farrar, Straus e Giroux, 2005.

GALINI, Nancy; SCOTCHMER, Suzanne. Intellectual Property: When Is It the Best Incentive System? *Innovation Policy and the Economy*, v. 2 (2002), p. 51-77.

HAUSMAN, Jerry A.; SIDAK, J. Gregory. Google and the Proper Antitrust Scrutiny of Orphan Books. *Journal of Competition Law & Economics*, 5(3) 2009, p. 411-438.

HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. *Science*, 162 (1968), p. 1243-1248.

HORWITZ, Morton j. *The Transformation of American Law – 1780 - 1860*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

HORWITZ, Morton J. *The Transformation of American Law – 1870 - 1960* (The crisis of legal orthodoxy). New York: Oxford University Press, 1977.

HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark D., LEMLEY, Mark A.; LESLIE, Christopher R. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. Aspen Publishers, 2011.

KUBRUSLY, Claudia Tosin. Análise da recusa de licenciar no âmbito do Direito Antitruste. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, abr./jun. 2010.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Direito do Desenvolvimento e Direito ao Desenvolvimento: análise econômica da função social da propriedade intelectual*. Belo Horizonte: UFMG (tese de doutoramento), 2008.

LEMLEY, Mark A. A New Balance Between IP and Antitrust. John M. Olin Program in Law and Economics Stanford Law School, *Working Paper*, n. 340, April 2007.

LEMLEY, Mark A; BURK; Dan L. *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve It*. The University of Chicago Press: Chicago, 2009.

LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press: New York, 2011.

McCRAW, Thomas K. *Prophet of Innovation: Joseph Schumpeter and Creative Destruction*. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2007.

NACHBAR, Thomas B. *Monopoly, Mercantilism, and Intellectual Property. Working Draft*. Copyright 2005 Thomas B. Nachbar.

PARANAGUÁ, Pedro. Descompasso da propriedade intelectual: direitos autorais, novas tecnologias e acesso a conhecimento. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2007.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

POSNER, Richard A. The Constitutionality of the Copyright Term Extension Act: economics, politics, law, and judicial technique in *Eldred v Ashcroft*. *The Supreme Court Review*, v. 2003 (2003), p. 143-162.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 4. ed.. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

POSNER, Richard A. Intellectual Property: The Law and Economics Approach. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 19, n. 2 (spring, 2005), p. 57-73.

VISCUSI, W. Kip *et al.* *Economics of regulation and antitrust*. 3. ed. Cambridge: MIT Press, 2001.