



Arlete Maracaípe Cardoso Freire

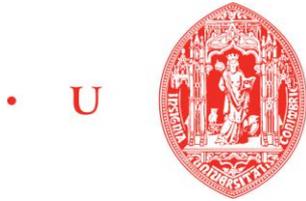
A DOCTRINA DAS *ESSENTIAL FACILITIES* E OS DIREITOS DE
PROPRIEDADE INTELECTUAL NO *E-COMMERCE* À LUZ DA POLÍTICA DA
CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

Dissertação de Mestrado em Direito, na área de especialização em
Ciências Jurídico-Económicas, orientada pelo Senhor Professor Doutor João José
Nogueira de Almeida e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra.

2017/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Arlete Maracaipe Cardoso Freire

**A DOCTRINA DAS *ESSENTIAL FACILITIES* E OS DIREITOS DE
PROPRIEDADE INTELECTUAL NO *E-COMMERCE* À LUZ DA POLÍTICA DA
CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA**

THE DOCTRINE OF ESSENTIAL FACILITIES AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN
THE E-COMMERCE IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN UNION COMPETITION POLICY

**Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-
Económicas.**

Orientador: Senhor Professor Doutor João José Nogueira de Almeida

COIMBRA

2018

AGRADECIMENTOS

Estou certa de que sou o resultado do convívio com indivíduos, leituras, ambientes e outros elementos. A presente pesquisa é colheita de dias imersos em detalhes, e as percepções aqui registradas estão mergulhadas em um emaranhado de sentimentos, associados inclusive ao inconsciente, mas sempre com base em tudo o que vi e vivi.

Poderia agradecer, portanto, a serenidade e a cólera, e outros tantos detalhes do dia a dia. Mas não poderei enfatizar tudo aquilo que me formou a mulher que hoje sou. Sendo assim, agradeço àqueles que participaram de meu desenvolvimento durante a pesquisa, e a quem foi base ou pilar em minha jornada.

A priori, ao Professor Doutor João José Nogueira de Almeida, sempre disponível e entusiasmado a me guiar durante todo o período investigativo. Agradeço pela segurança, orientação e apoio que recebi, fundamentais a elaboração e finalização da dissertação.

In memoriam, a Eunice Cardoso Freire, minha maior referência de ser humano, por me inspirar a ser melhor a cada raiar do sol com base em tudo o que foi. Por ter me ensinado sobre coragem, força, perseverança, resiliência, determinação, amor e sobre o significado dos detalhes. E por continuar ensinando, mesmo após nossa despedida, sobre a importância de valorizar o tempo que nos é dado.

Ao Reginaldo Freire, por me incentivar e apoiar na continuidade de meus estudos e desenvolvimento profissional.

As minhas queridas, Arlete Freire, Ana Angélica Cardoso Freire, Adriana Cardoso Freire e Flávia Magalhães Freire, pelos conselhos, direcionamentos e auxílio de sempre.

Ao Cláudio Macchiarella, pelo equilíbrio e sobriedade mesmo nos momentos caóticos.

Aos colegas do mestrado, por partilharem informações e forças.

A tantos outros amigos próximos que de alguma forma somaram, mesmo que por um único momento, e, ainda que inconscientes de seus valores.

Fiz questão de não delimitar aos laços físicos o meu vínculo com algumas das pessoas aqui mencionadas, pois acredito que assim estaria subestimando nossas relações.

Registro o meu respeito e a minha gratidão, pois acredito como Virgílio (poeta romano clássico, 19 a.C.), que enquanto os rios correrem para o mar, os montes fizerem sombra aos vales, e as estrelas fulgirem no firmamento, deve durar a recordação do benefício recebido na mente do homem reconhecido.

RESUMO

O uso do *e-commerce* se intensificou nos últimos anos e promoveu um reajuste nas relações comerciais clássicas, por efeito das comodidades que constitui, tais como a possibilidade de adquirir produtos e/ou serviços a qualquer hora, sem que haja necessidade de o consumidor se deslocar. Tais facilidades promovidas pela tecnologia digital favorecem uma economia de mercado aberta e competitiva, baseada na inovação que, por sua vez, é um dos objetivos em comum entre o direito de propriedade intelectual e o direito da concorrência. No entanto, muitas vezes esses direitos se colidem, e o que se coloca em causa é qual dos direitos deverá prevalecer (e em que termos). Neste sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicação da doutrina das *essential facilities* e a sua relação com a lei de propriedade intelectual no comércio eletrônico, além dos fundamentos económicos no contexto do novo mercado. Com a finalidade de harmonizar o direito da concorrência e o direito de propriedade intelectual, e de encontrar um parâmetro de aplicação mais próximo do ideal, será considerado o posicionamento que a Comissão Europeia tem adotado nos últimos anos na jurisprudência de vários tribunais. A orientação do Processo COMP/C-3/37.792 – Microsof – recebeu uma nova interpretação acerca das condições da doutrina das *essential facilities*, quanto à noção de eliminação de concorrência e de novos produtos. Portanto, este caso será estudado para sinalizar e indicar a relevância da aplicação no caso concreto, além de indicar o possível direcionamento da matéria.

Palavras-chave: *E-commerce*; *Essential Facilities*; Propriedade Intelectual; Inovação; Tecnologia; Direito da Concorrência; Economia.

ABSTRACT

The e-commerce has intensified in recent years and promoted a readjustment in the classical trade relations, the effect of the facilities which, such as the ability to purchase products and/or services at any time, without any need for the consumer move. Such facilities promoted by digital technology an open and competitive market economy, based on innovation, for your time, is one of the common goals between intellectual property and competition law. However, many times these rights collide, and that puts in question is which of the rights shall prevail (and on what terms). In this sense, this work has for objective to analyze the application of the doctrine of essential facilities and your relationship with the intellectual property law in e-commerce, in addition to the economic fundamentals in the context of the new market. With the aim to harmonize competition law and intellectual property, and to find a more ideal, application will be considered the positioning that the European Commission has adopted in recent years in the jurisprudence several courts. The orientation of case C-3/37,792-Microsof – received a new interpretation of the conditions of the essential facilities doctrine as to the notion of elimination of competition and new products. Therefore, this case will be studied to signal and indicate the relevance of the application in this case, in addition to indicate the possible targeting of matter.

Keywords: E-commerce; Essential Facilities; Intellectual Property; Innovation; Technology; Competition law; Economy.

NOTA PRÉVIA

Embora esteja em vigor o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, permanecem notáveis as diferenças no português redacional característico de cada país, de forma que foi eleita para a presente dissertação a forma de escrita nativa da autora brasileira.

Optou-se também pela tradução para a língua de escrita as citações de obras estrangeiras, sendo de inteira responsabilidade da autora eventuais erros ou desvios em relação aos textos originais.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACEPI – Associação da Economia Digital

ADPI – Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio

ANC – Autoridades Nacionais de Concorrência

AT&T – *American Telephone and Telegraph Company*

B2B – Business to business

B2C – Business to consumer

B2E – Business to enterprise

C2C – Consumer to consumer

CE – Comissão Europeia

CEPAL – Comissão Económica das Nações Unidas para a América Latina e o Caribe

CRS – *Computer Reservations System*

E-Commerce – Eletronic Commerce

EUA – Estados Unidos da América

GAAT – *General Agreement on Tariffs and Trade*

IPO – Intellectual Property Owners Inc.

IVA – Imposto sobre o valor acrescentado

MCI – Corporação de Comunicações e Corporação de Telecomunicações

OMC – Organização Mundial do Comércio

PI – propriedade intelectual

PIB – Produto Interno Bruto

RGPD – *General Data Protection Regulation*

TCE – Tratado da Comissão Europeia

TFUE – Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia

TJE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TPI – Tribunal de Primeira Instância

TRIPs – *Agreement on Trade-Relates Aspects of Intellectual Property Rights* ou Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual

UE – União Europeia

UNCITRAL – *Unites Nations Comission on International Trade Law*

INDÍCE

1	INTRODUÇÃO.....	7
1.1	CONTEÚDO DA INVESTIGAÇÃO	7
1.2	PROPÓSITOS E OBJECTIVOS	10
1.3	INVESTIGAÇÃO E METODOLOGIA	11
1.4	LIMITAÇÕES.....	13
1.5	ESTRUTURA	14
2	A DOCTRINA DAS <i>ESSENTIAL FACILITIES</i> E A SUA CORRELAÇÃO COM A LEI DA PROPRIEDADE INTELECTUAL	16
2.1	NOÇÃO E EVOLUÇÃO DA DOCTRINA DAS <i>ESSENTIAL FACILITIES</i>	16
2.2	RECUSA DE LICENCIAR OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ÂMBITO DO ARTIGO 102º DO TFUE.....	23
2.3	RELAÇÕES ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E A POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA.....	33
3	A DOCTRINA DAS <i>ESSENTIAL FACILITIES</i> SOBRE OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO E-COMMERCE	41
3.1	NOÇÕES DO <i>E-COMMERCE</i> E ENQUADRAMENTO NA NOVA ECONOMIA.....	41
3.2	INTERESSES DE PROTEÇÃO DE DADOS NA EXECUÇÃO DA CONCORRÊNCIA NA PLATAFORMA DO COMÉRCIO DIGITAL.....	49
3.3	PERSPECTIVA ECONÓMICA DA APLICAÇÃO DA DOCTRINA DAS <i>ESSENTIAL FACILITIES</i> SOBRE OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO <i>E-COMMERCE</i>	55
4	FUNDAMENTOS ECONÓMICOS E REGULAÇÃO DO MERCADO	64
5	ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA	74
5.1	PROCESSO COMP/C-3/37.792 E A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL	74
5.1.1	Contexto e condições de aplicação da doutrina das <i>Essential Facilities</i>	79
5.1.2	Licença compulsória e o aparecimento de um novo produto	83
5.1.3	Justificação objetiva do ônus da prova e visão geral	87
	CONCLUSÃO	94
	BIBLIOGRAFIA	99

1 INTRODUÇÃO

1.1 CONTEÚDO DA INVESTIGAÇÃO

O processo de evolução da Internet provocado pelo desenvolvimento tecnológico deu origem à economia digital. Com base centrada no *e-commerce*, a nova economia se aplica a qualquer tipo de negócio ou transação por meio de transferência de informações em rede. A nova estrutura gera oportunidade de crescimento global e local, além de vantagens que afetam desde os padrões de transporte até o comportamento do consumidor¹.

Neste sentido, o *e-commerce* opera como uma ferramenta importante na era tecnológica. O seu aparecimento desencadeou uma série de mudanças ao modelo tradicional de comércio, exigindo às empresas novas capacidades para permanecerem suficientemente competitivas. Neste sentido, ressalta-se que a competitividade na era digital está diretamente relacionada à capacidade criativa e de inovação para o aperfeiçoamento dos serviços e/ou produtos.

Em razão da concorrência presente no novo modelo comercial, há também novos postos de trabalho que ocasionam em uma nova economia com base na inovação e na tecnologia. Isso faz com que a plataforma digital seja capaz de oferecer maior gama de produtos com valores reduzidos. O número elevado de fornecedores de um mesmo produto nas zonas industriais desencadeia o aumento das exportações para além das *commodities*, que em consequência estimula também a competitividade no âmbito internacional².

Também chamada de *World Wide Web*, a rede de alcance mundial gera a todas as plataformas de consumo a possibilidade de adquirir quaisquer bens e serviços. Qualquer pessoa em qualquer lugar do globo tem acesso a informações, produtos, e/ou serviços disponíveis em idiomas variados, sem a necessidade de se deslocar até o estabelecimento físico. A concorrência é desproporcional entre o *e-commerce* e as empresas convencionais que gradativamente migram suas empresas, ou parte delas, para os espaços digitais³.

A conexão de milhares de pessoas em tempo real atribui benefícios ao consumidor que passa a ser mais exigente em consequência a informatização e ao

¹ (Representatividade do e-commerce na economia)

² (China Polyce Institute)

³ (Marcondes, 2014) Passim.

fornecimento de mercadorias variadas e capazes de fortalecer a competitividade. Além disso, a plataforma de fornecimento de serviços é capaz de coletar dados e de conferir um atendimento personalizado - aspecto que muitas vezes acelera o processo de consumo.

A evolução exponencial da tecnologia tem modificado as relações sociais por meio da integração de dados, informações velozes e redes de pessoas e comunidades. Por este motivo, o bom desempenho do comerciante se vincula à inovação e a exploração de novas idéias. O modelo comercial virtual deu origem a uma nova estrutura e a um novo pensamento por parte das empresas que, agora, precisam se reinventar para se manterem competitivas no mercado⁴.

Para inovar é necessário investir no processo de criação – um esforço que demanda tempo e não tem quaisquer evidências de que haverá retorno. O incentivo à criação e a proteção das ideias realçam o direito de propriedade intelectual que resguarda os interesses dos autores. O direito de propriedade intelectual, por vezes, favorece a condição de posição dominante de uma empresa e pode causar a dependência de suas concorrentes no mercado⁵.

De qualquer forma, vale ressaltar que nem sempre a posição dominante é vedada nos termos do artigo 102º do TFUE. A ilicitude decorre do abuso e práticas anti-concorrenciais capazes de eliminar as outras empresas do mercado. Nesses casos, o Estado assume uma posição de regulador com a finalidade de, em circunstâncias previstas pela lei, obrigar a empresa monopolista a fornecer suas instalações consideradas essenciais à justa concorrência.

Promover a inovação é um ponto de interseção entre a propriedade intelectual e o direito da concorrência embora, por vezes, se colidam na prossecução da política de inovação e conhecimento. No entanto, nenhum destes direitos é neutro e, originariamente, os interesses dos titulares da propriedade intelectual são asfixiados pelas regras concorrenciais apesar de ambos estimularem o desenvolvimento em busca da satisfação do consumidor através de novos produtos com maior qualidade⁶.

Um dos principais objetivos da União Europeia é evitar a distorção da concorrência no mercado interno e, para isso, instituiu por meio do Tratado de Roma

⁴ (International Centre for Trade and Sustainable Development)

⁵ (Gorjão-Henriques, Práticas Restritivas) Curso de Especialização

⁶ (Pereira, Inovação Tecnológica, Propriedade Intelectual e defesa da concorrência no mercado do Software, 2009) apud. (Sacker, 2008)

(1997) algumas disposições que estabelecem a contenção dos comportamentos abusivos. No tocante da aplicação, o Tribunal de Justiça da União Europeia definiu após uma série de julgamentos, quais condutas devem ser consideradas abusivas e submetidas à doutrina das *essential facilities*.

Tal matéria é objeto de análise entre os juristas e economistas que se preocupam com os benefícios e malefícios derivados da obrigatoriedade de ceder bens e/ou serviços⁷. Na prática, o que se percebe é que a aplicação da doutrina se justifica pelo auxílio no controle dos preços e no equilíbrio da concorrência. Em contrapartida arrisca a remoção de incentivos à pesquisa e à inovação pelas empresas que investem em instalações.

A empresa que se submete aos desgastes relacionados à inovação investe por acreditar em melhorias e exclusividade de exploração econômica, quer se tratem de patentes, marcas ou direito autoral – incluindo o *software*⁸, apesar de a natureza incorpórea não se sujeitar a rivalidade do consumo. A quebra dos direitos de propriedade intelectual em favor do equilíbrio de mercado é interessante se considerarmos o bem-estar comum, mas nunca para a empresa que investiu no desenvolvimento das idéias.

A presente dissertação vislumbra as práticas anti-concorrenciais à luz da política da concorrência da União Europeia no cumprimento da doutrina das *essential facilities* norteada pelo artigo 102º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). A investigação trata sobre o fornecimento das instalações consideradas essenciais à competitividade equilibrada e sua relação com os direitos de propriedade intelectual no *e-commerce*.

⁷ (Ansari, The EC Essential Facilities Doctrine, the Microsoft Case and the Treatment of Trade Secrets, 2009)

⁸ (Stiglitz, 1999) Segundo o autor não há consenso na doutrina acerca da proteção dos interfaces de *softwares* pelos direitos do autor, por faltar de requisitos que o enquadre como tal. Além, a consideração é reforçada com (Pereira, Direitos de Autor e Liberdade de Informação, 2009) p. 257, segundo o qual a “Convenção de Munique sobre a Patente Europeia exclui os programas de computador, enquanto tais, do objeto de patente.” No entanto, considera-se nesta dissertação o reconhecimento de tais direitos invocados pela *Microsoft*, ainda que com base em patentes do Instituto Europeu de Patentes.” Cit. D. Curley, ‘Value Judgments’, p. 492, n. 20, (referindo a patente Europeia 0438571 B1 ‘Method and System for open file caching in a networked computer system’).

1.2 PROPÓSITOS E OBJECTIVOS

O presente trabalho objetiva alinhar os direitos da propriedade intelectual e os direitos, da concorrência no que se refere às *essential facilities*, além de encontrar uma forma de ajustar os atritos inerentes ao conflito entre ambos no âmbito do *e-commerce*. Assim, é possível compreender qual deles deve prevalecer sem que o regime de concorrência desleal seja violado, e resguardando ao máximo a proteção dos direitos conferidos ao autor. Para isso, serão consideradas as exigências de liberdade de inovação e conhecimento, necessárias para alavancar o desenvolvimento da economia⁹.

A inovação é, portanto, um ponto comum entre o direito da propriedade intelectual, o direito da concorrência e o *e-commerce*. A abordagem da doutrina das *essential facilities*, prevista no âmbito da política da concorrência, se aplica ao *e-commerce* com a intenção de resguardar os direitos conferidos às empresas, e em benefício dos consumidores. Além disso, estimula as interações globais e grupais no cenário atual da economia de mercado¹⁰, que tem por características o poder de mercado, a globalização e a mutação rápida das atividades econômicas.

A dissertação examina também se a admissão da doutrina das *essential facilities* tem por objetivo o bem-estar dos consumidores, ou se apenas propõe uma saída rápida para um problema imediato, com a finalidade de neutralizá-lo em longo prazo, até que outra medida seja cabível. Além, indica quais são as previsões legais e, em quais circunstâncias é possível que a empresa recorra às autoridades competentes quando houver abuso da posição dominante, consequente de um monopólio natural, individual ou coletivo, a nível mercantil e consumerista.

A interação do direito da concorrência com o direito da propriedade intelectual imprime um dos problemas mais difíceis e atuais do ordenamento jurídico. A ligação entre as matérias do direito da concorrência, o direito da propriedade intelectual e o *e-commerce*, por fim, propõem não só um panorama sobre os aspectos da atualidade, mas também acerca das tendências, com base no posicionamento adotado nos últimos anos pelo Tribunal de Justiça.

⁹ (Pereira, A globalização, a OMC e o Comércio Eletrónico, 2002). P. 151

¹⁰ (Summers, 2001) p. 353.

1.3 INVESTIGAÇÃO E METODOLOGIA

A dissertação se baseará no sistema dialético que, segundo Demo¹¹, trata-se do conhecimento científico que se destaca pela paixão ao questionamento, alimentado pela dúvida metódica¹². A dialética fornece bases para uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade que de acordo com Gil¹³ fornece as bases para que os fatos sociais sejam compreendidos conforme as suas influências políticas, econômicas e culturais.

Será avaliada a evolução, o desenvolvimento e a aplicação da doutrina, sempre com atenção as especificidades de cada caso. Considera-se para isto a origem da doutrina nos tribunais norte americanos, até a inserção do *e-commerce* que tem revolucionado o mercado clássico. Os fundamentos econômicos influenciaram na orientação dos juristas no julgamento do caso Microsoft que assumiu uma direção diferente quanto aos segredos comerciais¹⁴.

A adoção da doutrina das *essential facilities* no Tribunal de Justiça da União Europeia não carregou consigo a aplicação originária da Corte Americana e foi alvo de críticas e adaptações. Os serviços de compra e venda online exigem acolhimento jurídico capaz de sanar as lides que carecem de previsões legais específicas, além de observar no caso concreto as especificidades relacionadas ao interesse das partes.

O enquadramento legal desses direitos no *e-commerce* e sua correspondência na economia carregam em seu bojo as principais dificuldades enfrentadas quanto à conciliação dos direitos que envolvem as *essential facilities*. No entanto, não são tantos os julgados acerca do tema e a abordagem de questões relacionadas à matéria ainda estão em fase de progresso por ser o *e-commerce* um tema com aparições recentes no Tribunal de Justiça da União Europeia.

A ciência jurídica se relaciona com diversos fenômenos sociais. Com o processo de expansão do mercado e com o crescimento econômico, os direitos comerciais devem ser resguardados, e os direcionamentos devem ser bem esclarecidos. A presente investigação examina a atuação das empresas em relações comerciais, a aplicação normativa e o

¹¹ (DEMO, 2000) p. 25

¹² (Miena Lima, 2014) Define a **dúvida metódica** como “àquela que René Descartes (um filósofo francês) afirma ser uma dúvida sem falhas, com respostas extremamente exatas e sem nenhuma possibilidade de dúvida, em outras palavras, a **dúvida metódica** foi o meio pelo qual o filósofo se valeu para chegar a um conhecimento firme e seguro, pela qual é possível extrair uma verdade incontestável, uma primeira verdade”.

¹³ (GIL, 2008) p. 14

¹⁴ Cf. Decisão da Comissão de 24 de Março de 2004. (Processo COMP /C-3/37.792 Microsoft).

impacto que gera nas relações entre os comerciantes e os consumidores. Para tanto, utiliza-se também o método comparativo.

A análise do caso concreto adentra as nuances do mercado de *software* e os segredos comerciais protegidos pelo direito de propriedade intelectual. Além disso, observar-se-á também a doutrina das *essential facilities* que desde o seu surgimento e desenvolvimento até os dias atuais, tem transformado a economia. Os direitos de propriedade intelectual são muitas vezes questionados além de estarem em constante conflito quando enfrentam a obrigatoriedade de licenciar compulsoriamente o produto resguardado pelos direitos de exclusividade.

O estudo desenvolvido no último capítulo esclarece os pontos difíceis da aplicação da doutrina das *essential facilities*, além de estimular a reflexão acerca das tendências para os próximos anos. Cada capítulo se encerra com uma análise conclusiva acerca dos principais problemas necessários para que se compreenda o capítulo seguinte. O capítulo final reúne assim as conclusões anteriores aplicadas ao contexto prático no caso *Microsoft*, com uma análise profunda sobre o atual tratamento legal.

Lakatos e Marconi¹⁵ esclarecem que indução é o processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Deste modo, considerarei as conclusões como argumento indutivo, já que não se pode abraçar toda a amplitude normativa ao estabelecer um direcionamento.

¹⁵ (LAKATOS & MARCONI, 2007) p. 86

1.4 LIMITAÇÕES

Na presente dissertação, é colocado em questão os impactos econômicos nas transações do *e-commerce*, com fins lucrativos, e como as empresas se relacionam no novo mercado quando se envolvem as matérias de tecnologia geradora de uma infra-estrutura essencial, e os direitos conferidos pela propriedade intelectual. O interesse público e a licença compulsória são atribuídos para resguardar os direitos dos consumidores em um mercado onde nem sempre prevalece a ética comercial, mesmo porque a matéria é recente e ainda não há limites definidos quanto à ética no *e-commerce*.

O *e-commerce* caracteriza-se pela praticidade em consumir e altera a estrutura dos mercados ao atingir resultados de venda nunca vistos anteriormente. Diversas empresas têm migrado para o mercado virtual para conseguir manter a sobrevivência de seus empreendimentos e, com isso, submetem-se a legislação diversa da convencional. As adaptações necessárias ao processo competitivo criam conflitos no âmago do direito da propriedade intelectual a serem estudados durante esta pesquisa.

O suposto e almejado livre comércio será discutido no âmbito das transações comerciais, em contraste com as facilidades de acesso à rede oportunizada pela *internet* que comunica o comércio a nível global. Para isso, os estudos se amparam na política da Concorrência, trabalhando superficialmente a origem da doutrinas das *essential facilities* com base no direito norte-americano (onde manifestou o entendimento da existência da doutrina), apenas para auxiliar na compreensão da atual aplicação.

Por um lado, o *e-commerce* dá ao consumidor um leque de possibilidades, por conectar o comércio a nível global em tempo real, mas, por outro, não devem ser ignorados os problemas do livre acesso e as dificuldades de se fazerem valer as regras estabelecidas pelos direitos de propriedade intelectual. Além disso, os conflitos com os direitos da concorrência respondem questões sobre como devemos lidar com a *internet* e equilibrar as proteções relacionadas à autoria e ao fornecimento de insumos considerados essenciais.

O foco deste trabalho é a conduta abusiva de recusa de negociação no *e-commerce*, relacionando apenas os direitos de propriedade intelectual e a doutrina das *essential facilities* em situações de monopólios naturais. Por tanto, será excluído o estudo do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, tal como a análise das condutas exploratórias e outros exclusivos.

Existem vários tipos de recusas de licenciar proibidas por lei, mas a presente

dissertação incide apenas no contexto de empresa dominante em um mercado a jusante com a empresa a qual recusa dar acesso às infra-estruturas essenciais negadas pelo titular de uma inovação protegida pela propriedade intelectual. Essa relação, em princípio, deve abrigar a concorrência equilibrada no campo do *e-commerce*. A dificuldade enfrentada na matéria em questão se baseia na empresa que por um lado investe na atualização e inovação de seus produtos e, por outro, a empresa que se limita pela falta de uma infraestrutura considerada essencial para que seja capaz de concorrer por si só.

O crescente consumismo em rede tende a se dilatar devido ao seu alcance global e sem distinções, motivo pelo qual a tendência é que as lides no *e-commerce* pluralizem, tal como a necessidade de regulação específica da matéria. Os impactos econômicos provocados pelo *e-commerce* desencadearam novas relações entre empresas e consumidores, novos campos de trabalho e políticas específicas.

Embora não sejam palpáveis, os tribunais têm entendido que os *softwares* se enquadram na política de concorrência, e na regulação da propriedade intelectual. Os posicionamentos sobre a questão ainda não são consensuais na doutrina, mas vale lembrar que foi a posição adotada pela Comissão Europeia no caso *Microsoft*¹⁶.

1.5 ESTRUTURA

A dissertação se estrutura em quatro partes, com a finalidade de analisar condutas anti-concorrenciais que envolvem a proteção da propriedade intelectual e demandam a intervenção do Estado por meio do cumprimento da doutrina das *essential facilities* no âmbito do *e-commerce*. Nesse sentido, considera-se o argumento de que sempre há uma contradição atribuída aos diferentes fenômenos e pressupostos de aplicação ao optar pela análise comparativa que compatibiliza a jurisprudência no ordenamento europeu.

Em um primeiro momento, tratar-se-á da noção e evolução da doutrina das *essential facilities*, com a intenção de esclarecer as dificuldades de aplicação, a contextualização, e os progressos desde seu surgimento, além de indicar os critérios de aplicação adotados no Tribunal de Justiça. Considerando que a infra-estrutura essencial requerida poderá ser protegida pelos direitos de propriedade intelectual, e ainda, que o titular desse direito nem sempre cede o insumo ao concorrente, também será alvo da

¹⁶ Cf. Processo T-201/04, *Microsoft/Comissão*, Col. 2007, que entende que os *softwares* se enquadram as regras de patente.

investigação neste primeiro momento as questões relativas a recusa de licenciar¹⁷ e as relações entre o direito da concorrência com os direitos de propriedade intelectual.

Uma vez relacionadas às matérias da propriedade intelectual e a doutrina das *essential facilities*, em um segundo momento, a pesquisa será desenvolvida no âmbito do *e-commerce*. Para isso, será enquadrada a noção de *e-commerce* e sua relação com a economia. Em seguida, os interesses da proteção dos dados na execução da política da concorrência para que se entenda de que maneira os direitos podem se assimilar na persecução dos avanços do mercado, e com isso, um panorama econômico geral.

No terceiro momento, serão apresentados os fundamentos econômicos no contexto da regulação do mercado para que se entenda o enquadramento da matéria no âmbito da relação do comércio com o Estado. Sua função atualmente lhe dá uma posição reguladora, mas nem sempre esse entendimento foi considerado ideal por teóricos como Adam Smith, que se posiciona com a teoria da mão invisível, e acredita que o mercado se regula por si só.

Por fim, o quarto momento comunica os capítulos anteriores e demonstra a posição da Comissão Europeia na prática, com Processo T-201/04. Neste momento é possível contextualizar o problema na relação entre os direitos de propriedade intelectual e o domínio da doutrina das *essential facilities*. Demonstra-se também o papel do Estado regulador, as dificuldades atreladas à harmonização dos interesses entre a empresa detentora de uma infra-estrutura essencial e as concorrentes.

Justifica-se de maneira objetiva e, atribui-se uma visão geral deste problema para o qual ainda faltam definições e limites que auxiliem na elaboração de critérios de decisão que acarretem o menor prejuízo possível às partes e aos consumidores. Os direitos de propriedade intelectual e da concorrência preservam, de alguma maneira, a política da concorrência.

O que está em questão é, por um lado, a restrição aos concorrentes e o abuso de posição dominante pelo titular do direito de propriedade intelectual, e por outro o direito de exclusividade que é comprimido pelo licenciamento compulsório que impõe a doutrina das *essential facilities* e que poderá causar prejuízos ao desenvolvimento e ao avanço da tecnologia.

¹⁷ Cf. Artigo 102º do TFUE.

As dificuldades enfrentadas surgem justamente nas diferenças de interesses entre os direitos. Portanto, a investigação tem por finalidade esclarecer as razões de ser atribuídas a cada direito que, por vezes se colidem, mas em certos momentos também podem se assimilar em suas finalidades. E, nos casos em que os direitos não encontram equilíbrio, o Estado intervém para ponderar as necessidades comuns ao mercado como um todo, de acordo com as especificidades de cada caso concreto, considerando sempre a finalidade da política da concorrência da União Europeia.

O caso *Microsoft* (indústria de *software*) contextualiza o cenário atual por meio de um novo direcionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia. A proteção dos direitos estão intimamente ligadas ao desenvolvimento do mercado a nível global e, por meio do estudo do último capítulo, cabem conclusões acerca dos impactos e tendências para o novo mercado que mudou a noção de custo e de lucro para muitas empresas em todo o mundo¹⁸.

2 A DOCTRINA DAS *ESSENTIAL FACILITIES* E A SUA CORRELAÇÃO COM A LEI DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

2.1 NOÇÃO E EVOLUÇÃO DA DOCTRINA DAS *ESSENTIAL FACILITIES*

A doutrina das *Essential Facilities* é uma especificidade do direito da concorrência cujos primeiros indícios tiveram origens na Suprema Corte Americana no ano de 1912, por efeito de uma lide entre os Estados Unidos e o *Terminal Railroad Association*¹⁹. O grupo composto por quatorze ferrovias operava no intercâmbio de tráfego de passageiros e mercadorias por meio da Ponte *James B. Eads*, a primeira sobre o Rio Mississippi, construída em 1874 pelas corporações pioneiras do terminal, em sua forma atual.

A inacessibilidade da ponte por outras companhias ferroviárias independentes resultou na acusação por parte dos Estados Unidos de prática de monopólio sob o tráfego de entrada e saída da cidade de St. Louis. As ferrovias que concorriam com o Terminal desistiam do exercício da atividade de fornecimento de seus serviços diante da

¹⁸ (E-COMMERCEORG)

¹⁹ (Terminal Railroad Association of St. Louis)

impossibilidade de dar seguimento ou acabavam se submetendo aos termos impostos pelas empresas proprietárias que nem sempre eram justos.

As demandas de uma população em crescimento exigiam que a ponte, que era e é de pedágio, fosse aberta ao uso de todas e quaisquer linhas em termos idênticos. Nenhum dos vinte e quatro trilhos de ferro anteriormente existentes eram capazes de acessar diretamente a cidade e, a manutenção ou a duplicação da ponte ferroviária sobre um rio de tamanha proporção era inviável.

A solução adotada pela corte para solver o problema que previa a expansão da concorrência estendendo conveniências e iguais vantagens a outras empresas desde que estas, ao usar as instalações do terminal, pagassem os mesmos encargos. Em contrapartida, deveriam continuar vinculadas em todos os negócios destinados à travessia do rio apesar de não haver previsão contratual anteriormente estabelecida²⁰.

Na mesma linha teórica, a Suprema Corte Americana julgou casos em que os Estados Unidos conflitaram com empresas como *Associated Press* em 1945, *Lorain Journal* em 1951 e *Otter Tail Power* em 1973. Gradativamente se formaram as orientações implementadas no desfecho do litígio entre a Corporação de Comunicações e Corporação de Telecomunicações (MCI) e a *American Telephone and Telegraph Company* (AT&T), iniciado em seis de março de 1974, onde apareceu pela primeira vez a expressão *essential facility*.²¹

O julgado que se passou no *Seventh Circuit* do Tribunal de Recursos da Corte Americana dispunha de quatro elementos fundamentais para que uma empresa fosse responsabilizada tornando possível a aplicação da doutrina das *essential facilities*, quais são estes: a) Que a infra-estrutura essencial esteja sob o controle de um monopolista; b) A impossibilidade prática ou razoável do competidor duplicar a instalação essencial; c) Que o monopolista negue a utilização da instalação essencial ao concorrente; e d) Possibilidade do monopolista de dar acesso a instalação essencial.

Na economia de mercado, uma empresa que adquire ou constrói ativos para si mesma, poderá utilizá-los livre e integralmente. No entanto, as autoridades da concorrência

²⁰ (JUSTIA US SUPREME COURT, 1912) vide “A jurisprudência da Suprema Corte oficial só é encontrada na versão impressa dos Relatórios dos Estados Unidos. A jurisprudência Justia é fornecida apenas para fins informativos gerais e pode não refletir os desenvolvimentos legais, veredictos ou assentamentos atuais. Não fazemos garantias ou garantias sobre a precisão, integridade ou adequação das informações contidas neste site ou informações vinculadas a partir deste site. Por favor, verifique as fontes oficiais”.

²¹ (JOTA)

criaram uma exceção para atender as necessidades dos concorrentes efetivos no mercado, relacionado ou semelhante. A prática de permitir o questionamento da exclusividade de uso da empresa dominante e abrir o acesso a uma infra-estrutura considerada essencial aos concorrentes é denominada *essential facilities*²².

Em algumas circunstâncias, o desenvolvimento de um determinado agente económico depende, para o desempenho de sua atividade, de um elemento específico pertencente ao seu concorrente, que em consequência possui vantagens competitivas. A doutrina das *essential facilities* é, portanto, uma exceção a regra do direito da concorrência invocada, para obrigar a empresa monopolista a compartilhar com seus concorrentes a infra-estrutura considerada essencial²³.

Trata-se de uma limitação a regra antitruste, segundo a qual uma empresa não tem a obrigação de se responsabilizar pelos seus concorrentes. Segundo a decisão do Tribunal de Recurso dos Estados Unidos, designada no *Ninth Circuit*, e prolatada em 29 de outubro de 1991, esta regra se aplica quando a empresa responsável pelo controle da instalação essencial negar um segundo acesso considerado razoável a um produto ou serviço que a segunda empresa necessitar para competir com a primeira²⁴.

Os requisitos são utilizados para nortear a sua aplicação, mas não definem quais são as instalações que devem ser consideradas essenciais a ponto de se submeterem ao controle legal que exige o compartilhamento obrigatório. Assim, a definição de instalação essencial monopolizada por um agente económico com relação aos demais agentes do mercado²⁵ muitas vezes se pauta em suposições, e por este motivo a aplicação nem sempre é consistente como deveria.

A definição de monopólio é estabelecida pela jurisprudência americana com um aspecto particular, inerente a questões regionais e, embora atribuída a julgados da Suprema Corte, a sua construção corrente se fez vagarosamente nos tribunais inferiores. Na decisão do caso do *Sea Containers v. Stena Sealink*²⁶ a Comissão Europeia recorreu pela primeira vez (de forma clara e direta) ao termo *essential facilities*, e adotou para isso três requisitos para sua aplicação²⁷:

²² (Combe, 2005) p. 249.

²³ (OLIVEIRA, Curso de Direito Administrativo, 2014) p. 494-495.

²⁴ (LEAGLE)

²⁵ (Hovenkamp, 1994) P. 274 e (OLIVEIRA, Curso de Direito Administrativo, 2014) P. 494 a 495.

²⁶ Cf. Decisão 94/19/CE da Comissão Europeia do dia 21 de dezembro de 1993 (Sea Container/ Sealink).

²⁷ (Monteiro, 2010)

- I. A relevância da infra-estrutura e a dificuldade de duplicá-la;
- II. A dependência das empresas concorrentes quanto à infra-estrutura para que possa proceder a prestação de serviços no mercado secundário; e
- III. O comportamento abusivo que consiste na recusa injustificada ou na concessão de acesso em condições menos favoráveis, considerando para isso a aplicação aos seus próprios serviços, o que ocasiona desvantagem concorrencial.

No caso em questão, a adoção do parâmetro foi ocasionada pela alegação de abuso de posição dominante por parte da companhia *Stena Sealink Ports*, proprietária e operadora de linhas férreas no porto de *Holyhead* que ligava passageiros e veículos entre as ilhas da Grã Bretanha e da Irlanda. Sem qualquer justificação objetiva, a empresa concedia a outras empresas o acesso ao porto, porém, com condições desfavoráveis. A autorização de acesso a concorrente *Sea Containers Ltda* demorou e designou a referência ao alegado abuso de posição dominante²⁸.

O termo foi utilizado na decisão prolatada pela Comissão Europeia em uma declaração de que a empresa ocupa uma posição dominante quando se recusa a conceder o acesso das *essential facilities* aos seus concorrentes, sem justificação objetiva, ou ainda, que lhe conceda em termos menos favoráveis do que os que utilizariam em seus próprios serviços. Nesse caso, a empresa estará sujeita as restrições previstas pelo artigo 106º do TFUE²⁹ quanto ao pronunciamento do Tribunal de Justiça sobre a exploração abusiva de uma posição dominante, sob a forma de impedimento abusivo do acesso ao mercado³⁰.

Com a finalidade de alinhar os interesses dos Estados-Membros com os interesses da política da concorrência, a jurisprudência europeia começou a acolher com cada vez mais frequência a doutrina das *essential facilities*. Assim, no caso *Bronner*³¹, o Tribunal de Justiça estabelece³² três critérios relativamente simples, porém restritivos, que vinculavam a aplicação da doutrina com referência a duplicação de uma infra-estrutura essencial, e dispensável (segundo uma ótica econômica)³³.

²⁸ Cf. Acórdão do TJ de 21 de Dezembro de 1993, *Sealink*, Proc. IV/34.689, JO L 15/8 de 18.1.94.

²⁹ (OECD, 1996) p. 9

³⁰ Cf. Conclusões do advogado-geral Jacobs apresentadas em 28 de Maio de 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs*, Processo C-7/97.

³¹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de novembro de 1998, *Oscar Bronner/Media-print*, Processo C-7/97.

³² Cf. Processo C-7/97, Parágrafo 41 do acórdão.

³³ (Bergman, 2003)

Nesse sentido, seria adotada a doutrina das *essential facilities* quando houvesse uma recusa com o objetivo de eliminar toda e qualquer concorrência no mercado, sem justificativa objetiva e quando a infra-estrutura fosse indispensável para o exercício da atividade, no sentido de não existir qualquer outro substituto, real ou potencial. Considera-se ainda, segundo o Tribunal de Justiça ³⁴, que o caráter essencial depende da existência de obstáculos técnicos, regulamentares, sociais ou mesmo económicos que dificultem ou impossibilitem a duplicação da infra-estrutura³⁵.

Esses preceitos se mantêm em vigor e serão utilizados como parâmetro quando o concorrente que pretende acessar a infra-estrutura essencial no mercado relevante³⁶ for um operador recente ³⁷. Ressalta-se ainda que, a definição de mercado relevante ajuda as instâncias decisórias a distinguir quem são os concorrentes que devem se submeter à fiscalização por recusar a licenciar a infra-estrutura. Além disso, é justo que os interesses em conflito sejam apreciados no que se refere à recusa em conceder a licença sobre os direitos de propriedade intelectual, e os impactos auferidos ao mercado, que podem ou não ser negativos³⁸.

Na decisão *Sea Containers vs. Stena Sealink*, também ficou definido que a empresa dominante deve fornecer a infra-estrutura nos casos em que a recusa gera relevante efeito negativo para a concorrência e que, quando um cliente também é concorrente da empresa dominante, em algum mercado. O efeito sobre a concorrência dependerá em grande parte de três fatores³⁹:

- I. Se o comprador pode obter o produto ou serviço em outro lugar;
- II. Se existem outros concorrentes a jusante; e
- III. Quão importantes são os bens ou serviços para o negócio do comprador.

³⁴ Cf. Processo C-7/97, parágrafo 67 do Acórdão.

³⁵ (Edgar) P. 29 cit. (Jones & Sufrin, 1998) p. 494. parágrafo 44 e 46. Conclusões do Advogado Geral da União F. G. Jacobs.

³⁶ Cf. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO C 372 de 9.12.1997, p. 5). “O principal objecto da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar. O objectivo de definir um mercado tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efectivos das empresas em causa susceptíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de actuar independentemente de uma pressão concorrencial efectiva. É nesta óptica que a definição de mercado permite subsequentemente calcular as quotas de mercado, o que representa uma informação profícua em relação ao poder de mercado para apreciar a existência de uma posição dominante ou para efeitos de aplicação do artigo 85º do TFUE.”

³⁷ (Batista, A aplicabilidade da teoria da infra-estrutura essencial ao setor das telecomunicações., 2014) P. 3.

³⁸ (Monteiro, 2010)

³⁹ (OECD, 1996), P. 10.

Portanto, a política da concorrência não deve obrigar a empresa dominante a fornecer a infra-estrutura quando, nos termos acima mencionados, o concorrente tiver outro meio satisfatório de fornecimento⁴⁰. Nesse sentido, a Comissão aplicará o artigo 106º do TFUE com a finalidade de impor obrigações amplas às empresas dominantes, quando houver real impacto no mercado.

Portanto, a aplicação da doutrina das *essential facilities* na Comissão Europeia se difere da aplicação na corte norte americana. A ampla regra geral do direito Norte Americano permite que as empresas escolham com quem irão comercializar, mesmo que a escolha limite os direitos da concorrência, quando houver justificação objetiva. Nesse sentido, a doutrina das *essential facilities* é uma exceção a essa regra, que se aplica em situações extremas e fundamentais ao equilíbrio do mercado⁴¹.

O caso Oscar Bronner⁴² não se relacionava com os direitos de propriedade intelectual, mas determinou as condições gerais para a aplicação da doutrina posteriormente utilizadas no caso Magill⁴³, que foi o primeiro caso perante os tribunais da União Europeia onde se aplicou a doutrina sobre direitos de propriedade intelectual. De acordo com a IMS⁴⁴, “a recusa de concessão de uma licença deve constituir obstáculo ao surgimento de um novo produto, ser injustificada e ter por efeito reservar o mercado derivado à empresa dominante”, sobre a questão de saber se, e, em que condição configura abuso.

Segundo o acórdão Magill, não é necessário que existam dois mercados distintos para que a recusa da licença seja considerada abusiva, no entanto, o direito exclusivo faz parte das prerrogativas do titular do direito de propriedade intelectual, e, a recusa do licenciamento não poderá constituir em si própria um abuso⁴⁵. Assim, o comportamento abusivo é, nessas circunstâncias, uma exceção ao exercício do direito de exclusividade⁴⁶.

⁴⁰ (OECD, 1996) cit. Lang, pp. 475-6

⁴¹ (OECD, 1996) , p. 9 cit. Venit e Kallaugher, p. 332-3. vide “Nos Estados Unidos, a teoria das instalações essenciais cria uma exceção à regra geral que permite que as empresas tenham relações comerciais com o parceiro de sua escolha, mesmo que essa escolha limite a concorrência, desde que a escolha possa ser feita. justificada de alguma forma a nível comercial. Inversamente, o artigo 86º impõe às empresas dominantes grandes obrigações comerciais.”

⁴² Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 26. 11. 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG, Processo C-7/97.

⁴³ Cf. Judgment of the Court of 6 April 1995. - Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities. - Competition - Abuse of a dominant position - Copyright. - Joined cases C-241/91 P and C-242/91.

⁴⁴ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 2004, IMS Health GmbH & Co, Processo C-418/01, par. 32.

⁴⁵ Cf. Acórdãos de 5 de Outubro de 1998, Volvo, 238/87, Colect., p. 6211, n.º 8, e Magill, já referido, n.º 49.

⁴⁶ Cf. Acórdãos, Volvo, n.º 9, e Magill, n.º 50, já referidos.

Nesse sentido, o caso IMS, revelou maior atenção à proteção conferida pelos direitos de propriedade intelectual. Assim, desencadeou uma nova perspectiva ao caso Microsoft quanto à recusa de fornecer informações protegidas pela propriedade intelectual, e considerou abusiva a interoperabilidade de informações pela indústria de *softwares*. Trata-se de uma nova dinâmica na interpretação das condições da doutrina, acerca da noção de eliminação de concorrência e de novos produtos⁴⁷.

Inicialmente, a doutrina levantou questões sobre a essencialidade de instalações portuárias, listas de programas de televisão, sistemas de reservas de computadores (do inglês Computer Reservations System, CRS)⁴⁸, aeroportos, redes de telecomunicações, redes de transmissão de eletricidade e gasodutos de gás natural. A partir do acórdão do caso Magill, foram consideradas como infra-estrutura essencial as informações de interface⁴⁹ protegidas pelos direitos de propriedade intelectual, por que abranger todo o mercado material, serviço ou acesso a uma coisa física ou local, como um porto ou um aeroporto⁵⁰.

Desenvolver atividades econômicas exige um alto investimento que muitas vezes geram custos irrecuperáveis quanto a estruturas específicas e dificilmente reaproveitáveis em outro mercado. Estes custos favorecem a atuação de uma única empresa responsável por todo o mercado e, por isso, seu custo de atuação se torna inferior, e dificulta a entrada de outras empresas na concorrência, desencadeando um monopólio natural⁵¹.

Nesses casos, ainda que a empresa detentora de posição dominante tenha amortização de custos, não deixará de suportar os altos investimentos ao desenvolver a

⁴⁷ Cf. Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P, RTE v. Commission, Radio TelefisEireann v Commission of the European Communities (*Magill*), [1995] ECR I-00743, par. 49.

⁴⁸ Cf. Case Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc., 948 F.2d 536, 538 - 9th Cir. 1991. Os denominados CRS são sistemas *informatizados* que tem por objetivo o armazenamento, gestão e transações relacionadas as viagens. Desenvolvidos pelas companhias aéreas e, posteriormente adotados pelas agencias de viagens. As demandas em ações que se relacionam a esse sistema ocorrem pelo suposto abuso de posição dominante, quando as companhias aéreas controlam a CRS e afeta as reservas da companhia aérea ao favor de seu proprietário.

⁴⁹ Uma especificidade da recusa de licenciar diz respeito a “informações de interface” no setor da tecnologia da informação. Cf. caso Jones, A., Sufirin, B., EC Competition Law: Text, Cases and Materials, Oxford, OUP, 3rd edn., 2007, p. 571. Segundo o qual a informação de interface é aquela que comunica os sistemas de software, a fim de criar produtos que possam operar com outros programas e sistemas. Esta informação é muitas vezes protegida por direitos de Propriedade Intelectual, tais como patentes ou direitos autorais, ou mantido como um know-how não patenteado e, portanto, apenas protegido por seu segredo natureza. Vide também o recente acórdão do Tribunal Europeu de Primeira Instância (CFI) - Case T-201/04, Microsoft Corp. v Commission, [2007] ECR II-3601. Que considerou como uma infração ao artigo 82º do TFUE, a recusa de licença de informações secretas sobre interfaces.

⁵⁰ (OECD, 1996) p. 9, cit. Lang, p. 477, 511, 513, 490.

⁵¹ *Ibidem*

atividade econômica. Apesar disso, a infra-estrutura poderá ser obrigatoriamente repassada aos concorrentes, caso seja uma condição para a continuidade do desempenho de suas atividades. O monopólio, por si só, não é um ato ilícito e, as *essential facilities* são um dos fatores que pode desencadeá-lo, mas, somente se enquadra a previsão de prática restritiva da concorrência caso haja abuso de seu poder, e conseqüente prejuízo a concorrência.⁵²

Portanto, a doutrina das *essential facilities* pode ser considerada uma ferramenta de desenvolvimento econômico e tecnológico capaz de promover a livre concorrência. Diversos setores de produção em diferentes regiões são favorecidos à medida que o insumo considerado essencial é fornecido aos concorrentes e, com a abertura do mercado os consumidores também são beneficiados com preços mais justos e diversidade de escolha dos serviços e/ou produtos que passam a ser oferecidos por muitos produtores⁵³.

Embora a doutrina da *essential facility* tenha firmado suas bases nos julgados anteriores, o tema ainda está em processo de desenvolvimento e tem gerado discussões no Tribunal de Justiça da União Europeia. A essencialidade que caracteriza os bens corpóreos ou imateriais é a mesma, porém, sua gênese, manutenção e período temporal não são iguais. A dificuldade de submissão da empresa ao fornecimento obrigatório de acesso aos bens e/ou serviços, ainda que recompensada monetariamente, resulta em insegurança na adoção e aplicação da doutrina⁵⁴.

2.2 RECUSA DE LICENCIAR OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ÂMBITO DO ARTIGO 102º DO TFUE

A recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual é um comportamento abrangido atualmente pelo artigo 102º do TFUE⁵⁵, que estabelece a incompatibilidade com o mercado interno e proibição de uma ou mais empresas em explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Uma das finalidades da presente dissertação, que trata das práticas restritivas da concorrência, é

⁵² (SCHMALENSEE, 2004) P. 471-475; apud NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico; HOVENKAMP, Herbert.. p. 242.

⁵³ (Monteiro, 2010); (Parmiggiani, 1999) p. 363; (Costa, 1999) p. 136; e (Gorjão-Henriques, Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência, 2010) P. 700-703.

⁵⁴ (Monteiro, 2010) Apud. (Doherty, 2001), p. 397.

⁵⁵ (Versão consolidada do trabalho sobre funcionamento da União Europeia) JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. **Versão consolidada do tratado sobre o funcionamento da união europeia.**

a de corrigir as distorções que se desencadeiam no mercado pela recusa em licenciar recursos protegidos pela propriedade intelectual, provocadas no âmbito da concorrência⁵⁶.

Os comportamentos abusivos sejam enumerados pelo artigo 102º do TFUE, não há definição para o conceito de abuso, nem parâmetros expressos que mencionem o que se entende como conduta de recusa ao acesso a bens e serviços considerados essenciais à efetividade da concorrência. A jurisprudência da UE evidencia o conceito por meio de um princípio geral que define que as empresas em posição dominante não podem recusar o acesso quando essa conduta desencadear um impacto significativo nas relações concorrenciais⁵⁷.

Além disso, os tribunais, a Comissão e as autoridades da concorrência dos Estados-membros da União Europeia são legitimados a adotarem as medidas que considerarem necessárias para efetivar a livre concorrência. As medidas podem ter naturezas diversas que passam pela imposição de licenças compulsórias⁵⁸, sanções pecuniárias, ou a declaração de caducidade do direito de propriedade intelectual conferido ao respectivo titular⁵⁹. As definições de conduta abusiva da empresa em posição dominante são entendidas de duas maneiras diferentes⁶⁰.

A primeira faz referência ao conceito econômico de abuso de exploração, e incorpora as condutas que empregam o poder de mercado para obter lucros acima do normal à custa dos clientes, por meio de preços excessivos e/ou através da redução da oferta dos produtos ou serviços no mercado. O segundo entendimento faz menção ao abuso predatório, também denominado abuso anti-concorrencial, que consiste na tentativa de excluir os concorrentes do mercado⁶¹. É neste segundo grupo que se enquadram as recusas de licenciar direitos de propriedade intelectual⁶².

⁵⁶ Cf. Comunicação da Comissão. Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE (atual artigo 102º do TFUE) sobre comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante; 2009/C 45/02, para. 6.

⁵⁷ (Freire, A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência , 2008) P.126-7

⁵⁸ (Monteiro, 2010) p. 21 apud. (Frost, 1946), p. 273 et seq.

⁵⁹ (Monteiro, 2010) p. 22 apud. (Correa & Bergel), p. 78.

⁶⁰ (Monteiro, 2010) p.62

⁶¹ (Anderman), p.148.

⁶² Cf. Acórdão Do Tribunal De Justiça (Sexta Secção), 26 de Novembro de 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG, Processo C-7/97. O caso em questão esclarece, por exemplo, que “mesmo supondo que esta jurisprudência referente ao exercício de um direito de propriedade intelectual seja aplicável ao exercício de qualquer direito de propriedade, seria ainda necessário, para que o acórdão Magill pudesse ser utilmente invocado para concluir pela existência de um abuso na aceção do artigo 86.º do Tratado numa situação como a que é objecto da primeira questão prejudicial, não só que a recusa do serviço que constitui a

Para assegurar uma concorrência sadia, proporcionar o aumento do bem-estar social e garantir a eficiente distribuição dos recursos disponíveis, a Comissão Europeia definiu três requisitos que devem ser conferidos para o cumprimento da doutrina das *essential facilities*: a) A existência de uma empresa em posição dominante; b) Uma conduta da empresa que consubstancia uma exploração abusiva dessa posição; e c) Que o comércio entre os Estados-Membros fique afetado por via desse abuso.

Uma das finalidades da União Europeia ao aplicar as normas sobre o abuso de posição dominante é obrigar as empresas a se comportarem de acordo com os critérios que preceituam a justa concorrência. Nesse sentido, se diferencia das cortes norte-americanas que pretendem prevenir e reprimir as práticas restritivas da concorrência e, para isso, coordena a aquisição das infra-estruturas essenciais, ou as práticas tendenciosas que são consideradas condutas ilícitas⁶³.

A decisão da Comissão Europeia no caso *Continental Can*⁶⁴ considerou como dominante as empresas suficientemente fortes para eliminar a vontade de seus concorrentes, clientes ou fornecedores. O posicionamento pode decorrer da quota de mercado, conhecimentos técnicos, matérias primas ou de capitais, ou a soma destes, desde que lhe permitam monopolizar os preços ou controlar a produção e distribuição dos produtos em causa mesmo se não resultar em domínio absoluto.⁶⁵

A propriedade intelectual é o conjunto de direitos responsáveis pela proteção conferida às criações, e se dividem em direito do Autor e conexos, e Direito de Propriedade Industrial.⁶⁶ O Decreto-Lei n.º 143/2014, de 26 de setembro estabelece o reconhecimento do direito autoral independente de registro, depósito ou qualquer outra formalidade. Apesar do caráter facultativo da legislação, não se deve desprezar a importância do registro⁶⁷ já que comporta a idéia de monopólio⁶⁸ como um direito exclusivo ou de proteção aos direitos de cunho intelectual.

distribuição domiciliária seja de natureza a eliminar toda e qualquer concorrência no mercado dos jornais diários por parte de quem procura o serviço e não possa ser objectivamente justificada, mas ainda que o serviço seja em si mesmo indispensável para o exercício da sua actividade, no sentido de que não exista qualquer substituto real ou potencial para o sistema de distribuição domiciliária.”

⁶³ (Silva, O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, 2010) p. 302-3.

⁶⁴ Cf. Acórdão Do Tribunal De Justiça, 21 de Fevereiro de 1973, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*, Processo 6/72.

⁶⁵ Cf. Decisão da Comissão Europeia, de 9.12.1971, *Continental Can Company*, J.O. L7, de 8.1.1972, p. 25 - 35.

⁶⁶ (IGAC) **Inspeção geral das atividades culturais.**

⁶⁷ *Ibidem.*

A proteção dos direitos imateriais é feita mediante a concessão de uma espécie de monopólio temporário, que normalmente tem o prazo de vinte anos, conferidos ao autor ou inventor da ideia pelo Estado. O propósito do direito autoral é de estimular o investimento e produção constante de produtos e/ou serviços inovadores, pois, ao resguardar os direitos o autor se sente seguro em investir monetária e temporalmente no processo de criação. Em contrapartida, fornecer o bem permite aos concorrentes à possibilidade de aperfeiçoarem o invento e de diminuir o tempo necessário para o desenvolvimento de outro produto.⁶⁹

A existência da posição dominante normalmente é certificada por meio de critérios estruturais relacionados às quotas de mercado, ao grau de integração vertical, ao domínio tecnológico e ao fato de existir altos custos financeiros⁷⁰. Nesse sentido, entende-se que a empresa é uma unidade económica⁷¹ que envolve o fornecimento de bens e a prestação de serviços em um determinado mercado, independentemente do seu estatuto legal, organização e modo de financiamento.

A empresa dominante só sofrerá a obrigatoriedade de fornecer aos seus concorrentes, o referido *input*, se o desenvolvimento da concorrência noutra mercado estiver vinculado à infra-estrutura⁷² que decorre do carácter essencial do recurso. A análise deve ser feita com prudência e a recusa de acesso só poderá ser considerada abusiva em circunstâncias excepcionais⁷³ para que as empresas não percam o incentivo de inovar⁷⁴.

Além disso, o Tribunal de Justiça da União Europeia estabelece que as autoridades nacionais podem optar pela não aplicação do artigo 102º do TFUE, nos casos em que as investigações concluem que a conduta abusiva era objetivamente justificada. Por

⁶⁸ (M. S. , 2012). A expressão "monopólio" tem um significado diferente no contexto da PI e Lei da concorrência. Na Lei de Propriedade Intelectual, descreve-se a extensão do poder de exclusão do titular do direito, enquanto a Lei da Concorrência aborda a noção de monopólio descreve a extensão do poder de mercado. Então, os direitos de propriedade intelectual criam monopólio do mercado somente quando essas duas noções coincidem.

⁶⁹ (Varella & Marinho, A propriedade intelectual na OMC) A Propriedade Intelectual Na OMC.

⁷⁰ (Sousa M. d.) A recusa de partilha de infraestrutura como infracção regulatória: análise da alínea e), do n.º 2, do artigo 11.º da lei n.º 19/2012, de 8 de maio. Faculdade de direito da Universidade de Coimbra.

⁷¹ (Monteiro, 2010) Apud. Acórdão de 12 de julho de 1984, Hydrotherm Gerätebau GmbH v. Compact Del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., processo n.º 170/83, Col. 1984, p. 2999, para 11. Do mesmo modo alguns anos mais tarde acórdão de 11 de dezembro de 2003, Minoan Lines S.A. c. Comissão das comunidades Europeias, processo n.º T66/99, Col. 2003, p. II-5515, parágrafo 121. Recorda que “no contexto do direito da concorrência, deve ser entendida como designando uma unidade económica do ponto de vista do objecto do acordo em causa mesmo se, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica é constituída por várias pessoas, singulares ou colectivas.”

⁷² (Junqueiro, 2012) Ibidem, p. 127-128.

⁷³ (Freire, A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência , 2008) Ibidem, p. 132.

⁷⁴ (Freire, A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência , 2008) Ibidem, p. 119.

tanto, nem sempre será aplicável a proibição estatuída e, embora as decisões sejam passíveis de revisão judicial, a não aplicação das regras do Tratado sugere incertezas jurídicas e, nesses casos, pode violar o interesse legítimo da empresa sob investigação⁷⁵.

Nesses termos, entende-se que o abuso de um direito de propriedade intelectual ocorre quando, ao utilizar o direito de exclusividade, os limites que o poder jurídico impõe são ultrapassados⁷⁶. No entanto, nem toda prática abusiva é considerada restritiva e, segundo o acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs), as condutas anti-competitivas serão submetidas à política da concorrência somente nos casos que importam em efeitos adversos para o mercado relevante⁷⁷.

Além disso, o TRIPs abrange os direitos de propriedade intelectual relativos à proteção autoral e conexos, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, patentes, topografias de circuitos integrados e proteção de informação confidencial⁷⁸. Por tanto, o acordo constitutivo da OMC estabeleceu princípios basilares a este acordo⁷⁹, denominados *single undertaking*, que obriga todos os membros a concordarem com os temas negociados e os impede de acolher apenas aos acordos que os interessem. Destacam-se entre esses:

I. Princípio do tratamento nacional: estabelece que não deve haver diferenças entre os direitos de propriedade intelectual de nacionais e estrangeiros;⁸⁰

⁷⁵ Cf. Caso Tele2 Polska. Acórdão do Tribunal de Justiça da U.E. 03.05.2011. Toshiba e o. c. Comissão. Processo C-375/09. Coletânea 2011 I-03055.

⁷⁶ Nordhaus, Patente Antitrust Law § 29, 1981.

⁷⁷ (OECD, 1996) apud Correa, Carlos M., TRIPs Agreement: Copyright and Related Rights, IIC 1994, p. 543 “Em outras palavras, tal mercado inclui os produtores aos quais o consumidor se voltaria se o preço do produto patenteado fosse anormalmente alto. Isso dependerá, por sua vez, de quão exclusivo ou substituível é esse e a classe em questão. Com base nisso, a secção adota um teste de competição e a regra *rule of reason* para avaliar os efeitos de uma prática num caso particular. A inclusão da regra exclui a possibilidade de que a legislação nacional considere certas práticas como restritivas a priori, mas isso não significa necessariamente que as autoridades não podem condenar e julgar as práticas restritivas, desde que de a oportunidade de julgar sua aplicabilidade aos diferentes casos em particular.”

⁷⁸ Cf. Art. 1.2 do TRIPs Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 2, p. 136-153, jul./dez. 2005 143 autorais, reforça a Convenção de Berna, à exceção dos direitos morais, tema em que os Estados Unidos evitaram o aumento da efetividade da Convenção, em para proteger o seu setor cinematográfico.

⁷⁹ (Jorge Pereira Solnado Tavares da Cruz, 2010) Cf. para identificação dos princípios, bem como a explicação de seu conteúdo.

⁸⁰ Cf. Art. 3.1 do acordo TRIPs: “Cada membro concederá aos nacionais dos demais membros tratamento não menos favorável que o outorgado aos seus próprios nacionais com relação a proteção da propriedade intelectual, salvo as exceções já previstas, respectivamente na Convenção de Paris (1967) da Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado de Propriedade intelectual em matéria de circuitos integrados. No que concerne a artistas-interpretas, produtores de fonogramas, e organizações de radiodifusão essa obrigação se aplica apenas aos direitos previstos neste Acordo. Todo membro que faça uso das

II. Princípio da transparência: exige a publicidade pelos Estados-membros, da legislação que compreende a matéria, e garante possíveis contestações, além de permitir a fiscalização e o acesso à informação a quem tenha direito;⁸¹

III. Princípio da cooperação internacional: reconhece que é necessário aplicar o acordo de cooperação técnica e financeira em países em desenvolvimento, nos escritórios de propriedade intelectual responsáveis pela análise dos pedidos de registros e na elaboração de leis;⁸²

IV. Princípio da exaustão: os direitos de propriedade intelectual se esgotam com a primeira venda e o titular do direito não pode exigir que terceiros lhe solicitem autorização para dispor do produto e/ou serviço. Nesse sentido, há uma cláusula favorável ao livre comércio que permite em um mercado concentrado certo espaço para a concorrência⁸³.

Em regra, o direito da concorrência não obriga as empresas a contratar serviços que não sejam de suas vontades, nem impõem parceiros comerciais específicos. Nas economias de mercado, a propriedade privada e a liberdade contratual são princípios estruturantes do ordenamento jurídico e econômico. Neste sentido, as vantagens competitivas desenvolvidas pelas empresas são normalmente reservadas para uso próprio, e só haverá intervenção do Estado sob as empresas em circunstâncias excepcionais⁸⁴.

possibilidades previstas no artigo 6 da Convenção de Berna e no para 1 b do artigo 16 da Convenção de Roma fará uma notificação de Acordo com aquelas disposições ao Conselho TRIPS.

⁸¹As leis e regulamentos e as decisões judiciais e administrativas finais de aplicação geral relativa a matéria objeto desse Acordo (existência, abrangência, obtenção, aplicação de normas de proteção e prevenção de abusos de direitos de propriedade intelectual) que forem colocadas em vigor por um Membro serão publicadas ou, quando essa publicação não for conveniente, serão tornadas públicas em um idioma nacional de modo a permitir que governos e titulares de direitos delas tomem conhecimento. Os acordos relativos a matéria objeto desse Acordo que estejam em vigor entre Governo ou agência governamental de um outro membro também serão publicados.

⁸²Cf. Art. 67 do TRIPS: “A fim de facilitar a aplicação do presente Acordo, os países desenvolvidos membros, a pedido, e em termos e condições mutuamente acordadas, prestarão cooperação técnica e financeira aos países em desenvolvimento membros e de menor desenvolvimento relativo membros. Esta cooperação incluirá assistência na elaboração de leis e regulamentos sobre a proteção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual bem como sobre a prevenção de seu abuso, e incluirá apoio ao estabelecimento e fortalecimento dos escritórios e agências nacionais competentes nesses assuntos, inclusive na formação de pessoal.”

⁸³Cf. Art. 6 TRIPS “para proposta de solução de controvérsias no marco deste Acordo e sem prejuízo no disposto dos artigos 3 e 4, nada neste Acordo será utilizado para tratar da questão dos direitos de exaustão da propriedade intelectual.”

⁸⁴(Junqueiro, 2012), p. 127. O autor faz referência acerca da distinção entre recusas em contratar com concorrentes, das recusas em contratar com não concorrentes. “No primeiro caso trata-se de empresas dominantes que controla um meio de produção necessário para desenvolver uma actividade num determinado mercado relacionado, recusa fornecê-lo a empresas que o solicitam e, ao mesmo tempo, concorre com elas no

A recusa de venda, a compressão de margens⁸⁵, os preços predatórios⁸⁶ e as vendas ligadas⁸⁷ são comportamentos abusivos enumerados de maneira exemplificativa pelo artigo 102º do TFUE. O termo recusa de fornecimento não consta em nenhuma das quatro alíneas (de maneira direta), e gera dúvidas quanto ao significado atribuído pela legislação nacional. O regime nacional do abuso de posição dominante não precisa definir expressamente a proibição de recusa de acesso à infra-estrutura essencial, pois, o legislador supostamente intenta eliminar as eventuais dúvidas que podem causar a Lei nº18/2003, de 11 de Junho, que aborda o regime jurídico da concorrência⁸⁸.

A Convenção de Paris se fortaleceu no que diz respeito às marcas, excetuando as notórias (conhecida no mercado de consumo em geral), e a proteção anteriormente restrita aos bens e serviços similares foi estendida pelo acordo TRIPs às conectadas aos bens e serviços comercializados pela marca. Em consequência, a conexão desencadeia o possível prejuízo da marca. Outra inovação relevante foi à indicação geográfica que deixou de ser considerada como um sistema local de proteção, e passou a ser globalmente reconhecida⁸⁹.

Foram atribuídos critérios de denominações de origem e indicações geográficas de países europeus, como França, Itália, Espanha e Alemanha, para que houvesse a valorização de seus produtos de acordo com as suas procedências. A qualidade atribuída à mercadoria se relaciona diretamente com seu valor psicológico e a região, como é o caso do azeite de Módena e dos queijos de Serra da Estrela⁹⁰.

A análise da condição de posição dominante de uma empresa deverá considerar duas vertentes:

I. Se há igualdade na concorrência conferida a uma parte substancial do mercado em que se avalia a estrutura e o volume de produção do produto, tal como o maior ou menor consumo deste artigo, os hábitos dos consumidores e as possibilidades económicas destes; e

mesmo mercado”. Já no segundo caso “trata-se de vendas ligadas, discriminação abusiva ou os acordos de compra exclusiva destinados a clientes da empresa dominante.”

⁸⁵ Cf. Acórdão do TJ de 29/04/04, British Sugar/Comissão, Proc. C-359/01-P

⁸⁶ Cf. Acórdão do TJ de 3/07/91, AKZO, Proc. C-62/86.

⁸⁷ Cf. Acórdão do TJ de 2/03/94, Hilti/Comissão, C-53/92.

⁸⁸ (Junqueiro, 2012), ob. cit., p. 138.

⁸⁹ (Batista, A aplicabilidade da teoria da infra-estrutura essencial ao setor das telecomunicações, 2014)

⁹⁰ (Varella & Marinho, A propriedade intelectual na OMC, 2000)

II. A verificação do tempo de duração das quotas de mercado, e se prejudicam a atuação autônoma face aos seus concorrentes e consumidores que será analisado com maior precisão quando se considera:⁹¹

- a. Monopólio de fato;
- b. Escassez de determinado recurso;
- c. Quotas de mercado próximas ou superiores a 80%;
- d. Existência de barreiras à entrada;
- e. Obstáculos do ponto de vista legal;
- f. Dispor de tecnologias complexas;
- g. Fidelidade dos adquirentes aos fornecedores habituais.

Segundo a teoria dos Mercados Contestáveis de Baumol⁹², a empresa que tenha poder de mercado com capacidade de decidir sobre a sua estrutura de preço, sem a necessidade de levar em consideração os demais agentes de mercado, quase sempre opta pela aplicação de valores superiores ao seu preço marginal ou médio, maximizando os lucros.

No entanto, a maximização dos lucros indica potencial de produção e desperta nos concorrentes o interesse de se inserirem no mercado, caso tenham condições de assumir as mudanças e investir elevados valores para isso. Quando a produção é disponibilizada por mais fornecedores os preços, em consequência, começam a cair. Assim, o produtor considera a aplicação de preços justos que, embora não possibilite a maximização dos lucros mantém a posição dominante fora de risco. Outra desvantagem seria a dificuldade em obter financiamento junto aos bancos, devido à presença de grupos econômicos fortes no mercado⁹³.

Este pensamento se relaciona com os chamados *uncommitted entrants*⁹⁴, que, segundo a Comissão Europeia se atenta à permutabilidade⁹⁵ do lado da oferta. Se as demais

⁹¹ (Sousa M. d.) Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. A recusa de partilha de infraestrutura como infracção regulatória: análise da alínea e), do n.º 2, do artigo 11.º da lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

⁹² MOTTA, Massimo, *Competition Polic.*, p. 73 a 81.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ No português: “Participante não autorizado”. Cf. (Silva, *Direito da Concorrência*, 2008), p. 23 apud. Joe Bain e George Stigler que enfatizam a ideia dos obstáculos de entrada: “Um dos aspectos centrais nos primeiros estudos de Economia Industrial é um conceito amplo de obstáculos à entrada. Para Joe Bain constituiriam obstáculos à entrada factores como o capital, a tecnologia, a integração vertical, entre outros. Esta perspectiva seria posta em causa por George Stigler para quem uma barreira à entrada é um custo que uma empresa que pretende entrar num mercado tem de suportar e que as empresas já no mercado não tiveram de suportar aquando da sua entrada. O capital, em particular, não constitui uma barreira à entrada se a nova

empresas ativas no mercado constituem potenciais concorrentes, poderão também adaptar rapidamente a produção de seus produtos para outro setor, sem que haja a necessidade de investir adicionalmente, ou mesmo de adaptar seus ativos corpóreos⁹⁶. Desta maneira, não seria necessário licenciar a infra-estrutura.

Os tribunais da União Europeia desenvolveram um teste composto por seis requisitos para identificar quais são as situações em que a recusa poderia ser considerada abusiva. São estes:

- I. Que a empresa se recuse a fornecer a licença sobre os direitos de propriedade intelectual;
- II. A empresa que se recusa a licenciar deve estar no posto de posição dominante no mercado a montante;
- III. A recusa deve, por efeito, eliminar a empresa concorrente no mercado a jusante;
- IV. A licença deve ser requisito fundamental para a concorrência efetiva no mercado a jusante;
- V. Se a recusa impede que o produto apareça no mercado, ainda que a procura seja efetiva e potencial; e
- VI. Se a empresa em posição dominante não justifica objetivamente sua recusa.

Ocorre que o caso *Microsoft* colocou em prova o conceito de “circunstância excepcional” que até então carecia de esclarecimentos e limitações à sua definição. Contudo, a Comissão Europeia elaborou um novo teste que prima pelo impacto positivo gerado pela inovação e, se os impactos negativos forem maiores do que os que sofrem as empresas em posição dominante a prioridade será diversa. No entanto, o teste é extremamente imprevisível porque não limita os parâmetros de aplicação e na prática é difícil entender quais os impactos sob a empresa⁹⁷.

O teste acima mencionado se divide em três grupos: relativos à exploração abusiva da posição dominante, impostos pela natureza e os objetivos dos direitos de propriedade intelectual e, por fim, os necessários para a ponderação dos interesses em conflito. Em princípio, se ajusta melhor aos casos de recusa de licenciar direitos de

empresa for eficiente e o mercado de capitais funcionar correctamente. Para este autor as barreiras à entrada têm sobretudo origem em medidas estatais, pelo que se deve evitar a interferência do Estado nos mercados”.

⁹⁵ Cf. Acórdão Hoffmann-La Roche, processo 85/76 do Tribunal de Justiça em 13 de Fevereiro de 1979.

⁹⁶ Cf. Tópico 2.1 sobre a proteção conferida aos bens corpóreos.

⁹⁷ (Monteiro, 2010) P. 221-2.

propriedade intelectual, embora aparentemente sejam específicos para a questão de identificar os resultados da inovação no mercado.⁹⁸

De acordo com o Tribunal de Justiça, considera-se a possibilidade de licenciar compulsoriamente nos casos em que for possível identificar um mercado, potencial ou hipoteticamente potencial, com produtos e/ou serviços indispensáveis ao desenvolvimento das empresas concorrentes. Outro fator determinante é a procura efetiva da infra-estrutura considerada essencial pelas empresas que decidem exercer a atividade. No entanto, a indispensabilidade no caso de recusa de fornecimento pode desencadear atitudes parasitárias e desinteressar as empresas na busca pela inovação.⁹⁹

Quando convocado a se pronunciar sobre o reenvio prejudicial, relativamente à recusa em licenciar, o Tribunal de Justiça (quinta secção) reiterou que existe abuso de posição dominante na acepção do artigo 102º do TFUE em três condições:¹⁰⁰

- I. Se a empresa que pede a licença tem a intenção de oferecer, no mercado de fornecimento de dados em causa, produtos ou serviços novos que o titular do direito de propriedade intelectual não oferece e para os quais existe uma procura potencial por parte dos consumidores;
- II. Se a recusa não é justificada por considerações objectivas; e
- III. Se a recusa é susceptível de reservar ao titular do direito de propriedade intelectual o mercado do fornecimento dos dados relativos às vendas de produtos farmacêuticos no Estado-Membro em causa, excluindo toda a concorrência neste.

O Tribunal de Justiça da União Europeia intenciona o reforço à livre concorrência e restringe as condutas lesivas ao bem-estar social. A interpretação acerca das circunstâncias excepcionais reconcilia o direito da concorrência e o direito da propriedade intelectual com base no interesse no processo de criação. Quando o produto tiver potencial procura no mercado e, depois de verificados os critérios de aplicação, caberá a licença compulsória¹⁰¹.

⁹⁸ Cf. V., Whish, Richard / Bailey David, *Competition Law*, 7ª Edição, 2012, P. 702.

⁹⁹ Cf. V., Processo nº C-418/01, P. 44.

¹⁰⁰ Cf. V., Processo C-418/01, P. 52

¹⁰¹ Cf. V., Anderman Steven, *Does the Microsoft Case offer a New Paradigm for the 'Exceptional Circumstances' Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law?*, P. 13.

2.3 RELAÇÕES ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E A POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA

A proteção conferida pelos direitos de propriedade intelectual e da concorrência quase sempre se choca. Apesar disso, possuem pontos de intersecção quanto aos efeitos que desencadeiam no mercado. Por um lado, a propriedade intelectual resguarda os segredos comerciais e os conhecimentos técnicos (com valor comercial), contra o abuso de confiança e quaisquer outros atos que obstaculizem práticas comerciais íntegras. Por outro lado, a política da concorrência assegura, previne e controla o equilíbrio do mercado por meio de licenças contratuais ¹⁰².

O atual cenário econômico tem o ativo imaterial (protegido pelo direito de propriedade intelectual) como um diferencial de peso nas relações concorrenciais. Por este motivo, e, com a intenção de desenvolver um sistema rígido que não incapacita os concorrentes tecnológicos na competição de mercado (que é supostamente livre), o direito econômico internacional adotou os direitos autorais nas negociações multilaterais ¹⁰³.

Ressalta-se que, os direitos de propriedade intelectual se caracterizam por sua imaterialidade e conferem proteção a produção humana intelectual e criativa, nos setores industriais, científicos, artísticos e literários. Portanto, assegura a exclusividade de exploração comercial dos produtos e serviços que se caracterizam pela capacidade criativa do autor, antes que sejam compartilhados no mercado, com a finalidade de resguardar seus interesses e estimular a inovação ¹⁰⁴.

Para Schumpeter, “o produtor que, via de regra, inicia a mudança econômica, e os consumidores, se necessário, são por ele ‘educados’; eles são, por assim dizer, ensinados a desejar novas coisas, ou coisas que diferem de alguma forma daquelas que têm o hábito de consumir”. Segundo essa teoria, denominada destruição criativa, as empresas inovadoras que respondem as necessidades do mercado se promovem e eliminam as que são incapazes de acompanhar as mudanças. Portanto, a inovação orienta os agentes econômicos para as novas tecnologias e novas preferências dos clientes, e, por isso, elimina postos de trabalho

¹⁰² (Comissão Europeia) EUR-LEX. Omc: acordo sobre os aspetos relativos aos direitos de propriedade intelectual.

¹⁰³ A PROPRIEDADE INTELECTUAL NA OMC. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília.

¹⁰⁴ (T. & Dreier, 2013), p. 2-3.

ao passo que cria novas oportunidades de negócios¹⁰⁵.

Nesse sentido, indica a necessidade de recompensar e proteger os investimentos do empresário inovador por meio da economia dinâmica¹⁰⁶, que permite a alta lucratividade. O monopólio temporário conferido pela proteção do direito de propriedade intelectual é uma forma de garantir que os autores da criação ganhem com suas invenções, e, assim, a desigualdade de curto prazo seria o custo do progresso em longo prazo¹⁰⁷. Deste modo, o *modus operandi* do regime ideal da concorrência se relaciona a eficiência dinâmica, através de novas tecnologias e melhoria da qualidade dos produtos¹⁰⁸.

As contradições entre o uso e o incentivo entre a eficiência estática e a eficiência dinâmica traduzem o conflito entre as escolhas e as consequências, mais conhecido como *trade-off* (expressão do inglês, traduzida como perde e ganha). A eficiência dinâmica está relacionada à inovação e pesquisa, e o bem-estar se fortalece dentro do período de tempo que os produtos serão desenvolvidos. Assim, a promoção da propriedade intelectual reforça o melhor desempenho na eficiência dinâmica (caracterizada pela inovação), enquanto a concorrência qualifica a eficiência estática¹⁰⁹.

Contudo, tanto o direito da concorrência quanto o direito de propriedade intelectual promovem a segurança econômica e avançam através da eficiência dinâmica ou estática, com base na avaliação do caso específico. O critério de resolução do conflito normalmente se baseia em uma abordagem mais econômica¹¹⁰. Por exemplo, a teoria das

¹⁰⁵ (SCHUMPETER & Tradução de: Possas, 1997) id. (1942). Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: Zahar, 1984. P. 118. Segundo Schumpeter, a economia capitalista depende de novas firmas, novas tecnologias e novos produtos que substituam constantemente os antigos para se manter em sua forma natural e saudável. Neste sentido, se sujeita a ciclos de crescimento e implosão, característicos do processo de inovação.

¹⁰⁶ (LÉVÊQUE & MÉNIÈRE, 2004) O autor expõe de forma clara o conceito econômico de eficiência. A eficiência dinâmica pode ser concebida como o aprimoramento e renovação das técnicas produtivas e de bens de consumo ao longo do tempo. Ela representa o resultado do investimento em pesquisa e desenvolvimento. Já a concepção acerca da eficiência estática consiste na alocação de recursos que maximiza o excedente social (parte do lucro do produtor, que se dá pela intersecção entre preço e o custo marginal de produção), e do ganho do consumidor (que resulta da relação entre a demanda e o preço). Ou seja, o termo eficiência em economia define a produção ou prestação de um produto e/ou serviço oferecido por um custo mínimo.

¹⁰⁷ (POSNER, 1992) O autor defende a idéia de que o direito de propriedade intelectual gera eficiência valorativa. Segundo ele, é um direito fundamental para que haja o mínimo comprometimento dos empresários com a inovação, além de motivar os investidores a pesquisarem no âmbito do produto mais competitivo, e assim, utilizar os recursos de forma mais eficiente.

¹⁰⁸ (CARLTON & PERLOFF, 2000) O autor menciona a teoria schumpeteriana, segundo a qual, sem incentivos em mecanismos ao direito de propriedade intelectual – em especial as patentes – os investimentos em pesquisa e desenvolvimento seriam mínimos e, por consequência, haveria menos inovação. Segundo ele, embora a discussão seja anterior a teoria, grande parte dos economistas e formuladores de políticas públicas compartilha da idéia.

¹⁰⁹ (M. A. F., 2009), p. 5

¹¹⁰ (KUBRUSLY) “Além disso, o caráter instrumental da propriedade intelectual de cumprir com sua função

funções essenciais dos direitos da propriedade intelectual se baseia no critério económico de eficiência dinâmica¹¹¹.

Com relação à eficiência estática, os recursos da economia são distribuídos entre diferentes produções de serviços e bens ao menor custo possível (preço igual ao custo marginal). Assim, a lógica seria que, caso o empresário tenha que pagar *royalties* ao inventor do produto, o preço do bem excede o custo marginal (já que o preço corresponde à soma do custo marginal e do custo dos *royalties*) e, em consequência, reduz o bem-estar do consumidor¹¹². Ou seja, se baseia na disponibilidade do bem criado a custo marginal, que se aproxima de zero na enésima unidade produzida do bem de informação¹¹³.

Porém, o argumento favorável a propriedade intelectual é o de a remuneração do inventor amplia o incentivo a inovação, a ponto de o aumento da eficiência dinâmica compensar os efeitos negativos da perda de eficiência estática¹¹⁴. Segundo a OMC, a proteção conferida está diretamente ligada ao desenvolvimento económico e técnico, além de promover o aumento da competitividade a partir da criação de um incentivo financeiro para o inventor em troca de informações pela inovação¹¹⁵.

A eficiência dinâmica difere-se da estática porque opta pelo benefício futuro da sociedade, ainda que para isso seja necessário sacrificar vantagens de curto prazo com a minimização dos custos¹¹⁶. Segundo uma perspectiva económica esse seria o real fundamento para a existência de leis de proteção intelectual¹¹⁷. Já a eficiência estática se relaciona com a produtividade e qualidade efetivada por meio de distribuição com custos reduzidos. O impacto de curto prazo da eficiência estática parece mais importante, e prevalece na maioria das vezes no Direito da Concorrência¹¹⁸.

O Tribunal de Justiça adota, muitas vezes, uma abordagem formalista na

social (promover o desenvolvimento económico e tecnológico) e do Direito Antitruste de promover políticas públicas, dentre elas o desenvolvimento económico, une os institutos. A proteção à propriedade intelectual e o Direito Antitruste tornam-se instrumento de persecução do mesmo objetivo.”

¹¹¹ Cf. Processo T-70/89, British Broadcasting Corporation e BBC Enterprises Ltd/Comissão das Comunidades Europeias, Col. 1991, p. II-00535, ponto 58.

¹¹² (POSNER, 1992) *The Economic Theory of Property Rights*

¹¹³ (Ribeiro, Neto, & Perlingeiro, 2012)

¹¹⁴ (MANSFIELD, 1986)

¹¹⁵ (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION)

¹¹⁶ (Schilling, 2015), p. 191-192.

¹¹⁷ (LÉVÊQUE & MÉNIÈRE, 2004) Id 2003 Para uma exposição da economia da propriedade intelectual.

¹¹⁸ (Kallaugher, 2013) 'Existência, Exercício e Circunstâncias Excepcionais: O âmbito limitado para uma abordagem mais económica das questões de PI nos termos do artigo 102.º do TFUE' em Anderman S. e Ezrachi A. (eds), p. 117- 144.

resolução dos conflitos entre os direitos autorais e os direitos da concorrência¹¹⁹. Este posicionamento não é bem visto pelos defensores da propriedade intelectual, e, embora a concorrência só interfira na proteção conferida ao autor em casos excepcionais, a doutrina da *essential facility*¹²⁰ não apresenta quaisquer restrições a sua aplicação, ainda que o autor tenha sua produção protegida¹²¹.

Apesar disso, ambos os direitos possuem diferentes questões, o que evidencia a necessidade de uma análise mais apurada no caso concreto. Os direitos de propriedade intelectual não são absolutos e bem-estar coletivo deve ser sempre observado. Por este motivo, os direitos tendem a se adaptarem as necessidades um do outro¹²². Seguindo este raciocínio, a intersecção dos direitos é benéfica e a doutrina das *essential facilities* é uma maneira eficaz de equilibrar os direitos com base no interesse comum¹²³.

O TJUE estabeleceu que a propriedade intelectual está na raiz do direito nacional e que a simples recusa de licenciar não constitui abuso de posição dominante¹²⁴. Além disso, o Tribunal desistiu da existência do exercício da dicotomia aplicado pelo TPI no caso Magill, em que estava relutante em declará-lo como um caso excepcional ao concluir sobre a existência da posição dominante¹²⁵. Os tribunais da UE abordaram o caso concreto com base nas excepcionalidades do artigo 102º do TFUE.

Países mais inovadores em termos tecnológicos como os Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, França e Países Baixos dominam a competição com a imposição de barreiras. Desta maneira, a propriedade intelectual tem se tornado um dos principais instrumentos de disputa no âmbito da Organização Mundial do Comércio para grande parte dos países industrializados e algumas regiões de países em desenvolvimento como o leste da China, sul da Índia, sudeste brasileiro e Norte do México. Os demais países se tornam

¹¹⁹ Cf. Case 262/81 Coditel SA, Compagnie generale pour la diffusion de la television, and others v Cine-Vog Films SA and others (*Coditel*), [1982] ECR 03381, para 13.

¹²⁰ Cf. tópico 2.1 relativa à noção e evolução da doutrina das *essential facilities*.

¹²¹ (HOOKS, PATERSON, & PITOFISKY, 2002), p. 452.

¹²² (HOVENKAMP, 2005)

¹²³ (SALOMÃO FILHO, 2007)“Vistos 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. Passam a ser formas de proteção da instituição ‘concorrência’. Como tais, são dotados de caráter mais publicista que a própria e antiga noção de privilégio estatal na concessão de patentes ou de propriedade privada de um bem imaterial (ideia ou invenção).”

¹²⁴ Cf. Processos apensos C-241/91 P e C-242/91 P, Magill, nota 39 supra, parágrafo 49.

¹²⁵ Cf. tópico 2.1 sobre a definição com base no caso Magill e ainda Vinje T., "A palavra final sobre Magill: o acórdão do TJCE", *European Intellectual Property Review*, vol. 17 não. 6, 1995, p. 299.

meros espectadores na disputa comercial¹²⁶.

A concorrência de mercado deve se ajustar a procura e ao bem-estar do consumidor, considerando que a tutela da propriedade intelectual tem por base o prisma analítico da oferta¹²⁷. Além, a existência de uma empresa em posição dominante desencadeia o monopólio de fato¹²⁸, natural¹²⁹, ou legal¹³⁰, que implicam na inabilidade dos concorrentes em se imporem no mercado e de desfrutarem da ampla liberdade de atuação por motivos variados¹³¹.

Nem sempre as demais empresas encontram estímulos ou circunstâncias favoráveis para adentrar na disputa no mercado, ainda que estejam protegidas pelos direitos conferidos pela propriedade intelectual. A empresa poderá controlar o *input* de execução da atividade por meio da redução de preços, de produtos variados, e com qualidade superior capaz de debilitar a concorrência¹³².

O artigo 102º da TFUE declara que a exploração abusiva da posição dominante é incompatível com o mercado interno, ou com uma parte substancial dele, quando a prática gera prejuízos no comércio entre os Estados-membros. O artigo 11º da Lei 19/2012 demonstra igual preocupação pela declaração de que a exploração abusiva por uma ou mais empresas em posição dominante no mercado nacional ou em parte substancial deste é proibida¹³³.

¹²⁶ (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION).

¹²⁷ (Freire, A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência, 2008) Ibidem p. 128

¹²⁸ (Figueiredo, 2011) P. 79 e 80. Monopólio convencional (de fato) é o decorrente de práticas abusivas de agentes econômicos, bem como de acordos e contratos estabelecidos por dois ou mais agentes, com o fito de eliminar os demais competidores, colocando aquela atividade sob a exploração exclusiva por parte de um único agente (monopólio) ou de poucos agentes predeterminados (oligopólio).

¹²⁹ Cf. (VISCUSI, VERNON, & e HARRINGTON, 1995). A definição técnica de monopólio natural é a do segmento em que a função de custo é subaditiva para os intervalos relevantes de produção. Trata-se de uma modalidade de monopólio temporária decorrente da exclusividade de domínio no mercado.

¹³⁰ (AGUILLAR, 2012). De um modo geral, o monopólio legal pode ser definido como a exclusividade de exploração estabelecida pelo Poder Público para si ou para terceiros, por meio de edição de atos normativos. Cf. também a Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, (2016/C 262/01), 272: “Existe um monopólio legal nos casos em que um dado serviço se encontra reservado por lei ou por medidas regulamentares a um fornecedor exclusivo, estando os outros operadores claramente proibidos de fornecer tal serviço (nem sequer para satisfazer uma eventual procura residual de determinados grupos de clientes). No entanto, o simples facto de a prestação de um serviço público ser confiada a uma empresa específica não significa que a empresa beneficia de um monopólio legal.”

¹³¹ (DI PIETRO, 2014)

¹³² (Marques & Antunes, 2006) p. 258-259.

¹³³ Cf. Jornal Oficial da União Europeia (2009/C 45/02) Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

A posição dominante foi definida¹³⁴, pelo acórdão do caso *United Brands*¹³⁵ do Tribunal de Justiça Europeu, no final da década de 70, como posição de poder econômico detido por uma empresa que lhes permite se distanciar da manutenção de uma concorrência efetiva no mercado. Segundo o acórdão ocorre quando há a possibilidade de a empresa se comportar, em medida apreciável, de maneira independente com relação aos demais concorrentes, consumidores e clientes.

Desta forma, a posição dominante está diretamente ligada ao poder substancial de mercado que torna a empresa indiferente às ações e reações dos demais integrantes da cadeia de mercado. A empresa portadora do monopólio não enfrenta a pressão concorrencial e desfruta de poder de mercado notável e persistente. Este poder possibilita a elevação dos preços do produto (que poderá, inclusive, exceder o preço máximo permitido para manter equilíbrio no mercado) e, em consequência a maximização dos lucros¹³⁶.

Dizemos que a empresa que tem a capacidade de escolher o preço de seus produtos tem poder de mercado, sendo este medido pela percentagem da *markup*¹³⁷ sobre o custo marginal. Ao elevar os preços as empresas receiam que os consumidores vão aderir a outras fontes de consumo, motivo pelo qual se limitam. A limitação da empresa pela perda de consumidores lhes restringe quanto ao poder de mercado substancial, e somente quando a elevação dos valores for rentável e persistente a empresa será detentora de posição dominante¹³⁸.

A empresa detentora da posição dominante, individual ou coletiva¹³⁹, nem sempre abusa de seu poder para eliminar a concorrência do mercado, embora tenha vantagens com relação à concorrência. É por este motivo que as empresas dominantes ainda recebem estímulos externos que lhe dão condições de optarem por agir moralmente e seguindo as normas impostas pela política da concorrência, sem aproveitar das vulnerabilidades das

¹³⁴ Cf. tópico 2.2 para esclarecimentos sobre o abuso de posição dominante.

¹³⁵ Cf. Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26, *United Brands/Comissão*, Col. 1978, 77, para 65.

¹³⁶ Cf. Processo 62/86, *AKZO Chemie/Comissão*, Col. 1991, p. I-3359, ponto 71, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias deliberou o seguinte em matéria de fixação de preços abaixo do custo variável médio (CVM): «uma empresa dominante não tem nenhum interesse em aplicar esses preços excepto se tiver por objectivo eliminar concorrentes de maneira a poder, posteriormente, aumentar os seus preços aproveitando a sua posição de monopólio, uma vez que cada venda gera uma perda ...».

¹³⁷ (Ingels, 2009). Markup ou Mark Up é um termo usado em economia para indicar quanto, do preço, do produto está acima do seu custo de produção e distribuição. Significa diferença entre o custo de um bem ou serviço e seu preço de venda.

¹³⁸ (Faculdade de Economia da Universidade de Porto)

¹³⁹ (SANTOS, 2014)>. Acesso em: 27 fev. 2018.

empresas concorrentes¹⁴⁰.

Em regra, a propriedade intelectual promove a inovação, por proteger o investimento do criador ao impedir que terceiros utilizem, sem autorização¹⁴¹. Esse comportamento, caracterizado pelo benefício indevido do infrator do uso não autorizado é chamado de *free-riding*¹⁴². No entanto, limita a livre concorrência ao excluir os terceiros interessados em utilizar o bem imaterial protegido¹⁴³. Assim, a propriedade intelectual assegura aos seus titulares direitos temporários e exclusivos¹⁴⁴.

O direito a exclusividade¹⁴⁵ conferido ao autor exclui terceiros não autorizados de usar, vender, copiar ou reproduzir o bem protegido. Dentre os direitos conferidos ao titular está também o de transferência, que consiste na possibilidade de ceder ou licenciar o seu bem e/ou serviço¹⁴⁶ e o poder de recusar o licenciamento¹⁴⁷. Caberá, portanto, ao titular avaliar se é conveniente ou não conferir seu direito de exploração a terceiros, que será feito

¹⁴⁰ Cf. decisão COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, parágrafos 208 e 209.

¹⁴¹ (Pereira, Inovação Tecnológica, Propriedade Intelectual e defesa da concorrência no mercado do Software, 2009) P. 241 “A disparidade entre os custos de inovação e os custos de duplicação levariam a que, sem proteção da propriedade intelectual, o mercado ficasse entregue aos chamados *free-riders* e com isso os consumidores não teriam acesso a novos e melhores produtos. Por outro lado, justifica-se a instituição de um sistema internacional de propriedade intelectual, de modo a que não tenha lugar o *dumping* intelectual (prática de preços de venda abaixo do valor normal) no comércio internacional, e aprofundam-se os instrumentos de tutela efectiva da propriedade intelectual no que respeita, nomeadamente, ao tribunal competente e à lei aplicável.”

¹⁴² Cf. CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL, Niilo JÄÄSKINEN, 24 de Março de 2011, Processo C-323/09, Interflora Inc Interflora British Unit v. Marks & Spencer plc Flowers Direct Online Limited. 53. “Além disso, no direito das marcas da UE, ao contrário do que se passa nos EUA, a protecção contra a diluição também abrange um terceiro fenómeno, nomeadamente a protecção contra o «aproveitamento» (*free-riding*) ou o partido indevido retirado do prestígio ou do carácter distintivo da marca de outrem. A essência da protecção contra o aproveitamento (*free-riding*) não consiste na protecção do titular da marca contra o prejuízo causado à sua marca, mas antes na protecção do titular da marca contra o benefício indevido que é tirado pelo infractor do uso não autorizado dessa marca. Nos Estados Unidos da América, o «aproveitamento» (*free-riding*) ou a apropriação abusiva não foram incluídos na protecção contra a diluição da marca que é conferida pela lei federal, apesar de terem sido reconhecidos em alguns acórdãos. V. I. Simon, «Dilution by blurring – a conceptual roadmap», *Intellectual Property Quarterly*, 2010, pp. 44 a 87, p. 56. Contudo, em muitos sistemas jurídicos, a protecção contra a depreciação e o aproveitamento também podem ser – ou são em alternativa – conferidos no âmbito da legislação em matéria da repressão da concorrência desleal.”

¹⁴³ RIBEIRO e ALVES, 2013.

¹⁴⁴ BRANCHER, 2010.

¹⁴⁵ (Pereira, Inovação Tecnológica, Propriedade Intelectual e defesa da concorrência no mercado do Software, 2009) P. 239, 240 “A propriedade intelectual traduz-se numa restrição a concorrência. Com efeito, o titular de direitos de propriedade intelectual, quer se trate de patentes, marcas ou direitos de autor, goza do exclusivo de exploração económica dos bens que são objecto desses direitos (e.g.. invenções tecnológicas, sinais distintivos, obras literárias ou artísticas, incluindo software) durante o período legal de protecção. Apesar de estes bens pela sua natureza incorpórea não estarem sujeitos à rivalidade do consumo, o titular dos direitos de propriedade intelectual pode, em princípio, excluir todo e qualquer concorrente, direto ou indirecto, da sua exploração económica. Isto significa que estes direitos, enquanto exclusivos mercantis, constituem obstáculos à entrada (e à manutenção) no mercado, restringindo por isso a concorrência.”

¹⁴⁶ BASSO, 2011.

¹⁴⁷ KUBRUSLY, 2010.

por contrato de cessão ou licença, tal como ocorre com os bens materiais.

A convenção da União de Paris de 1883 determina que cada um dos países signatários tem a faculdade de agir de acordo com a legislação interna com relação a concessão de licenças compulsórias para prevenir e cercear abusos resultantes do exercício do direito de patente¹⁴⁸. Seguindo a mesma linha, recomenda-se padrões mínimos estabelecidos para a PI aos países membros da Organização Mundial do Comércio, referentes à licença compulsória dos artigos 30º e 31º do acordo TRIPs. Deste modo, diversos países prevêm a possibilidade do licenciamento compulsório em suas legislações¹⁴⁹.

Para que seja válida, a proteção conferida deve atender aos interesses sociais de promover o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Cabe às autoridades da política da concorrência delimitar o alcance da proteção conferida ao titular do direito de PI conforme as conseqüências que causa no mercado¹⁵⁰. Além disso, os países membros, tais como os Estados Unidos, Canadá, Itália, Alemanha, Argentina, dentre outros, possuem suas legislações internas e, ainda, se submetem as especificações da OMC¹⁵¹.

Neste sentido, o acórdão ITP¹⁵² recorda que na falta de uma harmonização das normas nacionais ou de unificação entre os Estados-Membros, as condições e modalidades da proteção do direito autoral serão de competência nacional. Segundo o Tribunal de Primeira Instância, os direitos de propriedade intelectual devem ser limitados na medida necessária à conciliação com o regime da concorrência. Ideia que se confirma com o posicionamento da *Intellectual Property Owners Inc. (IPO)*, no que diz respeito ao direito do autor, que segundo sua óptica, é espontaneamente benéfico para a concorrência¹⁵³.

¹⁴⁸ GAMA CERQUEIRA, 2010.

¹⁴⁹ ICTSD, 2007.

¹⁵⁰ GRAU-KUNTZ, 2009.

¹⁵¹ (Pereira, A globalização, a OMC e o Comércio Eletrônico, 2002) P. 133, 135, 136 e 140 Por força do acordo ADPIC, os direitos do autor estão sujeitos ao controle da OMC, que se destina a organizar o comércio à escala mundial. Segundo o autor, a observância dos padrões de proteção da propriedade intelectual está sujeita à fiscalização da OMC.

¹⁵² Cf. ACÓRDÃO DE 6. 4. 1995 — PROCESSOS APENSOS C-241/91 P E C-242/91 P

¹⁵³ Cf. Acórdão ITP, n.º 52 “As relações entre os direitos nacionais de propriedade intelectual e as regras gerais do direito comunitário são expressamente regidas pelo artigo 36.º do Tratado CEE, que prevê a possibilidade de se derogar às normas relativas à livre circulação de mercadorias por razões de protecção da propriedade industrial e comercial, com as reservas previstas na segunda frase do artigo 36.º O artigo 36.º sublinha assim que a conciliação entre as exigências da livre circulação de mercadorias e o respeito devido aos direitos de propriedade intelectual deve ser feita de modo a proteger-se o exercício legítimo desses direitos, único que é justificado nos termos desse artigo, e a excluir qualquer exercício abusivo que seja de molde a compartimentar artificialmente o mercado ou a prejudicar o regime da concorrência na Comunidade. O Tribunal de Primeira Instância considerou que o exercício dos direitos de propriedade intelectual

3 A DOCTRINA DAS *ESSENTIAL FACILITIES* SOBRE OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO E-COMMERCE

3.1 NOÇÕES DO *E-COMMERCE* E ENQUADRAMENTO NA NOVA ECONOMIA

Nos últimos anos, o comércio internacional enfrentou dificuldades e dúvidas relacionadas aos efeitos da globalização, questões quanto ao objetivo e ao valor dos acordos comerciais, além do perigo real do ressurgimento do protecionismo¹⁵⁴. A temática foi alvo de discussão na 11ª Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio (OMC), realizada em Buenos Aires, Argentina, onde Alícia Bárcena, chefe da Comissão Económica das Nações Unidas, criticou a adoção de medidas protecionistas¹⁵⁵.

No mesmo evento, Mario Cimoli, secretário-executivo adjunto da Comissão Económica das Nações Unidas para a América Latina e o Caribe (CEPAL), argumentou acerca das objeções enfrentadas pelas pequenas e médias empresas diante da mudança do modelo comercial tradicional. Segundo este autor a transferência de dados¹⁵⁶ cresce mais do que a transferência de bens físicos e resulta na necessidade de desenvolver novas políticas e renovar o multilateralismo comercial a nível mundial¹⁵⁷.

A Comissão está ciente de que a adoção deste posicionamento é uma resposta eficaz aos obstáculos que a tecnologia gera ao comércio, considerando que a vontade do mais forte prevalece na ausência de normas. O comércio impulsiona o desenvolvimento sustentável, e o que se espera é que todos os cidadãos da União Europeia se beneficiem da globalização. Para que isso aconteça a Comissão Europeia tem adotado novas medidas, como ocorreu quando o vice-presidente da Comissão, Jyrky Katainen, e a comissária,

conferidos pela legislação nacional deve, por conseguinte, ser limitado na medida necessária a essa conciliação.”

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ (Nações Unidas do Brasil, 2017)

¹⁵⁶ (Escola Superior Agrária de Bragança) Transferência de dados é um termo aplicado na área tecnológica para designar a troca de informações entre diferentes aparelhos (dispositivos eletrônicos). A transferência de dados é atualmente um dos processos mais simples e úteis de realizar com os aparelhos eletrônicos. Nesse sentido, “A informatização já ganhara outras proporções e houve a necessidade de comunicação de dados (telemática), houve um grande avanço na engenharia do software de modo a aproveitar as potencialidades oferecidas pelos computadores cada vez mais poderosos. Apareceram novos conceitos de processamento de dados; time-sharing e multiprocessamento. A compatibilidade tomava cada vez mais importância, e cada vez mais eram os esforços no sentido de uniformizar o funcionamento e operabilidade dos sistemas informáticos, no entanto revelaram-se insuficientes.”

¹⁵⁷ Ibidem.

Cecilia Malmström, exibiram um pacote de iniciativas que abordavam questões comerciais¹⁵⁸.

Com a Revolução Industrial o desenvolvimento tecnológico – caracterizado pela codificação do processo de conhecimento¹⁵⁹ – alavancou e ganhou valor de mercado e de influência nas relações comerciais entre os Estados. O domínio tecnológico, do ponto de vista empresarial é resultado da competição do novo mercado que surgiu com a tecnologia. Diferente do Estado que interpretava o domínio tecnológico como um valor que passaria a influenciar na balança de pagamentos. Portanto, a posição econômica ocupada por produtores e compradores é o resultado da política de desenvolvimento tecnológico adotada pelos países¹⁶⁰.

Este desenvolvimento tecnológico, por sua vez, desencadeou o que chamamos hoje de *e-commerce*. O termo, do inglês, *eletronic commerce*, surgiu no ano de 1994, com o início da *internet*, e traduz os negócios virtuais que se baseiam no compartilhamento eletrônico de dados – texto, imagem e som. O método de contratação decorre do serviço prestado a partir da troca de informações audiovisuais geradas, enviadas, recebidas ou arquivadas eletronicamente, pela interatividade entre a empresa e o cliente¹⁶¹.

O *e-commerce* é, portanto, um processo de oferta, demanda e contratação de bens e/ou serviços, que o consumidor realiza por meio de um ambiente virtual¹⁶². A plataforma eletrônica disponibiliza todos os meios necessários para que grande parte da documentação referente à transação do produto seja disponibilizada em rede. No entanto, os contratos eletrônicos sofrem algumas complicações relacionadas à identificação das partes contratantes e provoca fraudes.

A solução adotada para resguardar o vínculo obrigacional do contrato virtual tem se concretizado por meio da identificação do endereço IP (do computador que é utilizado no ato da aquisição), correio eletrônico do usuário e/ou, pelo nome de domínio intrínseco

¹⁵⁸ (European Commission. Directorate-General Communication., 2013)

¹⁵⁹ (Escola Superior Agrária de Bragança) Os discos rígidos do PC são suportes magnéticos - discos revestidos por uma substância magnética, cujas partículas codificam os dados conforme a orientação dos respectivos campos magnéticos. O computador lê as informações através da codificação. “Ao seu nível mais elementar, o computador baseia-se em circuitos eléctricos, os quais permitem codificar e armazenar os dados com que o computador efectua as operações de processamento. Estes circuitos eléctricos têm por sua vez, como componentes eléctricos fundamentais os transístores.”

¹⁶⁰ (Varella & Marinho, A propriedade intelectual na OMC)

¹⁶¹ (Iteanu, 1996)

¹⁶² (Santos & Delapieve, 2000)

ao responsável pela aquisição¹⁶³. Embora não seja um procedimento fácil de identificação a própria tecnologia oferece recursos de identificação para descodificar o conhecimento dos processos específicos¹⁶⁴.

A nova forma de comercializar está atrelada a grandes mudanças sistêmicas no comércio convencional, de modo que as empresas e os consumidores se beneficiam com a exportação via *e-commerce*. Assim, as despesas de *marketing* são reduzidas e há melhoria do controle sobre a distribuição dos produtos que passam a ser controlados com mais rigor. Isso permite a revisão imediata das políticas de produção e distribuição, com maior domínio de estoque e margens de lucros adicionais. Deste modo, os preços são inferiores nos produtos finais¹⁶⁵.

Diferente do comércio tradicional, o mercado de transações comerciais em rede está carregado de desafios e oportunidades oferecidas às empresas¹⁶⁶. O *e-commerce* permite às empresas que se tornem mais competitivas internacionalmente - como resultado de seu alcance que não se limita ao espaço físico por se estabelecer no campo virtual. Além disso, os produtos e serviços são fornecidos a custos de negociação reduzidos e a prestação de serviço é individualizada e personalizada por meio dos dados registrados pelo sistema, do momento que a encomenda é feita até o ato de entrega¹⁶⁷.

Embora haja um consenso entre os doutrinadores de que os custos relativos aos encargos do negócio são efetivamente reduzidos com o *e-commerce*, o valor de cada transação aumenta¹⁶⁸. Deste modo ocorrem ineficiências no mercado que não existiriam se não fosse pelos custos¹⁶⁹ *ex ante* (custos que ocorrem antes das transações até o contrato

¹⁶³(BARBAGALO, 2001) P. 41.

¹⁶⁴ (Escola Superior Agrária de Bragança) Como dito anteriormente, a codificação dos processos de informação é a forma de transformar o conhecimento em códigos para que os discos rígidos do PC sejam capazes de identificar e processar a informação. Nesse sentido, descodificar a informação é a forma de transformar o conhecimento que está em códigos em um computador para o conhecimento tal como conhecemos, ou seja, descodificar os dados conforme a orientação dos respectivos dados magnéticos.

¹⁶⁵ (Karavdic, 2006) p.17

¹⁶⁶ (Tse & Soufani, 2003)

¹⁶⁷ (Dionísio, Rodrigues, Faria, Canhoto, & Nunes, 2009)

¹⁶⁸ (Karavdic, 2006)

¹⁶⁹ (Williamson, 1985) “Custos de transação são todos os custos envolvidos no processo de contratação – de planejamento, adaptação e monitoramento da execução de um contrato –; podem ser mitigados pelo desenvolvimento de diversos tipos de instituições que facilitam a realização de ajustes e evitam conflitos entre as partes. Um DPI pode ser uma dessas instituições, na medida em que contribua para a diminuição dos custos de transação *ex ante* (aqueles associados às negociações prévias a um contrato, à definição das características técnicas e qualitativas do objeto transacionado, à distribuição de responsabilidades entre as partes etc.); pode constituir um meio de propiciar uma medida objetiva para partilha de resultados de uma cooperação, ou ainda diminuir os riscos de comportamentos oportunistas – como, por exemplo, num contrato

ser fechado), e os custos *ex post* (custos adotados depois da execução do projeto e da existência do contrato), explicados no ano de 1937, pelo teorema de Coase¹⁷⁰.

A prestação de serviço a pronta entrega, disponibilizada à qualquer horário sem que o consumidor se desloque, é designado *self-service*, expressão do inglês utilizada para designar serviços a pronta entrega. Este serviço é uma das principais vantagens que o e-commerce tem sob o comércio convencional¹⁷¹. Há também facilidades relacionadas ao acesso que rompe as barreiras espaciais e geográficas, e por sua vez, melhoram as condições de negociação para o vendedor e para o consumidor.

Os produtos são personalizados e o próprio sistema se encarrega de ofertar ao consumidor produtos que lhe parecem mais interessantes, de acordo com os dados coletados virtualmente. O *e-marketplace*, do inglês, espaço virtual destinado as negociações, têm potencial aumento de vendas com auxílio da tecnologia em fornecer ofertas de pacotes inteligentes e econômicos para o consumidor. Deste modo, o faturamento das empresas aumenta.

Essa técnica se favorece com a multiplicidade de fornecedores que dispõem de um mesmo produto, em diversos sítios e ao mesmo tempo. Também chamada de *cross selling*, palavra de origem inglesa que significa venda cruzada, trata-se de uma ferramenta extremamente relevante e expressiva no ambiente virtual. Os dados do consumidor são coletados pelo sistema no ambiente virtual e cruzam informações, como ocorre, por exemplo, quando o consumidor que tem interesse em um celular, mas recebe oferta para adquirir também a capa protetora e a película de vidro para a tela do *smartphone*.

Os ganhos em termos de eficiência e de tempo reduzem perceptivelmente as despesas relacionadas à transação e estimula a internacionalização comercial uma vez que os custos administrativos e logísticos não pesam como na empresa convencional. Os exportadores têm à disposição ferramentas que lhe permitam procurar vantagens derivadas das informações sobre os mercados. Deste modo, os custos *ex ante*, evidenciam os

de transferência de tecnologia, se aproveitar do aprendizado propiciado com a parceria e em seguida romper o contrato, usando o know-how adquirido para concorrer com o antigo parceiro.”

¹⁷⁰ (Andersen, 2005) “O Teorema de Coase (uma visão/constatação) foi formulado por Ronald Coase (economista norte-americano) e refere que as externalidades ou ineficiências econômicas podem ser, em determinadas circunstâncias, corrigidas e internalizadas pela negociação entre as partes afectadas, sem necessidade de intervenção de uma entidade reguladora. As referidas circunstâncias necessárias para que tal seja possível são, segundo Coase, a possibilidade de negociação sem custos de transacção e a existência de direitos de propriedade garantidos e bem definidos.” Cit. (Nunes, 2005)

¹⁷¹ (Burt & Sparks, 2003)

processos administrativos e logísticos dos recursos atribuídos pelas empresas e a reorganização das atividades, que minimizam os custos *ex post*¹⁷².

Diferente do estabelecimento físico, a dinâmica comercial do *e-commerce* conta com estoques reduzidos, diminui as despesas e outros investimentos que antes eram obrigatoriamente assumidos pelos investidores. A plataforma de vendas pode ser utilizada para gerar rendas e os limites dos modelos comerciais se limitam à criatividade de quem a assume. É possível se auto-sustentar com os lucros da publicidade e participação em vendas de outros comerciantes, como faz, por exemplo, o *Alibaba Group*¹⁷³, um dos maiores *e-marketplaces*, de origem chinesa¹⁷⁴.

O número de utilizadores do *e-commerce* cresceu muito nas últimas décadas e transformou tanto o lado da oferta quanto o lado da procura, as empresas e os consumidores. O processo de transformação ainda está em constante crescimento e tem alterado os hábitos de compras. Segundo dados da Associação da Economia Digital (ACEPI), a União Europeia tem liderado o *e-commerce* com relação aos demais países do globo, e os indicadores do ano de 2015 marcaram 53% das compras *online* em território europeu¹⁷⁵.

Para que a política da concorrência e a aplicação da legislação da União Europeia estejam em conformidade com os novos mercados, a Comissão lançou um inquérito setorial sobre o *e-commerce* de bens, de consumo, e conteúdos digitais. Com isso assegura aos consumidores o maior controle da qualidade e da preservação da marca, da distribuição, e da proteção contra o *free-riding*. A transparência dos preços afeta os consumidores e comerciantes por garantir melhores preços e intensificar a concorrência¹⁷⁶.

As transformações que o comércio sofreu com a tecnologia exigem a atualização da legislação na União Europeia para garantir o crescimento do *e-commerce* com os direitos dos interessados protegidos. Para isso, a Comissão publicou um pacote com

¹⁷² Anteriormente mencionados neste mesmo tópico.

¹⁷³ (Alibaba Group) – Fundado em 1999, por 18 pessoas lideradas por Jack Ma, ex-professor de inglês de Hangzhou, China. Desde o lançamento de seu primeiro site ajudou pequenos exportadores, fabricantes e empresários chineses a venderem internacionalmente, e se tornou um líder global em comércio on-line e móvel.

¹⁷⁴ (Fletcher, 2009) Segundo um dos líderes globais do *e-commerce* essa é a maior empresa de *e-commerce* na China e estima-se que uma das suas plataformas de Internet, o Taobao, criou 570 000 postos de trabalho.

¹⁷⁵ (Associação da Economia Digital, 2018)

¹⁷⁶ (Kramler, 2016)

iniciativas marcantes por meio de um relatório sobre a aplicação de acordos de “livre comércio”, intercalado com uma estratégia nomeada “comércio para todos”¹⁷⁷.

Trata-se de uma política em matéria de comércio e investimento que responde as novas realidades econômicas em conjunto com a política externa da União Europeia. Sua aplicação estabelece três princípios fundamentais – eficácia, transparência e respeito pelos valores. Atualmente, mais de 30 milhões de postos de trabalho dependem das exportações para fora da União Europeia, o que reforça em tese a eficácia dos acordos comerciais e oportunidades de emprego¹⁷⁸.

O inquérito foi publicado pela Comissão Europeia em Setembro de 2016, e se baseou na resposta de aproximadamente 1800 retalhistas, *e-marketplaces* e fabricantes que detinham direitos autorais ativos no *e-commerce*. O controle e as garantias atribuídas ao *e-commerce* resultam em mais empresários aderindo à tecnologia. A plataforma disponibiliza facilidades por meio dos *softwares* e induz freqüentes ajustes de preços que se baseiam na concorrência. Além, a rigorosidade imposta é uma forte tendência às restrições verticais, as restrições atribuídas à venda *online*, e as restrições territoriais¹⁷⁹.

Deste modo, a Comissão Europeia assume um poder vinculativo a finalidade de resguardar os direitos dos consumidores e assegurar a proteção desse comércio crescente e em fase de transformação. Por este motivo, as relações comerciais são classificadas no âmbito dos bens diretos e indiretos¹⁸⁰. Além disso, se dividem em diferentes categorias que se distinguem pelo sujeito envolvido e pelo modo de cumprimento da transação:¹⁸¹

- *Business to consumer (B2C)*: transação realizada por um comprador individual, ou seja, relação entre o consumidor e a empresa.
- *Business to business (B2B)*: transação entre empresas por meio da *internet* – abrange o fluxo de informações inter e intra organizacionais, as colaborações e as comunicações¹⁸².
- *Business to enterprise (B2E)*: também chamado de *Intrabusiness*, trata-se das atividades internas da organização, como por exemplo, a troca de produtos, informações e serviços. Essa modalidade abrange os produtos corporativos para os funcionários, treinamentos e cursos *online*, e atividades que ajudam a diminuir os encargos.

¹⁷⁷ (Nações Unidas do Brasil, 2017)

¹⁷⁸ (Comissão Europeia, 2015)

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ (Pereira, A globalização, a OMC e o Comércio Eletrônico, 2002) P. 133

¹⁸¹ (ZILBER, 2002)

¹⁸² Cf. item 2.1 sobre modalidade B2B em situações em que o concorrente é ao mesmo tempo consumidor.

- *Consumer to consumer (C2C)*: transações entre consumidores.
- *Non Business*: modalidade de transação não comercial, por instituições não financeiras como as do terceiro setor (sem fins lucrativos), e instituições acadêmicas.

Segundo a definição estabelecida pela Diretiva 98/34, os serviços da sociedade da informação acima mencionados são aqueles que abrangem quaisquer serviços prestados normalmente, mediante remuneração e feito à distância por meio eletrônico. Ainda neste sentido, o *e-commerce* define a comunicação comercial por meio da comunicação que se destina a promoção, direta ou indireta, de mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada, uma atividade comercial, industrial ou artesanal¹⁸³.

Esses serviços do e-commerce são regulados pelo *General Agreement on Tariffs and Trade* (GAAT), ou do português, Acordo Geral de Tarifas e Comércio, e animado pela filosofia do livre comércio a nível global que presume a redução ou eliminação das taxas aduaneiras, de modo que não existam barreiras ao livre comércio. No entanto, eliminar a cobrança das taxas aduaneiras não seria uma forma de substituir os impostos dos Estados pelas *royalties* das grandes empresas privadas? E nesse sentido, sem receber as taxas aduaneiras como retorno aos custos administrativos, punitivos e de fiscalização, o Estado não ficaria sobrecarregado?¹⁸⁴

Essa proposta, também nomeada como mito do livre comércio, ou falácia do mercantilismo, é assim chamada porque está diretamente ligada às sutilezas do protecionismo. Por outro lado, as novas possibilidades tecnológicas revolucionaram os interesses comerciais por meio da *internet*. A União Europeia tem por objetivo a garantia de que a política comercial possa beneficiar o maior número de pessoas. O intenso crescimento da tecnologia explica a necessidade de normas que regulem os interesses comerciais na *internet*¹⁸⁵.

Com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), no ano de 1994, foi criado o chamado *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs) – também chamado de acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPI). Os interesses comerciais na *internet* são

¹⁸³ Cf. Conclusões do Advogado Geral Yves Bot, apresentadas em 8 de setembro de 2016 – Processo C-339/15, item 24 e 25.

¹⁸⁴ (Pereira, A globalização, a OMC e o Comércio Eletrônico, 2002) P. 136

¹⁸⁵ *Ibidem*. P. 151

regulados por este acordo, embora tenha sido criado antes de seu surgimento e, por isso, não contemplem diretamente os pontos nucleares do comércio eletrônico¹⁸⁶.

No entanto o *e-commerce* tem atendido as necessidades ao passo que surgem, e novos regulamentos têm sido elaborados. O poder jurídico vinculativo atribuído, por exemplo, ao regulamento geral de proteção de dados denominado *General Data Protection Regulation* (RGPD), integra a nova legislação da União Europeia, se aplica a todos os Estados-Membros e a qualquer país que comercialize serviços e/ou produtos com estes, desde o dia 25 de maio de 2018. Trata-se de uma legislação específica que aborda questões sensíveis como é o caso da cobrança de IVA nas transações realizadas no ambiente virtual¹⁸⁷.

O *e-commerce* ainda está em processo de desenvolvimento e a tecnologia representa, na atualidade, uma forma de as empresas se diferenciarem em razão de do crescimento acelerado de vendas, e serviços ou produtos inovadores que tornam eficiente a competitividade global. No ano de 2017, por exemplo, as compras online em Portugal atingiram aproximadamente 4,6 milhões de euros só no mercado B2B. Nesse sentido, a expectativa para o ano de 2018 é que se encerre com crescimento¹⁸⁸.

Ao passo que a tecnologia se desenvolve a interação e adaptação das pessoas com o comércio eletrônico se alavanca. Segundo Alexandre Nilo Fonseca, presidente da ACEPI, os consumidores têm feito cada vez mais *showrooming* (entrar na loja física para verificar o produto e depois comprar online), e *webrooming* (verificar nas lojas digitais e comprar na física). A interação das pessoas com a tecnologia se potencializa e capacita à conjugação dessas tendências que garantem fidelização de clientes e crescimento do *e-commerce*, que por sua vez, dá origem a uma nova economia¹⁸⁹.

¹⁸⁶ (ACEPI newsletter, 2018)

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ (ACEPI Portugal Global, 2018)

¹⁸⁹ (ACEPI newsletter, 2018)

3.2 INTERESSES DE PROTEÇÃO DE DADOS NA EXECUÇÃO DA CONCORRÊNCIA NA PLATAFORMA DO COMÉRCIO DIGITAL

O direito da propriedade intelectual se relaciona com o direito de concorrência desde o seu surgimento. A Lei da Rainha Ana da Inglaterra, promulgado em 10 de abril de 1710 esboça os primórdios das normas legais justificou o que se conhece como *copyright* no direito anglo-saxão¹⁹⁰. A normativa pretendia corrigir os problemas relacionados ao comércio e reprodução de obras literárias, conferindo reconhecimento e direitos de criação ao autor¹⁹¹.

Até a revolução industrial, o processo de transferência de conhecimento era difícil, e duplicar um produto desenvolvido por artesões era extremamente moroso. As regras que limitavam os direitos e deveres que se relacionavam aos inventos foram desenvolvidas de acordo com as circunstâncias. Até o ano de 1820, os artesãos eram impedidos de sair da Inglaterra, e até 1840 não podia levar para fora do país pioneiro da lei a tecnologia desenvolvida em território nacional, o que facilitava o monopólio das tecnologias, que era a ambição do reino na época¹⁹².

As políticas de outros países, como a França, incentivavam a espionagem industrial. O registro das patentes era permitido apenas para nacionais e a proteção designada para produtos e/ou serviços específicos. No Brasil, por exemplo, o registro era permitido apenas para nacionais e somente em 2012 se estendeu aos estrangeiros (e se limitavam aos produtos fitofarmacêuticos). Além, o Brasil ainda exporta *commodities*, com uma economia direcionada que acaba por ser prejudicial¹⁹³.

De qualquer forma, os problemas intrínsecos a matéria são relacionadas à sociedade e economia específicas. Ainda que países desenvolvidos assumam a liderança na matéria da propriedade intelectual é importante que cada sociedade resguarde suas próprias necessidades ao aplicar a legislação e desenvolver modelos de proteção que sejam relevantes. O interessante neste contexto é que se entenda com clareza quais os objetivos

¹⁹⁰ (Pereira, Inovação Tecnológica, Propriedade Intelectual e defesa da concorrência no mercado do Software, 2009) Apud Luiz Otávio Pmentel, Welber Barral, 'Direito de Propriedade Intelectual e Desenvolvimento', in Propriedade Intelectual e Desenvolvimento, cit., p. 32.

¹⁹¹ (ZANINI, 2010)

¹⁹² (Simon & Faria, 2015) Vide entrevista sobre Transferência internacional de tecnologia.

¹⁹³ Ibidem.

da sociedade para que sejam traçados caminhos para percorrer e regulamentos capazes de suprir as necessidades que surgem¹⁹⁴.

Em igual modo a relação comercial de empresas de todos os portes tem sofrido alterações severas que lhe possibilitam ser competitivas o bastante para se manterem ativas no mercado. O *e-commerce*, fruto da união entre a tecnologia e o comércio, reconstrói o modo de proceder às vendas dos produtos e serviços, para todos os níveis de consumo, e o volume de negócios feitos via *internet* tem aumentado a cada dia, a medida com que é legalmente resguardado e conquista a confiança dos consumidores¹⁹⁵.

Nesse sentido, a finalidade do atual direito da concorrência é controlar o exercício do poder de mercado, e só aceita-lo quando resultar de uma eficiência particular da empresa¹⁹⁶. No entanto, o tema não é tratado em diretivas e regulamentos referentes ao comércio eletrônico, que só recebeu destaque na União Europeia nos últimos vinte anos. Isso aconteceu com a criação de diretivas que se referem ao *e-commerce*, assim como o Regulamento Geral de Proteção de Dados¹⁹⁷ e a legislação desta modalidade de comércio¹⁹⁸.

A competência no domínio da propriedade intelectual, para harmonizar as leis nacionais e criar novos direitos à luz do artigo 352º do TFUE, também é da União Europeia. Portanto, o fenômeno da globalização econômica e o desenvolvimento de novas tecnologias tornam possível a divulgação, a nível mundial, e eleva a necessidade da proteção dos direitos de propriedade intelectual. Criar e incentivar novos direitos de caráter transnacional é uma função inevitável¹⁹⁹.

Isso acontece porque à medida que a política da concorrência provoca a inovação das empresas, os direitos de propriedade intelectual propiciam uma concorrência dinâmica²⁰⁰, e, assim, estimulam as empresas a investirem no desenvolvimento de produtos

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ (M., N., & G., 2005) P. 690

¹⁹⁶ (Silva, Direito da Concorrência, 2008) P.12 O autor destaca ainda que o poder de mercado não se confunde com o poder econômico. “Uma empresa de pequena ou média dimensão pode, nas circunstâncias adequadas, dispor do poder de aumentar os preços acima do custo marginal ou de excluir concorrentes; por seu lado, um grande grupo econômico pode enfrentar uma concorrência aguerrida por parte de outras empresas de dimensão comparável ou inferior.”

¹⁹⁷ Entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018 e substituiu a diretiva e lei de proteção de dados.

¹⁹⁸ (Silva, O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, 2010)

¹⁹⁹ (Pais, Entre Inovação e Concorrência, 2011) P. 32.

²⁰⁰ Cf. Comissão Europeia, Orientações relativas à aplicação do artigo 81 do tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia, Comunicação da Comissão. JO 2004/ C101/02, 27.02.2004. “A inovação constitui uma componente essencial e dinâmica de uma economia de mercado aberta e competitiva. Os direitos de propriedade intelectual favorecem uma concorrência dinâmica, incentivando as empresas a

e de processos novos ou melhorados. A inovação é um componente fundamental a uma economia de mercado aberta e competitiva, que aumenta o bem-estar dos consumidores. Portanto, os direitos de propriedade intelectual e da concorrência maximizam a eficiência económica²⁰¹.

Implicitamente, o propósito da lei sobre os direitos de propriedade intelectual é o de criar monopólio em benefício do titular do direito que se beneficia em detrimento de sua criação. O carácter da proteção concedida é de exclusividade por conferir poder de mercado e excluir os terceiros no que diz respeito ao produto protegido pela propriedade intelectual²⁰². Em tese, as medidas adotadas para proteção de interesses económicos não são consideradas anti-concorrenciais, pois as finalidades são as mesmas que visam à defesa da concorrência e que, por sua visão dinâmica deve eliminar os conflitos de interesses existentes nesses domínios²⁰³.

No entanto, vale ressaltar que a existência de objetivos comuns não é uma interpretação pacífica na doutrina. Segundo Dina Kallay, produzir o que os consumidores desejam ao menor preço não é o principal objetivo da propriedade intelectual – ainda que possa resultar tal efeito quando é banido o parasitismo, preocupação central da legislação. Diretora de propriedade intelectual e concorrência da Ericsson, Dina também não concorda que encorajar a inovação se trata de um objetivo direto do direito *antitrust*, apesar de ser um dos aspectos da política de defesa da concorrência²⁰⁴.

Ainda sob a perspectiva de Dina Kallay, o privilégio dos direitos exclusivos, em alguns casos, pode inclusive comprometer a inovação. As patentes no campo da biotecnologia, por exemplo, conferem uma proteção tão ampla que por efeito impedem o aparecimento de novos produtos²⁰⁵. Em contrapartida, P. Ewing Jr. defende que o sistema

investirem no desenvolvimento de produtos e de processos novos ou melhorados. O mesmo faz a concorrência, na medida em que pressiona as empresas a inovar. Por esta razão, tanto os direitos de propriedade intelectual como a concorrência são necessários para promover a inovação e garantir que esta é explorada em condições competitivas.”

²⁰¹ (Pereira, Inovação Tecnológica, Propriedade Intelectual e defesa da concorrência no mercado do Software, 2009) P. 239. Cit. Comissão Europeia, Orientações relativas à aplicação do artigo 81 do tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia, Comunicação da Comissão. JO 2004/ C101/02, 27.02.2004.

²⁰² (Pereira, Direito da Sociedade da Informação. Associação Portuguesa do Direito Intelectual: Música e eletrônica: ‘Sound Sampling’ Obras de computador e direitos de autor na Internet. Separata do Volume V, 2004) P.314-5.

²⁰³ (Pais, Entre inovação e concorrência, 2011) P. 32

²⁰⁴ (Kallay, 2004) P.10

²⁰⁵ Ibidem.

de patentes é bastante pró-concorrencial por estimular a inovação e promover a economia dinâmica²⁰⁶.

Apesar de atrativa a consideração de que a concorrência, em longo prazo, eliminaria os conflitos de interesses com a propriedade intelectual, a verdade é que na prática os conflitos surgem e os diálogos de interesses dificilmente acontecem. Ambos os direitos têm objetivos em comum, como é o caso da promoção do progresso técnico (que beneficia os consumidores), mas, ainda que o caráter dinâmico da concorrência²⁰⁷ seja reconhecido, os desafios em harmonizá-los são muitos²⁰⁸.

A metodologia de aplicação e o andamento de diferentes interesses nem sempre converge. O direito da concorrência e o direito de propriedade intelectual mantêm uma tensão que afeta as escolhas dos operadores econômicos e compromete os objetivos finais dessas políticas²⁰⁹. Na prática, as empresas demonstram dificuldades em cumprir a necessidade de concordar seus direitos à proteção que a propriedade intelectual confere aos objetivos das políticas da concorrência²¹⁰.

Os desafios em harmonizar os efeitos da propriedade intelectual com relação ao direito da concorrência se alargam nas relações comerciais estabelecidas virtualmente. Um dos maiores desafios que a tecnologia digital provoca ao direito do autor se relaciona a facilidade e baixo custo de cópias e distribuições sob a forma digital dos sistemas

²⁰⁶ “Antitrust enforcement and the patent system: Similarities in the European and American approach”, IIC, n° 3/1980, P. 279 e ss.

²⁰⁷ (Pais, Entre inovação e concorrência, 2011) p.160 “O conceito de concorrência dinâmica e as teses de Rothbard e Kisner sobre a ‘economia do bem-estar’ é entendida como um conceito dinâmico, como um processo de rivalidade empresarial. Os agentes econômicos rivalizam no sentido de se anteciparem aos restantes, na identificação e aproveitamento das oportunidades de lucro (o que impedirá o seu benefício pelos outros empresários). Procuram oferecer um produto melhor, distinto dos restantes. A concorrência é portanto, um processo em que as pessoas adquirem e transmitem conhecimento. Logo seria um perfeito nonsense, segundo Hayek, pretender que todo o conhecimento estivesse disponível para qualquer indivíduo decidir. Sendo a concorrência dinâmica entendida, quer como um processo de descoberta das informações dispersas sobre as condições do mercado, quer como um processo que permite, num mercado livre, a maximização da utilidade social, as dificuldades a surgir no mercado encontram-se geralmente limitadas às restrições institucionais existentes à actuação do empresário. Trata-se de um conceito intimamente ligado à inovação (e daí o relevo atribuído, por exemplo, à propriedade intelectual, e em particular ao sistema de patentes.” Cit. (Hayek F. , 1979)

²⁰⁸ (Pais, Entre inovação e concorrência, 2011) p.160

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ Cf. Relatório da OCDE que revelou que a política da concorrência é vista pelos licenciados como o ‘desincentivo mais importante’ às atividades de licença nos países da OCDE – cf. relatório da OCDE de 1989, P.11 et seq.

informáticos em rede. O problema se agrava por serem as cópias replicadas com extrema precisão²¹¹.

Além disso, a prática de alterações de produtos e serviços já existentes no meio eletrônico é extremamente comum. Isso dificulta a definição de autoria que confere o direito de exclusividade, que a princípio ocorre por meio de uma cláusula geral que compreende todos os modos possíveis de utilização, presentes ou futuros²¹². São em igual modo designados determinados regimes especiais que ilustram a cláusula com o auxílio de exemplos práticos sobre as diferentes formas de utilização²¹³, e em quais termos se processa pelo computador.

A concepção de uso é fundamental para determinar se o carregamento e armazenamento de uma obra na memória de um computador afetam o direito de exclusividade. Se uma empresa descarregar e alterar um produto incorpóreo, que está disponível em um *marketplace*, devidamente resguardado pela proteção conferida pelo direito de propriedade intelectual, poderá o mesmo ser revendido com referência a outra autoria?²¹⁴

Outro ponto é o paradigma tecnológico que levanta a questão acerca de quem é o sujeito autor no ambiente digital dos sistemas informáticos interativos. Este ponto desafia as lógicas do judiciário e a visão romântica de autoria, vez que, os computadores, por meio de programas informáticos inteligentes e bases de dados eletrônicas, recorrendo a materiais pré-existentes, já são capazes de desenvolver por si só certos produtos²¹⁵.

Segundo Schumpeter, a inovação é a introdução comercial de um novo produto, ou mesmo uma nova combinação de algo já existente, criados a partir de uma invenção que

²¹¹ (Pereira, Direito da Sociedade da Informação. Associação Portuguesa do Direito Intelectual: Música e eletrônica: ‘Sound Sampling’ Obras de computador e direitos de autor na Internet. Separata do Volume V, 2004), p. 327 Apud. Gervais, Daniel, Identificación de las obras utilizadas em sistemas digitales, in Num Novo Mundo do Direito de Autor?, II, P. 741.

²¹² (Rebello, 2002), P.112 et seq.; Cf. explicação doutrinal apud. “Direito de utilização” António Ferrer Correia/Almeno de Sá, Direito de autor e comunicação pública de emissões de rádio e televisão, in BFD Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 1994, p. 9.

²¹³ (Millé) P.329-30, Define a utilização de uma obra como “simplesmente, fazer uso – por propriedade ou delegação – da faculdade exclusiva que as leis concedem aos autores, explorando-as de alguma maneira.”

²¹⁴ (Pereira, Direito da Sociedade da Informação. Associação Portuguesa do Direito Intelectual: Música e eletrônica: ‘Sound Sampling’ Obras de computador e direitos de autor na Internet. Separata do Volume V, 2004), p.228 et seq apud Idem. (Pereira, Direito da Sociedade da Informação. Associação Portuguesa do Direito Intelectual: Música e eletrônica: ‘Sound Sampling’ Obras de computador e direitos de autor na Internet. Separata do Volume V, 2004), p. .314-5.

²¹⁵ (Goldstein, 1989), p.541.

pertença à esfera da ciência e tecnologia²¹⁶. Nessa mesma linha de raciocínio, Pavitt conceitua a inovação como um produto ou um processo de produção novo ou melhorado, que seja utilizado ou comercializado em um país²¹⁷.

Seguindo essa premissa, para efeitos de proteção dos direitos de propriedade intelectual, seria possível considerar um computador com sistema de inteligência artificial poderoso, como o autor de uma obra? E ainda neste contexto, como os legisladores poderiam tratar a concorrência, no *e-commerce*, onde concorre de um lado uma empresa com produtos produzidos por um sistema com capacidades superiores em termos de velocidade, e por outro lado um indivíduo que se limita pela sua própria natureza?²¹⁸

A matéria que abarca o limite e a possibilidade de o direito de propriedade intelectual ser positivo para a aplicação do direito da concorrência no *e-commerce* se expande diariamente, em conformidade com as necessidades que surgem na prática. A Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça têm aplicado a doutrina das *essential facilities*, não só aos bens físicos, mas também aos bens incorpóreos e protegidos pela de propriedade intelectual, o que na prática resulta em dúvidas quanto a sua aplicação²¹⁹.

Quando a proteção conferida pelos direitos de propriedade intelectual restringir o direito da concorrência, as instituições europeias poderão restringi-lo. Portanto, não bastam os interesses dos titulares para que seja conferida a proteção à inovação. A competência dos direitos de propriedade intelectual se alarga com base nas exigências da política da concorrência, configurando assim um equilíbrio entre as necessidades dos interessados de maneira ponderada, de acordo com o caso concreto e no ato da aplicação das medidas²²⁰.

Considera-se neste trabalho que ambas as legislações promovem a inovação e garantem sua exploração em condições competitivas. Embora suas políticas se choquem com frequência, a propriedade intelectual estimula a própria concorrência ao restringi-la²²¹.

²¹⁶ (SCHUMPETER & Tradução de: Possas, 1997), Idem. J. The Theory of Economic Development. Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1934.

²¹⁷ (PAVITT, 1984) p. 343–373.

²¹⁸ (Pereira, Direito da Sociedade da Informação. Associação Portuguesa do Direito Intelectual: Música e eletrônica: ‘Sound Sampling’ Obras de computador e direitos de autor na Internet. Separata do Volume V, 2004), p. 314-5.

²¹⁹ (Pais, Entre inovação e concorrência, 2011), p. 604.

²²⁰ Ibidem. P. 242.

²²¹ Para os austríacos, o sistema de patentes favorece a inovação, ao incentivar monetariamente o inventor a descobrir. A função de recompensa é, portanto, essencial no sistema de patentes, como é reconhecido por vários austríacos iminentes (cf. Mises, Human, p. 661-662 A propriedade intelectual é assim considerada pró-concorrencial, pois promove a eficiência dinâmica ao favorecer a inovação. Este entendimento, defendido nomeadamente no relatório da OEDC, 1989, pontos 1 e SS., está portanto, em perfeita consonância com a visão austríaca da concorrência, como um processo verdadeiramente dinâmico e

Deste modo, garante a melhoria da política de inovação e do conhecimento. Versa ressaltar que, sem a proteção da propriedade intelectual, dificilmente seria possível garantir o retorno econômico dos investimentos realizados pelas empresas em atividades produtivas, já que estariam livres e disponíveis para quaisquer concorrentes ²²².

3.3 PERSPECTIVA ECONÓMICA DA APLICAÇÃO DA DOCTRINA DAS ESSENTIAL FACILITIES SOBRE OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO *E-COMMERCE*

A inovação relacionada ao direito de propriedade intelectual consiste na proteção de uma idéia, cuja utilização tem o custo marginal quase à zero. Isso ocorre porque a informação pode ser utilizada por um número ilimitado de pessoas, simultaneamente, sem que se esgote. A exclusividade conferida pelo direito de propriedade intelectual diminui a insegurança do investidor e o custo das licenças ²²³.

Os custos fixos elevados, encargos despendidos com materiais, investimentos em projetos infrutíferos, investigação e remuneração exigem o valor do custo marginal superior para que o titular do direito tenha algum retorno – exceto em mercados com particularidades relacionadas à inovação, ainda que não tenham a concessão dos direitos de propriedade intelectual ²²⁴.

Nesse sentido, não se sabe ao certo qual será o montante de recompensa justo para a criação de produtos e/ou serviços inovadores. Assim, o titular do direito normalmente visa privilégios e explora o poder econômico em favor próprio, ao maximizar a oferta pelo menor custo possível em uma tentativa de explorar medidas que lhe dá vantagens com relação aos concorrentes e que nem sempre são permitidas pela legislação antitruste ²²⁵.

Não há definição de critérios para apurar o que corresponde ao montante compensatório. Parte da doutrina entende que o valor deve se basear em uma avaliação

inovador. Além disso, “a propriedade intelectual surge originariamente como uma restrição à concorrência, que se considera necessária e adequada para estimular a própria concorrência e assim melhor alcançar os fins da política de inovação e conhecimento, em prol da satisfação do consumidor através de novos e melhores produtos.” Cit. Alexandre Libório Dias, Coimbra 2009, VOL. LXXXV (SEPARATA). Boletim da Faculdade de Direito. P 237.

²²² (Pereira, VOL. LXXXV (SEPARATA), 2009). P 237-240.

²²³ (Pais, Entre inovação e concorrência, 2011)

²²⁴ Ibidem.

²²⁵ Ibidem.

objetiva ao designar o que se entende por preço razoável, e ainda, que deve assegurar os propósitos relativos aos direitos da concorrência e da propriedade intelectual. Portanto, o método que pretende maximizar os lucros e potencializar o mercado monopolista deve ser excluído da consideração²²⁶.

A finalidade do direito da concorrência é ainda discutível, sendo que parte da doutrina considera que a eficiência econômica *stricto sensu* é a única, enquanto o próprio *acquis communautaire* indica outras finalidades como a político-social. Este antagonismo muitas vezes acentua as divergências entre os direitos de propriedade intelectual e o direito da concorrência. A concorrência segundo a escola austríaca é entendida como um processo de rivalidade empresarial²²⁷.

Neste panorama, os agentes econômicos oferecem produtos com mais qualidade e distintos dos demais que já estão no mercado, para aumentarem o lucro. O empresário só saberá se houve retorno em sua estratégia após experimentá-la no mercado em que a concorrência é entendida como um processo de descoberta de informações sobre as condições de atuação ou como um processo que permite um mercado livre e a maximização da utilidade social²²⁸.

O direito da concorrência está intimamente ligado ao de inovação, segundo a definição delineada pela escola austríaca. Por este motivo, o direito da concorrência se relaciona com o direito de propriedade intelectual – que tem grande importância na sociedade de informação marcada pela forte presença das novas tecnologias²²⁹. Para a escola austríaca, o sistema de patentes impulsiona e favorece a inovação por incentivar o titular ao resguardar seus interesses²³⁰.

O capital intelectual tem grande peso como fonte de riqueza na atualidade e, por este motivo, os direitos de propriedade intelectual, que asseguram a inovação. Seu estímulo é considerado um motor do crescimento e do progresso econômico por dar segurança às grandes empresas privadas que passam a investir com seriedade no processo de

²²⁶ (O'Donoghue, Dolmans, & Loewenthal, 2007)

²²⁷ (Pais, Entre inovação e concorrência, 2011) P. 164-5

²²⁸ (Hayek F. , 1979) P. 69

²²⁹ (Pais, Entre Inovação e Concorrência, 2011) P. 661-2 Apud (Mises, 1996)

²³⁰ (Pais, Entre Inovação e Concorrência, 2011) P. 17 e SS. Apud (Román, 1988)

investigação tecnológica. No ano de 1992, a General Motors, a Siemens e a IBM gastaram cinco bilhões de dólares cada uma com investimentos em tecnologias e inovação²³¹.

Segundo Maristela Basso, doutora em direito pela Universidade de São Paulo (USP), o *e-commerce* é responsável pelo movimento de aproximadamente US\$160 milhões por ano na América Latina. À medida que as transações podem ser feitas rapidamente e de maneira confiável, via *internet*, o fluxo de transações via *e-commerce* cresce, tal qual o número de problemas jurídicos relacionados às transações e ao direito comercial, que por consequência exige maior suporte da legislação²³².

Segundo estatísticas da União Europeia, a percentagem de encomendas e aquisições de bens e/ou serviços realizadas via *e-commerce*, por indivíduos com idades entre 16 e 74, no intervalo de tempo entre 2012 e 2016, aumentou 55%. Ou seja, houve um aumento de aproximadamente três quartos de compras via *internet* por indivíduos dos Países Baixos, Alemanha e Suécia. O percentual foi ainda maior no Luxemburgo (78 %), Dinamarca (82 %) e Reino Unido (83 %) ²³³.

Os indicadores apontam que o percentual foi inferior a 30 % na Itália e no Chipre, 17 % na Bulgária, e 12 % na Roménia. Nesse sentido, o maior percentual de aumento registrado ocorreu na República Checa e os menores na Finlândia, Noruega e na Suécia, onde as indicações de encomendas e/ou aquisições de bens ou serviços por meio do *e-commerce* já eram elevados em comparação aos demais Estados-Membros²³⁴.

Acredita-se que o Produto Interno Bruto (PIB) europeu no ano de 2015 foi de aproximadamente € 17,6 trilhões, e que dos 28 Estados-Membros da União Europeia somam em média € 14,6 trilhões. Segundo a *Ecommerce Europe*, a porcentagem da economia Europeia na *Internet* no Produto Interno Bruto (PIB) é de 2,59%, com previsões de que até o ano de 2020 esse valor será correspondente ao dobro. Nesse sentido, a taxa de crescimento da União Europeia foi de 2,6%, e apresentou uma melhoria relevante com relação ao ano de 2014 que foi de 1,8% ²³⁵.

²³¹ (Pais, Entre Inovação e Concorrência, 2011) P. 18 Apud Francis Gurry, cf. “The evolution of technology and markets and the management of intellectual property rights”, in *The International Intellectual Property System: Commentary and Materials*, Frederick Abbot, Thomas Cottier, Francis Gurry, Kluwer Law International, The Hague, 1999, Part I, p. 12 e ss.

²³² (Paiva, 2003)

²³³ (Eurostat, 2018)

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ (Ecommerce Europe, 2016)

No que se refere à quota de *e-commerce* no Produto Interno Bruto (PIB), o Reino Unido possui uma quota de 6,1%, notoriamente superior aos demais países. Na seqüência está Dinamarca (4,4%), Finlândia (3,5%), Noruega (2,3%) e Suécia (2,2%), que se destacam com relação ao impacto do *e-commerce* na economia. Destaca-se ainda que os países do Norte Europeu posicionam-se muito bem quanto a essa taxa de crescimento real da economia²³⁶.

Outro aspecto do crescimento e do progresso econômico são os investimentos destinados ao progresso tecnológico nas empresas que aumentam o número de trabalhadores e novos postos de trabalho relacionados aos domínios da tecnologia de ponta. Ressalta-se nesse sentido que, entre os países tecnologicamente mais desenvolvidos, o número de trabalhadores cresceu de 788.500 no ano de 1965, para 1.887.100 no ano de 1989²³⁷.

O *e-commerce* cria novos postos de trabalho, diferentes dos postos anteriormente existentes. A Polônia – parceiro comercial de Portugal - foi o 14º destino em 2017 dos exportadores portugueses. As vendas chegaram ao montante de 213,5 milhões de Euros e o número de empresas que exportaram para a Polónia aumentou. O mercado polaco de *e-commerce* está avaliado em 40 mil milhões de PLN (aproximadamente 9,5 mil milhões de Euros)²³⁸.

No entanto, em todos os setores de produção, desde as fábricas até os serviços bancários, as empresas têm registrado um aumento elevado na produtividade em consequência à adoção de tecnologias. Por este motivo, as empresas – que intensificam cada vez mais a disponibilidade de produtos e/ou serviços via *internet* – dispensam funcionários em um ritmo nunca visto anteriormente. Entre os anos de 1995 e 2002 foram extintos mais de 31 milhões de postos de trabalho, a produtividade aumentou 4,3% e a produção industrial mundial aumentou 30%²³⁹.

O presidente do banco da reserva Federal de São Francisco Janet L. Yellen, enunciou que o PIB permaneceu inalterado no ano de 2009, porém, as folhas de pagamento caíram 4% por trabalhador. Isso aconteceu porque as novas tecnologias possibilitam a

²³⁶ Ibidem.

²³⁷ (Pais, Entre Inovação e Concorrência, 2011) P. 18-9. Apud Francis Gurry, cf. “The evolution of technology and markets and the management of intellectual property rights”, in The International Intellectual Property System: Commentary and Materials, Frederick Abbot, Thomas Cottier, Francis Gurry, Kluwer Law International, The Hague, 1999, Part I, p. 12 e ss.

²³⁸ (ACEPI newsletter, 2018)

²³⁹ (Rifkin, 2014) P. 408

redução de mão-de-obra e aumento da produtividade a um custo mais reduzido por unidade, e ainda, o aumento da oferta de produtos mais baratos cria sua própria procura²⁴⁰.

Portanto, há um ciclo infinito em que a oferta cria a sua própria procura, e vice versa, de acordo com a teoria sugerida por Jean-Baptiste Say, um economista clássico francês, do início do século XIX, que tinha por referência Adam Smith, na metáfora newtoniana. Seu argumento estabeleceu que a oferta desencadeia a continuidade para a sua própria demanda, como uma máquina em movimento perpétuo. A própria criação do produto abre o mercado para outros produtos, por si só²⁴¹.

Ainda sob essa ótica, faz-se valer o argumento do *trickle-down*, segundo o qual ainda que os trabalhadores percam seu posto de trabalho em decorrência da inserção de tecnologias, o problema do desemprego se resolveria. Isso porque o aumento do número de desempregados tende a baixa salarial, e os empregadores contratariam mais trabalhadores já que a aquisição de equipamentos é mais onerosa. Por si só o mercado acabaria moderando os impactos causados pela tecnologia sob o emprego²⁴².

Além, os preços reduzidos pela inovação tecnológica e o aumento da produtividade, nessa ótica, pressupõe também que os consumidores têm mais dinheiro para adquirir outros produtos, o que estimula a produtividade e o aumento do emprego em outros setores da economia. Deste modo a valorização dos bens vendidos assegura a empregabilidade e a estabilização do mercado²⁴³.

O problema é que essa suposição da teoria econômica clássica, de que a oferta cria sua própria procura, enfrenta muitas dúvidas sobre sua validade na nova realidade marcada pela presença de tecnologias. O que se nota atualmente é que os fabricantes conseguem elevar a produção e reduzir a mão-de-obra humana. Diferente dos anos anteriores à inserção de tecnologia, que segundo análise do Departamento do Trabalho de Lakshman Achuthan, nos períodos de expansão americana nos anos de 50, 60 e 70, tiveram aumento de empregos de 3,5% ao ano no setor privado²⁴⁴.

Ainda segundo o Instituto de Pesquisa do Ciclo Económico, durante as expansões dos anos 80 e 90, as taxas de emprego cresceram apenas 2,4% ao ano e, durante a última

²⁴⁰ (Rifkin, 2014) p. 410 apud (Zeller, 2010)

²⁴¹ (Bell, 1985) P. 285-6

²⁴² (Rifkin, 2014) P. 409

²⁴³ (Rifkin, 2014) P. 410

²⁴⁴ (Economic Cycle Research Institute, 2017)

década, o crescimento caiu para 0,9% ao ano²⁴⁵. Até mesmo a China eliminou 15 milhões de empregos nas suas fábricas durante o referido período, enquanto a produção com tecnologias inteligentes e automatizadas aumentava²⁴⁶.

A questão se estende das formações comerciais tradicionais até o *e-commerce* – em que há forte presença das atividades intelectuais, e que igualmente registram aumentos dramáticos na produtividade – com o mínimo de trabalhadores para manter a empresa funcionando normalmente. Mesmo nos países mais pobres, onde os trabalhadores são mais baratos, opta-se pela tecnologia que o substitui e normalmente é considerada mais eficiente²⁴⁷.

A força de trabalho produzida na era industrial convencional, da primeira metade do século XXI, possivelmente eliminará os próprios postos de trabalho de quem a criou. A suposta terceira revolução Industrial²⁴⁸ passa a assinalar o fim da era industrial e do trabalho em massa para dar início à era distributiva e colaborativa. Segundo previsão de Raymond Kurzweil, inventor e futurista dos Estados Unidos, possivelmente acontecerá em metade do tempo em que ocorreu a transição da vida agrícola para uma era industrial²⁴⁹.

A menos que haja uma calamidade ainda não prevista pelos economistas e juristas, o progresso tecnológico estará em crescente nas próximas décadas. A transformação que a tecnologia está sedimentando na nova economia por meio, principalmente, do *e-commerce* – caracterizado pela originalidade dos produtos e serviços – promete mudanças cada vez mais intensas nas relações comerciais, à medida que por um lado estabelece novos postos de trabalho, e por outro lado extingue²⁵⁰.

A tecnologia virtual tem um forte impacto na economia mundial e levanta questões acerca dos benefícios e malefícios do e-commerce, por impulsionar a uma nova economia²⁵¹. Será que as diferenças que acompanham a nova economia serão capazes de afastar teorias centenárias (como a das *essential facilities*) que ajudam a identificar abusos

²⁴⁵ (Goodman, 2010)

²⁴⁶ (Rifkin, 2014) P. 410-11

²⁴⁷ Ibidem

²⁴⁸ Termo utilizado por Jeremy Rifkin – Presidente da *Foundation on Economic Trends* – para descrever a nova era tecnológica. Vide (Rifkin, 2014).

²⁴⁹ Ibidem.

²⁵⁰ (Rifkin, 2014) p. 408

²⁵¹ (Rifkin, 2014) P. 415

de condutas? Ou seria possível que a própria aplicação do novo sistema econômico se adapte aos desafios da terceira revolução industrial?²⁵²

O caso Microsoft²⁵³, se insere na modalidade de comércio via *Internet* em situação de recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual. O Tribunal de Justiça da União Europeia considerou as particularidades do mercado e mencionou expressamente algumas delas, por exemplo, os efeitos de rede e da existência de *standards* tecnológicos. Em respeito às circunstâncias de cada caso concreto, a aplicação da teoria têm dificuldades em estabelecer requisitos aplicáveis para uniformizar toda a economia²⁵⁴.

Por se relacionar com a alta tecnologia, a nova economia tem se desenvolvido à volta da propriedade intelectual que compensa os investimentos destinados a inovação e protege a criação. Deste modo o monopólio natural, que é o ambiente normal de atividade da doutrina das *essential facilities*, acaba se propagando. As especificidades de cada setor deverão ser analisadas ao ponderar a possibilidade de aplicação de uma licença compulsória para garantia do bem-estar económico²⁵⁵.

A intervenção do direito da concorrência no que se refere a doutrina das *essential facilities* visa corrigir imperfeições do mercado, e, por este motivo não conflitua com os objetivos atribuídos aos direitos de propriedade intelectual²⁵⁶. Nesse sentido, segundo a conclusão pronunciada no caso Bronner²⁵⁷, os direitos de propriedade intelectual limitam os direitos de concorrência apenas por um período, enquanto o monopólio de uma empresa sobre um produto, serviço ou infraestrutura pode configurar uma exclusão permante da de seus concorrentes no mercado ao qual se relaciona²⁵⁸.

Além, o Acordo ADPI estabelece *inter alia*, o princípio do tratamento nacional em seu artigo 3º, onde os objetivos dos direitos de propriedade intelectual são definidos no sentido de promover a inovação tecnológica e a transferência e divulgação de tecnologia, a fim de conduzir ao bem-estar social e econômico. Além, o artigo 7º – em que se tratam

²⁵² (Ortiz, 2012), P. 193

²⁵³ Processo Comp/C-3/37.792

²⁵⁴ (Paiva, 2003)

²⁵⁵ Ibidem.

²⁵⁶ (Vezzoso, 2006) p. 8 e SS.

²⁵⁷ (European Union, 1998) Vide as conclusões do Advogado-Geral Jacobs no acórdão Oscar Bronner GmbH & Co. KG.

²⁵⁸ (European Union, 1998)

questões de equilíbrio entre direitos e obrigações – estabelece normas relativas à existência, domínio e obrigações quanto aos direitos de propriedade intelectual²⁵⁹.

A proteção conferida à propriedade intelectual apenas descumpra seu propósito de estímulo ao direito da concorrência se em seu exercício houver distorções relacionadas ao mercado em que se manifesta²⁶⁰. A conciliação entre os direitos se efetiva com a publicação de leis que se aliam a tecnologia no sentido de determinar regras específicas à utilização de obras em sites, reprodução remunerada de software e outras. Isso porque a própria tecnologia possui mecanismos que coíbem a violação dos direitos do autor²⁶¹.

Tanto o consumidor quanto o fornecedor prezam pela aquisição e fornecimento de produtos pelo preço mínimo. Aumentar a segurança e a tranquilidade nas relações comerciais, para que as partes contratantes não fiquem sujeitas a instabilidade jurídica é um método eficaz de aumentar as transações feitas pela via virtual²⁶². Segundo a *Ecommerce Europe*, muitos obstáculos ao comércio transfronteiriço *online* ainda ocorrem por questões de insegurança na *internet*²⁶³.

Nesse sentido, o relatório da Comissão Europeia confirmou um aumento de 10% no número de obstáculos relacionados ao comércio e ao investimento mundial, no ano de 2016. As barreiras se relacionam aos serviços, investimentos, contratação pública, direitos de propriedade intelectual ou obstáculos técnicos ao comércio injustificados, e somam aproximadamente 372 obstáculos em mais de 50 países. Dentre estes, os países com mais registros deste tipo de medidas se destacam a Rússia, o Brasil (14 cada), a China (12) e a Índia (12)²⁶⁴.

Segundo a Comissão Europeia, no ano de 2016 haviam 36 novos obstáculos que poderiam abalar as exportações da União Europeia em até 27 mil milhões de euros. A estratégia de acesso aos mercados, estipulada pela Comissão, conseguiu eliminar 20 desses obstáculos, e o cômputo geral de fluxos comerciais afetados totalizaram 4,2 mil milhões de euros. Em setembro de 2016, a União Europeia lançou três importantes programas de

²⁵⁹ (Pereira, A globalização, a OMC e o Comércio Eletrônico, 2002) p. 136

²⁶⁰ Simonetta Vezzoso, ob. cit., pg. 10ss.

²⁶¹ (MARZOCHI, 2001)

²⁶² (Paiva, 2003)

²⁶³ (Associação da Economia Digital, 2018)

²⁶⁴ (Comissão Europeia, 2016)

cooperação e assistência em matéria de propriedade intelectual com a América Latina, China e Sudeste Asiático²⁶⁵.

Os programas objetivam resguardar os direitos de propriedade intelectual dos artistas, inventores e marcas da União Europeia ao reduzir o comércio ilegal de mercadorias com direitos de exclusividade infringidos no *e-commerce*, e promover a proteção desses direitos a nível internacional²⁶⁶. Para isso, a União Europeia se apoiará em sua agenda de negociações comerciais, que estabelece instrumentos para eliminar barreiras, e no quadro da Organização Mundial do Comércio (OMC)²⁶⁷.

A estratégia de acesso aos mercados auxilia na eliminação de barreiras e melhora o desempenho das exportações e investimentos para os operadores econômicos da União Europeia²⁶⁸. A Comissão Europeia²⁶⁹ relatou que continuará intensificando seus esforços com o intuito de assegurar que todas as partes interessadas colaborem com o acesso aos mercados, e assim, fomenta o crescimento da economia e da produtividade com base em um mercado aberto e global, com facilidades de inovação e negociações protegidas²⁷⁰.

Portanto, a aplicação da doutrina das *essential facilities* e do direito de propriedade intelectual estimulam o processo de inovação, tal como a construção do bem-estar econômico (segundo a escola austríaca). Para João Batista Caldeira²⁷¹, os parâmetros internacionais fixados pela Lei Modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), devem ser observados ao disciplinar as regras internas e princípios de ordem pública local no *e-commerce* de acordo com as necessidades na prática²⁷².

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ (European Commission. Directorate-General Communication., 2013)

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ (Comissão Europeia, 2016)

²⁶⁹ Ibidem. Vide posicionamento de Jean-Claude Juncker, presidente da Comissão Europeia desde o ano de 2014.

²⁷⁰ (Comissão Europeia, 2016)

²⁷¹ Professor de direito e analista da Justiça Federal no Estado de São Paulo.

²⁷² (JÚNIOR, 2001)

4 FUNDAMENTOS ECONÓMICOS E REGULAÇÃO DO MERCADO

Na base da concepção norte-americana do direito da concorrência está a denominada política *antitrust*. Em regra, trata-se da regulação e supervisão das práticas anti-concorrenciais, que segundo os juízes norte americanos consiste na restrição do comércio através de barreiras capazes de prejudicar a liberdade de empreender, ou seja, condutas praticadas por agentes econômicos no comércio com a finalidade de impedir a entrada do concorrente no mercado²⁷³.

A defesa da concorrência é elemento essencial à criação de um mercado comum livre de restrições ao comércio. Tradicionalmente, o Estado intervém na economia de duas formas: na posição de regulador da concorrência como agente econômico, e como agente regulador da economia. Ao longo do tempo, várias correntes se formaram acerca da intervenção estatal na regulação do mercado, através do direito da concorrência, que é objeto de matéria legislativa em todo o mundo²⁷⁴, na ordem interna e no direito público internacional²⁷⁵.

Para entender o contexto do direito da concorrência no que diz respeito à necessidade, ou não, da intervenção estatal é aconselhável recorrer às teorias econômicas, dentre as quais se destacam: a) teoria da mão Invisível²⁷⁶; b) teoria *Say law*²⁷⁷; c) teoria Keynesiana²⁷⁸; e d) teoria schumpeteriana²⁷⁹. São essas teorias que assentam a matéria atualmente e direcionam a regulação do mercado²⁸⁰.

²⁷³ (Silva, O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, 2010) P. 32

²⁷⁴ Cf. para informações legislativas da matéria a nível internacional a Organização Mundial do Comércio (OMS) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

²⁷⁵ (Buchain, 2014)

²⁷⁶ (SCHUMPETER & Tradução de: Possas, 1997). Segundo o filósofo escocês Adam Smith (1723-1790), com inspiração liberal, qualquer mercado se auto-regula de forma harmoniosa, pois expressa a soma dos interesses pessoais de cada um.

²⁷⁷ (SCHUMPETER & Tradução de: Possas, 1997). Jean-Baptiste Say, 1767-1832, é autor da teoria de que a oferta cria a sua própria demanda. O economista francês liberal se opunha abertamente ao mercantilismo e ao colbertismo (mercantilismo característico da política econômica francesa, teorizado e promovido por Jean-Baptiste Colbert, 1619-1683). Ele reconhecia a necessidade da livre concorrência e argumentava em favor da falta de regulação do mercado pelo Estado.

²⁷⁸ (SCHUMPETER & Tradução de: Possas, 1997). John Maynard Keynes, 1883-1946, para o economista britânico os mercados não podem se auto-regular de maneira potencial. Assim, é necessária a intervenção estatal na economia. Esta política de estado é denominada intervencionismo, e o advento keynesianista foi concomitante à ação dos *trustbusters* (pessoa ou organização responsável pela legislação *antitruste*) e das políticas *antitruste* desde o início do século XX. A corrente de Keynes foi uma das correntes mais influentes do pensamento econômico do século XX.

²⁷⁹ (SCHUMPETER & Tradução de: Possas, 1997). Joseph Schumpeter, 1883-1950, economista austríaco responsável pela teoria da inovação, que é de interesse não só para o direito da concorrência, mas também

A economia liberal de mercado é marcada pela livre oferta e procura, em um mercado em que os vendedores concorrem livremente. Nesse sentido, a livre concorrência é à base da economia liberal, e o poder econômico é o resultado da posse dos meios de produção. O abuso desse poder acontece quando os meios de produção são dominados por um grupo de indivíduos ou de empresas, e, nesses casos, cabe ao Estado intervir apenas para evitar ou suprimir a conduta anti-concorrencial em prol da livre concorrência²⁸¹.

A procura elevada está diretamente ligada a novos postos de trabalho por sinalizar a necessidade de aumentar a produção e, conseqüentemente a indústria, tanto em capital quanto em termos de produtividade. Em contrapartida, quando há um *déficit* na procura, a solução é reduzir a capacidade de produção que se traduz em prejuízos que influenciam na perda de postos de trabalho, redução de matéria-prima e de espaço produtivo. Essa é a configuração que torna lógica a não interferência do Estado e o suposto equilíbrio natural do mercado²⁸².

Nas economias capitalistas, o mercado é o principal responsável pelas decisões comerciais, e os preços se tornam elemento de equilíbrio e de exclusão ou inclusão entre a oferta e a procura, que aumenta ou diminui na mesma medida. Seguindo essa linha de raciocínio, a teoria da mão invisível ganha notório sentido. Segundo Adam Smith, a eficiência de mercado ocorre por si só, e em resultado exima a atuação estatal de conferir direitos e obrigações²⁸³.

No final do século XIX nos Estados Unidos, era visível a dinâmica econômica em vários setores, no entanto, ficou clara a formação de monopólios que distorciam a livre concorrência do mercado. O Estado Liberal registrou desigualdades resultantes do favorecimento de parte da população, que contrastava com a outra parte que vivia de forma miserável, e a alternância entre prosperidade e recessão trouxe um novo contexto ao processo de desenvolvimento econômico²⁸⁴.

para o direito de propriedade intelectual. Segundo ele a economia é impulsionada pela inovação e progressos técnicos.

²⁸⁰ (De Charon & Gad, 2017/2018)

²⁸¹ (Magalhães, 1949) p. 6.

²⁸² (Rifkin, 2014) p. 407.

²⁸³ (Rifkin, 2014) p. 408

²⁸⁴ (PEREIRA, 2002) “Por outro lado, o direito industrial afirmou-se, fundamentalmente, com a Revolução Industrial no século XIX. A indústria e o comércio sentiram necessidade de regras que protegessem os seus interesses, em especial no que respeita aos instrumentos de concorrência mercantil. As revoluções liberais trouxeram a liberdade de exercício de comércio e de indústria num mercado cujo motor seria a livre concorrência; trouxeram também os códigos das corporações mercantis surgidas nas cidades-estado do fim da Idade Média e o espírito inventivo do Renascimento.”

Diante da crise gerada pela desigualdade social, o Estado passou a intervir na economia e regular principalmente no setor bancário. Nos Estados Unidos, as *agencies* e o controle das grandes empresas, como era o caso dos setores ferroviários, passaram a ser predominantes. Apesar da mão invisível, o estado liberal foi considerado insuficiente para regular o mercado, o intervencionismo estatal deixou de ser considerado um obstáculo a economia, e o Estado passou a atuar como um empresário responsável por regular a produção dos bens e serviços a serem dispostos aos cidadãos²⁸⁵.

Assim, assumiu a responsabilidade pelas grandes infra-estruturas, e consignava o dinheiro público à variadas áreas de intervenção como a saúde. Alcançar o modelo econômico de concorrência perfeita²⁸⁶, em tese, dependia do ajuste entre a demanda do consumidor e a produção da empresa. O preço que corresponde ao custo marginal de produção tem um conjunto de condições como à atomicidade da estrutura da oferta e da procura, a informação perfeita, a homogeneidade dos produtos, a existência de liberdade de entrada e saída do mercado e ausência de economia de escala²⁸⁷.

A teoria do interesse público de Arthur Cecil Pigou teve origem nos anos 70, a partir das discussões acerca da normatividade e positividade das funções do Estado, segundo a qual a regulação é feita para cobrir falhas identificadas no funcionamento do mercado e proteger o interesse da sociedade de maneira mais ampla. Assim, foi possível a teoria econômica tratar de maneira formalizada sobre a intervenção do Estado na economia, uma vez que a análise econômica surgida dos trabalhos de Adam Smith negava, até então, a necessidade desta interferência²⁸⁸.

Outra abordagem foi a de que a regulação era criada em benefício das entidades reguladas, motivo pelo qual os reguladores eram capturados pelas indústrias que regulavam. Essa explicação, denominada Teoria da Captura, consentia com um regulador destinado a atender os interesses dos regulados²⁸⁹. Ambas explicam a interferência e a

²⁸⁵ (TORGAL & Oliveira, 2012) p. 554 a 565.

²⁸⁶ (Silva, Direito da Concorrência, 2008) P. 16.

²⁸⁷ (MOTTA, MASSIMO, COMPETITION POLICY). p. 66 et seq. “Caso o preço do mercado seja superior ao custo marginal de produção, os produtores têm um incentivo para aumentar a sua produção uma vez que obtêm uma remuneração adicional sobre o custo marginal de produção. Em contrapartida, caso o preço seja inferior ao custo marginal, os produtores são incentivados a diminuir a produção até que se atinja o ponto de equilíbrio em que o preço é igual ao custo marginal de produção. Desta forma nenhum produtor obtém lucros supranormais (sendo que o custo de produção incorpora já uma margem de lucro que remunera a função empresarial)”.

²⁸⁸ (FIANI, 1998), p. 23.

²⁸⁹ (OLSON, 1965)

necessidade de uma entidade reguladora, quais são os benefícios e a quem estes se destinam²⁹⁰.

Por fim, a última fase da evolução da teoria da regulação surgiu com os trabalhos de George J. Stigler, Richard A. Posner, Sam Peltzman e Gary Becker, inspirados nos escritos de Bentley, de 1908. Esse estágio deu origem à teoria económica da Regulação, também conhecida como teoria dos grupos de interesse, e era considerada uma sofisticação da teoria da captura. O suposto problema seria que na prática, a regulação era resultado da competição entre o grupo de interesse, e o mais influente era, por consequência, o mais beneficiado²⁹¹.

Essas teorias, segundo Stigler (1971), têm por finalidade esclarecer e prever quem são os beneficiados com a adoção do novo regulamento, quais são as atividades com maior probabilidade de serem reguladas, e de que forma esta regulação deve ocorrer²⁹². De modo geral, o regulador tem por objetivo maximizar o bem-estar da sociedade, e opera sempre nos melhores interesses para isso²⁹³.

Com isso, não devem ser desconsideradas as situações em que a finalidade das práticas intervencionistas do Estado são desviadas. Como exemplo, os comportamentos *free riding*²⁹⁴, também denominados parasitismo, que se desencadeiam da restrição dos direitos de PI em favor da doutrina das *essential facilities*. Trata-se de uma prática comum, de um ou mais agentes econômicos, que usufruem do benefício proveniente de um produto sem contribuir para sua obtenção²⁹⁵.

Nesses casos, a Comissão Europeia recolhe as provas necessárias para comprovar as infrações em desfavor das regras da política da concorrência em uso do direito de acesso às instalações comerciais das empresas. Segundo previsão do artigo 21º do Regulamento n.º 1/2003 (Reforço da aplicação e poderes de investigação), esse direito se estende a outras instalações, incluindo as domiciliárias. As autoridades consideram a possibilidade de alargar o poder fiscalizador porque na maior parte dos casos os documentos incriminadores são levados para fora da empresa²⁹⁶.

²⁹⁰ (HOLBURN, G., & BERGH R), p. 1-16.

²⁹¹ (BECKER, 1983).

²⁹² (STIGLER, 1971)

²⁹³ SCOTT, William R. Financial Accounting Theory. 5 ed. Toronto: Pearson, 2009.

²⁹⁴ Cf. tópico 2.3.

²⁹⁵ (SALOMÃO FILHO, 2007), p. 113.

²⁹⁶ (Silva, Direito da Concorrência, 2008), P. 91, 106, 107. A Comissão autoriza a procedência de todas as diligências de instrução, quais sejam necessárias, junto às empresas e associações de empresas. Caberá as

As decisões fixadas pela Comissão Europeia não podem obrigar a empresa a admitir uma infração, no entanto devem dar um retorno às perguntas de natureza factual e exhibir documentos. As repostas coletadas podem ainda serem utilizadas como provas determinantes às infrações cometidas por elas próprias ou a outras empresas. Além disso, os membros do conselho de administração exercem as suas funções em regime de exclusividade e não podem ser titulares de órgãos de soberania²⁹⁷.

Outra medida adotada para preservar a função reguladora do Estado com as empresas é a proibição de relações de proximidade. Posto isso, é vedada ao Estado a relação íntima, direta ou indireta, contratual ou remunerada, com grupos de empresas ou outras entidades que tenham participação social ou interesses individuais no vínculo. Apenas se admite nos casos em que a boa relação com o Estado não for falseada, e de desencadear das especializações técnicas necessárias a entidade reguladora²⁹⁸.

Ou seja, o licenciamento favorece o parasitismo econômico que consiste no benefício acarretado pela comodidade de uma empresa em aguardar que suas concorrentes assumam a iniciativa de investir em inovação²⁹⁹. Deste modo, a empresa parasita ao tirar proveito dos esforços alheios, ganha vantagens de um mercado funcional ante a capacidade de oferecer produtos a preços reduzidos derivados da ausência de esforços criativos próprios³⁰⁰. A dependência criada pela licença cedida retoma, parcialmente, ao desequilíbrio que teoricamente a justifica.

No entanto, esse raciocínio desconsidera, a princípio, que a empresa que se submete as obrigações das *essential facilities* pode exigir uma compensação ao agente econômico que se beneficia da infra-estrutura cedida³⁰¹. Além disso, não se trata de um

Autoridades Nacionais de Concorrência inspecionar os livros e outros documentos profissionais, requisição *in loco* de explicações orais, cópias ou extratos dos livros e documentos profissionais e que tenham acesso as instalações, terrenos e meios de transporte das empresas.

²⁹⁷ (MACHADO, Miguel). *Ibid* Direito Penal Económico e Europeu, p. 175.

²⁹⁸ (Sousa M. d., 2018) A recusa de partilha de infraestrutura como infracção regulatória: análise da alínea e), do n.º 2, do artigo 11.º da lei n.º 19/2012, de 8 de maio. p.111-222, 201.

²⁹⁹ Luís Pinto Monteiro, ob. cit., p. 89.

³⁰⁰ (AMORIM, 2009), p. 173.

³⁰¹ (Investopedia, 2018) Trata-se da regulação da taxa de retorno, do inglês Rate of Return Regulation (ROR), que consiste em “um sistema para estabelecer os preços cobrados pelos monopólios regulamentados pelo governo. A principal premissa é que os monopólios devem cobrar o mesmo preço que idealmente prevaleceria em um mercado perfeitamente competitivo, igual aos custos eficientes de produção, mais uma taxa de retorno sobre o capital, determinada pelo mercado. A regulação da taxa de retorno tem sido criticada porque estimula o preenchimento de custos e, se a taxa for muito alta, encoraja as empresas reguladas a adotarem índices de mão-de-obra de capital que são muito baixos. Isso é conhecido como o efeito Averch-Johnson, ou simplesmente *gold-plating*. A natureza da regulação da taxa de retorno não incentiva os monopólios regulados a minimizar suas compras de capital, já que os preços são iguais aos seus custos de

problema correlacionado apenas à exclusividade conferida pelo direito de propriedade intelectual, e as ciências jurídicas e econômicas são incapazes de apresentar respostas precisas às ações humanas, embora estabeleça uma relação de causa e efeito³⁰².

As características do direito de propriedade intelectual supostamente justificam soluções diferentes para que a proteção conferida não seja considerada precária, e que o licenciamento compulsório não resulte na insegurança jurídica quanto à proteção e investimentos em inovação³⁰³. Assim, os tribunais da UE assumem a aplicação de maneira indiferenciada e defendem que o licenciamento de bens materiais pode sofrer prejuízos com tratamentos iguais³⁰⁴.

Os bens materiais normalmente aludem às infra-estruturas de grande porte, difíceis de serem duplicadas. Além disso, muitas vezes são de domínio público, ou de domínio público-privadas. O investimento realizado na criação é, normalmente, de ordem pública, e o investimento privado já existente resulta de concessões. Essa atribuição acontece de maneira distinta aos direitos de propriedade intelectual que vislumbram o processo de criação e objetiva um novo produto ou técnica inovadora para o mercado³⁰⁵.

Vale lembrar que a origem da noção das *essential facilities* muitas vezes induz a ideia de que o seu conceito só tem relevância quando é respeitado o acesso à infra-estrutura considerada essencial, e que normalmente está relacionada a uma indústria em rede. No entanto, o tipo de bem ou de mercado não importa tanto, mas sim a situação de dependência em que se encontra a empresa concorrente que recorre à doutrina. Sob esta óptica, qualquer bem econômico poderá a princípio resultar na sua aplicação³⁰⁶.

A doutrina não é pacífica acerca do entendimento de que o tratamento deve ser o mesmo aos bens materiais e imateriais, porém, diferenciá-los pode gerar incertezas

produção. A regulação da taxa de retorno foi dominante nos EUA por vários anos na regulamentação governamental de empresas de serviços públicos e outros monopólios naturais. Se as empresas permanecessem desregulamentadas, poderiam facilmente cobrar taxas muito mais altas, já que os consumidores pagariam qualquer preço por bens como eletricidade ou água. Uma história de sentimento anti-truste e regulamentação anti-monopólio levou à implementação da regulamentação da taxa de retorno nos EUA, que foi confirmada pelo caso (Munn v. Illinois, 94 U.S.113) Supreme Court case *Munn v. Illinois* and further developed through a series of cases beginning with *Smyth v. Ames* in 1898.”

³⁰² (Pais, Entre Inovação e Concorrência, 2011), ob. cit., p. 590 e ss.

³⁰³ (Monteiro, 2010), p.89 et seq. apud. (Lévêque, 2005), p. 12.

³⁰⁴ (Ritter, 2005), p.298.

³⁰⁵ Ibidem.

³⁰⁶ (SALOMÃO FILHO, 2007), p. 113.

jurídicas³⁰⁷. Aperfeiçoar e inovar uma propriedade intelectual exige investimento elevado, assunção de riscos e demanda tempo. Nem sempre o investimento e o retorno financeiro se relacionam de maneira independente ao processo criativo e seguindo essa linha teórica a defesa presume que ambos os direitos excluem terceiros e que as diferenças são irrelevantes³⁰⁸.

Os argumentos económicos esclarecem a necessidade de preservar e promover a concorrência em detrimento do funcionamento da economia de mercado, e até mesmo da própria democracia. A avaliação da mesma é feita com base no impacto gerado ao bem-estar social, aos consumidores e à própria concorrência em si. Nesses termos, a intervenção do Estado segundo o Tribunal de Justiça, ocorre quando a posição dominante se traduz na posição de poder económico detida por uma empresa que adquire independência e autonomia efetiva no mercado³⁰⁹.

A teoria mais recente do equilíbrio geral, estabelecida na década de 1950, e fixada por Arrow-Debreu, prova que em uma economia prevalecem as famílias que maximizam a sua utilidade em consequência à restrição orçamental. Isso ocorre em meio a uma multiplicidade de empresas que atuam em concorrência, e se baseia no lucro que resulta da tecnologia. A produção de bens públicos que maximizam o bem-estar social com um equilíbrio eficiente é responsabilidade do Estado.

O Estado, as empresas e os consumidores são as três entidades atuantes na economia, cada qual com o seu próprio objetivo, que varia entre providenciar os bens e serviços aos consumidores, até a maximização do seu lucro. Recuperar os investimentos é o principal escopo das empresas privadas e a justiça social é a grande responsabilidade do Estado. Já os consumidores pretendem a utilização dos bens e serviços de maneira mais económica³¹⁰.

Portanto, a economia é eficiente se, conhecidos os recursos primários, não se pode aumentar a produção de um bem sem reduzir a produção de outro bem. A regra exige que os projetos de investimento só se realizem se houver rentabilidade superior ao custo do capital. Esta verdade foi demonstrada por Hicks e tem hoje uma compreensão difícil entre

³⁰⁷ Cf. tópico 2.1 acerca de bens corpóreos e incorpóreos, e (Pais, *Entre Inovação e Concorrência*, 2011), P 593 Sofia Pais defende que a teoria da infra-estrutura essencial deverá ser aplicada indiferenciadamente em ambos os casos, com um aspecto diferenciador relativo aos requisitos exigidos.

³⁰⁸ (Martins)

³⁰⁹ Cf. Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 United Brands/Comissão, Col. 1978, 77, para 65.

³¹⁰ (Silva, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, 2010), p.203.

alguns círculos políticos³¹¹. Os métodos de Kaldor-Hicks são mais utilizados como testes de potenciais de melhoria do que como meta de eficiência por si só³¹².

A política da concorrência limita os comportamentos abusivos³¹³ por meio de uma pressão das autoridades que é exercida sobre as empresas, e garante o equilíbrio do mercado. Em consequência, garante que os consumidores tenham acesso a produtos e serviços variados, oferecidos por preços mais justos³¹⁴. Ou seja, a política de concorrência faz parte de um quadro legislativo que preceitua três disposições básicas encontradas na maioria dos países desenvolvidos, com algumas nuances particulares aos Estados-Membros da União Europeia.

A primeira disposição da concorrência é relativa aos acordos horizontais e verticais, entre empresas responsáveis pela restrição comercial. Tal disposição foi prevista, por exemplo, na Lei Sherman de 1890, estabelecida nos Estados Unidos. Essa lei condenava as tentativas de monopolização, como um ato de regulação e visava garantir a concorrência entre as empresas. Foi complementada pela 3ª seção da Lei Clayton, no Tratado de Roma, e, ainda, recebeu atenção especial entre vários Estados-Membros, como por exemplo, o artigo 81º da Lei 420-1 do Código Comercial da França, com despacho em dezembro de 1986³¹⁵.

A segunda parte da política da concorrência trata questões relativas ao abuso de posição dominante e exclusão ou discriminação dos concorrentes. Neste sentido, destaca as peculiaridades das práticas de preços predatórios³¹⁶, tal como a necessidade de descentralização económica da empresa monopolista. A política europeia *antitrust* é

³¹¹ (Concorrência) Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência.

³¹² (Hicks, 1939), p. 696–712.

³¹³ Cf. 2.2 sobre definições de conduta abusiva.

³¹⁴ (COMISSÃO EUROPEIA)

³¹⁵ (Silva, Direito da Concorrência, 2008) P. 32 - 34

³¹⁶ Cf. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 27 de março de 2012, processo C-209/10. “No seu acórdão AKZO/Comissão, já referido, em que se devia determinar se uma empresa pratica preços predatórios, o Tribunal de Justiça decidiu, em primeiro lugar, no n.º 71 desse acórdão, que os preços inferiores à média dos custos «variáveis» (os que oscilam em função das quantidades produzidas) devem ser, em princípio, considerados abusivos, na medida em que, ao aplicar esses preços, se presume que uma empresa que detém uma posição dominante não prossegue nenhuma outra finalidade económica senão a de eliminar os seus concorrentes. Em segundo lugar, decidiu, no n.º 72 do mesmo acórdão, que os preços inferiores à média dos custos totais, mas superiores à média dos custos variáveis, devem ser considerados abusivos quando são fixados no âmbito de um plano para eliminar um concorrente.”

desenvolvida a partir das duas regras estabelecidas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em seus artigos 101º e 102º³¹⁷.

A terceira parte estabelece o controle das opções de concentração, com ênfase na posição dominante através de fusões empresariais. Reconhecida nos países norte-americanos desde o *Clayton Act*, no ano de 1914, em seu artigo 7º, o controle responde à adoção do *Hart Scott Rodino Act* em 1978, que atualmente assume uma posição importante na atividade *antitrust*. Na Europa está prevista no Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho de 21 de Dezembro de 1989³¹⁸.

Além, a política da concorrência europeia dispõe de uma quarta disposição prevista pela regulação dos auxílios estatais³¹⁹. Os artigos 107º e 108º do TFUE estabelecem a proibição de auxílios estatais que distorcem ou ameaçam distorcer a concorrência, em favor da empresa nacional, e dispõem sobre as consequências jurídicas quando se verifica a ilegalidade da medida de concessão do auxílio³²⁰.

Portanto, a jurisprudência compreende um papel importante nos Estados Unidos e na União Europeia. A corte norte-americana distinguiu os comportamentos anti-concorrenciais em dois tipos clássicos³²¹:

³¹⁷ (Comissão Europeia, 2014), “Em primeiro lugar, o artigo 101.º do Tratado proíbe os acordos entre dois ou mais operadores de mercado independentes que restrinjam a concorrência. Esta disposição abrange os acordos horizontais (entre concorrentes reais ou potenciais que operam ao mesmo nível da cadeia de abastecimento) e acordos verticais (entre empresas que operam a diferentes níveis, ou seja, um acordo entre um fabricante e o seu distribuidor). Apenas exceções limitadas estão previstas na proibição geral. O exemplo mais flagrante de conduta ilegal que viola o artigo 101 é a criação de um cartel entre concorrentes, que pode envolver a fixação de preços e / ou a partilha do mercado.

Em segundo lugar, o artigo 102.º do Tratado proíbe as empresas que detêm uma posição dominante num determinado mercado de abusarem dessa posição, por exemplo, imputando preços injustos, limitando a produção ou recusando inovar em prejuízo dos consumidores. A Comissão está habilitada pelo Tratado a aplicar estas regras e possui uma série de **poderes de investigação** para esse fim (por exemplo, inspeção em instalações comerciais e não comerciais, pedidos escritos de informação, etc.). A Comissão também pode aplicar coimas a empresas que violem as regras antitrust da UE. As principais regras processuais são definidas no Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho.”

³¹⁸ (Combe, 2005)/ibidem 2002, p. 17.

³¹⁹ Cf. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, C/2016/2946. JO C 262 de 19.7.2016 “O artigo 107.º, n.º 1, do Tratado define auxílios estatais como «os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções»”

³²⁰ Sobre a ilegalidade da medida de concessão do auxílio nos casos em que o Estado-Membro tenha violado o n.º 3 do artigo 88.º do Tratado CE, vide o processo C-354/90, *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires e outros/França*, citado na nota 8, n.º 12; vide também, a título ilustrativo, a sentença do tribunal federal alemão («Bundesgerichtshof»), de 4 de Abril de 2003, V ZR 314/02, VIZ 2003, 340, e a sentença de 20 de Janeiro de 2004, XI ZR 53/03, NVwZ 2004, 636.

³²¹ (Combe, 2005)/ibidem 2002, p. 18 e 19.

I. A abordagem em si: de acordo com essa regra o comportamento é autorizado ou proibido pela sua própria existência. Assim, a prática não precisa ser justificada por argumentos econômicos e, caso o comportamento do agente no mercado seja proibido não haverá justificativa para legitimar o recurso a prática.

II. A regra da razão: a legalidade do comportamento mediante as regras da política da concorrência resultam da análise do caso concreto. As autoridades *antitrustes* examinam os benefícios e malefícios resultantes do comportamento para fazerem o julgamento, como é o caso da prática de controle de concentrações.

Na Europa, as autoridades nacionais de concorrência (ANC) são responsáveis por publicações de diretrizes e notas de interpretação sobre diferentes asserções que compreendem a política da concorrência, com valor informativo e preditivo, acerca do procedimento para controle de fusões e aquisições, e regras relativas aos acordos de transferência de licença³²². Ainda que não danifique o tratamento em um caso particular são estabelecidos princípios e orientações a serem adotadas no caso concreto³²³.

Nesse sentido, o cenário atual do *e-commerce* conta cada vez mais com o posicionamento das ANC com relação ao intervencionismo estatal. O avanço da tecnologia impõe desafios, como é o caso da precificação dinâmica, que consiste no reajuste automático dos preços dos produtos no *e-marketplace*. O sistema gera automaticamente valores máximos e mínimos que são atualizados de tempo em tempo, conforme determina o agente econômico. As variações se baseiam nos valores dispostos pelos concorrentes³²⁴.

A prática foi recentemente sancionada pela Comissão Europeia no caso CMA³²⁵, sob a acusação de implementação de cartéis por meio da utilização de algoritmos de precificação de preços³²⁶. Os resultados indesejados dos algoritmos sob as regras da

³²² (Comissão Europeia, 2016) Vide a título meramente exemplificativo o Relatório sobre o exercício de monitoramento da ECN no setor de reservas online de hotéis.

³²³ (Emmanuel Combe, 2002), p. 20.

³²⁴ (HiPartnes Capital & Work, 2017) Para maiores esclarecimentos, vide o site que fornece serviços para precificação no *e-commerce*.

³²⁵ Cf. Acórdão Do Tribunal De Primeira Instância (Terceira Secção), 19 de Março de 2003, Processo T-213/00.

³²⁶ Cf. Processo T-213/00, cit. 396. “A Comissão considera, com efeito, nas suas orientações, que a gravidade da infracção não deve apenas atender ao carácter da própria infracção, mas também ao seu «impacto concreto» (ponto 1, A, primeiro parágrafo). Importa, portanto, nos termos das orientações, tomar em consideração a capacidade económica efectiva de os autores da infracção causarem um prejuízo importante aos outros operadores e determinar um montante que assegure que a coima apresenta um carácter suficientemente dissuasivo (ponto 1, A, quarto parágrafo). A Comissão também considera que, de um modo geral, as empresas de grande dimensão dispõem geralmente dos conhecimentos e das infra-estruturas jurídico-económicas que lhes permitem melhor apreciar o carácter de infracção do seu comportamento e as

concorrência são apenas uma amostra dos problemas que podem decorrer do *e-commerce*, e gera dúvidas acerca das limitações ao intervencionismo estatal e posição das ANC no âmbito do conflito entre os direitos de propriedade intelectual com a doutrina das *essential facilities*³²⁷.

5 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

5.1 PROCESSO COMP/C-3/37.792 E A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

O Processo COMP/C-3/37.792 se originou em 15 de setembro de 1998, entre as empresas *Sun Microsystems* – fabricante de servidores e sistemas operacionais de servidor – e a *Microsoft Corporation* – empresa transnacional que desenvolve, fabrica, licencia e vende *softwares* de computador, produtos eletrônicos, computadores e serviços pessoais. O vice-presidente da *Sun Microsystems Inc* solicitou a *Microsoft* que o informasse acerca do *software* necessário à comunicação de seu sistema operacional (Solaris), e o sistema operacional *Windows*, projetado e comercializado pela *Microsoft*³²⁸.

A interoperabilidade de informação entre as empresas norte Americanas consistia em especificar os protocolos implementados pelo sistema *Windows*, de maneira completa, para que se tornasse possível o envio de arquivos de um servidor para o outro, ou para impressoras e armazenamento de arquivos em diretórios³²⁹. No entanto, em resposta emitida em outubro de 1998, por carta, a *Microsoft* alegou que as informações já estavam disponíveis e publicadas para quaisquer desenvolvedores de *software*, através da *Developer Network*, onde a *Sun* já havia adquirido trinta e duas licenças³³⁰.

Além disso, a *Microsoft* alegou que na semana seguinte haveria uma palestra acerca das questões de interoperabilidade das informações entre sistemas produzidos por diferentes empresas de *software*. Apesar disso, a *Sun*, no dia 10 de dezembro de 1998

respectivas consequências do ponto de vista do direito da concorrência (ponto 1, A, quinto parágrafo). Por estas razões, as orientações indicam que, no caso de infracções em que participem diversas empresas (tipo «cartel»), poderá ser conveniente ponderar os montantes de base a fim de ter em conta o peso específico e, portanto, o impacto real do comportamento ilícito de cada empresa na concorrência, nomeadamente se existir uma «disparidade considerável» em termos de dimensão das empresas que cometeram uma infracção da mesma natureza (ponto 1, A, sexto parágrafo).”

³²⁷ (Bonellierede, Prat, De, Mueller, And May, & Menéndez, 2017)

³²⁸ Cf. *Microsoft*, 2007, E.C.R. II-3601, § 2.

³²⁹ *Ibidem*, §37.

³³⁰ (Economides, 2001)

ingressou com uma ação junto à Comissão Europeia, por se sentirem lesados com o posicionamento adotado pela *Microsoft*, com base no artigo 3º do Regulamento 17/1962³³¹, em que alegavam recusa de fornecimento do sistema operacional *Windows*³³².

Em agosto de 2000, a Comissão exigiu que a *Microsoft* fornecesse a interoperabilidade do *Windows* a outros sistemas operacionais no prazo de 120 dias³³³. A Comissão examinou também (por iniciativa própria) o *Windows 2000*, sistema operacional do *Windows*, instalado em computadores pessoais e servidores, e o *Windows Media Player*³³⁴. Com isso, emendou a primeira notificação e enviou uma segunda em que exigia em seus comentários que o mesmo fosse feito quanto a ambos os sistemas operacionais³³⁵.

A Comissão Europeia reputou a violação do artigo 102º do TFUE, ao proferir sua decisão acerca do litígio com a *Microsoft*, no dia 24 de Março de 2004. O abuso de posição dominante consistia na recusa de tornar públicas as informações de interoperabilidade, e autorização de seu uso para o desenvolvimento e distribuição de produtos concorrentes. O Tribunal considerou em sua decisão que eram abusivas as vendas associadas dos sistemas operativos *Windows* para PC e *Windows Media Player*³³⁶.

Nesse sentido, o TJ definiu que a *Microsoft* deveria disponibilizar uma versão do *Windows* sem o *Windows Media Player*, pois acreditava que a prática violava a concorrência no mercado. Além disso, negou provimento ao recurso interposto da decisão da Comissão Europeia e aplicou sanção de mais de 497 milhões de euros³³⁷. Ademais, a *Microsoft* deveria disponibilizar a informação de interoperabilidade de forma atualizada e em tempo oportuno, condições razoáveis e não discriminatórias, para que seus concorrentes pudessem interoperar e competir de modo igualitário³³⁸.

A *Microsoft* solicitou, em junho de 2004, que a decisão fosse anulada ou, em alternativa, que a Comissão reduzisse consideravelmente a coima aplicada³³⁹. No entanto,

³³¹ Cf. REGULAMENTO (CE) N.º 1/2003 DO CONSELHO de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado.

³³² Cf. Decisão do caso *Microsoft*, 4 C.M.L.R. 965, § 3.

³³³ *Ibidem*, §4.

³³⁴ Cf. *Windows Media Player* é um programa reprodutor de multimédia, ou seja, áudio, vídeo e computadores pessoais, desenvolvido pela *Microsoft*.

³³⁵ Cf. Decisão do caso *Microsoft*, 4 C.M.L.R. 965, §5.

³³⁶ (Tribunal Geral da União Europeia, 2011).

³³⁷ Cf. decisão relativa ao caso *IMS*, a CE considerou que a determinação do montante a pagar título de compensação deveria ser acordada pelas partes. Não havendo acordo a questão deveria ser remetida para peritos e posteriormente submetida ao tribunal. Cf. Decisão da CE no caso *IMS*, Proc. C-418/01, P. 215.

³³⁸ (Pais, Entre Inovação e Concorrência, 2011), p. 594.

³³⁹ Cf. ACÓRDÃO DE 16. 12. 1999 — PROCESSO T-198/98.

a Comissão concluiu que sua determinação não continha erros. Considerou abusiva a restrição de posição dominante relativa à empresa que porta o direito à propriedade intelectual. Segundo a Comissão Europeia não havia justificativa objetiva para a restrição ao insumo essencial e, com isso, os concorrentes não tinham alternativas reais ou potenciais para se manterem no mercado³⁴⁰.

A Comissão constatou que a recusa da *Microsoft* limitava o desenvolvimento técnico das empresas concorrentes, e rejeitou o seu argumento de que a recusa foi objetivamente justificada em razão da proteção que lhe conferia a propriedade intelectual. Concluiu que apoiar tal argumento tornaria ineficaz o princípio estabelecido pela jurisprudência relativa aos casos que tratam de recusa em licenciar, e ainda, que a decisão não causaria para a *Microsoft* um impacto negativo e relevante ao incentivo à inovação³⁴¹.

Nesse sentido, a teoria schumpeteriana determina que o mercado competitivo se baseia na tecnologia e no impacto provocado no bem ou serviço disponível³⁴². Portanto, considerar o montante compensatório e o valor de inovação existente na prática é matéria de difícil aplicação. A maximização dos lucros se associa aos efeitos estimulantes do mercado monopolista, e exclui um critério útil de delimitação dos *royalties* definido com base no valor de inovação³⁴³.

A própria *Microsoft* reconheceu que detinha uma posição dominante no mercado dos sistemas operativos para PC, que se caracterizava pela limitação de seus concorrentes em continuarem exercendo suas atividades, e por quotas de mercado superiores a 90%. O argumento que utilizava para refutar a doutrina das *essential facilities* se embasou predominantemente no fato de que estava usando seus direitos de propriedade intelectual³⁴⁴.

Sua justificativa se amparava na jurisprudência assumida pelo Tribunal de Primeira Instância³⁴⁵, segundo a qual recusar a concessão de uma licença para a utilização de um produto protegido pelos direitos de PI não pode, por si só, ser considerada

³⁴⁰ Cf. condições determinantes em Steven Anderman, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights: The Regulation of Innovation*, cit., P. 148.

³⁴¹ Cf. *IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG*. Processo C-418/01.

³⁴² (SCHUMPETER & Tradução de: Possas, 1997)

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ Cf. Despacho de 22. 12. 2004 - Processo T-201/04 R

³⁴⁵ Judgment of the Court of 6 April 1995. - *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities*. - Competition - Abuse of a dominant position - Copyright. - Joined cases C-241/91 P and C-242/91.

abusiva³⁴⁶. Porém, nos casos excepcionais em que prevalecem os interesses públicos, e que a política da concorrência for violada, em consequência do direito de exclusividade conferido a concessão de licenças aos terceiros que quiserem ingressar no mercado, será obrigatória ao titular da PI³⁴⁷.

A Comissão definiu que a recusa da empresa em posição dominante era abusiva, e que a venda associada do *Windows* para PC e do *Windows Media Player* favorecia a posição dominante e desestimulava os fabricantes e consumidores a recorrerem a outros leitores multimídia. O Tribunal assumiu a posição em desfavor da empresa que restringiu a sua concorrência, no entanto, os critérios rigorosos para apurar o montante compensatório ainda eram falhos. Por este motivo a Comissão Europeia sofreu dificuldades em equilibrar seu posicionamento e em satisfazer as empresas concorrentes e os consumidores³⁴⁸.

As finalidades inerentes ao direito da concorrência e da propriedade intelectual, um dos pontos de conflito que se estabeleceu nesse processo, fixavam a necessidade de que o preço razoável deveria equivaler ao preço moderado, considerando a ponderação da racionalidade como critério de avaliação objetiva³⁴⁹. Os estudos sobre os efeitos da restrição dos direitos de propriedade intelectual desconsideravam o prejuízo à inovação e a falta de estímulo aos investimentos de seus concorrentes³⁵⁰.

O artigo 102º do TFUE enuncia outra solução plausível no tratamento dos casos em que os preços são excessivos. No acórdão do caso *United Brands*³⁵¹, por exemplo, o Tribunal de Justiça estabeleceu que o preço excessivo é reconhecido em situações em que não exista correspondência razoável entre o preço e o valor econômico da prestação disponibilizada. Nesse sentido, o Tribunal se baseia na desproporção excessiva entre o custo efetivamente suportado e o preço praticado, em comparação com o preço de venda e seu custo de produção, capaz de indicar a margem de lucro³⁵².

Para apurar um montante compensatório duas idéias devem ser respeitadas sem descartar a possibilidade de que a empresa dominante reduza os valores atribuídos, para

³⁴⁶ Cf. tópico 2.1 e 2.2 sobre conduta abusiva.

³⁴⁷ (VANNINI) Cf. "O caso da Microsoft: lei de concorrência apreendida pela política".

³⁴⁸ Acórdão Microsoft/Comissão, 2007.

³⁴⁹ Maurits Dolmans, Robert O'Donoghue e Paul Jonh Loewenthal, Are article and Intellectual Property Interoperable? , Competition Policy International, 2007, vol. 3, nº. 1, p. 138.

³⁵⁰ Microsoft. Cf. Decisão da CE de 24 de Março de 2004, Microsoft, Proc. COMP/C-3/37.792.

³⁵¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de fevereiro de 1978, Processo 27/76.

³⁵² Acórdão do TJ de 17/12/75, United Brands /Comissão, Proc. 27/76, para. 250-252.

que haja condições de concorrência³⁵³. A Comissão estabeleceu que, devem ser fixados preços acessíveis o suficiente para que as demais empresas tenham condições de concorrer, e ainda, que o titular do direito de PI age de má fé quando é ciente de que há um padrão em desenvolvimento e não o divulga³⁵⁴.

Deste modo, a empresa monopolista força os concorrentes a aceitar taxas de licenciamento mais elevadas do que poderiam ter sido negociadas no estágio anterior a adoção da norma. Segundo a Comissão, quaisquer direitos de propriedade intelectual sobre um padrão em desenvolvimento deverão ser previamente informado pelo titular. Esta hipótese não legitimaria o proprietário do direito a cobrar a taxa referente aos *royalties*³⁵⁵.

O problema do licenciamento compulsório se desencadeia da carência de acolhimento pelas empresas, que ainda se limitam quanto ao acesso de sua infra-estrutura essencial³⁵⁶. Além, no caso *Trinko*³⁵⁷, despertou-se a questão relativa à intervenção do Estado ante o controle dos monopólios e oligopólios, à proteção da livre concorrência, e quanto à qualificação institucional de tomada de decisões sobre a regulação e supervisão de preços, condições de acesso e termos relativos à prestação de serviços³⁵⁸.

Nessa linha teorica, a Comissão Europeia obrigou a *Microsoft* a divulgar as informações completas e precisas, por considerá-las indispensáveis para que os concorrentes atingissem a interoperabilidade com os computadores PC, e com os servidores. A decisão considerou que o sistema operativo *Windows* se transformou em uma infra-estrutura essencial, e obrigou que os códigos de fonte fossem abertos. Além, a Comissão reiterou que, caso a informação disponibilizada fosse resguardada pelos direitos de propriedade intelectual deveriam ser remuneradas por quem a adotasse³⁵⁹.

Considerou também que, diferente do monopólio, a exclusividade relativa ao exercício do direito de propriedade intelectual normalmente aumenta a produtividade, vez

³⁵³ (Maurits Dolmans, 2007), p. 142.

³⁵⁴ Cf. caso Rambus. Cf. Decisão da Comissão, de 9/12/2009, Proc. COMP/38.636.

³⁵⁵ Cf. caso Rambus. Cf. Decisão da Comissão, de 9/12/2009, Proc. COMP/38.636.

³⁵⁶ (Geradin, 2005), p. 23.

³⁵⁷ Cf. *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 124 S. Ct. 872 (2004). “A jurisprudência enunciou vários critérios relevantes para determinar se uma determinada entidade é um órgão jurisdicional na acepção do artigo 234.º CE, tais como a origem legal do órgão, a sua permanência, a aplicação pelo órgão de normas de direito, o carácter obrigatório da sua jurisdição, a sua independência, o facto de o respectivo processo ser ou não *inter partes* e a natureza jurisdicional das respectivas decisões finais.”

³⁵⁸ (Lipsky & Sidak, 1998-1999), p. 1222.

³⁵⁹ Comissão De Concorrência Da União Europeia, *Microsoft/ W2000 Case*, COMP/37.792.

que, quanto maior a escala de produção, maior será o rendimento³⁶⁰. Portanto, os direitos de propriedade intelectual, mesmo nos casos relacionados à nova economia, se sujeitam a medidas *antitrust*, quando sua aplicação ameaçar a liberdade do direito de concorrência, e o exercício da propriedade intelectual será limitado sempre que a inovação eliminar a dominância do mercado para estabelecer outra³⁶¹.

5.1.1 Contexto e condições de aplicação da doutrina das *Essential Facilities*

Os critérios de identificação da doutrina das *essential facilities* devem ser bem definidos para que haja segurança jurídica capaz de auxiliar no desenvolvimento tecnológico. Atualmente, as definições ainda deixam dúvidas e dificultam a determinação de um método eficaz que seja capaz de unificar as interpretações e determinar parâmetros que se relacionam a todas as questões relativas ao fornecimento da infra-estrutura essencial. Assim, as instituições da União Europeia devem assumir um posicionamento ativo que garanta remédios capazes de resolver as situações de posição dominante³⁶².

O licenciamento compulsório é considerado um dos remédios às práticas anti-concorrenciais das empresas em posição dominante e, no caso concreto, deve haver especial atenção, pois a recusa por si só não configura abuso segundo o advogado-geral F. G. Jacobs, no caso *Bronner*³⁶³. Além disso, parte da doutrina questiona os critérios utilizados pelo Tribunal de Justiça em suas decisões com relação à recusa de licenciar os direitos de propriedade intelectual³⁶⁴.

No caso *Microsoft*, a aplicação da doutrina das *essential facilities* implica na restrição ao direito de exclusividade conferido ao *software*³⁶⁵. Os direitos de propriedade

³⁶⁰ (CASS, 2013), p. 25-32.

³⁶¹ (MELAMED & RUBINFELD, 2007), P.305-306.

³⁶² (Pais, Entre Inovação e Concorrência, 2011) p. 593, A autora se posiciona na mesma linha teórica fixada pelas conclusões do Advogado Geral Jacobs, no caso *Bronner*, que considera que o desenvolvimento da empresa pode ser comprometido com a aplicação da doutrina das *essential facilities*, nos casos em que o fornecimento do insumo essencial coloca em risco os direitos de PI. Portanto, deverá nestes casos ser aplicado um teste mais rigoroso para confirmar a necessidade de licenciar o bem e/ou produto, que passará, por exemplo, pela imposição de que a empresa requerente prove que aquela licença é necessária, e que será com base nela que desenvolverá novos produtos. Cf. Conclusões do AG Jacobs ao caso *Bronner*, Proc. C-7/97, para. 62-69.

³⁶³ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de novembro de 1998, Oscar Bronner/Media-print, Processo C-7/97.

³⁶⁴ (Aoki & Small, 2003)

³⁶⁵ (LIMA, 2018) Segundo o autor, o tratamento que se dá ao software no âmbito da exclusividade que retém o autor da inovação se diferencia em termos de patente, pois não há quaisquer exames de mérito para

intelectual resguardam os frutos de trabalhos e pesquisas, e muitas vezes se relacionam ao desenvolvimento de novos produtos³⁶⁶. Por outro lado, a recusa de fornecimento da infraestrutura considerada essencial se relaciona aos casos em que existe a possibilidade de a empresa dominante restringir a eficiência do mercado³⁶⁷.

É por isso que surgem dificuldades de definir parâmetros seguros à aplicação da doutrina das *essential facilities*. As razões de ambos os interesses devem ser bem observadas, pois a colisão de interesses impede a aplicação harmônica no caso concreto, e os efeitos da decisão nem sempre poderão ser revertidos, considerando que a infraestrutura essencial pode ser uma informação, como é o caso da interoperabilidade de informações no caso *Microsoft*.

Nesse sentido, o TPI esclarece que a recusa é abusiva nos casos que a informação for indispensável para o exercício de uma atividade no mercado³⁶⁸. Ou seja, ocorre quando a posição dominante eliminar os concorrentes efetivos, impedir o surgimento de um novo produto para o qual há procura potencial, e limitar o desenvolvimento técnico do concorrente (que por reflexo prejudica os consumidores), sem que haja justificativa objetiva³⁶⁹.

Conforme prevê o artigo 82º TCE (atual artigo 102º em razão do Tratado de Lisboa), a licença compulsória deve ser estabelecida em condições razoáveis e não discriminatórias. Nesse sentido, a Comissão Europeia considerou os efeitos positivos e negativos que resultaria no mercado de *software*, no caso *Microsoft*, com o objetivo de

verificar se o objeto do registro é similar a outro já existente. O próprio depositante se responsabiliza pela licitude e veracidade das informações que fornece. Além, os direitos de propriedade intelectual nos *softwares* têm a duração de cinquenta anos de vigência, contados a partir do primeiro dia do ano subsequente a data de criação. Desconsidera-se ainda o ano do registro (quando/se for feito), e o início da comercialização.

³⁶⁶ (Pais, Entre Inovação e Concorrência, 2011) p. 593, Segundo a autora, os direitos de propriedade intelectual resguardam os frutos de trabalhos e pesquisas que podem estar relacionados ao desenvolvimento de novos produtos.

³⁶⁷ Cf. definição no tópico 4.

³⁶⁸ Processo T-201/04, *Microsoft/Comissão*, Col. 2007, p. I-3601, pontos 428 e 560-563 - “Ao analisar se uma recusa de fornecimento deve ser objecto de uma atenção especial, a Comissão avaliará se o fornecimento do produto recusado é, de forma objectiva, indispensável para que os operadores possam concorrer de maneira efectiva no mercado. Isto não significa que, sem o produto recusado, nenhum concorrente pode sobreviver no mercado a jusante.”

³⁶⁹ Cf. tópico 2.1 sobre recusa abusiva e (Pereira, *Inovação Tecnológica, Propriedade Intelectual e defesa da concorrência no mercado do Software*, 2009) P. 247 que entende que a justificação objetiva não resulta do direito de exclusividade conferido pela propriedade intelectual. Além, o produto disponibilizado deve ser considerado referência para a concorrência (que depende da informação para se manter efetiva no mercado), sem abranger o código fonte e a estrutura interna, para que não haja possibilidades de que condicione a reprodução ou clonagem do insumo.

demonstrar quais são os benefícios práticos, e os critérios que devem ser adotados para impor a obrigatoriedade do licenciamento das informações³⁷⁰.

Poucas foram às vezes que o Tribunal de Justiça considerou a recusa em licenciar o direito de propriedade intelectual da empresa dominante como abusiva, pois os direitos da concorrência são aplicáveis apenas quando os direitos de exclusividade conferidos pela PI forem abusivos³⁷¹. No caso *Microsoft*, após examinar as provas, o Tribunal de Justiça concluiu que a recusa em licenciar os *softwares* se tratava de uma estratégia para afastar os seus concorrentes e manter sua posição vantajosa no mercado³⁷².

Ainda que os mercados dos sistemas operativos para computadores clientes fossem diferentes dos sistemas operativos para servidores de grupos de trabalho, a Comissão considerou, em sua análise, que os *softwares* se conectavam a nível comercial e tecnológico. O comércio se liga a todas as empresas relacionadas em escala mundial por se desenvolver em rede³⁷³. Assim, um dos critérios considerados na decisão foi à dimensão que ganha, portanto, o poder de mercado dotado pela *Microsoft* em razão da posição dominante³⁷⁴.

É nesse sentido que a doutrina da *essential facility* aplicada aos típicos mercados da nova economia, nomeadamente do setor tecnológico, como é o caso da indústria de *software* em questão, requer a adaptação ao caso concreto dos requisitos estipulados nos julgados anteriores. A Comissão Europeia deve considerar os efeitos característicos que comércio eletrônico desencadeia ao passo que as empresas se inovam, e como o produto de sua inovação se relaciona com as demais empresas³⁷⁵.

Alem disso, quando o valor do produto ou serviço aumentar por conseqüência do número de utilizadores que dele fazem uso, haverá efeitos de rede, que podem ser diretos ou indiretos. Será direto quando o aumento de utilizadores for benéfico a todos que usam a rede, e indireto se o valor da rede aumentar devido à quantidade de produtos compatíveis.

³⁷⁰ (Mazziot, 2005). p.24 ss.

³⁷¹ Cf. o caso 238/87, AB Volvo vs. Erik Veng. [1988] ECR 6211

³⁷² Decisão da Comissão de 24 de Março de 2004, (Processo COMP /C-3/37.792 Microsoft), § 432.

³⁷³ (Stiglitz, 1999) Segundo o autor, o *e-commerce* é o processo de oferta, demanda e contratação de bens e/ou serviços, que o consumidor realiza por meio de um ambiente virtual. Nesse sentido, a *Microsoft*, indústria de *softwares* (produto digital) se enquadra no *e-commerce* na modalidade comércio entre empresas (B2B), e no contexto em questão as dificuldades estão atreladas ao fato de que os consumidores com quem comercializa direta e principalmente, são também concorrentes. Vide tópico 3.1 para maiores esclarecimentos sobre noções do *e-commerce*.

³⁷⁴ (Monteiro, 2010), p. 136.

³⁷⁵ Acórdão de 17 de Setembro de 2007, *Microsoft Corp v. Comissão*, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II-3601, para. 562.

No caso Microsoft, a demanda de produtos compatíveis aos *softwares* era elevada, e o produto era muito utilizado. Por esse motivo, os concorrentes afetados se sentiam inaptos a concorrer efetivamente no mercado do sistema operativo para PC ³⁷⁶.

Assim, a Comissão considerou que a recusa impedia todos os concorrentes e, neste caso, o titular do direito de propriedade intelectual estava restringindo à manutenção da concorrência, já que a informação de interoperabilidade foi considerada imprescindível. O domínio foi considerado um *standart*, por se tratar de um padrão que vinculava a concorrência efetiva à criação que detinha o direito de exclusividade conferido pela propriedade intelectual ³⁷⁷.

Além disso, a admissão do licenciamento de direitos exclusivos deve ocorrer apenas em situações puramente excepcionais, para prevenir a dependência econômica. Se for constatada a existência da posição dominante, a Comissão Europeia pode aplicar coimas e sanções compulsórias, conforme previsão dos artigos 23º e 24º do Regulamento (CE) 1/2003. O que se verifica nas últimas decisões é que a imposição da licença compulsória tem sido adotada como remédio no domínio de recusa de venda ou fornecimento de produtos protegidos pelos direitos de propriedade intelectual ³⁷⁸.

Apesar do que enuncia a jurisprudência, os juristas devem se atentar as penalidades severas, sempre com o olhar direcionado ao caso concreto, para evitar que as empresas concorrentes utilizem práticas parasitárias ³⁷⁹ para obter vantagens. O insumo considerado essencial só poderá ser disponibilizado nos casos em que não houver condições de que a empresa beneficiada consiga se manter ativa no mercado, ante sua incapacidade de reproduzir a inovação ³⁸⁰.

Portanto, os remédios devem ser atribuídos aos casos em que a doutrina das *essential facilities* se justifica, com base (obrigatoriamente) no princípio da

³⁷⁶ Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Microsoft Corp v. Comissão, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II-3601, para. 392.

³⁷⁷ Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Microsoft Corp v. Comissão, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II-3601, para. 664. Segundo o acórdão, a empresa deve se esforçar para aperfeiçoar seus produtos e investir em sua inovação, mas não ao ponto de torná-los um standard tecnológico, porque nesse caso a estrutura do mercado é prejudicada, tal como os consumidores.

³⁷⁸ (Vinje, 1995) p. 250, Segundo o autor, os tribunais nacionais dos Estados-Membros, assim como as Autoridades da Concorrência, também podem impor licenças compulsórias

³⁷⁹ Cf. tópico 2.2, e Processo nº C-418/01, P. 44.

³⁸⁰ (Monteiro, 2010) P.89, Segundo o autor, “o não licenciamento levaria a uma migração dos concorrentes que beneficiaram de uma hipotética licença para outros campos empresariais, podendo tal hipótese se revelar de maior sucesso e contribuir para o bem-estar social, evitando atitudes parasitárias concorrenciais.”

proporcionalidade³⁸¹, pois o objetivo do licenciamento compulsório é corrigir o abuso de posição dominante que viole as normas da política da concorrência na União Europeia³⁸². O controle de atuação da Comissão Europeia deve se formar com base na orientação desse princípio, que orienta a decisão³⁸³.

5.1.2 Licença compulsória e o aparecimento de um novo produto

No âmbito do direito da concorrência, o mercado relevante é mais amplo do que o mercado de propriedade intelectual, e, nesse sentido, os produtos protegidos pelos direitos de exclusividade quase sempre são substituíveis por outros capazes de desempenhar a mesma função. Ou seja, o monopólio desencadeado pela exclusividade conferida ao autor de uma obra ou idéia inovadora nem sempre limita seus concorrentes, o que justifica a restrição em aplicar as proibições do artigo 102º do TFUE automaticamente³⁸⁴.

O investimento que se faz na tentativa de desenvolver um *software* e, depois de produzido, para inseri-lo no mercado, é extremamente elevado. Os riscos relativos à inovação de um produto são muitos e, por isso, dificilmente os concorrentes tentam competir diretamente por meio de novas tecnologias desenvolvidas por si próprio³⁸⁵. Essa situação, que configura monopólio natural, aumenta as barreiras de acesso à entrada no

³⁸¹ O princípio da proporcionalidade está previsto no artigo 7º do Reg. (CE) nº 1/2003.

³⁸² (Gorjão-Henriques, Práticas Restritivas), p.388, para o autor, o princípio da proporcionalidade previsto no Tratado da União Europeia é um vetor nas decisões da Comissão Europeia. “Genericamente, podemos dizer que compete a este princípio servir de critério sobre a adequação a determinada ação da União ou dos Estados Membros para a realização de determinados objectivos à partia legítimos, combinados com a certificação da inexistência de outros meios menos prejudiciais para a realização dos mesmo objectivos.”

³⁸³ MARTINS, Ana Maria Guerra -Manual de Direito da União Europeia. Almedina, 2014, p. 286. “A nível do controlo do exercício de poderes da Comissão, o princípio foi igualmente utilizado para arbitrar conflitos entre os diferentes objectivos que a União deve prosseguir, na medida que uma acção adoptada com vista à prossecução de um determinado objectivo pode lesar outro objectivo legítimo do Direito da União.” Além, o Advogado-Geral Niilo Jääskinen indica que “a obrigatoriedade de fornecimento se vincula a três condições,cumulativamente: i) a recusa deve impedir o aparecimento de um novo produto para o qual existe potencial procura de mercado; ii) a recusa é injustificada; e iii) a recusa deve ser suscetível de excluir completamente a concorrência no mercado secundário.” Cit. Conclusões Do Advogado-Geral Niilo Jääskinen apresentadas em 26 de abril de 2012, Processo C-138/11 Compass-Datenbank GmbH v. Republik Österreich.

³⁸⁴ EC, Hart Publishing, 2006, p. 422.

³⁸⁵ (Freire, A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência, 2008), p. 133, Segundo a autora, “relativamente às indústrias de alta tecnologia caracterizadas por elevadas externalidades de rede, afirma-se que o acesso a direitos de propriedade intelectual é indispensável quando a tecnologia por eles protegida se tornou um *standard* dominante ou quando o fornecimento de informação que permita conexões tecnológicas, seja necessário para entrar ou permanecer no mercado”.

mercado. Esse foi um dos fatores relevantes na decisão da Comissão Europeia, no caso *Microsoft*³⁸⁶.

A Comissão Europeia analisou as condições de mercado dos sistemas operativos para PC disponibilizados pelos clientes, e revelou que a quota de mercado aumentou de 76,4% no ano de 1996, para mais de 90% nos anos de 2000. Ao quantificar a quota da Microsoft no mercado dos sistemas operativos confirmou que era a maior quota e, por isso, ameaçava eliminar a concorrência no mercado relevante, limitava o desenvolvimento técnico e, com isso, os consumidores também eram afetados³⁸⁷.

Portanto, o caso *Microsoft* alarga a interpretação quanto aos requisitos que se referem às circunstâncias excepcionais, quanto a relação entre a doutrina das *essential facilities* e o direito de propriedade intelectual. O que está em causa são as dificuldades de lançamento de um novo produto, tal como as limitações de produção, distribuição e desenvolvimento técnico. Aparentemente, os critérios do Tribunal de Justiça são intencionalmente mais rígidos, e os requisitos enunciados exigem a excepcionalidade circunstancial que se traduz com o surgimento de produtos inovadores, com procura potencial dos consumidores³⁸⁸.

Contudo, a deficiência nas definições de critérios e de supervisão para a aplicação da doutrina das *essential facilities* levou a *Microsoft* a perder quota de mercado. As medidas adotadas pela Comissão Europeia, com o objetivo de restabelecer as regras da concorrência no mercado relevante, foram insuficientes e os concorrentes continuaram

³⁸⁶ (Angelov, 2014), p. 57, e Acórdão de 17 de Setembro de 2007, *Microsoft Corp v. Comissão*, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II- 3601, para. 650-652. Os altos custos de investimento na criação de novos produtos são socialmente desvantajosos, e para que as escolhas do consumidor não fossem limitadas em razão da recusa de fornecimento das informações de interoperabilidade, a Comissão considerou ilegítima a recusa que impedia o desenvolvimento tecnológico das demais empresas.

³⁸⁷ Cf. Jornal Oficial da União Europeia L 32/23, Decisão Da Comissão de 24 de Maio de 2006 relativa a um processo nos termos do artigo 82.o do Tratado CE e do artigo 54.o do Acordo EEE contra a Microsoft Corporation (Processo COMP/C-3/37.792 — Microsoft). Segundo a decisão, “as provas fornecidas por clientes confirmam a ligação entre, por um lado, a interoperabilidade privilegiada de que os sistemas operativos de servidores de grupos de trabalho da Microsoft beneficiam com o seu sistema operativo de PC dominante e, por outro lado, a rápida ascensão a uma posição dominante (e a crescente integração das características da arquitectura do domínio «Active Directory», que são incompatíveis com os produtos da concorrência). A investigação da Comissão mostra, também, que não existem substitutos reais ou potenciais para as informações recusadas. — A recusa da Microsoft limita o desenvolvimento técnico, prejudicando assim os consumidores e contrariando, particularmente, a alínea b) do artigo 82.o Se os concorrentes tivessem acesso à informação recusada, teriam podido fornecer aos consumidores produtos novos e melhorados. Os estudos de mercado mostram, em especial, que os consumidores valorizam características dos produtos como a segurança e a fiabilidade, embora estas características estejam relegadas para uma posição secundária devido à vantagem da Microsoft em termos de interoperabilidade. Deste modo, a recusa da Microsoft prejudica indirectamente os consumidores.”

³⁸⁸ ACÓRDÃO DE 16. 12. 1999 — PROCESSO T-198/98, §40.

sofrendo os danos relacionados à exclusão³⁸⁹. Considerando que o licenciamento compulsório visa corrigir o abuso de posição dominante que viola o equilíbrio concorrencial, pode-se dizer que a decisão da *Microsoft* se desviou de suas finalidades³⁹⁰.

Além disso, o efeito útil da licença compulsória depende da agilidade e vigilância de sua aplicação³⁹¹. Nesse sentido, o caso *Microsoft* também teve problemas relativos ao tempo de acompanhamento da execução. Com a exigência de licenciamento das informações no tocante da interoperabilidade, a *Microsoft* exigiu *royalties* consideravelmente altos, o que resultou na postergação das negociações com as empresas concorrentes que precisavam dos *softwares*³⁹².

O problema se agravou com a inovação rápida e com o surgimento de novos produtos que davam origem a outros conflitos, relativos ao licenciamento dos direitos exclusivos³⁹³. Nesse sentido ressalta-se que quando o direito de exclusividade se aplica a um insumo que se relaciona ao desenvolvimento dos demais, como é o caso da *Microsoft*, à Comissão Europeia deve ser previamente comunicada para que se considere o fato em favor das negociações das taxas que serão cobradas pelo fornecimento da infra-estrutura³⁹⁴.

As terminologias mal esclarecidas levantaram questões entre os doutrinadores sobre o que poderia ser considerado razoável, que em tese se refere ao critério de valor estratégico satisfatório e não discriminatório. Entretanto, grande parte da doutrina considerou a definição inconsistente. Nestes termos, a *Microsoft* não poderia assumir posição de monopólio no mercado de *software*, e caberia a Comissão Europeia indicar em quanto os valores das quotas estavam acima do nível de competitividade relativo à licença compulsória³⁹⁵.

³⁸⁹ (Ansari & Stenberg, *The EC Essential Facilities Doctrine, The Microsoft Case and the Treatment of Trade Secrets*, 2009)

³⁹⁰ Miguel Gorjão-Henriques, *ob. cit.*, p.388, para o autor, o princípio da proporcionalidade previsto no Tratado da União Europeia é um vetor nas decisões da Comissão Europeia. “Genericamente, podemos dizer que compete a este princípio servir de critério sobre a adequação a determinada ação da União ou dos Estados Membros para a realização de determinados objectivos à partia legítimos, combinados com a certificação da inexistência de outros meios menos prejudiciais para a realização dos mesmo objectivos.”

³⁹¹ (Mazziot, 2005), p.24 et seq.

³⁹² (Maurits Dolmans, 2007), p. 138.

³⁹³ (Ansari & Stenberg, *The EC Essential Facilities Doctrine, The Microsoft Case and the Treatment of Trade Secrets*, 2009)

³⁹⁴ Cf. tópico 4 para mais informações sobre a taxa ROR.

³⁹⁵ François Lévêque, *ob. cit.*, p. 20. O autor esclarece que de uma perspectiva econômica a exigência da comissão é intrigante, pois os economistas estão familiarizados com preços ótimos, preços não razoáveis. Com isso, apesar de o teste aplicado no caso *Microsoft* ser, em termos econômicos, o mais ideal, a sua eficácia se compromete com as lacunas nas orientações relativas aos conceitos enunciados.

Em resposta ao posicionamento empregado pela Comissão Europeia, a *Microsoft* concordava no sentido de que detinha a posição dominante, mas justificava a recusa ao fornecimento das informações com o argumento de que, a permissão para que os concorrentes compatibilizassem seus produtos com os seus *softwares* seria equivalente a ceder os direitos de propriedade intelectual. Além disso, as alegações gerais sobre os direitos de propriedade intelectual apresentadas pela *Microsoft* só poderiam ser avaliadas com base nos fatos ³⁹⁶.

Muitas vezes os direitos de propriedade intelectual são associados à formação de monopólio, devido aos direitos de exclusividade de utilização ao titular ³⁹⁷. Apesar disso, questões relativas ao monopólio, que estabelece uma posição dominante, não são idênticas às questões de monopólio econômico, pois não é sempre que o titular de um monopólio que se forma pela proteção conferida pela propriedade intelectual possui poder de mercado monopolista na economia ³⁹⁸, e ainda, que abuse de sua posição privilegiada ³⁹⁹.

Ainda assim, a Comissão Europeia optou por desconsiderar a validade do fundamento exposto pela *Microsoft* e deu continuidade ao que sugere a jurisprudência, após investigar o caso concreto. Nesse sentido, os julgados anteriores têm adotado medidas dirigidas aos interesses sociais de forma ampla. Para isso esclarece que não há objetividade ao justificar o exercício dos direitos de propriedade intelectual em favor dos interesses individuais da empresa ⁴⁰⁰.

Em geral houve muitas controversas quanto às causas e efeitos da decisão quanto às barreiras que poderiam surgir à inovação. Os valores da coima, por exemplo, são fixados com base no valor estratégico e o poder de mercado, mas não houve na decisão quaisquer justificativas sobre a decisão do valor final do montante de compensação, imposto para advertir a *Microsoft*, que se posicionou desfavoravelmente por se tratar de um montante elevado, e acima do que se esperava ⁴⁰¹. Não foram estipulados nem mesmo

³⁹⁶ Jornal Oficial da União Europeia L 32/23, Decisão Da Comissão de 24 de Maio de 2006 relativa a um processo nos termos do artigo 82.o do Tratado CE e do artigo 54.o do Acordo EEE contra a Microsoft Corporation (Processo COMP/C-3/37.792 — Microsoft).

³⁹⁷ See e.g. Turney, J., Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal innovation, *Northwest Journal of Technology and Intellectual Property Rights*, Vol. 3, No. 2 (2005), para. 9. See also J. Davis [2008], para. 6.2.

³⁹⁸ Cf. tópico 2.2 sobre poder de mercado.

³⁹⁹ O'Donoghue, R., Padilla, A. J., *The Law And Economics Of Article*.

⁴⁰⁰ Cf. Jornal Oficial da União Europeia L 32/23, Decisão Da Comissão de 24 de Maio de 2006 relativa a um processo nos termos do artigo 82.o do Tratado CE e do artigo 54.o do Acordo EEE contra a Microsoft Corporation (Processo COMP/C-3/37.792 — Microsoft).

⁴⁰¹ (Ridyrd, 2004), p. 671.

parâmetros indicativos ou interpretações que explicassem os critérios de aplicação e interpretação adotada pela Comissão Europeia ⁴⁰².

Aplicada a coima, e concedido o licenciamento compulsório, resta lembrar que o critério não discriminatório estabelece que os concorrentes que atuam no mercado a jusante devem contar com a igualdade de licenciamento. E ainda, nos casos em que houver licença compulsória já existente, poderá a mesma ser utilizada como referência sob um aspecto indireto. Apesar disso, a concessão de licenciamento compulsório de uma empresa não vincula as demais, sob o efeito de encorajar os acordos de licença e resguardar o direito de liberdade contratual com a intenção de estimular a inovação e o surgimento de um novo produto ⁴⁰³.

Além disso, se os valores relativos ao custo marginal de fornecimento (que dá acesso a infra-estrutura) corresponder à zero, as cobranças unitárias normalmente são eficientes. Pode-se dizer que o pagamento de *royalties* oferece mais opções para regular as questões de proteção dos direitos relacionados à inovação, do que se faria por meio de taxas fixas. No entanto, a aplicação dos remédios impostos pela Comissão Europeia optou pela segunda, motivo pelo qual há controversas na doutrina sobre a assertividade da decisão, que por vezes é associada ao entendimento de que a licença compulsória dificulta o surgimento de um novo produto ⁴⁰⁴.

5.1.3 Justificação objetiva do ônus da prova e visão geral

Como dito anteriormente ⁴⁰⁵, em 2004, após cinco anos de investigação, foi aplicada à *Microsoft* uma coima no valor de 497 milhões de euros (*record* em termos de quantificação), justificada pela violação do artigo 102º do TFUE ⁴⁰⁶. A Comissão Europeia

⁴⁰² Ibidem.

⁴⁰³ Ibidem.

⁴⁰⁴ (Ansari & Stenberg, *The EC Essential Facilities Doctrine, The Microsoft Case and the Treatment of Trade Secrets*, 2009)

⁴⁰⁵ Cf. tópico 5.1.

⁴⁰⁶ Cf. as definições de abuso predatório no tópico 2.2, e, caso *United Brands*, onde o TJ afirmou que estamos perante um preço excessivo quando não existe uma correspondência razoável entre o preço e o valor económico da prestação fornecida. Existindo várias formas para averiguar saber se um preço possui um carácter excessivo ou não, o TJ afirma que poderá averiguar-se “determinado objectivamente, designadamente, caso fosse possível calculá-lo por comparação entre o preço de venda do produto em questão e o seu custo de produção, o que permitiria inferir o montante da margem de lucro (...) Trata-se, pois, de apreciar se existe uma desproporção excessiva entre o custo efectivamente suportado e o preço efectivamente praticado e, na afirmativa, de analisar se se terá imposto um preço não equitativo, seja em si

se posicionou desfavoravelmente a recusa de fornecimento do *software* considerado essencial ao desenvolvimento de empresas concorrentes e, com a venda casada do sistema operativo *Windows* com o *Windows Media Player* que forçava os consumidores à aquisição de ambos os produtos, automaticamente, caso optassem pelo primeiro item⁴⁰⁷.

A Comissão Europeia determinou também a obrigatoriedade de fornecimento das informações para a interoperabilidade dos *softwares* (com direito a compensação razoável, quando resguardada pelos direitos de propriedade intelectual). Além disso, impôs a obrigatoriedade de fornecer aos fabricantes de computadores uma versão de seu sistema operativo sem a instalação do *Windows Media Player* (e caberia aos compradores a escolha dos serviços)⁴⁰⁸. Porém, para José Luis da Cruz Vilaça⁴⁰⁹, a fragmentação do *software Windows* e do *Windows Media Player*, encontrou uma receptividade baixa entre os potenciais compradores.

O sistema operativo *Windows* se baseia no programa de inovação e desenvolvimento da *Microsoft*. A jurisprudência esclarece que uma empresa em posição dominante acaba se responsabilizando pelas práticas que a ela se relacionam. Portanto, este processo poderia, por efeito, restringir o estímulo a outras empresas que investem em inovação. O legislador deve se preocupar com as causas que abrem o mercado, considerando, nesse sentido, as ambições da União Europeia quanto ao desenvolvimento tecnológico atrelado à nova economia que surge com o *e-commerce*⁴¹⁰.

A longa duração do processo foi resultado de tentativas infrutíferas de resolver o assunto por meio de acordos⁴¹¹. A Comissão desprezou as propostas apresentadas pela *Microsoft*, por considerá-las infrutíferas após analisá-las. Por outro lado, a *Microsoft* relatou que a Comissão sempre exigia mais do que lhe era oferecido, o que impossibilitava

mesmo, seja em comparação com os produtos concorrentes.” Cf. Acórdão do TJ de 17/12/75, *United Brands /Comissão*, Proc. 27/76, para. 250-252.

⁴⁰⁷ *Microsoft Decision*, 4 C.M.L.R. 965, 15.

⁴⁰⁸ See *Microsoft*, 2007 E.C.R. 11-3601, 207-42.

⁴⁰⁹ Advogado, Professor Universitário e antigo Presidente do Tribunal de Primeira Instância da União Europeias.

⁴¹⁰ Cf. tópico 3.1 sobre nova economia de mercado, relacionada ao desenvolvimento das empresas com base em inovação. E ainda nesse sentido, nos lembra (Monteiro, 2010) P. 93 que a “imposição de um dever de conceder licenças de propriedade intelectual poderá apresentar benefícios em longo prazo baixando os preços para o consumidor em consequência da maior oferta no mercado” porém, “os seus efeitos a longo prazo podem ser bastante adversos, por reduzirem a canalização dos recursos financeiros das empresas na investigação e desenvolvimento, causando uma consequente diminuição do bem-estar social”.

⁴¹¹ (Graef, 2011), p. 19

o acordo. E foi por este motivo que a *Microsoft* pediu a anulação da coima, e, ao mesmo tempo, solicitou a suspensão da eficácia por desconsiderar a urgência da causa⁴¹².

O Presidente do Tribunal de Primeira Instância indeferiu o pedido de suspensão, porém, ressaltou a necessidade de analisar com maior profundidade os argumentos jurídicos que foram alegados acerca da decisão. Apesar disso, o Tribunal Geral considerou não seria uma medida adequada, por se tratar de uma empresa *trustee* especialista em informática (que detém o controle da maior parte do mercado). Ainda assim, as medidas acolhidas pela *Microsoft*, como a disponibilização do *software* sem o *Windows Media Player* (que já havia sido atendido), foram aspectos relevantes na decisão⁴¹³.

A morosidade em executar a decisão de 2004, confirmada pelo Tribunal Geral em um acórdão no ano de 2007 (que previa também uma recompensa razoável pelas informações divulgadas a seus concorrentes), resultou em uma sanção pecuniária compulsória de 899 milhões de euros à *Microsoft*. Em 2008 o Tribunal confirmou a análise da Comissão, mas alterou o valor para 860 milhões de euros, como um método de atender a circunstância de a Comissão ter autorizado a *Microsoft* de continuar a executar algumas práticas⁴¹⁴.

O montante elevado levanta implicações profundas às ciências jurídica e económica, por se tratar de um produto detentor de exclusividade pelos direitos de propriedade intelectual⁴¹⁵. A coima ultrapassou o percentual de 10% do volume de negócios empresariais do envolvido e por vezes levantou questões entre doutrinadores sobre a validade da decisão da Comissão Europeia⁴¹⁶.

Para François Lévêque, o preço razoável deveria ser apurado por meio de uma negociação hipotética entre as partes, se tivesse ocorrido licenciamento ao invés de

⁴¹² Decisão da Comissão, de 24 de Maio de 2006, relativa a um processo nos termos do artigo 82.º [CE] e do artigo 54.º do Acordo EEE contra a *Microsoft Corporation* (Processo COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*) (JO 2007, L 32, p. 23), onde se pede a anulação ou redução da coima aplicada à recorrente nessa decisão.

⁴¹³ Cf. Processo T 201/04 (*Microsoft*) Nesse sentido, “O Tribunal recorda que, nos termos do artigo 21.º do Estatuto do Tribunal de Justiça e do artigo 44.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, cada requerimento deve indicar o objecto do processo. e um resumo dos fundamentos em que o pedido se baseia. Segundo jurisprudência constante, é necessário, para que um recurso seja admissível, que as questões básicas de direito e de facto invocadas sejam indicadas, pelo menos de forma sumária, coerente e inteligível, na própria aplicação.”

⁴¹⁴ *Microsoft/Comissão*, T-201/04, 17 de setembro de 2007, e T-167/08, 27 de junho de 2012.

⁴¹⁵ Cf. tópico 2.2 sobre questões de recusa em licenciar como uma forma de desestimular a inovação.

⁴¹⁶ (Comissão Europeia, 2011) A nota informativa indica que “A coima tem um limite máximo correspondente a 10 % do volume de negócios anual global da empresa. O limite de 10 % pode basear-se no volume de negócios do grupo a que a empresa pertence se a empresa-mãe do grupo exerceu uma influência decisiva sobre a exploração da filial durante o período de infração. Existe também um prazo de prescrição de cinco anos a partir do termo da infração até ao início da investigação da Comissão.”

infração no caso Microsoft. Assim, o preço razoável teria sido apurado em um intervalo entre o valor mínimo (que o licenciante aceitaria para licenciar seus direitos) e o valor máximo (que o licenciado se dispusesse a pagar). O problema seria, num plano hipotético, simular o apuramento desses montantes de acordo com a vontade das partes, o que torna a teoria falível ⁴¹⁷.

A *Microsoft* aderiu a várias exigências, como a abertura de seu código fonte para acesso das empresas concorrentes e disponibilidade para apoio técnico ilimitado em auxílio à interpretação das informações que assegurassem a interoperabilidade. Contudo, a Comissão não considerou que as medidas eram insuficientes. Nesse ponto, a *Microsoft* se queixou da capacidade da Comissão em indicar de maneira clara os critérios que entendia serem necessários ⁴¹⁸.

Durante o processo, a *Microsoft* continuou se desenvolvendo, o que desencadeou a apresentação de novas queixas, como ocorreu com o lançamento do sistema operativo *Vista*. Tal circunstância desencadeou dúvidas acerca das exigências inerentes a concorrência, e as necessidades de proteção dos direitos de propriedade intelectual na esfera tecnológica (ligada à *internet*), que estimulava a inovação e desencadeava a recuperação dos investimentos (em produtos inovadores e novas tecnologias).

Os privilégios conferidos pelos direitos de exclusividade, em razão dos investimentos em inovação e no processo de criação, não deveriam ser respeitados pelos concorrentes? A Comissão considerou que o grau de inovação que colocava a *Microsoft* em posição dominante era superior aos direitos de propriedade intelectual que optou por comprimi-los ⁴¹⁹. Entendia que o neste caso o fornecimento era necessário para alavancar a economia, e em consequência a sociedade ⁴²⁰.

A responsabilidade assumida pela Comissão Europeia seria grande em qualquer decisão pela qual optasse, por gerar forte impacto sobre as forças de mercado e inovação. Trata-se de um caso que marcou significativamente a jurisprudência dos tribunais e passou a ser parâmetro de limite as exigências da concorrência, e dos direitos de propriedade

⁴¹⁷ (Lévêque, 2005), p.21, segundo o autor, essa hipótese dependeria de dados históricos e comparáveis, com difícil enquadramento ao litígio já em curso.

⁴¹⁸ Decisão da Comissão de 24 de Março de 2004, (Processo COMP /C-3/37.792 Microsoft), para. 432.

⁴¹⁹ Cf. tópico 2.3 sobre a relação dos direitos de propriedade intelectual e os direitos de concorrência.

⁴²⁰ Decisão da Comissão de 24 de Março de 2004, (Processo COMP /C-3/37.792 Microsoft), para. 709

intelectual. Por exemplo, o acórdão *IMS Health*⁴²¹, anunciado pelo Tribunal de Justiça um mês após a decisão do caso *Microsoft*, se baseou nas orientações impostas ao exercício de direito de exclusividade, e parâmetro para aplicação da licença compulsória⁴²².

Os limites do poder de intervenção do Estado e a motivação de suas decisões nas questões reguladas já foram anteriormente questionados⁴²³. Nesse sentido, questionam-se as medidas intervencionistas adotadas pela Comissão Europeia. São medidas saudáveis ao desenvolvimento da concorrência entre as empresas? Ressalta-se ainda que a recusa só é considerada abusiva em circunstâncias excepcionais, e que a Comissão Europeia adota suas medidas com base em critérios específicos⁴²⁴.

O caso *Microsoft* foi clássico em consequência às suas peculiaridades, mas, ainda assim deixou dúvidas acerca da intervenção da Comissão Europeia, e quanto aos requisitos⁴²⁵ atrelados as decisões em casos difíceis no que diz respeito à obrigatoriedade de ceder a infra-estrutura considerada essencial para a concorrência e as garantias do autor do produto e/ou serviço inovador. Diante do exposto, e, considerando as difíceis considerações atreladas à doutrina das *essential facilities* e aos direitos de propriedade intelectual, como seria possível conciliar os interesses das empresas e seus concorrentes no *e-commerce*?

Nesse sentido o Tribunal de Justiça deverá estar preparado para tomar decisões que influenciam na regulação de preços, termos e condições de acesso a infra-estrutura essencial. No caso *Trinko*⁴²⁶, conforme mencionado anteriormente⁴²⁷, a decisão do Tribunal de Justiça afirmou que as decisões relativas ao acesso à infra-estrutura essencial não são de competência do Tribunal. E ainda, doutrinadores, como Damien Geradin, se

⁴²¹ As exigências para os testes da Comissão (para identificar situação de abuso) foram simplificadas e se basearam na possibilidade de a recusa de acesso aos equipamentos e/ou informações serem um obstáculo a concorrência ou mesmo apresentar riscos, com base na decisão do caso *Microsoft*. Além disso, nos termos da jurisprudência *IMS*, o abuso se configura quando obsta o aparecimento de um novo produto para o qual há alto grau de procura, e não o simples lançamento por empresa concorrente. Vide Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG vs NDC Health GmbH & Co. KG*, processo nº C-418/01, Col. 2004.

⁴²² (Geradin, 2005), p. 23.

⁴²³ Vide *Van den Bergh Foods Ltd v Commission of the European Communities*. Caso T-65/98.

⁴²⁴ Cf. tópico 2.2 sobre considerações acerca da conduta abusiva e definições de abuso predatório, ao qual se enquadra o abuso que enseja na recusa de licenciar um direito de propriedade intelectual.

⁴²⁵ Cf. tópico 1.1 sobre noções da doutrina das *essential facilities* e critérios de aplicação.

⁴²⁶ *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 124 S. Ct. 872 (2004).

⁴²⁷ Cf. tópico 5.1

mostram críticos sobre a postura da Comissão Europeia que segundo o autor é pouco ativa quanto às tentativas de resolver o problema do licenciamento compulsório⁴²⁸.

O direito é uma espécie de controle jurisdicional de qualidade, e garante a adequação entre as garantias inerentes as empresas e a aplicação jurídica dos poderes dos reguladores. Sendo assim, a Comissão Europeia assenta-se em um balanço entre os efeitos de uma obrigação de licenciar direitos de propriedade intelectual com os efeitos positivos que a licença imposta trará ao mercado⁴²⁹.

O mercado a montante e o uso que a empresa dele faz como típico desse setor, alavanca rapidamente uma posição de domínio no mercado a jusante, com o risco de eliminar a prazo toda a concorrência. Os consumidores ficam assim privados de aceder a produtos melhorados que os concorrentes possivelmente colocariam no mercado. A importância da decisão é maior quando se considera o valor do software na nova economia e sociedade da informação⁴³⁰.

Nesse sentido, a jurisprudência comunitária muitas vezes se limita a afirmar que a empresa detentora de posição dominante não pode se blindar pela proteção conferida pelos direitos de propriedade intelectual e desconsiderar a barreira que cria à inovação e a eliminação de seus concorrentes no mercado conexo⁴³¹. A posição de quase monopólio da *Microsoft* pesou na decisão da Comissão Europeia, e, nesse sentido, pode-se dizer que é uma forma de defesa à economia da União Europeia⁴³².

Retomando as questões previamente destacadas acerca da teoria Shumpeteriana⁴³³, a inovação deve ser recompensada e os investimentos do titular devem ser resguardados para que haja continuação no processo de inovação característico do progresso e desenvolvimento econômico. Porém, após profunda análise, a Comissão Europeia concluiu que a indústria de *software* se enquadrava em posição de abuso⁴³⁴ e, embora protegida pela proteção intelectual, gerava efeitos adversos para o mercado

⁴²⁸ Cf. sobre esse entendimento Abbott B. Lipsky, e J. Gregory Sidak, *Essential Facilities*, 1998-1999, vol. 51, 1187, p. 1222 e SS.

⁴²⁹ (Monteiro, 2010) P. 150

⁴³⁰ Wachowichz, Marcos, 'Desenvolvimento económico e tecnologia da informação', in *Propriedade intelectual e desenvolvimento*, p. 71.

⁴³¹ Cf. tópico 2.1 acerca da empresa em posição dominante não poder recusar o acesso quando essa conduta desencadear impacto significativo nas relações comerciais.

⁴³² (Pereira, *Inovação Tecnológica, Propriedade Intelectual e defesa da concorrência no mercado do Software*, 2009) p. 258, 259.

⁴³³ Cf. tópico 2.3 e 4 para maiores esclarecimentos.

⁴³⁴ Cf. tópico 2.1 no que diz respeito às especificidades do software que, embora em essência seja equivalente aos bens corpóreos se distinguem em termos de gênese, manutenção e período temporal da proteção.

relevante ⁴³⁵. Além disso, uma maior exigência na aplicação da teoria da *essential facility* exige-se como salvaguarda da promoção e desenvolvimento tecnológico.

Apesar de controversos os posicionamentos doutrinários acerca do tema *Microsoft*, e considerando os efeitos positivos e negativos que a decisão poderia causar ao mercado, a Comissão advertiu a Microsoft e atualmente a decisão dá novos direcionamentos às questões relativas à proteção conferida pela propriedade intelectual. No entanto, ainda são muitas as divergências em harmonizar a matéria no caso concreto e, como se vê no caso *Microsoft* há na prática muitas divergências ao adotar a melhor medida cabível ao caso.

A verdade é que a adoção de medidas mais justas nesse domínio é de difícil concretização, seja pela dificuldade e escassez em recolher informações ou pela determinação de um método quantificador. No domínio dos remédios para o abuso de posição dominante espera-se para as próximas questões que Comissão Europeia assumira uma atitude mais ativa e adote critérios de aplicação capazes de promover a segurança jurídica com resultados de longa duração.

⁴³⁵ Cf. tópico 2.2.

CONCLUSÃO

A empresa dominante no mercado interno, ou parte substancial deste, que se recusa a licenciar sua infra-estrutura protegida pelo direito de propriedade intelectual, só poderá ser enquadrada na previsão do artigo 102º do TFUE em circunstâncias excepcionais. Assim, a conduta será punível quando consistir em um abuso predatório que resulte na limitação da produção, distribuição ou desenvolvimento técnico do concorrente, colocando-o em desvantagem, o que por efeito causa prejuízos aos consumidores.

O propósito da proteção conferida ao titular de direito de propriedade intelectual é de estimular o investimento e a produção constante em produtos e/ou serviços inovadores através da segurança relativa à proteção da infra-estrutura. Assim, a doutrina das *essential facilities* poderá ser problemática quanto à obrigatoriedade de licenciar compulsoriamente, se colocar em jogo a proteção conferida pela propriedade intelectual.

Os interesses dos titulares dos direitos de propriedade intelectual quase sempre são asfixiados pelas regras concorrenciais apesar de ambos estimularem o desenvolvimento em busca da satisfação do consumidor através de novos produtos com maior qualidade. Em contrapartida, não é consensual à doutrina que os direitos de propriedade intelectual visam o bem-estar do consumidor, e sim a proteção da empresa com a finalidade de lucratividade, o que pode gerar ainda maior dificuldade ao Tribunal de Justiça que deverá considerar as necessidades individuais para alcançar o bem-estar coletivo.

De qualquer forma, o que fica claro após o julgamento da *Microsoft*, é que o tribunal não hesitará em ordenar o licenciamento compulsório a uma empresa que abuse de sua posição dominante, desde que sejam cumpridas certas condições. Além disso, o licenciamento compulsório foi aceito pelo tribunal como apropriado mesmo em indústrias que envolvem direitos de propriedade intelectual, quando a infra-estrutura protegida estimular a inovação e investimentos em pesquisas e desenvolvimento.

O benefício que a licença compulsória atribui levanta dúvidas quando aos efeitos ao longo prazo que, tendencialmente desencorajam a pesquisa e a inovação, e favorecem o parasitismo das empresas que recebem o insumo ou infra-estrutura. Mas na prática, a doutrina das *essential facility* capacita às empresas que dependem do insumo essencial

para se manterem ativas no mercado, sem a necessidade de investirem elevados valores em pesquisas e inventos.

Já é questionável se a jurisprudência não tem efeito vinculativo sob a intervenção do Estado, quanto a sua abordagem da doutrina das *essential facilities*. O direito que a propriedade intelectual confere ao titular poderá, muitas vezes, implicar em uma posição dominante em que o abuso é consequência de esforços que aumentam o potencial concorrencial. A tecnologia virtual mudou o comércio e exige das autoridades a adoção de novas lógicas de mercado.

Nesse sentido, pode-se dizer que os efeitos da doutrina das *essential facilities* podem ser positivos e capazes de assegurar suas finalidades quando aplicadas também aos bens incorpóreos, que têm ganhado espaço cada vez maior. E, para evitar possíveis falhas quanto a imposição da licença compulsória em favor da doutrina das *essential facilities* é necessário atender aos critérios de aplicação que tendem a ser mais rígidos ao limitar a aplicação e definir as condutas abusivas.

Isso acontece porque o rápido crescimento do *e-commerce* e a introdução de pagamentos móveis (com transações feitas virtualmente) mudaram completamente a dinâmica do setor de pagamentos nos últimos anos. O *e-commerce*, caracterizado pelo potencial desenvolvimento tecnológico, submete as empresas que não se desenvolvem a fragilidades que pode levá-las ao seu desaparecimento. A tendência é que as empresas se fortaleçam e, por sentirem que suas atividades e investimentos estão sendo explorados dificilmente vão se motivar a engrenar seu desenvolvimento.

Foi nesse sentido que a Microsoft fundamentou sua recusa ao licenciamento da informação de interoperabilidade, protegida pelos direitos de propriedade intelectual. No entanto, esses direitos não são absolutos e, não podem causar prejuízos ao direito da concorrência. Após apreciar os argumentos da Microsoft, a Comissão Europeia concluiu que o aparecimento do novo produto (software) excluiu toda a concorrência no mercado secundário a jusante, sem justificativa objetiva.

A responsabilidade do Estado no campo do direito da concorrência quanto à matéria no *e-commerce* tem ganhado peso na promoção de inovação e no desenvolvimento tecnológico. A doutrina das *essential facilities* no *e-commerce* tem um campo de aplicação ainda maior por estar integrada às questões intrínsecas da tecnologia virtual que relaciona o comércio a nível global. Portanto, ainda não é possível limitar o controle do direito da

concorrência em razão das variações atribuídas e das divergências culturais que existem em diferentes regiões.

Além disso, o direito assume no *e-commerce* a defesa de quem registra primeiro a patente de uma idéia, ainda que tenha criação prévia por outrem, caracterizando uma modalidade de comércio dinâmico e acelerado. O *e-commerce* exige que o direito da concorrência trabalhe com jogo de cintura e se adapte aos diferentes contextos conforme a necessidade. Portanto, concluímos com a presente dissertação, que as decisões em curso ainda não podem ser delimitadas por relacionar o *e-commerce* e os direitos da concorrência e de propriedade intelectual às diferentes bases e culturas.

Isso porque as interações globais e grupais no cenário atual da economia de mercado visam preservar o bem-estar dos consumidores. Assim, as previsões legais indicam quais são as circunstâncias possíveis para que a empresa recorra ao intervencionismo das autoridades competentes como remédio a posição dominante abusiva, conseqüente de um monopólio natural, individual ou coletivo, a nível mercantil e consumerista.

Ainda que as empresas sejam uniformemente competitivas e os produtos possam ser oferecidos por maior número de empresas, não seria a doutrina das *essential facilities* uma restrição ao progresso? A verdade é que conciliar os benefícios e malefícios entre o conflito dos interesses não é fácil, e como visto no caso *Microsoft* a decisão da Comissão Europeia sofreria prejuízos em qualquer que fosse seu posicionamento.

Além, a essencialidade que caracteriza os bens corpóreos e imateriais é a mesma, mas se diferenciam em gênese, manutenção e período temporal. Por isso, a obrigatoriedade de licenciamento de direitos de propriedade intelectual, ainda que sejam devidamente compensados, pode resultar em insegurança jurídica em razão da aplicação da doutrina. Nesse sentido, a Comissão Europeia adotou critérios orientadores que norteiam a sua aplicação, mas ainda são insatisfatórios e nem sempre cumprem sua proposta por faltar definições capazes de delimitar a matéria.

A princípio parece fácil decidir sobre qual direito deve prevalecer, já que os direitos de propriedade intelectual só serão comprimidos quando não lesarem os interesses do direito da concorrência, e só será restringido em casos excepcionais, com base nos critérios de aplicação. Porém, a interação do direito da concorrência no âmbito da doutrina das *essential facilities* com o direito da propriedade intelectual constitui um dos problemas

mais difíceis e atuais do ordenamento jurídico.

Por não se tratarem de direitos neutros, o problema se torna ainda maior quando ingressa no campo da tecnologia virtual. A evolução, o desenvolvimento e a aplicação da doutrina não podem abraçar toda a amplitude normativa ao estabelecer um direcionamento, ainda que seja dada especial atenção ao caso concreto. O *e-commerce* tem revolucionado o comércio que por meio da *internet* conecta em rede todo o mercado mundial. Em razão das dimensões que a decisão do Tribunal de Justiça pode alcançar, o julgamento do caso *Microsoft* assumiu uma direção diferente quanto ao licenciamento de seu *know-how*.

Qualquer indivíduo ou empresa é capaz de comercializar um produto e/ou serviço em rede, motivo pelo qual a concorrência é estimulada pela inovação. Além disso, as empresas em posição dominante assumem diferentes configurações como é o caso de insumos beneficiados por questões geográficas, como um vinho de Bordeaux que por meio do *e-commerce* pode reduzir as vendas de outros vinhos em qualquer lugar do globo que alcance a *internet*, e põe a prova o posicionamento jurídico em demandas inéditas.

A jurisprudência que a Comissão Europeia tem adotado em suas decisões acerca do conflito de interesses entre esses direitos é favorável a aplicação da doutrina das *essential facilities*. Embora analisadas as circunstâncias no caso concreto, as decisões ainda deixam dúvidas que dividem o entendimento de juristas, como ocorreu no processo *Microsoft* quanto à aplicação da coima, considerada por muitos juristas uma medida exagerada, o que requer uma análise mais apurada para que sejam alcançados os seus objetivos no caso concreto.

As demandas clareiam a dicotomia existente entre a doutrina das *essential facilities* e os direitos de propriedade intelectual em razão do conflito de interesses entre o titular do direito e as empresas concorrentes. Por outro lado, a inovação é um ponto comum entre o direito à propriedade intelectual e o direito da concorrência. As divergências de interesses no caso concreto exigem uma análise mais apurada para que a finalidade da política da concorrência seja alcançada.

O interesse público e a licença compulsória são atribuídos para resguardar os direitos dos consumidores em um mercado onde nem sempre prevalece a ética comercial, mesmo porque a matéria é recente e ainda não há limites definidos quanto à ética no *e-commerce*. O suposto e almejado livre comércio será discutido no âmbito das transações

comerciais, em contraste com as facilidades de acesso à rede oportunizada pela internet que comunica o comércio a nível global.

O caso *Microsoft* imprimiu um novo direcionamento capaz de reordenar a lógica de aplicação da doutrina nos sítios da *Web* no *e-commerce*. Além disso, a transição do comércio convencional para o *e-commerce* é um marco no processo de desenvolvimento virtual. O que não se sabe são os alcances dessa nova economia e quais efeitos se desencadearão em longo prazo. De qualquer forma, não foram muitos os casos em que a propriedade intelectual conflitou com a doutrina das *essential facilities* na prática e os progressos e delimitações da matéria tendem a se consolidar.

Os atritos entre a doutrina das *essential facilities* e os direitos de propriedade intelectual no âmbito do *e-commerce* estimulam as autoridades da concorrência a elaborar diretrizes únicas e aplicáveis em quaisquer circunstâncias para atender as necessidades que surgem com o desenvolvimento da tecnologia de informação. Ou seja, grande preocupação reside em estabilizar a aplicação harmônica da doutrina das *essential facilities* por meio de direcionamentos que, modo geral, se aplica a estas questões que envolvem um campo ainda indefinido e em desenvolvimento instantâneo – o *e-commerce*.

BIBLIOGRAFIA

- ACEPI newsletter. (janeiro de 2018). *Consolidação das tendências do eCommerce 4.0 será dominante em 2018*. Acesso em 18 de junho de 2018, disponível em Associação da Economia Digital: <file:///E:/Newsletter-n232-2018-01-31.pdf>
- ACEPI Portugal Global. (junho de 2018). *Polônia E-commerce*. Acesso em 20 de junho de 2018, disponível em <http://portugalglobal.pt/PT/Acoes/EmFoco/Paginas/polonia-e-commerce.aspx>
- AGUILLAR, F. H. (2012). *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas.
- Alibaba Group. (s.d.). *Alibaba Group Press Center*. Acesso em 26 de maio de 2018, disponível em http://www.alibaba.com/aboutalibaba/aligroup/press_releases090331.html
- AMORIM, A. C. (2009). *Parasitismo econômico e Direito*. Coimbra: Almedina.
- Anderman, S. *EC Competition Law and Intellectual Property Rights: The Regulation of Innovation*.
- Andersen, P. H. (2005). Export intermediation and the internet: an activity-unbundling approach. *International Marketing Review*, 22 (2), 147-164.
- Angelov, M. (2014). *The Exceptional Circumstances Test: Implications for Frand Commitments from the Essential Facilities Doctrine under article 102° TFUE*. European Competition Journal.
- Ansari, D. (janeiro de 2009). *The EC Essential Facilities Doctrine, the Microsoft Case and the Treatment of Trade Secrets*. Acesso em 17 de outubro de 2017, disponível em Master Thesis. University of Linköping: <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:285531/fulltext02>
- Ansari, D., & Stenberg, H. (. (2009). *The EC Essential Facilities Doctrine, The Microsoft Case and the Treatment of Trade Secrets*. Acesso em 17 de junho de 2018, disponível em <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:285531/FULLTEXT02>
- Aoki, R., & Small, J. (2003). Compulsory Licensing of Technology and the Essential Facilities Doctrine.
- Associação da Economia Digital. (31 de janeiro de 2018). *Consolidação das tendências do e-commerce*. Acesso em 10 de maio de 2018, disponível em ACEPI: <http://www.acepi.pt/artigoDetalhe.php?idArtigo=92091>
- BARBAGALO, E. B. (2001). *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores, peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva.
- Batista, P. M. (maio de 2014). *A aplicabilidade da teoria da infraestrutura essencial ao setor das telecomunicações*. Acesso em 2018 de março de 12, disponível em Centro Regional do Porto. Polo da Foz Escola de Direito: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15892/1/Tese_340107096vfinal.pdf
- Batista, P. M. (3 de maio de 2014). *A aplicabilidade da teoria da infraestrutura essencial ao setor das telecomunicações*. Acesso em 2017 de novembro de 16, disponível em CENTRO REGIONAL DO PORTO - POLO DA FOZ ESCOLA DE DIREITO, Porto, n. 340107096 : <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15892/1/Tes>
- BECKER, G. S. (1983). *A theory of competition among pressure groups for political influence*. *The Quarterly Journal of Economics* (Vol. 48).
- Bell, J. F. (1985). *A history of Economic Thought*. New York: Ronald Press.
- Bergman, M. A. (2003). *When Should an Incumbent Be Obligated to Share its Infrastructures with an Entrant Under the General Competition Rules?* Acesso em 21 de

- março de 2018, disponível em Department of Economics Uppsala University of Suécia: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:129279/FULLTEXT01.pdf>
- Bonellierede, Prat, B., D. B., Mueller, H., And May, S., & Menéndez, U. (2017). COMPETITION AUTHORITIES GEARING UP TO FACE. *Competition Law in the Digital Age* .
- Buchain, L. (2014). OS OBJETIVOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM FACE DA ORDEM ECONÔMICA NACIONAL. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação* , 9, 26.
- Burt, S., & Sparks, L. (2003). E-commerce and the retail process: A Reviw. *Journal of Retailing and Consumer Services* , 10, 275-286.
- CARLTON, D., & PERLOFF, J. (2000). *Modern Industrial Organization* (2 ed.). N. York: Harper Collins.
- CASS, R. A. (2013). *Antitrust and High-tech: Regulatory Risks for Innovation and Competition* (Vol. 14). Engage.
- China Polyce Institute. (s.d.). *Analysis*. Acesso em 07 de março de 2018, disponível em E-commerce as the basis of commodity trading markets in China: <https://cpianalysis.org/2016/02/23/e-commerce/>
- Combe, E. (2005). *Économie et politique de la concurrence*. Paris: Dalloz.
- Comissão Europeia. (novembro de 2011). *Coimas por infração ao direito da concorrência*. Acesso em 20 de junho de 2018, disponível em http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_pt.pdf
- Comissão Europeia. (14 de outubro de 2015). *Comércio para todos: a Comissão Europeia apresenta a sua nova estratégia*. Acesso em 19 de junho de 2018, disponível em Comunicado de imprensa: file:///E:/IP-15-5806_PT.pdf
- Comissão Europeia. (s.d.). *EUR-LEX*. Acesso em 20 de março de 2018, disponível em OMC: acordo sobre os aspectos relativos aos direitos de propriedade intelectual: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/txt/?uri=legissum%3ar11013>
- COMISSÃO EUROPEIA. (s.d.). *Política da concorrência da união europeia*. . Acesso em 14 de fevereiro de 2018, disponível em http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_pt.htm
- Comissão Europeia. (31 de dezembro de 2016). *RELATÓRIO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU E AO CONSELHO*. Acesso em 22 de fevereiro de 2018, disponível em Sobre as barreiras ao comércio e ao investimento : http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/june/tradoc_155667.pdf
- Comissão Europeia. (2016). *Relatório sobre o exercício de monitoramento da ECN no setor de reservas online de hotéis*. Acesso em 28 de junho de 2018, disponível em Competition: http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf
- Comissão Europeia. (21 de 11 de 2014). *Visão Geral da Concorrência*. Acesso em 15 de março de 2018, disponível em Antitrust: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview_en.html
- Concorrência*. (s.d.). Acesso em 10 de maio de 2018, disponível em Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência: http://www.concorrenca.pt/sitecollectiondocuments/noticias_e_eventos/intervencoes_publicas/fundamentos_do_direito_e_economia_da_concorrenca.pdf
- Correa, C. M., & Bergel, S. D. *Patentes y Competencia*, Rubinzal – Culzoni Editores, s.d.,.
- Costa, G. P. (1999). *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina.
- De Charon, H., & Gad, C. (2017/2018). Droit européen et international de la propriété intellectuelle: LA THÉORIE DES FACILITÉS ESSENTIELLES. *MASTER 2 DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE PARCOURS MEDIATIC* .

- DEMO, P. (2000). *Metodologia do conhecimento científico*. São Paulo: Atlas.
- DI PIETRO, M. S. (2014). *Direito administrativo* (21 ed.). São Paulo: Atlas.
- Dionísio, P., Rodrigues, J. V., Faria, H., Canhoto, R., & Nunes, R. (2009). *B-Mercator - Blended marketing*. Lisboa: Dom Quixote.
- Doherty, B. (2001). *Just what are essential facilities?* (Vol. 38). C.M.L.
- Ecommerce Europe. (2016). *Relatório Europeu de E-commerce B2C 2016*. Acesso em 15 de junho de 2018, disponível em Association of Electronic Commerce and Interactive Advertising (ACEPI): <file:///E:/Acepi-European-B2C-Ecommerce-Report-2016-PORTUGUESE%20Light.pdf>
- E-COMMERCEORG. (s.d.). *Representatividade do e-commerce na economia*. Acesso em 15 de janeiro de 2018, disponível em <https://www.e-commerce.org.br/representatividade-do-e-commerce-na-economia/>
- Economic Cycle Research Institute. (30 de outubro de 2017). *U.S. Economy Grew at a 3% Rate*. Acesso em 6 de junho de 2018, disponível em The Washington Post: <https://www.businesscycle.com/ecri-news-events/news-details/economic-cycle-research-ecri-lakshman-achuthan-business-cycle-u-s-economy-grew-at-a-3-percent-rate-a-win-for-trump>
- Economides, N. (2 de abril de 2001). *The Microsoft Antitrust Case*. Acesso em 2018 de 6 de 1, disponível em https://www.stern.nyu.edu/networks/Microsoft_Antitrust.final.pdf
- Edgar, S. J. Essential facilities in the EU: Bronner and beyond. *Columbia Journal of European Law*, 10, 29.
- Escola Superior Agrária de Bragança*. (s.d.). Acesso em 20 de junho de 2018, disponível em Informática: http://esa.ipb.pt/~sergiod/sebenta_capitulo1.pdf
- European Commission. Directorate-General Communication. (2013). *Relatório geral sobre a actividade da União Europeia 2012*. Publications Office.
- European Union. (28 de maio de 1998). *OPINION OF MR JACOBS — CASE C-7/97*. Acesso em 14 de maio de 2018, disponível em CURIA: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-7/97>
- Eurostat. (maio de 2018). *Estatísticas da economia e da sociedade digital - agregados familiares e indivíduos*. Acesso em 16 de junho de 2018, disponível em Statistic Explained: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals/pt#Encomenda_ou_compra_de_bens_e_servi.C3.A7os
- Faculdade de Economia da Universidade de Porto. (s.d.). *Monopólio*. Acesso em 10 de junho de 2018, disponível em Material de apoio: https://www.fep.up.pt/docentes/tina/Microeconomia2/micro2_apoiotp33.pdf
- FIANI, R. (1998). *Teoria da regulação econômica: estado atual e perspectivas futuras*. Rio de Janeiro: UFRJ.
- Figueiredo, L. V. (2011). *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense.
- Fletcher, O. (17 de setembro de 2009). *Young Chinese Strike Gold in E-commerce*. Acesso em 25 de maio de 2018, disponível em Pc World From IDG: <https://www.pcworld.com/article/172141/article.html>
- Freire, P. V. (2008). *A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência* (Vol. 49). Lisboa: in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- Freire, P. V. (2008). *A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência*. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. vol. 49, n°1-2.

- Frost, G. E. (1946). *Legal Incidents of Non-Use of Patented Inventions Reconsidered* (Vol. 12).
- Geradin, D. (2005). *Limiting the scope of article of the EC treaty : What can the EU learn from the U.S Supreme Court Judgment in Trinko in the wake Microsoft , IMS, and Deutsche Telekom ?*, *Common Market Law Review* .
- Gervais, D. *Identificação de lãs obras utilizadas em sistemas digitais, in Num Novo Mundo do Direito de Autor?*
- GIL, A. C. (2008). *Métodos e técnicas de pesquisa social* (6 ed.). São Paulo: Atlas.
- Goldstein, P. (1989). *Computer-Assisted and Computer-Generates Works (final Remarks)*, in *L'informatique et le droid d'auteur*, ALAI, Cowansville. Yvon Blais.
- Goodman, P. S. (21 de fevereiro de 2010). *Despite signs of recovery, Chronic Joblessness Rises*. Acesso em 18 de março de 2018, disponível em New York Times: <https://www.nytimes.com/2010/02/21/business/economy/21unemployed.html>
- Gorjão-Henriques, M. (2010). *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência* (6° ed.). Coimbra: Almedina.
- Gorjão-Henriques, M. (s.d.). *Práticas Restritivas. Associação de Estudos Europeus de Coimbra* . Coimbra.
- Graef, I. (2011). *Tailoring the essential facilities doctrine to the IT Sector: compulsory licensing of intellectual property rights after Microsoft*. Cambridge .
- Hayek, F. (1979). *Law, legislation and liberty. The political order of free people, the university Chicago Press* , 3.
- Hayek, F. (1979). *Law, legislation and liberty* (Vol. 3). Chicago: The University Chicago Press.
- Hicks, J. (1939). *The Foundations of Welfare Economic*:. *The Economic Journal. Economic Journal* , Vol. 49, (N° 196.).
- HiPartnes Capital & Work. (2017). *Precificação Dinâmica*. Acesso em 10 de junho de 2018, disponível em Precifica Preço Inteligente: <http://www.precifica.com.br/solucoes/e-commerce/precificacao-dinamica/>
- HOOKS, J., PATERSON, D., & PITOFISKY, R. (2002). *The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law. Antitrust Law Journa* , Vol. 70, 443-462.
- HOVENKAMP. (2005). *Federal Antitrust Policy. Iowa: Thomson West* (3).
- Hovenkamp, H. (1994). *FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND PRACTICE* - § 7.7.
- IGAC. (s.d.). *Inspeção geral das atividades culturais*. Acesso em 2018 de fevereiro de 2018, disponível em <https://www.igac.gov.pt/registo-da-propriedade-intelectual>
- Ingels, J. (2009). *Ornamental Horticulture: Science, Operations, & Management. [S.l.]*: Cengage Learning .
- International Centre for Trade and Sustainable Development*. (s.d.). Acesso em 2 de janeiro de 2018, disponível em *Uso do e-commerce para elevar a competitividade das mpmes*: <https://pt.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/uso-do-e-commerce-para-elevar-a-competitividade-das-mpmes>
- Investopedia. (2018). *What is 'Rate Of Return Regulation'*. Acesso em 20 de junho de 2018, disponível em *Rate Of Return Regulation*: <https://www.investopedia.com/terms/r/rate-of-return-regulation.asp#ixzz5K4Evfm5V>
- Iteanu, O. (1996). *Internet et le droit: aspects juridiques du commerce électronique*. France: Eyrolles.

- Jones, A., & Sufrin, B. (28 de maio de 1998). *Conclusões do Advogado Geral F. G. Jacobs*. Acesso em 20 de abril de 2018, disponível em EURLEX: <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CC0007&from=PT>
- Jorge Pereira Solnado Tavares da Cruz, R. (2010). Lista de abreviaturas do TRIPs.
- JOTA. (s.d.). *Essential facility doctrine*. Acesso em 23 de fevereiro de 2018, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/doutrina-antitruste/essential-facility-doctrine-17022017>
- JÚNIOR, J. B. (2001). *A desmaterialização e a circulação do crédito hoje*. Acesso em 16 de fevereiro de 2018, disponível em Aspectos jurídicos: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2193>
- Junqueiro, R. B. (2012). *Abusos de Posição Dominante*. Coimbra: Almedina.
- JUSTIA US SUPREME COURT. (1912). *United States v. Terminal Railroad ass'n*. Acesso em 16 de novembro de 2017, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/224/383/case>.
- Kallaugher, J. (2013). *Direito da Propriedade Intelectual e da Concorrência - Novas Fronteiras*. Oxford: University Press.
- Kallay, D. (2004). *The law and Economics of Antitrust and Intellectual Property – An Austrian Approach*, Edward Elgar, Uk. Austria: Edward Elgar.
- Karavdic, M. (2006). *E-commerce and Export Performance*. New York: Cambria Press.
- Kramler, T. (2016). The European Commission's E-commerce Sector Inquiry. *Journal of European Competition Law & Practice* .
- KUBRUSLY, C. T. *Análise da recusa de licenciar no âmbito do direito antitruste: Direito concorrencial e regulação econômica*.
- LAKATOS, E. M., & MARCONI. (2007). *Fundamentos de metodologia científica* (6 ed.). São Paulo: Atlas.
- LEAGLE. (s.d.). *Alaska airlines, inc. v. united airlines, inc. nos. 90-55162, 90-55163*. Acesso em 11 de março de 2018, disponível em <https://www.leagle.com/decision/19911484948f2d53611405>
- Lévêque, F. (2005). “*Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft case*”, *Forthcoming in World Competition*.
- LÉVÊQUE, F., & MÉNIÈRE, Y. (2004). *The Economics of Patents and Copyright*. Paris: The Berkeley Electronic Press.
- LIMA, J. A. (14 de fevereiro de 2018). *Propriedade intelectual: Registro de softwares*. Acesso em 13 de março de 2018, disponível em <https://jooademar.wordpress.com/registro-de-software/>
- Lipsky, A. B., & Sidak, J. G. (1998-1999). *Essential Facilities* (Vol. 51 vol.).
- M., A. F. (2009). *Propriedade Intelectual Proteção Internacional*. Fonte: Faculdade de Direito da FSU: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2080214
- M., L., N., P., & G., P. (2005). *Principi e Metodologie di Auditing*. Milano: Egea.
- M., S. (2012). 'Recusa de licença sob Lei da Concorrência da União Europeia após Microsoft '. *Jornal de Direito Empresarial Internacional* , 11 (1), 77-78.
- Magalhães, A. (agosto de 1949). Abuso do Poder Econômico. *Revista forense* , pp. 601-605.
- MANSFIELD, E. (1986). *Patens and Innovation: An empirical study*. Management Science.
- Marcondes, L. (4 de 12 de 2014). *COMO EVITAR CONCORRÊNCIA ENTRE AS LOJAS FÍSICAS E VIRTUAIS DA MESMA REDE?* Acesso em 19 de fevereiro de 2018, disponível

- em Mapa das Franquias: <http://www.mapadasfranquias.com.br/noticia/como-evitar-concorrenca-entre-as-lojas-fisicas-e-virtuais-da-mesma-rede>
- Marques, A., & Antunes, M. (2006). *Economia da União Europeia*. Coimbra: Almedina.
- Martins, C. (s.d.). *A problemática do acesso à infra-estrutura essencial no contexto do direito da concorrência*. Acesso em 16 de junho de 2018, disponível em Os remédios: Escola de Direito do Porto: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18916/1/A%20problemática%20do%20acesso%20à%20infra%20estrutura%20essencial%20no%20contexto%20do%20direito%20da%20concorrença%20.pdf>
- MARZOCHI, M. D. (31 de julho de 2001). Internet e Direito Autoral. *Revista Jurídica Consulex*, 50-56.
- Maurits Dolmans, R. (2007). *O'Donoghue e Paul Jonh Loewenthal, Are article and Intellectual Property Interoperable?*, *Competition Policy International* (Vol. 3).
- Mazziot, G. (2005). *Did Apple's refusal to license proprietary information enabling interoperability with its iPod music player constitute an abuse under Article 82 of the EC Treaty?*
- MELAMED, D. A., & RUBINFELD, D. L. (2007). *U.S. v. Microsoft: Lessons Learned and Issues Raised*. Chicado: Foundation Press.
- Miana Lima. (2014). *Dúvida metódica*. Fonte: <https://www.dicionarioinformal.com.br/d%C3%BAvida%20met%C3%B3dica/>
- Millé, A. *Uso de obras por la informática: Novo Mundo do Direito de Autor?* .
- Mises, L. v. (1996). *Human Action. A Treatise on Economics, Yale University Press* .
- Monteiro, L. P. (2010). *A Recusa em Licenciarm Direitos de Propriedade Intelectual no Direito da Concorrência*. Coimbra: Almedina.
- Nações Unidas do Brasil. (2017). *Protecionismo não é solução para problemas da globalização, defende ONU | ONU Brasil*. Fonte: 22 de dez: <https://nacoesunidas.org/protecionismo-nao-e-solucao-para-problemas-da-globalizacao-defende-onu/>
- Nunes, P. (Ed.). (1 de maio de 2005). *Knook*. Fonte: Teorema de Coase: <http://knook.net/cienciaeconempr/economia/teorema-de-coase/>
- O'Donoghue, R., Dolmans, M., & Loewenthal, P.-J. (2007). *Are article 82 EC and Intellectual Property Interoperable?* . Acesso em 16 de outubro de 2010, disponível em The State of the Law Pending the Judgment in Microsoft v. Commission. *Competition Policy International*. Vol. 3, N. 1, . P. 138.: <https://ssrn.com/abstract=987331>.
- OECD. (maio/novembro de 1996). *Competition Abuse*. Acesso em fevereiro de 21 de 2018, disponível em The Essential Facilities Concept. *Competition Law*: <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf>
- OECD. (maio/novembro de 1996). *The Essential Facilities Concept. Competition Law, [S.L.]*. Acesso em 4 de fevereiro de 2018, disponível em <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf>
- OLIVEIRA, R. C. (2014). *Curso de Direito Administrativo* (2 ed.). São Paulo: Método.
- OLIVEIRA, R. C. (2014). *Curso de Direito Administrativo* (2 ed.). São Paulo: Método.
- OLSON, M. (1965). *The Logic of Colletive Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Harvard University Press.
- Ortiz, A. A. (2012). Old Lessons Die Hard: Why the essential facilities doctrine provides courts the ability to effectuate competitive balance in high technology markets. *Journal of High Technology Law* .
- Pais, S. O. (2011). *Entre inovação e concorrência*. Lisboa: Universidade Católica .

- Pais, S. O. (2011). *Entre Inovação e Concorrência*. Lisboa: Universidade Católica .
- Paiva, M. A. (2003). *Primeiras linhas em Direito Eletrónico*. Acesso em 17 de 6 de 2018, disponível em Universitat de València: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num12/art%2012/Primeiras%20linhas%20em%20Direito%20Eletronico.htm
- Parmiggiani, F. (1999). *Il lento Processo di Liberalizzazione della Telefonia in Italia (Contratto e Imprensa)* (Vol. 1).
- PAVITT, K. (1984). *Sectoral patterns of technical change: towards a theory and a taxonomy*. *Research Policy* (Vol. 13).
- Pereira, A. L. (2002). A globalização, a OMC e o Comércio Eletrónico. *Boletim da Universidade de Coimbra* , 151.
- Pereira, A. L. (2004). Direito da Sociedade da Informação. Associação Portuguesa do Direito Intelectual: Música e eletrônica: ‘Sound Sampling’ Obras de computador e direitos de autor na Internet. Separata do Volume V. *Boletim da Faculdade de Direito* , 311-327.
- Pereira, A. L. (2009). Direitos de Autor e Liberdade de Informação. *Boletim da Faculdade de Direito* , 237-259.
- Pereira, A. L. (2009). Inovação Tecnológica, Propriedade Intelectual e defesa da concorrência no mercado do Software. *Boletim da Faculdade de Direito* , p. 237–259.
- PEREIRA, A. L. (2002). PROPRIEDADE INTELECTUAL, CONCORRÊNCIA DESLEAL. *Boletim da Universidade de Coimbra* , 37.
- Pereira, A. L. (2009). VOL. LXXXV (SEPARATA). *Boletim da Faculdade de Direito* , 237-240.
- Pimentel, L. O., & Barral, W. *Direito de propriedade intelectual e Desenvolvimento, in Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*.
- POSNER, R. (1992). *The Economic Theory of Property Rights: Static and Dynamics Aspects* (4 ed.). Toronto.
- QueConceito*. (s.d.). Acesso em 20 de junho de 2018, disponível em Conceito de transferência: <http://queconceito.com.br/transferencia>
- Rebello, L. F. (2002). *Código do Direito do Autor e dos Direitos Conexos Anotado (seguido de legislação complementar, convenções Internacionais e Diretivas Comunitárias) revista e atualizada*, (3 ed.). Lisboa: âncora.
- Representatividade do e-commerce na economia*. (s.d.). Acesso em 07 de março de 2018, disponível em E-commerceorg: <https://www.e-commerce.org.br/representatividade-do-e-commerce-na-economia/>
- Ribeiro, F., Neto, L., & Perlingeiro, R. (. (2012). *A informação jurídica na era digital*. Edições Afrontamento.
- Ridyard. (2004). “*Compulsory Access Under EC Competition Law - A New Doctrine of Convenient Facilities and the Case for Price Regulation, E.C.LR.,.*
- Rifkin, J. (2014). *A terceira revolução industrial: como a nova era da informação mudou a energia, a economia e o mundo*. Lisboa: Bertrand.
- Ritter, C. (2005). “*Refusal to deal and essential facilities: does intellectual property require special deference compared to tangible property?*” (Vol. 28).
- Román, F. C. (1988). Propriedad Intelectual . *Su significado em la sociedad de la información* .
- Sacker, F. J. (2008). Legal foundations of competition law; The relationship between competition law and intangible property law. *Competition Law: European Community Practice and Procedure* , pp. 5, 35, 50, 51.
- SALOMÃO FILHO, C. (2007). *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros.

- SANTOS, D. C. (junho de 2014). *O abuso de posição dominante*. (Faculdade de economia da universidade de Coimbra) Acesso em maio de 16 de 2018, disponível em https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/27515/1/tp_dora_santos.pdf
- Santos, M. J., & Delapieve, M. (2000). Aspectos legais do e-commerce: Contratos de Adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, 36, 105.
- Schilling, M. A. (2015). *Para Eficiência Dinâmica: Inovação e suas implicações para o antitruste* (Vol. 60). The Antitrust Bulletin.
- SCHMALENSSEE, R. (2004). *Sunk Costs and Antitrust Barriers to Entry* (Vol. 94). American Economic Review.
- SCHUMPETER, J. A., & Tradução de: Possas, M. S. (1997). *Theorie der Wirtschaftlichen Entwicklung (Teoria do Desenvolvimento Econômico: Uma Investigação Sobre Lucros)*. São Paulo: Editora Nova Cultural.
- Silva, M. M. (2008). *Direito da Concorrência*. Coimbra: Almedina.
- Silva, M. M. (2010). *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*. Coimbra: Almedina.
- Simon, R., & Faria, T. C. (24 de julho de 2015). *Fala Doutor: Túlio Chiarini - Transferência Internacional de Tecnologia*. UNIVESP. Acesso em 3 de junho de 2018, disponível em https://www.youtube.com/watch?v=87T1zeLUqs0&feature=player_embedded
- Sousa, M. d. (s.d.). *A recusa de partilha de infraestrutura como infracção regulatória*. Fonte: <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/41806/1/maria%20do%20céu%20sousa.pdf>
- Sousa, M. d. (abril de 2018). *A recusa de partilha de infraestrutura como infracção regulatória*. Acesso em 17 de março de 2018, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/41806/1/maria%20do%20céu%20sousa.pdf>
- STIGLER, G. (1971). The theory of economics regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, 3-21.
- Stiglitz, J. (1999). Knowledge as a global Public Good. (I. Kaul, I. Grunberg, & M. A. Stem, Eds.) *Global Public Goods - International Cooperation in the 21 st Century*, p. 309.
- Summers, L. H. (2001). Competition Policy in the New economy. *Antitrust L.J.*, 69 (1), p. 353.
- T., K. A., & Dreier. (2013). *Texto do Direito Europeu da Propriedade Intelectual, Casos e Materiais*. Edward Elgar Publishing.
- Terminal Railroad Association of St. Louis. (s.d.). *Trra history*. Acesso em 28 de fevereiro de 2018, disponível em <http://www.terminalrailroad.com/about/trrahistory.aspx>
- TORGAL, L. &, & Oliveira, J. (2012). *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Coimbra.
- Tribunal Geral da União Europeia. (fevereiro de 2011). *Tribunal Geral*. Acesso em 21 de março de 2018, disponível em https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-05/tribunal_pt.pdf
- Tse, T., & Soufani, K. (2003). Business Strategies for Small Firms in the New Economy. *Journal of Small Business and Enterprise Development*, 10, 306-320.
- VANNINI, C. (s.d.). *"O caso da Microsoft: lei de concorrência apreendida pela política"*, *European Issues No. 80*,. Acesso em 27 de fevereiro de 2018, disponível em Fundação

- Robert SCHUMAN: http://www.robert-schuman.eu/question_europe.php? num = qe-80 #ancre_11
- Varella, M. D., & Marinho, M. E. (s.d.). *A propriedade intelectual na OMC*. Acesso em 20 de abril de 2018, disponível em Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB Brasília: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22168-22169-1-PB.pdf>
- Varella, M. D., & Marinho, M. E. (dezembro de 2000). *A propriedade intelectual na OMC*. Fonte: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22168-22169-1-PB.pdf>
- Versão consolidada do trabalho sobre funcionamento da União Europeia*. (s.d.). Acesso em 1 de março de 2018, disponível em Jornal Oficial da União Europeia: http://www.concorrenca.pt/vpt/a_adc/legislacao/documents/europeia/tratado_funcionamento_u_e.pdf
- Vezzoso, S. (2006). The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A Pro-Innovation ‘Economics-Based’ Approach . *European Competition Law Review* , 27, 8.
- Vinje, T. (1995). *The final word in Magill*.
- VISCUSI, W., VERNON, J., & e HARRINGTON, J. (1995). Economics of Regulation and Antitrust. 2, 351-358.
- Williamson, O. (1985). *The economic institutions of capitalism*. Nova York: The Free Press.
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. (s.d.). Fonte: www.wipo.int
- ZANINI, L. E. (2010). *O Estatuto da Rainha Ana: estudos em comemoração a 300 anos da primeira lei de copyright* (Vols. 22, n. 9). Brasília: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.
- Zeller, T. J. (30 de dezembro de 2010). *Utilities Seek Fresh Talent for Smart Grids*. Acesso em março de 18 de 2018, disponível em New York Time Green: <https://www.nytimes.com/2010/12/30/business/energy-environment/30utility.html>
- ZILBER, S. (2002). Fatores críticos para o desenho e implantação de e -business por empresas tradicionais. São Paulo, São Paulo, Brasil.

Regulamento, Jurisprudência, Decisões da Comissão Europeia e Acórdãos dos Tribunais da União

1972

Decisão da Comissão Europeia, de 9.12.1971, Continental Can Company, J.O. L7, de 8.1.1972, p. 25 - 35.

1973

Acórdão Do Tribunal De Justiça, 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities, Processo 6/72.

1975

Acórdão do TJ de 17/12/75, United Brands /Comissão, Proc. 27/76, para. 250-252.

1978

Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 United Brands/Comissão, Processo 27/76.

1979

Acórdão Hoffmann-La Roche, processo 85/76 do Tribunal de Justiça em 13 de Fevereiro de 1979.

1982

Case 262/81 Coditel SA, Compagnie generale pour la diffusion de la television, and others v Cine-Vog Films SA and others (*Coditel*), [1982] ECR 03381, para 13.

1991

Acórdão do TJ de 3/07/91, AKZO Chemie/Comissão, Processo C-62/86.

Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc., 948 F.2d 536, 538 - 9th Cir. 1991.

Processos apensos C-241/91 P, Magill, nota 39 supra, parágrafo 49.

Acórdão do Tribunal de 21 de Novembro de 1991. Colectânea de Jurisprudência. Processo C-354/90, *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires e outros/França*.

Processo T-70/89, British Broadcasting Corporation e BBC Enterprises Ltd/Comissão das Comunidades Europeias, Col. 1991, p. II-00535, ponto 58.

1993

Acórdão do TJ de 21 de Dezembro de 1993, Sealink, Processo IV/34.689, JO L 15/8 de 18.1.94.

Decisão da Comissão Europeia do dia 21 de dezembro de 1993 (Sea Container/ Sealink), Processo 94/19/CE.

1994

Acórdão do TJ de 2.03.1994, Hilti/Comissão, Processo C-53/92.

1995

Judgment of the Court of 6 April 1995. - Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Magill, RDI, 1995.

Acórdão de 6.4.1995, Processos Apensos C-241/91 P E C-242/91 P

Judgment of the Court of 6 April 1995. - Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities.

Acórdão do Tribunal de 6 de Abril de 1995. Colectânea de Jurisprudência. C-241/91 P RTE v. Commission, Radio TelefisEireann v Commission of the European Communities

(*Magill*), [1995] ECR I-00743, par. 49.

1997

Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência JO C 372 de 9.12.1997.

1998

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26.11.1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG, Processo C-7/97.

Conclusões do advogado-geral Jacobs apresentadas em 28 de Maio de 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs, Processo C-7/97.

Acórdãos de 5 de Outubro de 1998, Volvo, 238/87, Colect., p. 6211, n.º 8, e *Magill*.

Caso 238/87, AB Volvo vs. Erik Veng. 1988. ECR 6211

1999

Acórdão de 16. 12. 1999, Processo T-198/98.

2002

Regulamento (Ce) N.O 1/2003 Do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado.

Acórdão Do Tribunal De Justiça, 27 de março de 2012, processo C-209/10.

Regulamento (Ce) N.O 1/2003 Do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado.

2003

Acórdão Do Tribunal De Primeira Instância (Terceira Secção), 19 de Março de 2003, Processo T-213/00.

Acórdão 23 October 2003. *Van den Bergh Foods Ltd v Comission of the European Communities*. Caso T-65/98.

Decisão da Comissão Europeia de 2.10.2003. IMS Health/NDC Health, Proc. C-418/01, P. 215. Processo C-418/01

2004

Acórdão de 27.02.2004. GmbH & Co. KG. Processo C-418/01. JO 2004/ C101/02.

Acórdão do TJ de 29.04.04, British Sugar/Comissão, Processo C-359/01-P

Comissão Europeia, Orientações relativas à aplicação do artigo 81 do tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia, Comunicação da Comissão. JO 2004/ C101/02, 27.02.2004.

Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 124 S. Ct. 872 (2004).

Decisão da CE de 24.3.2004, Microsoft, Processo. COMP/C-3/37.792.

Despacho de 22. 12. 2004 - Processo T-201/04 R

Decisão da Comissão. 24.3.2004 , Microsoft/ W2000 Case, COMP/37.792.

Judgment Of The General Court. 12.6.2014. Intel Corp., Processo T-286/09.

2006

Jornal Oficial da União Europeia L 32/23, Decisão Da Comissão de 24 de Maio de 2006 relativa a um processo nos termos do artigo 82.o do Tratado CE e do artigo 54.o do Acordo EEE contra a Microsoft Corporation (Processo COMP/C-3/37.792 — Microsoft).

Decisão da Comissão, de 24 de Maio de 2006, relativa a um processo nos termos do artigo 82.º [CE] e do artigo 54.º do Acordo EEE contra a Microsoft Corporation (Processo Decisão do caso Microsoft, 4 C.M.L.R. 965, § 3.

2007

Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Microsoft Corp v. Comissão, Processo nº T-201/04, Col.-207.

Microsoft, 2007 E.C.R. 11-3601, 207-42.

COMP/C-3/37.792 – Microsoft), JO 2007, L 32, p. 23

2009

Caso Rambus. Cf. Decisão da Comissão, de 9/12/2009, Proc. COMP/38.636

2011

Caso Tele2 Polska. Acórdão do Tribunal de Justiça da U.E. 03.05.2011. Toshiba e o. c. Comissão. Processo C-375/09. Coletânea 2011 I-03055.

2012

Microsoft/Comissão, 27.6.2012. T-201/04, 17.9.2007, e T-167/08.

Conclusões Do Advogado-Geral Niilo Jääskinen apresentadas em 26 de abril de 2012, Processo C-138/11 Compass-Datenbank GmbH v. Republik Österreich.

2016

Conclusões do Advogado Geral Yves Bot, apresentadas em 8.9.2016. Processo C-339/15.

Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, C/2016/2946. JO C 262 de 19.7.2016