



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

LAYSSA ARAÚJO PINTO

**A UTILIZAÇÃO ABUSIVA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO REGISTRO
DE SOFTWARE: UM ESTUDO DE CASO DA EMPRESA MICROSOFT**

UBERLÂNDIA - MG

2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

LAYSSA ARAÚJO PINTO

**A UTILIZAÇÃO ABUSIVA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO REGISTRO
DE SOFTWARE: UM ESTUDO DE CASO DA EMPRESA MICROSOFT**

**Monografia de conclusão de curso
apresentada no Curso de graduação em
Direito, como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito. Professor
Orientador: Dr. Almir Garcia Fernandes.**

UBERLÂNDIA - MG

2022

LAYSSA ARAÚJO PINTO

**A UTILIZAÇÃO ABUSIVA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO REGISTRO
DE SOFTWARE: UM ESTUDO DE CASO DA EMPRESA MICROSOFT**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Profº Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Professor Doutor Almir Garcia Fernandes. (Orientador)

Professor Doutor Thiago Gonçalves Paluma Rocha (Membro da Banca)

Mestre Larissa Campos Sousa (Membro da Banca)

AGRADECIMENTOS

A elaboração do presente trabalho de conclusão de curso, não poderia ter se concretizado sem o apoio dos meus pais e irmão, Paulo Sérgio, Maria Lucinês e Yago, que sempre apoiaram as minhas escolhas e me ajudaram a trilhar o longo caminho da minha formação acadêmica.

Ao meu namorado, Pedro, que se faz presente na minha vida acadêmica e me deu o apoio necessário nos momentos mais desafiantes da escrita e pesquisa científica.

Aos meus amigos, que sempre estiveram ao meu lado durante a minha graduação, nos momentos de estudos, eventos acadêmicos, confraternizações, em especial Gabriela, Fernanda e Laura que pude compartilhar grande parte da vida universitária ao lado delas.

A Universidade Federal de Uberlândia (UFU) por todas as oportunidades, projetos de extensão, atividades complementares, mentorias e pela qualidade das aulas oferecidas na academia.

Por fim, ao meu orientador, Professor Doutor Almir, por todo ensinamento, pelas correções necessárias para a finalização do presente trabalho, dedicação e auxílio na minha trajetória acadêmica.

RESUMO

Justificar o direito à propriedade de objetos físicos é um grande desafio. Ao observar a propriedade de ativos intelectuais como patentes, propriedades industriais, copyright e segredos industriais se torna ainda mais complexo, em virtude de serem advindas do intelecto. Nesse sentido, o presente trabalho se propôs a analisar a empresa Microsoft® em relação a possíveis abusos do direito de propriedade intelectual. Ao longo do estudo foram constatadas práticas anticoncorrenciais por parte da empresa de tecnologia, cometidos em diversos países de maneira semelhante. Chegou-se a esta conclusão que a empresa Microsoft® não comete abuso do direito de propriedade intelectual, mas sim utiliza de sua grande influência e posição econômica para prejudicar sua concorrência pautada na legalidade. Dessa maneira observamos que a solução não se encontra na punição da empresa que abusa do sistema vigente, mas sim a mudança na própria legislação pertinente ao programa de computador que é permissiva a tais abusos.

Palavras-chave: Abuso de propriedade intelectual; Concorrência desleal de software; Propriedade intelectual; Justificativa à propriedade intelectual

ABSTRACT

Justifying the right to ownership of physical objects is already a challenge, in this sense the ownership of intellectual objects such as patents, industrial properties, copyrights and industrial secrets becomes even more complex, due to the fact that they are applications of abstract ideas. In this sense, the present work proposes to analyze the company Microsoft® in relation to possible abuses of intellectual property rights. Throughout the study we found a number of unfair competition practices by the tech company, committed in different countries in a similar way. We came to the conclusion that Microsoft® does not abuse intellectual property rights, but uses its great influence and economic position to undermine its competition on legal grounds. Thus, we found that the probable solution is not to punish the company that abuses the current system, but to change the computer program legislation that allows such abuses.

Keywords: Intellectual property abuse; Unfair competition in software; Intellectual property; Intellectual property justification

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - ENIAC Computador da 1º Geração.....	11
Figura 2 - Computador da 2º geração com transmissores.....	12
Figura 3 - Computador da 3º geração com circuitos integrados.....	12
Figura 04 - Computador da 4º geração.....	12

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. CAPÍTULO 1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO SOFTWARE.....	10
1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS LEGISLAÇÕES PERTINENTES AO SOFTWARE.....	14
1.2. REGISTRO DO PROGRAMA DE COMPUTADOR NO BRASIL.....	15
2. CAPÍTULO 2 – DIREITOS HUMANOS COMO FORMA DE DESENVOLVIMENTO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DO SOFTWARE.....	19
2.1. DIREITOS HUMANOS E PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	19
2.2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	20
2.3. A LEI DE SOFTWARE E O PARADOXO DA INOVAÇÃO.....	24
2.4. O AMPLO USO DO SOFTWARE DA MICROSOFT ® E NEGLIGÊNCIA AO DIREITO DE ESCOLHA DO CONSUMIDOR.....	25
3. CAPÍTULO 3 - ABUSO ECONÔMICO E CONCORRÊNCIA DESLEAL NA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	29
3.1. ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO CONCORRENCIAL NO BRASIL, ESTADOS UNIDOS E UNIÃO EUROPEIA	29
3.2. CONCORRÊNCIA DESLEAL E ABUSO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	34
3.3. ESTUDO DE CASO MICROSOFT ®.....	36
3.4. SOFTWARE LIVRE EM CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	40
4. CAPÍTULO 4 - PERMISSIVIDADES DA LEIS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	43
4.1. PROPOSTAS DE MUDANÇAS NA LEI DE SOFTWARE.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

O estudo da propriedade intelectual é bastante abrangente, envolvendo conhecimentos desde obras artísticas, fonográficas, musicais, propriedade industrial, cultivares e softwares. Considerando a vastidão de cada um desses objetos de estudo, esse trabalho se voltará apenas para os direitos relativos aos programas de computador.

Além disso, também será feito um estudo de caso, relativo à utilização abusiva provocada pela empresa Microsoft® após o efetivo registro dos seus programas de computador, nos institutos de propriedade intelectual dos países pertencentes à Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), especificamente no Brasil, União Europeia e Estados Unidos..

A empresa escolhida para a análise deste trabalho, foi selecionada a partir do critério de que já foi acusada e condenada de tais abusos no passado várias vezes sob a legislação estrangeira que versa sobre a propriedade intelectual (UNIÃO EUROPEIA. 2007).

O abuso de propriedade intelectual de software, por meio de licenciamentos sistematicamente pautados na má fé, acarreta em diversos problemas socioeconômicos, inclusive está previsto como atividade ilícita no art. 187 do Código Civil Brasileiro.

No caso em tela, faz-se necessária a checagem de possíveis abusos de propriedade intelectual advindos da empresa Microsoft® referindo-se aos seus softwares, visto que ambos são amplamente utilizados em empresas no Brasil, sejam elas públicas ou privadas (FONSECA, M. 2019).

O Programa de computador, ou software, consiste em um conjunto específico de instruções eletrônicas que determina as tarefas que o computador deve executar (NORTON, P. 1996).

O software possui grande relevância na dinâmica do funcionamento da sociedade na contemporaneidade, em razão de disseminar a informação aos seus usuários ao mesmo tempo em que transforma os dados pessoais de modo a facilitar o dia a dia do usuário, como por exemplo, o uso de assistentes digitais pessoais por meio de computadores, celulares dentre outros dispositivos eletrônicos (PRESSMAN, S. 2011).

Para a melhor compreensão do seu vasto uso, se faz necessário uma breve discussão acerca da evolução histórica do programa de computador, a fim de auxiliar na melhor compreensão do desenvolvimento do software até os dias atuais.

Será utilizado como método de pesquisa o indutivo, a saber, aquele destinado a verificar constatações particulares e, possibilitar, que se produzam generalizações sobre o

tema, além do método dedutivo, na tentativa de se fazer das regras gerais, a solução para casos específicos. Serão consideradas informações retiradas de jurisprudências, artigos científicos, legislação brasileira e estrangeira (Européia e Norte-Americana) e livros. A pesquisa bibliográfica irá se ater à análise de artigos científicos e livros publicados nos últimos 10 anos, visando manter a relevância da discussão a qual o trabalho se propõe a fazer. As bases de dados que serão utilizadas são o JSTOR, Science Direct, Scielo, Revista dos Tribunais, Jusbrasil, sites e blogs de notícia.

Os processos metodológicos a serem utilizados serão o estudo dogmático jurídico, visto a impossibilidade de um estudo profundo sem que se recorra à lei, à doutrina ou à jurisprudência neste sentido; o estudo de casos, especialmente sobre software e os possíveis abusos de sua propriedade intelectual, será realizado comparando as jurisprudências brasileiras e estrangeiras, analisando a aplicação do direito e as consequências jurídicas e sócio-econômicas ao mesmo tempo em que irão se relacionar ao casos concretos e históricos vigentes nas relações globais.

CAPÍTULO 1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO SOFTWARE

Para uma discussão efetiva das legislações vigentes acerca da propriedade intelectual do registro e uso do software, bem como os possíveis abusos de tais registros, se faz necessária a contextualização histórica a respeito dos computadores, dos softwares e das legislações pertinentes no Brasil e no mundo.

O primeiro programa de computador foi desenvolvido por Ada Lovelace, matemática e escritora inglesa, em 1843, ano que publicou um trabalho com a finalidade de calcular os números de Bernoulli, por meio da máquina analítica de Charles Babbage, sendo considerada a primeira programadora de computadores (FUEGI, J. e FRANCIS, J.2003).

Inicialmente os softwares eram desenvolvidos para serem utilizados como um acessório adicional dos computadores, que possuíam em si mesmos, finalidades específicas, como a própria máquina analítica de Charles Babbage que era utilizada para cálculos logarítmicos (BROMLEY, G. 1982). Com a evolução dos computadores os softwares também se tornaram mais sofisticados e pouco a pouco, os próprios computadores se tornaram indissociáveis dos softwares que os acompanhavam, até que, atualmente, sem um sistema operacional é impossível de se utilizar um computador moderno. Como argumenta André Bertrand (1996, p.15):

Hoje o software é para a informática o que a fita de vídeo é para o aparelho de videocassete. Não é mais um acessório: é o ‘alimento’ e ao mesmo tempo o ‘motor’ da máquina. É o elemento que determina as funções da máquina e que permite assim satisfazer ou não as necessidades de seu usuário. O usuário escolhe os programas em razão de suas funcionalidades e esta escolha vai muitas vezes ditar também a do equipamento no momento em que o programa selecionado só tiver a capacidade de rodar em uma plataforma específica. A existência e a qualidade dos programas se tornaram elementos essenciais do mercado da informática.

Para os fins deste trabalho as análises a seguir irão considerar os softwares como parte indispensável ao funcionamento dos computadores modernos e suas legislações pertinentes como fundamentais para a efetivação dos direitos do autor e dos usuários dos programas de computadores no âmbito internacional e nacional.

Os primeiros computadores digitais (dependentes de software e sistema operacional) podem ser chamados de computadores de primeira geração (1951 - 1959), eles possuíam uso restrito, ocupavam comparativamente grandes espaços e consumiam elevadas quantias de energia elétrica durante seu funcionamento. Temos como exemplo mais proeminente o ENIAC (Eletronic Numerical Integrator and Computer), considerado hoje o primeiro computador eletrônico e digital, criado com o propósito de auxiliar em pesquisas militares do exército estadunidense (BARTIK, J.2013).

Cerca de 10 anos depois surgem os computadores de segunda geração (1959 - 1965), funcionavam por transístores e um sistema operacional mais próximo dos computadores modernos. Possuíam o dobro da capacidade computacional e apenas 10% do tamanho dos computadores de primeira geração. Sua utilização era mais ampla e comercial. (CHARLES, S e MORLEY, D. 2004).

Os computadores de terceira geração (1965 - 1975) funcionavam por circuitos integrados (chips), eram comparativamente menores do que os modelos anteriores e bem mais potentes. Nesse momento se deu início ao uso de computadores de uso pessoal, apesar de restritos às mais altas classes sociais (ROSIN, F. 1969).

A partir de 1975 até os dias atuais são utilizados computadores considerados de quarta geração, com maior capacidade de processamento de dados e mais acessíveis que seus antecessores encontraram utilização generalizada por parte da população, estando em posse de praticamente todos os brasileiros na forma de telefones celulares, laptops, desktops, smart TVs entre outros (BURLEY, G.1983)

Figura 1 - ENIAC Computador da 1º Geração



Fonte: Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/historia-e-evolucao-dos-computadores/> Acesso em 08 de novembro de 2022.

Figura 02 - Computador da 2ª geração com transmissores



Fonte: Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/historia-e-evolucao-dos-computadores/> Acesso em 08 de novembro de 2022.

Figura 03 - Computador da 3ª geração com circuitos integrados



Fonte: Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/historia-e-evolucao-dos-computadores/> Acesso em 08 de novembro de 2022.

Figura 04 - Computador da 4ª geração



Fonte: Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/historia-e-evolucao-dos-computadores/> Acesso em 08 de novembro de 2022.

Com o rápido avanço tecnológico do século XX e XXI, pode-se constatar que surge a sociedade da informação. Seria este o termo utilizado para definirmos a sociedade atual, na qual a informação se torna uma ferramenta essencial para o desenvolvimento coletivo. Nesse contexto, para gerar, difundir e gerenciar essas informações, o computador e os softwares têm grande relevância. Dessa maneira, discorrer sobre cultura, medicina, educação, engenharia, organização social, economia e tantos outros aspectos da vida cotidiana sem incluir a tecnologia e, portanto, os softwares, se torna impensável (BARBOSA, 2012).

Concomitantemente a esse salto tecnológico do século XX, surgem empresas que mantêm sua relevância econômica e cultural até os dias de hoje, como a Apple®, IBM® e Microsoft®. Seus produtos revolucionaram o mercado, trouxeram grandes impactos à economia global, e mudaram para sempre o *modus operandi* de produção humana. Do CEO de uma grande empresa ao operário comum, todos se tornaram dependentes do uso de computadores e softwares modernos para realizarem seus trabalhos (BURLEY, G.1983). Ao fundar a Microsoft® em 1975, Bill Gates estabeleceu a ambiciosa meta de ter “Um computador em cada mesa” e agora, 47 anos depois, podemos afirmar que sua ambição foi concretizada. (GATES, B. e RINEARSON, P. 1995). O sistema operacional Windows é padrão na indústria, estando presente na maior parte dos computadores e seus softwares se tornaram essenciais no funcionamento de quase todos os governos do planeta (TERRA, 2022). Atualmente a empresa é avaliada no valor de aproximadamente 2.135 Trilhões de dólares, sendo uma das poucas empresas trilionárias do mundo (CNN, 2021).

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS LEGISLAÇÕES PERTINENTES AO SOFTWARE

Tendo em vista tamanho impacto econômico e cultural causado pelos softwares ao longo dos séculos XX e XXI, os membros constituintes da ONU se uniram em uma tentativa de padronizar a regulamentarização dos programas de computador, assim em 14 de julho de 1967 na Convenção de Estocolmo, houve a criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). A partir da criação da OMPI o software passou a ser considerado um bem que necessita de proteção incorporada aos direitos de propriedade intelectual (POLIDO, 2013).

A OMPI, sugeriu que os software possuíssem uma proteção *sui generis*, baseando-se nesse entendimento, os países membros da OMPI desenvolveram legislações específicas acerca dos programas de computador, garantindo assim os direitos dos autores de softwares, bem como de seus usuários (MANSO, E. 1985). Além de conferir ao software a proteção *sui generis* a OMPI em 1983, elaborou a Proposta de Tratado para a proteção do software (Draft Treaty for Protection of Computer Software), reforçando a proteção já constituída anteriormente e trazendo discussões relevantes sobre a importância da proteção ao software (MYASHITA, Y. 1991).

Assim, em 18 de dezembro de 1987, surge a primeira lei brasileira conferindo direitos intelectuais sobre o programa de computador, a Lei nº 7.646/87. Inicialmente, conferia ao software proteção jurídica relativa aos direitos autorais dispondo em seu art. 2º a devida proteção.

Nessa lei, todos os direitos do autor relativos ao programa de computador eram resguardados, podendo ser reivindicados direitos morais, cíveis e sanções penais em caso de violação ao software, conforme dispunha o seu “art. 1º: São livres, no País, a produção e a comercialização de programas de computador, de origem estrangeira ou nacional, assegurada integral proteção aos titulares dos respectivos direitos, nas condições estabelecidas em lei.”

A Lei nº 7.646/87, possibilitou também em seu art. 7º, inciso I que o programa de computador fosse reproduzido a partir da cópia adquirida legitimamente, desde que indispensável à utilização adequada do programa, sem que constituísse ofensa ao direito do autor. Outrossim, a lei proibia a inserção de cláusulas de exclusividade do software em seu art.27, parágrafo único alínea a.

Após a criação da primeira legislação pertinente ao software no Brasil, em 15 de abril de 1994, foi criado o tratado internacional denominado acordo TRIPS (Agreement on

Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) em tradução livre (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), com o objetivo de ser um relevante instrumento para a efetivação das leis de propriedade intelectual dos países que aderiram ao tratado, incluindo o Brasil que em 31 de dezembro de 1994 através do decreto nº 1.355 promulgou a sua vigência.

O acordo TRIPS passou a trazer a propriedade intelectual para as relações comerciais, apesar do decreto Lei nº 7.646/87 já regulamentar sobre os direitos do software, tal acordo trouxe um caráter protecionista frente ao comércio, assegurando os direitos dos autores de maneira mais efetiva. Ademais, esse acordo foi vital para que países passassem a adotar em suas legislações a devida proteção referente ao software, como a Espanha que criou a Lei nº 22/1987 de propriedade intelectual e a Itália por meio do Decreto- lei nº 51892 (BASSO, 2002).

Posteriormente, no Brasil a Lei nº 7.646/87 foi revogada e substituída pela a Lei nº 9.609/1998 (Lei do Software) sancionada em 19 de fevereiro de 1998 entrando automaticamente em vigor com a publicação da lei, dessa forma, se adequando aos padrões estabelecidos no acordo TRIPS de proteção jurídica do software frente aos aspectos relativos ao comércio internacional (PIMENTEL; DEL NERO, 2007). O art. 1º da Lei 9.609/98 traz o conceito de programa de computador, sendo:

Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Tendo em vista a contextualização histórica discutida no decorrer deste capítulo, podemos analisar ser de ampla utilização o Software na sociedade contemporânea e os tratados e legislações na qual o Brasil é signatário, no próximo capítulo será abordado a importância da propriedade intelectual frente aos direitos humanos.

1.2 REGISTRO DO PROGRAMA DE COMPUTADOR NO BRASIL

O registro do programa de computador no Brasil é realizado no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) desde a vigência do Decreto nº 2.556/1998, concomitantemente com a promulgação da Lei nº 9.609/1998 (Lei de Software) instituindo-o

como o órgão responsável pelos trâmites necessários para a efetivação do registro do software.

O registro consiste na proteção ao código-fonte do programa de computador resguardando os direitos do autor em relação a sua criação, podendo ser protegido mesmo que o autor não efetive o registro no INPI. Além disso, viabiliza com que os programas de computador desenvolvidos, possam participar das licitações realizadas pelo governo e possibilita, caso o autor deseje realizar a transferência de direitos a terceiros, proporcionando maior segurança na concretização dos negócios e possibilita financiamento aos desenvolvedores de software, caso desejem se enquadrar na BNDES MPME.

No entanto, sempre que houver atualizações no software que afetem o código-fonte, se faz necessário realizar um novo registro para proteger o novo código que foi desenvolvido, gerando custos financeiros aos desenvolvedores de softwares.

Inicialmente, o peticionamento requerendo a análise do pedido do registro do software, ocorria em formato de papel, contudo desde a vigência da Instrução Normativa nº 074/2017, o pedido passou a ser realizado por meio de formulário eletrônico, decorrendo todo o procedimento virtualmente, desburocratizando a análise do registro, colocando um fim às exigências, conforme disposto pelo INPI em seu site institucional.

Anteriormente a realização do pedido de registro do programa de computador é recomendável que a estrutura do software esteja finalizado e como requisito obrigatório, o INPI exige que seja criptografado o documento que conste o código-fonte, convertendo-o em um resumo hash, “sendo um algoritmo utilizado para garantir a integridade de um documento eletrônico, de modo que um perito técnico possa comprovar que não houve alteração no código-fonte criptografado desde sua transformação em resumo hash”, conforme definição do INPI.

Após realizada essa etapa, o solicitante do registro, podendo ser o desenvolvedor do software ou através do procurador, deve-se preencher a Declaração de Veracidade (DV) e o pagamento da Guia de Recolhimento da União (GRU), conforme a tabela de retribuições de serviços que entrou em vigência com a Resolução nº 200/2017.

Realizado o pagamento da GRU, o solicitante deve adentrar no sistema e-software, presente na plataforma do INPI e preencher o formulário eletrônico inserindo o número da GRU emitida e preencher com as informações do autor do software, bem como a juntada do resumo hash e a Declaração de Veracidade assinada pelo solicitante do registro.

Finalizadas as etapas descritas acima, o solicitante deve realizar o acompanhamento das publicações do INPI até o efetivo registro do programa de computador.

O registro de software no Brasil também pode ser realizado como uma patente, desde que ele integre um modelo de invenção ou utilidade, iniciando-se o pedido pela plataforma do INPI. Como no registro do software se exige algumas documentações prévias elencadas no art. 19 da Lei nº 9.279/96.

Art. 19. O pedido de patente, nas condições estabelecidas pelo INPI, conterá:

I - requerimento;

II - relatório descritivo;

III - reivindicações;

IV - desenhos, se for o caso;

V - resumo;

VI - comprovante do pagamento da retribuição relativa ao depósito (BRASIL 1996).

Com as documentações descritas acima, pode se adentrar com o pedido no INPI, no entanto a autarquia, com fulcro no art. 102 da Lei nº 9.279/96 exige que “Apresentado o pedido, será ele submetido a exame formal preliminar e, se devidamente instruído, será protocolizado, considerada a data do depósito a da sua apresentação” (BRASIL, 1996).

Em alguns casos o inventor apenas teve a idéia da patente, contudo não a executou. Com o intuito de proteger esses inventores, o art. 30 da Lei nº 9.279/96 permite que durante o prazo de 18 meses após a data do depósito da patente seja mantido o sigilo do seu invento. No entanto, o prazo de sigilo é facultativo, ficando a critério do inventor a necessidade de obter o sigilo ou não.

Realizada a publicação do pedido, após a vigência da ou desistência do período de sigilo, após o período de 60 dias o art. 31 da LPI define que:

Art. 31. Publicado o pedido de patente e até o final do exame, será facultada a apresentação, pelos interessados, de documentos e informações para subsidiarem o exame. Parágrafo único. O exame não será iniciado antes de decorridos 60 (sessenta) dias da publicação do pedido.

Caso o inventor não realize essa manifestação, o pedido de registro da patente poderá ser arquivado. Com a publicação na plataforma do INPI e a publicização da patente abre possibilidade para que terceiros se opunham ao pedido de patente realizado ou realize reivindicações caso a patente publicada não seja de autoria do solicitante. Conforme trata Denis Barbosa, "o procedimento é multilateral e dialogal, importando em participação de todos os interessados, e cooperação recíproca entre o órgão público e o depositante."

Após a publicação, a patente será analisado pelo INPI e será emitido exame técnico pelo examinador da autarquia federal, nos termos do art. 35 e 36 da LPI:

Art. 35. Por ocasião do exame técnico, será elaborado o relatório de busca e parecer relativo a:

I - patenteabilidade do pedido;

II - adaptação do pedido à natureza reivindicada;

III - reformulação do pedido ou divisão; ou IV - exigências técnicas.

Art. 36. Quando o parecer for pela não patenteabilidade ou pelo não enquadramento do pedido na natureza reivindicada ou formular qualquer exigência, o depositante será intimado para manifestar-se no prazo de 90 (noventa) dias.

§ 1º Não respondida a exigência, o pedido será definitivamente arquivado.

§ 2º Respondida a exigência, ainda que não cumprida, ou contestada sua formulação, e havendo ou não manifestação sobre a patenteabilidade ou o enquadramento, dar-se-á prosseguimento ao exame (BRASIL, 1996).

Concluído o exame técnico é deferido o pedido de patente, o INPI emite um certificado (carta-patente) concedendo a tutela de direitos sob o invento por 20 anos, contados da data do depósito da patente.

No entanto, o registro do software através da patente tem algumas desvantagens como listada por Leandro Saito:

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

Dessa forma, nos registros dos programas de computador realizados no Brasil fica a critério do inventor efetivar o registro por meio de uma patente ou através do registro de software estabelecido pela Lei nº 9.609/98.

CAPÍTULO 2 – DIREITOS HUMANOS COMO FORMA DE DESENVOLVIMENTO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DO SOFTWARE

2.1 DIREITOS HUMANOS E PROPRIEDADE INTELECTUAL

Antes de adentrar acerca da importância da efetivação dos direitos humanos no desenvolvimento da propriedade intelectual do software, se faz necessária uma breve contextualização histórica referente aos direitos humanos e a afirmação dos direitos fundamentais no Brasil e no mundo.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a necessidade de se evitar novos conflitos e promover a paz foi estabelecido em 24 de outubro de 1945 a Organização das Nações Unidas (ONU) (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948), a organização tinha como objetivo manter a paz mundial, segurança e a efetivação dos direitos humanos, visto que na Segunda Guerra Mundial cerca de 70 a 85 milhões de pessoas morreram em decorrência do conflito (SOMMERVILLE, D. 2009).

Para assegurar a efetivação daquilo que posteriormente viria a ser reconhecido mundialmente como os direitos humanos, a ONU em 10 de dezembro de 1948, incorporou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) um documento composto por 30 artigos versando sobre os direitos fundamentais à vida digna que todo e qualquer cidadão de um dos países membros da ONU possui inatamente. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948)

A DUDH acarretou na universalização dos direitos humanos e dessa maneira, criou um sistema internacional que serviu como parâmetro aos Estados-Membros na garantia e efetivação dos direitos mínimos que estes devem prover aos seus cidadãos. (PIOVESAN, F. 2007). Dentre os artigos presentes na DUDH destaca-se para os fins deste trabalho o artigo 17 e 27:

Art. 17 - 1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Art. 27 - 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.
2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

Como argumenta John Locke, filósofo do século XVII o que uma pessoa produz, com a sua inteligência, trabalho e perseverança, deve pertencer a ela e somente a ela (LOCKE, J. 1689), mesmo antes da confecção de um documento resguardando tal direito, existia o pensamento crítico da necessidade de um sujeito possuir os frutos de suas criações. O entendimento de que os resultados do trabalho intelectual de um indivíduo irão pertencer à ele servem de incentivo à inovação, trabalho duro e inventividade que ao longo dos anos presentearam a sociedade com relevantes criações (PIOVESAN, F. 2007). Compartilhando desse entendimento acerca da propriedade intelectual a DUDH em sua constituição garantia a proteção às produções científicas e literárias do autor, entendendo assim que os direitos de usufruir dos interesses morais e materiais decorrentes de uma obra são tão essenciais ao bem estar do indivíduo e da sociedade como o alimento ou a água.

Embora a DUDH tenha tratado sobre o direito do autor, ela trouxe de forma abrangente, deixando especificidades e discriminações subseqüentes a serem incorporadas nas legislações dos países membros da ONU, que utilizaram o documento como base para fundamentar e proteger os direitos à propriedade do autor e de propriedade intelectual (PIOVESAN, F. 2007).

2.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL

A justificativa da propriedade de objetos físicos depende das inclinações políticas e filosóficas de um indivíduo, sendo esse tópico um ponto de contenção por décadas, tendo gerado guerras, justificado golpes de Estado e até mesmo ditaduras em muitos países. Alguns autores como Adam Smith argumentam que a propriedade é necessária para o funcionamento da economia de mercado e portanto para o crescimento econômico e melhoria da qualidade de vida da sociedade como um todo (SMITH, A. 1776). Outros, como Jean-Jacques Rousseau acreditam que a propriedade é uma construção social, justificada por um acordo inconsciente feito por toda a humanidade que permite o funcionamento da mesma (ROUSSEAU, J. 1757). E ainda, há autores como Karl Marx que defendem que não há qualquer justificativa moral para a existência da propriedade (MARX, K. 1867).

Justificar o direito à propriedade de objetos físicos já é um desafio, nesse sentido a propriedade de objetos intelectuais como patentes, propriedades industriais, copyright e segredos industriais se torna ainda mais complexo, em virtude de serem aplicações de ideias abstratas (HETTINGER, C.E. 1989).

A justificativa filosófica da propriedade intelectual ocorre de maneira semelhante às outras formas de propriedade. Alguns autores, como Thomas Jefferson, argumentam a favor da existência de propriedade intelectual uma vez que ela fornece incentivos financeiros aos autores a continuar desenvolvendo suas obras (JEFFERSON, T. 1813). Há também, aqueles que como John Locke acreditam que a propriedade intelectual é um direito natural do ser humano, argumentando que aquilo que surge do trabalho ou criatividade de um indivíduo deve inatamente pertencer a ele (LOCKE, J. 1689). Há ainda, quem acredite que a propriedade intelectual, assim como a propriedade física, surge como uma construção social inconsciente, justificada por um “contrato social”. Em última análise, a justificativa da propriedade intelectual continua sendo um debate controverso e em constante evolução (ROUSSEAU, J. 1757).

Diferentes países tomam filosofias distintas sobre a propriedade intelectual em suas legislações. No Brasil, com a promulgação da primeira Constituição em 1824, também conhecida como Constituição Política do Império do Brasil, em seu art. 179 previa o seguinte posicionamento “os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação”(BRASIL.1824), resguardando os direitos dos autores e criadores de suas obras. O objetivo dos legisladores da época era introduzir desde a primeira constituição uma previsão ao direito à propriedade intelectual. Contudo a Constituição Política do Império do Brasil não discriminou uma série de informações importantes para a efetivação do direito à propriedade intelectual. Por exemplo o prazo de tutela exclusiva assegurada ao inventor e qual seria o parâmetro de avaliação para remunerar o proprietário da invenção caso esta fosse utilizada indevidamente por terceiros. Para a efetivação plena de um direito não basta a sua previsão, se faz necessário que a legislação demonstre como este será garantido aos proprietários.

Com isso, posteriormente na segunda Constituição do Brasil em 1891 os constituintes ampliaram e trouxeram mais especificidades à propriedade intelectual, que assim distinguiu o direito autoral, registro de marca e propriedade industrial em seu art. 72:

os inventos industriaes pertencerão aos seus autores, aos quaes ficará garantido por lei um privilegio temporario ou será concedido pelo Congresso um premio razoavel, quando haja conveniencia de vulgarizar o invento”, “aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzil-as pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gosarão desse direito pelo tempo que a

lei determinar e que a lei assegurará a propriedade das marcas de fabrica. (BRASIL, 1891).

Com o desenvolvimento econômico e social do Brasil e a necessidade da promulgação de uma nova Constituição, em 1988 entrou em vigência a Constituição da República Federativa do Brasil ou Constituição Cidadã. No título referente aos direitos fundamentais, individuais e coletivos, seu art. 5º inciso XXVII e XXIX abordam um viés econômico à relação de propriedade intelectual:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; (BRASIL, 1988).

A instituição da propriedade intelectual surgiu, essencialmente, como medida econômica uma vez que nem toda propriedade privada está sob a tutela da garantia dos direitos fundamentais (BARBOSA D. 2002). Em vista disso, países como os Estados Unidos preveem em sua Constituição, promulgada em 1787 e vigente ainda na atualidade, em seu art. 8º a propriedade intelectual como um direito não natural do homem (EUA, 1787).

Thomas Jefferson foi um dos constituintes responsáveis pela promulgação da Constituição Estadunidense, ele defende não haver um direito natural acerca da propriedade intelectual, mas sim que o direito de exclusividade é dado “de acordo com a vontade e conveniência da sociedade, sem pretensão nem demanda de quem quer que seja”. Sendo assim, não um direito fundamental, mas sim uma pretensão totalmente voltada para a política econômica (JEFFERSON, T. 1813).

Importantes constitucionalistas compactuam com o pensamento de Thomas Jefferson com relação ao art. 5º inciso XXIX que trata da propriedade intelectual. O jurista José Afonso da Silva disserta que “O dispositivo que a define e assegura está entre os direitos individuais, sem razão plausível para isso, pois evidentemente não tem natureza de direito fundamental do homem. Caberia entre as normas da ordem econômica” (SILVA, J. 1998).

Igualmente trata Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Certamente esta matéria não mereceria ser alçada ao nível de direito fundamental do homem. Trata-se aqui da chamada propriedade imaterial que seria protegida pelo inciso XXIII, referente ao direito de propriedade. Como se viu, propriedade, nos termos do citado inciso XXIII, não abrange apenas o domínio. Compreende todos os bens de valor patrimonial, entre os quais, indubitavelmente, se incluem as marcas de indústria e comércio ou o nome comercial (FILHO, M. 1990).

Ao tratar a propriedade intelectual como um direito fundamental ao ser humano, observam-se incongruências presentes na Constituição de 1988. Em seu art. 5º inciso XXVII e XXIX ela garante aos inventores a proteção das suas ideias e criações, bem como assegura aos inventores privilégios de seus inventivos, tendo em vista o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. No entanto, em seu art. 1, inciso IV e em seu art. 170, inciso IV, incentivam a livre iniciativa e asseguram a livre concorrência a todos aqueles que desejam registrar os seus inventos.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
IV - livre concorrência; (BRASIL, 1988)

Essas duas disposições encontradas na constituição são naturalmente contraditórias, uma vez que a proteção de qualquer registro de propriedade intelectual assegura ao inventor a exclusividade sobre sua criação. A exclusividade que é dada após a efetivação do registro vai de encontro à prerrogativa de livre concorrência assegurada pelo art. 170, inciso IV.

Como forma de incentivo à inovação tecnológica a constituição preza pelo direito à exclusividade de propriedade intelectual em detrimento de uma efetiva livre concorrência (BRASIL, 1988). Contudo, o que pode estar acontecendo na realidade é exatamente o oposto do efeito desejado, com a formação de grandes monopólios protegidos pelas leis vigentes de propriedade intelectual (CARMONA, A 2008) em especial e a ser analisada a seguir: a Lei de Software.

2.3 A LEI DE SOFTWARE E O PARADOXO DA INOVAÇÃO

Toda inovação parte inevitavelmente do repositório de conhecimento cultural e técnico da humanidade, ainda que algumas mais do que outras. Thomas Jefferson argumenta que a garantia de exclusividade sobre a utilização de uma invenção seria, dessa forma, um apoderamento indevido daquilo que anteriormente pertencia a todos (JEFFERSON, T. 1813).

A título de exemplo, a fabricante de automóveis Volvo desenvolveu o cinto de segurança de três pontas a partir do modelo de duas pontas que era padrão na época (FERRAZ, R. 2021), mudança que revolucionou a indústria e salvou milhares de vidas. Tal invenção jamais teria surgido se não a partir das suas antecessoras e o cinto de duas pontas, por sua vez, não poderia ter surgido sem a existência dos automóveis. Ao permitir o registro e exclusividade de uso do cinto de três pontas, estaríamos então limitando o potencial de futuras inovações tão importantes para a humanidade como o próprio cinto.

O direito de registro de propriedade intelectual se sobressai à prerrogativa constitucional de livre concorrência partindo-se do pressuposto de que ele fertilizaria o solo para a germinação de novas ideias (BARBOSA D. 2002). No entanto, à luz dos argumentos discutidos anteriormente, vemos que não somente o direito de exclusividade sobre ideias não necessariamente incentiva a inovação, como também a antagoniza diretamente em alguns casos, gerando o que a Jurista norte-americana Lydia Loren chama de tensão fundamental da lei de copyright.

Quando se trata do registro de software no Brasil, as tensões constitucionais se tornam ainda mais complexas. O registro da propriedade intelectual dos programas de computador é regido pela Lei nº 9.609/98 (Lei do Software), nos seus primeiros artigos a legislação determina o prazo de tutela e proteção aos programas de computador como sendo de 50 anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à publicação do registro, conforme dispõe em seu art. 2,§ 2º. Contudo, com os rápidos avanços da tecnologia, a vigência do uso exclusivo do programa de computador pelo prazo estipulado em lei é extremamente prejudicial ao incentivo à livre concorrência e à inovação, uma vez que essas tecnologias rapidamente se tornam obsoletas e mesmo após entrarem em desuso a lei ainda mantém a sua proteção. Um exemplo é a máquina de fax que se popularizou no início dos anos 2000, os inventores realizaram o registro desse programa de computador no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) em 1996 conforme o nº do pedido 01311-1, a exclusividade de uso dessa propriedade intelectual persiste até o ano 2046 (INPI, 1996), sem que esta possua relevância tecnológica ou econômica que justifique a sua proteção.

A Lei de Software media dois interesses essencialmente conflitantes, os interesses privados na proteção dos direitos de uso da propriedade intelectual e os interesses públicos de que o programa se torne de domínio público. O prazo vigente de 50 anos discutivelmente favorece os interesses privados de maneira desbalanceada, prazo . À critério de comparação, o prazo da vigência do registro de Software nos Estados Unidos é de 20 anos e na União Europeia de 5 anos, podendo ser renovado até um máximo de 25 anos, sendo a renovação sujeita a análise (SILVA, D. 2007). Mesmo no Brasil, a vigência do registro de patente é de 20 anos para as patentes de invenção e 15 anos para a de utilidade conforme o art. 40 da Lei 9.279/96. O prazo de proteção aos direitos de software no Brasil é desproporcionalmente extenso em relação às legislações internacionais, fato que permite a possibilidade de abusos de direito por parte de empresas multinacionais que registram sua propriedade intelectual em território nacional, como é o caso da empresa Microsoft ® , a ser analisado a seguir.

2.4 O AMPLO USO DO SOFTWARE DA MICROSOFT ® E NEGLIGÊNCIA AO DIREITO DE ESCOLHA DO CONSUMIDOR

A Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES) relatou que em 2019 ocorreu um crescimento de 10,5% no setor de software, que inclui os mercados de software, serviços, vendas de hardware e exportações do segmento. O setor movimentou um total de aproximadamente US \$44,3 bilhões naquele ano (ABES, 2020). Dessa maneira, pode-se afirmar com segurança que o mercado de software possui relevante interesse econômico e social, fato evidenciado ainda mais durante a pandemia do COVID-19 que expôs a dependência tecnológica presente na atual sociedade da informação.

Dentre as empresas mais relevantes do setor de software destaca-se a Microsoft ®, dada a sua influência e ampla utilização no mercado interno brasileiro desde a década de 80, sendo o seu surgimento anterior à legislação específica ao software que apenas em 1998 entrou em vigência.

Em virtude do Brasil também considerar o programa de computador como sendo do direito do autor conforme trata o art. 1º da Lei nº 9.609/98 e ser signatário da Convenção de Berna desde 1975 por meio do Decreto nº 75.699 que versa acerca da Proteção das Obras Literárias e Artísticas, a partir do momento em que é concedido o registro do software perante o INPI, automaticamente possui abrangência internacional a todos os países que são signatários desta convenção, diferentemente de outros ramos da propriedade intelectual como as patentes que necessitam de solicitar a vigência da proteção no âmbito internacional

mediante Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes. Atualmente 175 dos 192 países existentes no mundo são signatários deste tratado. (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 2022)

Os programas de computador desenvolvidos pela Microsoft® são conhecidos como Software de Prateleira ou não customizados, em virtude de serem produzidos em larga escala e facilmente encontrados à disposição do consumidor. Eles oferecem um programa que soluciona um problema geral a todos os usuários, como no caso do Microsoft 365. Ao efetivar a compra deste software, o consumidor não adquire a propriedade do software, mas sim a licença de uso por um período determinado mediante o pagamento das mensalidades do produto (COSTA, A., SANTANA, H. E ALMEIDA.W. 2014)

Devido aos programas de computador da Microsoft ® serem não customizados, os consumidores não possuem a autonomia de alterar e discutir as cláusulas presentes no Termo de licença do software, sendo um contrato de adesão, conforme define a Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor (CDC) em seu art. 54 “é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Para os consumidores que adquirem esse produto, além da proteção proveniente do CDC a Lei nº 9.609/98 em seu art. 7º e 8º trata que:

Art. 7º O contrato de licença de uso de programa de computador, o documento fiscal correspondente, os suportes físicos do programa ou as respectivas embalagens deverão consignar, de forma facilmente legível pelo usuário, o prazo de validade técnica da versão comercializada.

Art. 8º Aquele que comercializar programa de computador, quer seja titular dos direitos do programa, quer seja titular dos direitos de comercialização, fica obrigado, no território nacional, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a assegurar aos respectivos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, consideradas as suas especificações (BRASIL, 1998).

Em decorrência da impossibilidade de se alterar ou sugerir a inserção de cláusulas no Termo de licença de uso da Microsoft ®, o consumidor fica a mercê dos prazos de validade e atualizações do produto mediante disposição unilateral da empresa que produz o software, tornando assim a posição do consumidor ainda mais vulnerável em decorrência da capacidade econômica da Microsoft ®.

O CDC traz a definição de consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O Microsoft 365, por exemplo, possui diferentes valores mensais a depender da finalidade de uso do produto, bem como se o usuário se classifica como pessoa física ou jurídica.

Os programas de computador da Microsoft® se tornaram tão prevalentes na sociedade brasileira que se tornou requisito comum em entrevistas de emprego exigir que o candidato possua algum nível de proficiência no uso do Microsoft 365. Dessa maneira, há a incidência de uma limitação de escolha ao cidadão que visa não ser lesado em sua carreira (G1 GLOBO, 2015). Ainda que o cidadão opte pelo produto dos principais competidores que ocupam posição semelhante no mercado, a estrutura do software continua sendo a mesma, podendo categorizar uma situação de concorrência monopolística. O Google Documentos, por exemplo, utiliza o formato de arquivo docx. e o Google Planilhas o formato.xlsx. ambos formatos de documento padrões dos software da Microsoft® (ROSA, G.2020).

Em razão dos argumentos apresentados, podemos afirmar que persiste uma limitação ao direito de escolha do consumidor, ademais há uma promoção da desigualdade digital entre aqueles que não possuem condição de arcar com os custos mensais do uso do Microsoft 365 e dos softwares desenvolvidos pela empresa e aqueles que possuem.

Com a existência da propriedade intelectual e com o avanço da tecnologia surge a pirataria, infringindo direitos dos autores e ao mesmo tempo promovendo a disseminação da indústria audiovisual, musical e literária. Em seus primeiros estágios a pirataria era encontrada em maior escala em produtos físicos, a exemplo em forma de CD's e DVD'S. Entretanto, na sociedade da informação a pirataria está presente e possui forte protagonismo na Internet e nos meios digitais, possibilitando com que o usuário obtenha cópias de produtos piratas de alta qualidade e sem nenhum custo. Inclusive há a possibilidade que o próprio consumidor realize o download, sem a necessidade de um terceiro como muito observado nos centros e camelôs de grandes cidades. (COSTA, F. 2019).

Muitos consumidores recorrem à pirataria de software como forma de efetivar a sua inclusão digital e o aprendizado dessas ferramentas exigidas no mercado de trabalho brasileiro. Ao recorrer ao software pirata o consumidor se expõe à possibilidade de encontrar programas maliciosos de terceiros (malware) e dessa maneira ter danos ao sistema operacional do computador, além disso o consumidor também corre o risco de ter seus dados roubados (ransomware) pela inexistência de proteções nos softwares pirateados (ALVES, P 2018) . No Brasil, a realização dessa prática configura-se crime de natureza penal, previstos nos arts. 12, 13 e 14 da Lei nº 9.609/98.

A violação dos direitos inerentes aos programas de computador é conhecida por “pirataria de software”. Trata-se de uma contrafação (falsificação) que, embora possa ser praticada fora da rede, sem dúvida que a internet potencializou muito esse delito. A ação ilícita – cópia e/ou distribuição de programa pirateado – pode ser praticada pelo agente de forma muito cômoda, pois o delito pode ser cometido em qualquer (e de qualquer) lugar, bastando estar diante de um computador conectado. (TEIXEIRA, T. 2018).

A Microsoft® atua ativamente com a finalidade de combater a pirataria do Microsoft 365 e de todos os seus programas de computador, inclusive a Universidade Cândido Mendes leiloou em 2016 o seu campus localizado em Ipanema - RJ, em virtude de ter sido condenada a pagar à Microsoft® o valor de R\$ 43,16 milhões por ter usado software pirata da grande empresa de tecnologia (SETTI, R. 2016). No entanto, apesar destes esforços o Brasil ainda ocupa o 5º lugar no Ranking global de acesso a pirataria sendo os software não licenciados e streams, os responsáveis por 456 milhões de downloads apenas no período de janeiro a setembro do ano de 2021 (ÉPOCA, 2022).

Apesar da pirataria ser uma conduta penal tipificada, na prática a pessoa física que comete o delito não enfrenta consequências legais na grande maioria dos casos, sendo estas reservadas às pessoas jurídicas. Em decorrência dos elevados preços dos produtos e da precária situação financeira da população brasileira, a prática da pirataria se tornou moralmente aceita pela população (BRITO, D. 2017) . Segundo dados da Fundação Getúlio Vargas (FGV) cerca de 29,6% da população brasileira vive com menos de R \$497,00 reais mensais (FGV, 2022), dessa forma o pagamento de licenças de uso de software se torna inviável. Assim, a pirataria na sociedade da informação cumpre um relevante papel de democratização da informação, que é transferida de forma acessível aos consumidores (COSTA, F. 2019).

A situação atual na qual a população recorre à criminalidade para efetivar seus direitos de inclusão digital está longe do ideal. Prazos excepcionalmente longos de proteção ao direito de propriedade intelectual, negligência do direito de escolha do consumidor e altos preços gerados por uma situação de concorrência monopolística produziram esta crise socioeconômica em relação aos meios digitais. O presente trabalho visa realizar uma análise, apresentada a seguir, a respeito da possibilidade da empresa Microsoft® ter utilizado seu vasto poder econômico para promover um abuso do direito de propriedade intelectual pautado pela legalidade.

CAPÍTULO 3 - ABUSO ECONÔMICO E CONCORRÊNCIA DESLEAL NA PROPRIEDADE INTELECTUAL

3.1 ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO CONCORRENCIAL NO BRASIL, ESTADOS UNIDOS E UNIÃO EUROPEIA

O Direito da Concorrência, ou Direito Antitruste surgiu com a finalidade de promover a justa concorrência entre as empresas, ou seja, impedir a tomada de posição privilegiada pelo agente empreendedor (FILHO, S. 2013). Tal comportamento de abuso de poder no contexto de mercado é chamado de monopólio e pode levar a limitações do direito de escolha do consumidor e impedimento ao incentivo à inovação, bem como restrição à qualidade, quantidade e preço dos produtos. Dessa maneira, a promoção da justa concorrência entre empresas do mesmo ramo fomenta o bem-estar econômico, incentiva a inovação e amplia a variação entre diferentes produtos e preços (PEREIRA, A. 2011). No processo de conquista do mercado, o princípio norteador da disputa entre diferentes concorrentes deve ser a preferência do consumidor, essa livre-iniciativa faz-se assegurada através das legislações que versam acerca do direito da concorrência (BAGNOLI, V. 2020).

As primeiras legislações brasileiras acerca do Direito de Concorrência ocorreram após a 1ª Guerra Mundial sendo essas o Decreto-lei nº 869 de 1938 e a Constituição Federal de 1946. O decreto surge tendo em vista o desenvolvimento da indústria nacional e a garantia da livre-iniciativa no mercado interno brasileiro ao mesmo tempo que tratava-se de crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego, trazendo em seu art. 2º, incisos III e VIII atos anti-concorrenciais:

Art. 2º São crimes dessa natureza:

(...)

III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;

VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência; (BRASIL, 1938)

Já a Constituição de 1946, trouxe brevemente em seu art. 148 preceitos advindos do Direito de Concorrência, já trazendo a importância constitucional à matéria.

“A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões e agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”(BRASIL, 1946).

Entretanto, o decreto e a Constituição não foram suficientes para suprir as necessidades do direito concorrencial, visto que no decreto o foco era uma penalização dos agentes que cometessem as práticas descritas acima na esfera penal, inclusive os atos citados eram considerados inafiançáveis. Não havia responsabilização no âmbito cível e administrativo, limitando a atuação do Estado apenas na esfera punitiva.

Além disso, a Constituição de 1946 não delimitou de maneira suficientemente detalhada quais seriam as formas de abuso do poder econômico. Com isso, em 1962 entrou em vigor a Lei nº 4.137 revogando o Decreto-lei nº 869 de 1938. Em seu art. 2º e seguintes discorrem quais as formas de abuso econômico através da prática da concorrência desleal e instituem a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), anteriormente um órgão ligado ao Ministério da Justiça que por meio da Lei nº 8.884/94 o transformou em uma autarquia federal que possui relevante importância, possuindo três essenciais funções: preventiva, repressiva e educativa.

Na sua função preventiva, reprime e inviabiliza práticas e negociações que possam fomentar uma possível concorrência desleal, como nos casos de fusões de empresas do mesmo ramo. A exemplo em 2017 quando o órgão rejeitou a fusão entre Kroton Educacional e Estácio de Sá, cuja fusão poderia gerar um monopólio no segmento educacional visto que ambas possuem grande relevância no mercado (TOLEDO, L. 2017). Sua função repressiva é evidenciada quando uma empresa realiza práticas de abuso econômico e concorrência desleal, submetendo-a a investigações e julgamentos através do tribunal administrativo do CADE. E a educativa, tem como função orientar os órgãos públicos e empresas quais atos devem ser evitados e quais práticas devem ser fomentadas no desempenho da atividade empresarial (CADE, 2021).

O surgimento do CADE foi um marco para a defesa do Direito de Concorrência no Brasil evitando práticas monopolistas. Desde a sua institucionalização até os dias atuais, esse órgão produziu vasta jurisprudência em seu Tribunal Administrativo, negociou acordos de práticas anticompetitivas, zelando e disseminando a cultura da livre concorrência.

Atualmente, as Leis que regem o direito de concorrência no Brasil é a Lei nº 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), verifica-se em seu art. 1º, inciso V a repressão à

concorrência desleal, esta pode ser posta em risco quando empresas de software realizam registros de propriedade intelectual de maneira abusiva. Ainda, do art. 195 ao 210, trouxe as consequências penais a prática da concorrência desleal, semelhante às disposições presentes no Decreto-lei nº 869 de 1938. Em virtude da Lei de Propriedade Industrial trazer previsões acerca da propriedade intelectual, repetiu o que o decreto havia abordado e por isso não resguardava plenamente os direitos à defesa de concorrência.

Com isso, em 2011 foi promulgada a Lei nº 12.529 que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) trazendo em seu art. 1º, parágrafo único a seguinte previsão.

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei. (BRASIL, 2011)

O SBDC foi formado pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Conforme apresentação institucional do CADE acerca da Lei nº 12.529:

A principal mudança introduzida pela Lei 12.529/2011 consistiu na exigência de submissão prévia ao Cade de fusões e aquisições de empresas que possam ter efeitos anticompetitivos. Pela legislação anterior, essas operações podiam ser comunicadas ao Cade depois de serem consumadas, o que fazia do Brasil um dos únicos países do mundo a adotar um controle de estruturas a posteriori. A análise prévia trouxe mais segurança jurídica às empresas e maior agilidade à análise dos atos de concentração, sendo que o Cade passou a ter prazo máximo de 240 dias para analisar as fusões, prorrogáveis por mais 90 dias em caso de operações complexas (CADE, 2012).

A legislação brasileira pertinente ao Direito da Concorrência e Direito de Propriedade Intelectual se inspira fortemente nas legislações internacionais. Uma das primeiras leis promulgadas em defesa da livre concorrência surgiu nos Estados Unidos, denominada de Lei Sherman, sancionada em 1890. Em seu parágrafo primeiro determinava o que poderia vir a ser considerado uma prática anti truste, assim: “todo contrato ou acordo na forma de truste ou de outra forma, ou mesmo conspiração, que restrinja os negócios ou o comércio entre os estados ou para com nações estrangeiras, é declarado ilegal” (UNITED

STATES OF AMERICA, 1890). Quando a Lei Sherman entrou em vigência, o seu objetivo era impedir com que certos segmentos empresariais cometessem abusos no desenvolvimento da sua atividade empresarial eliminando empresas concorrentes e promovendo o monopólio dos setores, como declarado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso “Spectrum Sports Inc. vs McQuillan 506 US 447”

“O objetivo da Lei [Sherman] não é proteger as empresas do funcionamento do mercado; é proteger o público do fracasso do mercado. A lei se dirige não contra a conduta que é competitivo, ainda que severamente, mas contra a conduta que tende injustamente a destruir a própria concorrência.”

Segundo o Senador George Hoar, um dos autores da Lei Sherman, a legislação não possuía como objetivo punir a expansão de mercado de qualquer empresa que a conquistasse por vias legais, mas sim impedir a criação de monopólios gerados a partir de abusos de mercado. Temos por exemplo a empresa Apple Inc. que atualmente ocupa uma posição dominante no mercado de tecnologia, a empresa conquistou sua expansão através de justa e livre concorrência sendo o princípio norteador de sua conquista mercadológica a preferência do consumidor. Dessa maneira, apesar de discutivelmente ocorrer situação análoga à monopólio, de acordo com a análise de George Hoar e da Lei Sherman não se observam quaisquer práticas anticoncorrenciais.

“... [uma pessoa] que meramente por habilidade e inteligência superiores... conseguiu todo o negócio porque ninguém poderia fazê-lo tão bem quanto ele não era um monopolista... (mas era se) envolvesse algo como o uso de meios que impossibilitam que outras pessoas se envolvam em concorrência leal.” (FINCH, J. 1902)

Apenas a Lei Sherman, no entanto, não foi suficiente para coibir certos abusos conforme argumenta a Jurista Paula Forgioni (2008):

“Apenas esse diploma, entretanto, mostrou-se insuficiente para propiciar aos agentes econômicos a segurança e a previsibilidade que sempre almejavam. Ressentia-se, no texto do Sherman Act, da vagueza de suas previsões [...] deixando à margem da regulamentação uma prática geralmente condenada pela opinião pública.”

A lei de Sherman gerou a maior onda de fusões empresariais na história dos Estados Unidos, uma vez que as empresas perceberam que uma fusão entre competidores poderia

fornecer o mesmo poder de mercado que a criação de um cartel de maneira completamente legalizada (WILLIAN, K. E SHAPIRO, C. 2000).

Com isso, em 1914 entraram em vigências as leis Clayton Act e a Federal Trade Commission (FTC) que trazem um viés preventivo e punitivo às práticas anticoncorrenciais e fusões que poderiam ser prejudiciais ao bem estar sócio econômico e desenvolvimento da sociedade Norte-Americana.

Esse conjunto de leis ainda possui vigência na legislação estadunidense, inclusive semelhante ao sistema brasileiro foram criados dois órgãos governamentais para investigar, coibir e efetivar a aplicação das leis de direito concorrencial, sendo elas a Antitrust Division e a Federal Trade Commission (FTC).

Na prática a condenação por atos anticoncorrenciais ocorre a partir da análise do caso concreto dentro da lei norte-americana, sendo as definições das legislações federais feitas de maneira ampla e que garanta a autonomia dos tribunais estaduais.

Tanto os Estados Unidos como o Brasil possuem em suas legislações a penalização da concorrência desleal em três âmbitos, cível, administrativo e penal. Contudo, nos dois casos há um foco desproporcional no âmbito administrativo, sendo a principal função exercida pelo CADE no Brasil e pelo FTC nos Estados Unidos a de impedir fusões potencialmente danosas à saúde econômica. Pode-se afirmar que o escopo das legislações brasileiras e estadunidenses é o de promover o maior bem-estar econômico ao consumidor.

"a defesa da concorrência não é um fim em si, mas um meio para se criar uma economia eficiente. Em uma economia eficiente os consumidores dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis. Em tal contexto, os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem-estar econômico" - Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

Em contrapartida, observamos na União Europeia (UE) que a defesa da concorrência passou a ser regularizada pelo Tratado da Comunidade Europeia (TCE) em seu art. 3.º, n.º 3

“UE estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico (TCE)”.

Diferentemente das legislações pioneiras atinentes à defesa da concorrência brasileira e estadunidense, na União Europeia (UE) é defendida a chamada “concorrência não

falseada”. Há a preocupação em garantir a livre concorrência e o bem-estar econômico do consumidor, no entanto o maior peso é colocado em assegurar a possibilidade de competição entre grandes e pequenos negócios. A filosofia por trás da legislação europeia entende que a longo prazo a garantia do empreendedorismo é a melhor forma de proporcionar incentivo à inovação. Dessa maneira, no embate entre Direito concorrencial e Direito de propriedade intelectual o TCE gera um ambiente favorável ao Direito concorrencial sendo menos permissivo em sua legislação acerca da propriedade intelectual. Tal fato é evidenciado quando analisamos as decisões de casos entre a UE contra grandes corporações, como é o caso da nova lei de Mercados Digitais ou Digital Markets Act (DMA) que entrou em vigor dia 01 de novembro de 2022 e visa regulamentar práticas comuns entre grandes provedores de serviços digitais, tais quais:

“Pré instalar aplicativos ou exigir que seus usuários utilizem qualquer navegador como padrão para poder usufruir dos serviços oferecidos; Exigir que os desenvolvedores de aplicativo utilizem determinados serviços ou estruturas; Dar aos seus produtos, aplicativos ou serviços tratamento preferencial; Reutilizar dados coletados para a utilização de um serviço na realização de outro serviço e estabelecer condições injustas para os usuários empresariais (EU. 2022)”.

O DMA atinge empresas que são consideradas a partir de critérios definidos na legislação como “Gatekeepers”, ou seja, empresas que possuem grande impacto econômico no mercado interno europeu. Ao instituir o DMA a União Europeia antagoniza grandes corporações como a Meta, Alphabet e Apple e inviabiliza práticas anticoncorrenciais possibilitadas por seu grande poder econômico e prioriza claramente a livre-concorrência em detrimento da defesa de propriedade intelectual.

No que diz respeito ao incentivo à inovação dentro da tensão fundamental entre o Direito da Concorrência e o Direito de Propriedade Intelectual, vemos que a União Europeia prioriza o bem-estar social em detrimento do bem-estar econômico, enquanto o Brasil e Estados Unidos tomam em suas legislações a postura diametralmente oposta.

3.2 CONCORRÊNCIA DESLEAL E ABUSO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

O Código Civil Brasileiro (CC) em seu art. 187 define parâmetros para o abuso de direitos:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim

econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (BRASIL, 2002).”

No Brasil, a legislação que trata dos crimes contra a concorrência desleal é a Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial) do art. 195 a 210, o rol do art. 195 dispõe quais são as práticas de concorrência desleal que podem vir a ser cometidas pelas grandes corporações, sendo um rol exemplificativo e sendo os mais relevantes os seguintes:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

(...)

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser (BRASIL, 1996);

Dessa maneira, entende-se dentro da legislação brasileira que o abuso de um direito é seu uso de maneira intencionalmente excessiva ou mau uso por um sujeito determinado, sendo esse ato ilícito passível de punição de ordem civil.

Referindo-se ao direito de propriedade intelectual nas análises do presente trabalho, considera-se abuso do direito de propriedade intelectual aquele que excede a finalidade econômica e social de seu direito, tal qual ultrapassa os limites da boa-fé e do austero direito no exercício de sua exclusividade.

No contexto do direito de software esse abuso de direito de propriedade intelectual ocorre principalmente através da chamada “inovação predatória”, conjunto de práticas nas quais a entidade infratora barra atividades potencialmente inovadoras sob disfarce de real e

justa inovação. A inovação predatória pode ocorrer através da aquisição de competidores de menor porte econômico que possuem explosivo potencial de crescimento, podendo gerar a ilusão competitiva onde há na verdade um monopólio velado (SCHREPEL, T. 2017). Recentemente a empresa Microsoft ® adquiriu um número considerável de empresas do ramo de tecnologia que competiam indiretamente ou diretamente com seus produtos, entre elas temos a desenvolvedora de videogames Activision Blizzard, a empresa de tecnologia e publicidade Xandr e a desenvolvedora de software em nuvem Nuance (MONICA, P. 2022). A aquisição em si não configura abuso de direito de propriedade intelectual, no entanto o acúmulo de PIs por parte de uma só empresa certamente pavimenta o caminho para que tal abuso ocorra. Do ponto de vista prático a compra de empresas rivais ocorre em detrimento da inovação, uma vez que a empresa não possui concorrentes efetivos e não enfrenta pressão econômica para inovar, enquanto isso as agências reguladoras agem com excessiva cautela na aplicação do Direito Antitruste sob a prerrogativa de não prejudicar o processo de inovação (FREDERICO. G, MORTON, F E SHAPIRO, C. 2019).

Nos encontramos atualmente no que é chamado de “período gestacional” de análise do tema de propriedade intelectual, no qual ainda não está claro qual a maneira correta de se legislar a fim de assegurar, de fato, a inovação bem como a justa concorrência (MCGOWAN, D. 2001). No entanto, enquanto se aguarda pela solução perfeita, vivemos um cenário com claros ganhadores e perdedores, sendo os primeiros as grandes corporações e os últimos a população em geral.

3.3 ESTUDO DE CASO MICROSOFT ®

Nas indústrias de alta tecnologia, o desenvolvimento de qualquer novo produto ou serviço geralmente envolve centenas de milhares de patentes. Uma análise feita pelo professor Stefan Wagner do European School of Management and Technology estimou por exemplo que um smartphone seja coberto em média por 250.000 patentes (CALLAHAN, T. 2015). Uma preocupação singular da atualidade é o chamado “patent thicket” (traduzido livremente para bosque de patentes), no qual entidades independentes registram propriedades intelectuais com características sobrepostas, gerando situações onde se torna difícil, senão impossível, distinguir qual a empresa que retém real propriedade sobre qualquer dado produto, essencialmente dificultando a inovação. O bosque de patentes gera situações mais problemáticas quando essas propriedades são registradas por vários proprietários diferentes. No entanto, o que vemos na prática não são milhares de proprietários coletivamente

registrando seus produtos, mas sim, poucos proprietários registrando milhares de patentes (REY, P. E SALANT, D. 2012)

Dentro do mercado de tecnologia podemos citar a grande corporação Microsoft ® como forte colaboradora para a fomentação do fenômeno do bosque de patentes, a empresa possui no momento 52.140 patentes ativas no mundo todo, tendo registrado um total de 77.631 patentes ao longo do desempenho de sua atividade empresarial (NAVJYOT, S. 2022). Possuir o registro de um alto número de patentes não é essencialmente danoso, contudo surge uma problemática quando se efetiva o registro dessas patentes sem viés inovador. Como por exemplo quando são registradas várias patentes referentes a um único produto final, com a finalidade de dificultar o desenvolvimento de produtos do mesmo ramo por seus competidores. Apesar da inexistência de evidências concludentes acerca do fato da empresa Microsoft ® registrar suas patentes sem viés inovador, a gigante da tecnologia possui um histórico de práticas anticoncorrenciais que deve ser reconhecido.

O CADE condenou a empresa Microsoft ® unanimemente em 2004 por crime contra a ordem econômica. O contrato firmado entre a multinacional Microsoft ® e a empresa brasileira TBA concedeu à última direito de exclusividade de revenda de seus produtos aos órgãos públicos brasileiros entre 1997 e 2002. O entendimento do CADE sobre o contrato foi que ele inviabilizou a realização de licitações, permitindo que a empresa TBA firmasse seus preços sem que houvesse concorrência. A prática foi considerada anticoncorrencial e com isso houve a condenação da Microsoft ® no pagamento de multa no valor de 10% de seu faturamento no ano de 1997. A TBA, por sua vez, foi condenada ao pagamento de multa no valor de 7% de suas vendas para o governo em 1997 (SOLIANI, A. 2004).

Três anos após a condenação, o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO) criou sua sexta câmara setorial, a Câmara Setorial de Tecnologia. A multinacional Microsoft ®, em ato de boa-fé, se associou ao ETCO. A entrada da empresa como associada teve grande relevância para o instituto, o presidente em atividade André Franco Montoro Filho reconheceu sua importância com a seguinte declaração:

“A tecnologia é um dos maiores motores do desenvolvimento econômico. Consideramos que a entrada da Microsoft Brasil fortalece ainda mais o trabalho que o instituto vem desenvolvendo para a melhoria do ambiente de negócios no Brasil (ETCO, 2007)”.

Apesar da forte presença da Microsoft ® na ETCO, suas práticas anticoncorrenciais persistiram. O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu em 2012 o abuso de direito de

fiscalização exercido pela multinacional. A Microsoft Corporation entrou com uma ação de busca e apreensão para a vistoria dos computadores da empresa Sertil Serviços Técnicos Instalações Comércio e Representações LTDA sob pretexto de verificação da ocorrência de pirataria de software. Após a vistoria não foram encontradas irregularidades em nenhum dos 311 softwares utilizados pela empresa, ou qualquer indício de pirataria. A empresa inclusive, não utilizava qualquer software pertencente à Microsoft ®. A prática exercida pela Microsoft ® foi reconhecida como abuso de direito, de acordo com o art. 187 do CC, sendo condenada a indenizar a empresa Sertil Serviços Técnicos Instalações Comércio e Representações LTDA no valor de R \$100.000,00 (TERRA, 2012).

Devido à importância econômica e social exercida pelos softwares da empresa Microsoft®, houveram casos de negligência perante transgressões cometidas pela empresa no Brasil. A União foi condenada pelo Ministério Público Federal (MPF) em 2021 por agir de maneira omissa em relação à captação ilegal de dados de usuários realizados pela empresa em seu sistema operacional (SO) Windows 10. Em 2018 a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) entrou em vigência no Brasil, a lei regula o tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis por parte do controlador desses dados. A captação de dados pessoais por parte do SO Windows 10 estava ocorrendo de maneira ilegal segundo o MPF, o órgão afirma que os direitos dos titulares dos dados pessoais estavam sendo violados e que a União agiu de maneira omissa à essa transgressão, colocando deliberadamente em risco a população brasileira usuária desse sistema (CAETANO, G. 2021).

As práticas anticoncorrenciais e de abuso de direito de propriedade intelectual cometidas pela empresa Microsoft® não ocorrem exclusivamente no Brasil, pelo contrário, observa-se uma violação às leis antitruste e de propriedade intelectual em escala global. Em 2009 a Corte do Texas condenou a empresa Microsoft® por violação de patente, obrigando a gigante da tecnologia a pagar o valor de US \$200.000.000,00 à proprietária da patente i4i. A violação ocorreu quando a Microsoft® utilizou a função XML, pertencente à i4i, no desenvolvimento dos softwares Word 2007 e Office 2007 sem o consentimento da empresa proprietária da tecnologia. Além do pagamento da multa, a corte ordenou também que as vendas dos produtos que infringem a patente fossem paralisadas por 60 dias, no entanto, a Microsoft® recorreu da decisão alegando desproporcionalidade da punição. Outras grandes empresas de tecnologia como a HP e Dell se manifestaram a favor da Microsoft®, afirmando que a paralisação das vendas do Word 2007 e Office 2007 lhes seria oneroso, em vista da adequação necessária em seus próprios produtos, caso fossem obrigadas a lançar com uma nova versão. A Corte do Texas reconsiderou sua decisão e ao fim do processo a Microsoft®

continuou a venda de seus produtos normalmente, no entanto, o entendimento da Corte foi que a empresa violou a patente de maneira proposital e a punição foi o pagamento da multa à i4i (REILLY, D. 2011).

Recentemente a Microsoft® adquiriu a grande empresa concorrente Activision Blizzard, a compra pode configurar monopólio com exclusividade forçada, uma vez que torna o mercado de jogos mais concentrado e portanto, menos competitivo. A FTC e a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA estão investigando a existência de possíveis acordos desleais e formação de monopólios no setor de jogos eletrônicos. Ainda não houve decisão acerca da compra realizada pela empresa Microsoft®, no entanto os órgãos fiscalizadores estadunidenses entraram no Tribunal Administrativo do FTC processo para verificar se é viável a concretização da aquisição. O histórico de práticas anticoncorrenciais da empresa nos EUA definitivamente é um fator importante desta investigação. Desde os primeiros processos envolvendo a Microsoft®, o juiz norte-americano Thomas Penfield Jackson em relação às práticas anticoncorrenciais por parte da grande empresa de tecnologia em 2007 disse que esta não provou ser confiável" e que não está "disposta a aceitar" que violou as legislações antitruste do caso na época. (FUNG, B. 2022)

Como estabelecido anteriormente, a legislação antitruste na União Europeia mensura o bem-estar social acima do bem-estar econômico. Dessa maneira, pode-se observar uma tendência nas decisões judiciais, nas quais grandes corporações de tecnologia como a Microsoft®, Apple, Google e Amazon, possuem menos benefícios legais quando em direta comparação com o restante do mundo. O Direito da Concorrência europeu tem como principal filosofia norteadora a garantia do empreendedorismo como motor propulsor da inovação (REY, P. E SALANT, D. 2012). Tal fato pode ser observado nas decisões judiciais que frequentemente favorecem pequenas empresas e a população em geral, em detrimento de benefícios financeiros de grandes empresas.

Temos como exemplo o caso da Microsoft® que foi condenada em 2004 na União Europeia por práticas anticoncorrenciais bem como abuso do direito de propriedade intelectual. A empresa fornecia computadores com seu software Windows Media Player já pré-instalado, a prática foi considerada pela União Europeia como anticoncorrencial uma vez que enviesava a escolha do consumidor, beneficiando o produto da Microsoft® em desfavor dos produtos dos competidores. Ademais, a Microsoft® ativamente dificultava o desenvolvimento de softwares que realizassem a mesma função do Windows Media Player mantendo informações sobre o funcionamento de seu sistema operacional em sigilo. As informações necessárias para que houvesse interação completa entre os softwares

desenvolvidos, os servidores da Microsoft® e o sistema operacional da empresa foram deliberadamente negadas sob pretexto de segredo industrial. A União Europeia considerou o exercício do direito de propriedade intelectual da Microsoft® como abusivo, a decisão impôs o pagamento de multa no valor de €457.000.000,00, além da comercialização de computadores que não possuíssem o software Windows Media Player pré-instalado e a liberação das informações sigilosas no prazo de 90 dias (UNIÃO EUROPEIA, 2007).

A multa aplicada foi a maior da história da União Europeia até o momento. O processo foi reconhecido como um marco histórico e gerou precedentes sobre o papel ativo que a EU tomaria frente à regulação de sua economia (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2007), principalmente referente à concorrência desleal e abuso de propriedade intelectual.

Em caso similar a Microsoft® foi condenada por vender o navegador Internet Explorer pré-instalado em computadores que utilizam seu sistema operacional. A Comissão Europeia condenou a empresa por conduta anticoncorrencial utilizando os mesmos argumentos da ação sofrida pela Microsoft® em 2004. O caso do navegador Internet Explorer terminou em 2009 com um acordo entre a Microsoft® e a Comissão Europeia resultando em uma multa no valor de € 561.000.000,00 e na possibilidade de escolha do navegador por parte do usuário através de um menu, presente em todos os computadores comercializados na União Europeia a partir da data do processo (BUHR, C, BULST, F, FOUCAULT, J. E KRAMLER, J. 2010).

Historicamente, a Microsoft® tem excedido os direitos da propriedade intelectual, infringindo as legislações de defesa da concorrência globalmente. Ao abusar desse direito, a empresa influencia diretamente no Direito de Concorrência do mercado de software. Posto isso, surgiu um movimento denominado de Software livre em direção oposta às legislações de propriedade intelectual. A filosofia que fundamenta o movimento é a aparente ineficácia das legislações dos Estados ao permitir a formação de concorrência e abuso da propriedade intelectual por grandes corporações, como a Microsoft Corporation.

3.4 SOFTWARE LIVRE EM CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL

O Software livre é um movimento político filosófico que objetiva a reprodução, alteração, execução e distribuição do código-fonte do Software por parte do usuário

gratuitamente, possibilitando com que o consumidor aprimore o software e possa criar funcionalidades com base nas suas necessidades.(apud DEGRAF, 2006)

O movimento surgiu nos anos 80 após Richard Matthew Stallman ser interrompido durante a escrita de um dos seus trabalhos devido a um problema da impressora que utilizava. Ao solicitar o código-fonte da impressora para que ele pudesse solucionar o problema, teve o seu pedido recusado sob o argumento de ferir a propriedade intelectual da empresa proprietária da impressora. Insatisfeito, Stallman começou a defender a acessibilidade aos códigos-fontes dos software, sendo considerado o pioneiro do movimento (STALLMAN, R. 2002).

Posteriormente, Stallman fundou a organização sem fins lucrativos denominada de Free Software Foundation (FSF) ou Fundação Software Livre que embasam a sua ideologia e objetivo nos seguintes moldes:

À medida que nossa sociedade se torna mais dependente de computadores, o software que executamos é de importância crítica para garantir o futuro de uma sociedade livre. Software livre significa ter controle sobre a tecnologia que usamos em nossas casas, escolas e empresas, onde os computadores funcionam para nosso benefício individual e comunitário, não para empresas proprietárias de software ou governos que possam tentar nos restringir e monitorar. A Free Software Foundation usa exclusivamente software livre para realizar seu trabalho.

A Free Software Foundation está trabalhando para garantir a liberdade dos usuários de computador, promovendo o desenvolvimento e o uso de software e documentação livres - particularmente o sistema operacional GNU - e fazendo campanha contra ameaças à liberdade do usuário de computador, como Gerenciamento de Restrições Digitais (DRM) e patentes de software (FSF).

Stallman via o software registrado como uma ameaça à liberdade e fundou o Movimento do Software Livre para promover o uso de software livre e de código aberto como alternativa. O movimento cresceu ao longo dos anos e agora inclui muitas organizações e indivíduos que compartilham as crenças de Stallman e apoiam o uso de software livre e de código aberto. O FSF é frequentemente associado ao movimento de código aberto, focado no desenvolvimento de software com código aberto de maneira colaborativa, no entanto, apesar de defenderem aspectos similares da liberdade de software os dois são movimentos diferentes e possuem visões distintas sobre como alcançar seus objetivos, portanto, o discernimento entre ambos se faz particularmente importante nessa discussão (LEVINE, S., PRIETULA E MICHAEL J. 2014).

O FSF é uma opção viável para muitas pessoas e organizações, temos exemplos de sucesso como é o caso da Wikipedia, Linux ou do popular jogo Minecraft (BRITANNICA, 2022). O uso de software livre e de código aberto pode trazer muitos benefícios, como maior segurança, maior controle sobre o software e redução de custos. No entanto, também existem algumas desvantagens potenciais, como falta de suporte e facilidade de uso. Em última análise, se o FSF é uma opção viável para um determinado indivíduo ou organização dependerá de suas necessidades e preferências específicas. No caso do Brasil, o FSF não viola a lei de propriedade intelectual, apesar de militar contra a existência da mesma, tanto o software livre como o proprietário coexistem no ecossistema econômico brasileiro, sendo o parecer final pertencente somente ao consumidor (CARMONA, A. 2008).

Para o consumidor brasileiro médio o software proprietário oferece um maior número de vantagens, como uma interface de usuário mais amigável e intuitiva, suporte continuado ao consumidor pagante e a maior riqueza de recursos prontamente disponíveis aos seus usuários (GARCIA, M., et al. 2010). Em troca desses benefícios alguma liberdade do consumidor é perdida, porém a parcela da população que ativamente se beneficiaria dessa liberdade é discutivelmente pequena.

A existência do Movimento Software Livre e do Movimento Código aberto são provas de um descontentamento geral da população acerca da aplicabilidade das leis de PI, que podem ser mal utilizadas por corporações que detém grande poder econômico para sufocar a concorrência e a inovação agindo de maneira amparada pela legislação vigente.

O FSF em si não soluciona as muitas problemáticas associadas à concorrência desleal e abuso de direito de propriedade intelectual, apenas aponta uma possibilidade de incentivo à inovação que não envolva as leis de propriedade intelectual.

Conforme apresentado nos processos envolvendo a empresa Microsoft® em âmbito global descritos ao longo desse capítulo, constataram-se as violações ao Direito da Concorrência frente às legislações dos países e das empresas concorrentes. Ao mesmo tempo que as grandes corporações utilizam as leis de proteção à propriedade intelectual em seu favor, essas legislações não cumprem seu objetivo de incentivar a inovação e proteger proprietários vulneráveis. Dessa maneira, uma vez que grandes corporações agem de má-fé enquanto amparadas pela lei, apenas uma mudança substancial na legislação ou em sua aplicação podem gerar impactos positivos na proteção da propriedade intelectual e suas aplicações no Brasil.

CAPÍTULO 4 - PERMISSIVIDADES DA LEIS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Como discutido anteriormente, as leis de propriedade intelectual se justificam perante as bases do incentivo à inovação e da proteção aos direitos dos autores. Sem que ambas premissas estejam garantidas pela lei e suas aplicações, restam apenas as restrições impostas à população.

Como sociedade, faz-se necessário questionar constantemente a legislação em busca de melhorias, colocando sempre na balança os benefícios de qualquer lei ou conjunto das mesmas contra a restrição à liberdade individual imposta por ela. No caso das leis de PI devemos avaliar o fato de que elas podem criar barreiras ao acesso e à disseminação do conhecimento (REY, P. E SALANT, D. 2012). Por exemplo, se uma informação ou um trabalho criativo estiver protegido pela lei de propriedade intelectual, outras pessoas podem não conseguir usar ou compartilhar essas informações sem a permissão do criador, o que pode limitar sua disseminação. Isso pode ser particularmente problemático no caso de informações importantes ou que salvam vidas, como pesquisas médicas ou inovações tecnológicas.

Outra desvantagem potencial das leis de PI é que elas podem ser difíceis de aplicar, especialmente na era digital, quando as informações podem ser facilmente copiadas e compartilhadas online. Isso pode tornar um desafio para os criadores proteger sua PI e receber todos os benefícios de suas criações.

Além disso, alguns críticos argumentam que as leis de propriedade intelectual podem ser mal utilizadas para sufocar a concorrência e a inovação. Por exemplo, uma empresa com um forte portfólio de PI pode usar seus direitos legais para impedir que outros desenvolvam produtos ou tecnologias concorrentes, mesmo que esses produtos ou tecnologias beneficiem os consumidores. Isso pode criar uma situação de monopólio e inibir o progresso e a inovação (REY, P. E SALANT, D. 2012).

Essas restrições são altamente relevantes para várias áreas do desenvolvimento humano, tangenciando inclusive na discussão dos Direitos Fundamentais. Portanto, a avaliação sobre o desempenho da legislação deve ser constante, possuir parâmetros claros e mensuráveis e se a qualquer momento essa avaliação indicar que a lei está sendo hipossuficiente na execução de seu objetivo, a legislação deve ser alterada para que a mesma cumpra seu devido papel.

Apesar do acesso à tecnologia não ser explicitamente reconhecido como um direito humano, pode-se argumentar que a DUDH, que é a articulação mais amplamente aceita dos direitos humanos internacionais, implica o acesso à tecnologia como direito humano, por meio de outros direitos humanos, como o direito à educação e o direito à informação. Com base nessa argumentação, a inclusão digital e acesso à tecnologia age como uma maneira de concretizar esses direitos.

Além disso, na sociedade da informação a tecnologia se prova cada vez mais necessária para a participação plena em muitos aspectos da vida moderna, como acesso à educação, participação no processo político e procura de emprego. Assim, podemos entender o acesso à tecnologia como forma de concretizar tanto o direito a um padrão de vida adequado quanto o direito de participar da vida cultural, ambos explicitados pela DUDH.

Recentemente foi aprovado pelo Senado Federal a PEC 47/2021 de autoria da Senadora Simone Tebet, que pretende inserir a inclusão digital no rol dos Direitos Fundamentais presente na Constituição Federal. Caso a PEC promova a emenda à constituição, haverão ainda mais argumentos legais a favor do forte monitoramento dos efeitos das leis de PI e de Software no Brasil (FRAGOSO, R. 2022).

4.1 PROPOSTAS DE MUDANÇAS NA LEI DE SOFTWARE

No Brasil, o software pode ser registrado em três áreas dentro da PI, são elas: o registro de software, direito autoral e registro de patente (INPI, 2022) diferentemente do que pode ser observado nos Estados Unidos e União Europeia, nos quais as legislações protetivas ao programa de computador são associadas ao direito autoral e de patente dos inventores. Quando a Lei de Software entrou em vigência no ordenamento brasileiro, em 1998, tanto a tecnologia e a maneira como a sociedade a vê eram completamente diferentes do que ocorre nos dias atuais. Desde então, houve uma evolução exponencial dos usos de software e de sua importância na sociedade como um todo, podemos destacar os smartphones, computadores pessoais e a internet wireless (wi-fi) que podem ser encontrados em praticamente todos os domicílios atualmente (GOVERNO FEDERAL, 2021). Tais evoluções jamais poderiam ter sido previstas pelos legisladores que escreveram a primeira versão da lei de software em 1998, o mundo para o qual a lei foi criada não existe mais e a lei, por sua vez, não fez mais sentido em sua versão atual.

Previamente no presente trabalho, foram discutidas as repercussões do atual prazo de proteção garantido pela Lei de software, atualmente 50 anos contados a partir do primeiro de

janeiro do ano subsequente ao efetivo registro. Em 1998 quando o prazo foi estipulado pelos legisladores o próprio conceito de software estava em constante evolução. No século XX a humanidade vivenciou o maior “boom tecnológico” de toda a sua história, marcado por inúmeros avanços em todas as áreas do conhecimento, não haviam motivos para acreditar que com os softwares a situação seria diferente. Em cinquenta anos o cenário tecnológico de qualquer área muda drasticamente, na medicina por exemplo, foram desenvolvidas e disseminadas as vacinas que erradicaram muitas doenças letais como a varíola, sarampo e poliomielite (FIOCRUZ, 2011), houveram avanços significativos na prática cirúrgica que hoje em dia pode ser feita inclusive por nanorobôs (OLAVARRIETA, J., et al. 2007), surgiu um novo campo de atuação do profissional médico na telemedicina que tornou o tratamento mais rápido, prático e acessível (CRUZ, A., MARQUES, A. E MALDONADO, J., 2016) e o uso de equipamentos de imagem como o Raio-X, Ressonância Magnética e Tomografia tornaram os diagnósticos mais precisos e eficientes (NAVARRO, M. 2009). Todas essas invenções que melhoraram drasticamente a qualidade e expectativa de vida da população mundial surgiram dentro dos últimos 50 anos. Similarmente com os programas de computador, presenciamos inovações como a criação e disseminação da World Wide Web ou internet (HILBERT, M. E LÓPEZ, P., 2011), o desenvolvimento de S.O's totalmente móveis, a adoção de Graphical User Interfaces (GUI) que tornaram a navegação muito mais acessível e intuitiva para a população em geral (BRITANNICA, 2022) e estamos vivendo atualmente o surgimento de Inteligências Artificiais extremamente avançadas que com Machine Learning são capazes de realizar pesquisa que levariam anos para seres-humanos em questão de minutos (BRITANNICA, 2022).

A taxa na qual a tecnologia se torna obsoleta pode variar dependendo de vários fatores, como o tipo de tecnologia, o mercado em que está inserida e o ritmo do progresso tecnológico. Em geral, no entanto, é seguro dizer que a tecnologia se torna obsoleta na sociedade da informação relativamente rápido, especialmente no mundo acelerado dos eletrônicos de consumo. Por exemplo, um smartphone com apenas alguns anos pode não ser mais capaz de executar a versão mais recente de seu sistema operacional ou oferecer suporte aos aplicativos e serviços mais recentes. Em alguns casos, uma peça de tecnologia pode se tornar obsoleta em apenas alguns meses ou até semanas (KANG, 2017).

Dessa maneira, pode-se afirmar com clareza que 50 anos representa um lapso temporal demasiadamente longo quando se tratando de tecnologia. Um produto protegido pela Lei de software será criado, disseminado no mercado e atingirá a obsolescência mercadológica em alguns anos, deixando de ser consumido e gerar lucros ao seu criador, sua

proteção no entanto, permanece por longas décadas. Quando a tecnologia se torna de domínio público 50 anos após o seu registro, a abertura do código-fonte para os competidores discutivelmente não possui mais valor inovativo, uma vez que o mundo já vive um novo paradigma científico tecnológico.

Conclui-se naturalmente que a Lei de Software cumpre seu papel de proteger os trabalhos intelectuais de indivíduos e empresas, como pretendido pela legislação, ao longo dos primeiros anos a partir do registro. No entanto, durante a maior parcela na qual ainda se encontra em vigência a proteção da propriedade intelectual do software, a população sente somente os aspectos restritivos da legislação, desprovidos dos benefícios que a justificam em primeiro lugar.

Vale reiterar que apesar das muitas críticas à existência da propriedade intelectual, ela continua sendo aceita mundialmente como o motor mais eficiente da garantia da inovação, mesmo que vista por muitos intelectuais da área como um mal necessário. O presente trabalho reconhece as vantagens obtidas pela proteção exercida pelo direito à propriedade intelectual de Software e não visa a extinção da legislação, mas sim propor mudanças legislativas que podem trazer a Lei de Software para mais perto do cumprimento de seu propósito inicial.

A legislação internacional acerca do registro de software varia de acordo com o país a ser analisado. Nos Estados Unidos e União Europeia, como esclarecido ao longo do Capítulo 2, não há diferenciação entre o registro de software e outros tipos de patentes, dessa maneira, os prazos de proteção ao software registrado são definidos pelas leis de patente. Nos Estados Unidos o prazo de proteção é de 20 anos a partir do registro e na União Europeia o prazo de proteção é de apenas 5 anos, havendo a possibilidade de renovação desse prazo até 5 vezes, totalizando 25 anos de proteção máxima, no entanto, não há garantia de que será efetivada a renovação caso o software se demonstre mercadologicamente obsoleto. Comparativamente, os 50 anos de proteção oferecidos pela legislação brasileira, se mostra incompatível com a legislação internacional que rege o registro de propriedade intelectual de software. Tendo em mente os prazos de proteção utilizados internacionalmente, o presente trabalho sugere uma alteração no art. 2º § 2º da Lei nº 9.609/98 (Lei do Software) que atualmente possui a seguinte redação:

Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

§ 2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação (BRASIL, 1998).

A alteração sugerida é a de diminuir o prazo de tutela dos direitos relativos a programa de computador em 30 anos, totalizando 20 anos de proteção à propriedade intelectual do software. Segue a redação sugerida:

Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

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

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

O prazo de tutela dos direitos relativos ao programa de computador de 20 anos é mais compatível com a legislação internacional e continua sendo um prazo relativamente longo, quando referente ao mercado de softwares de consumo. É difícil afirmar com certeza se o crescimento tecnológico é exponencial, uma vez que ele depende de vários fatores e pode variar ao longo do tempo. No entanto, observa-se que a tecnologia avançou em um ritmo acelerado nos últimos 50 anos, e há razões para acreditar que essa tendência continuará no futuro próximo. Tendo em vista essa interpretação dos eventos recentes, e previsão de eventos futuros, o prazo sugerido pode até ser considerado conservador e ainda assim é passível de discussão dados argumentos cabíveis.

Se futuros programas de computador registrados no Brasil se tornarão completamente obsoletos dentro do prazo estipulado de 20 anos, ou se sua entrada no domínio público providenciará valiosas informações aos inventores em potencial, somente o futuro dirá. A tentativa estudada e bem intencionada, no entanto, terá sido feita por parte do seguinte trabalho e estudos posteriores acerca dos efeitos dessa alteração na legislação serão necessários para averiguar com efetividade seus efeitos.

Os efeitos da mudança da legislação afetaria apenas aqueles que registrarem seus programas de computador a partir da data da alteração da lei. Os proprietários dos registros de software, bem como aqueles que adentraram com pedido de registro no INPI anterior à vigência da alteração da lei, não seriam prejudicados. Conforme previsão da Lei de

Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), em seu art. 6º, § 2º e o art. 5, inciso XXXVI da Constituição Federal:

“Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (BRASIL, 1988) ”;

Dessa maneira, os efeitos somente poderão ser mensurados passados 50 anos da alteração da legislação, uma vez que programas registrados ou solicitados perante o INPI no ano anterior à mudança da lei ainda aproveitariam as benesses dos direitos sobre o invento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo inicial do presente trabalho era analisar se a empresa Microsoft® cometia abuso de direito de propriedade intelectual.

No entanto, ao longo das investigações, foi encontrada uma longa lista de atos de concorrência desleal cometidos de maneira semelhante em diversos países em face de empresas concorrentes. Com as investigações finalizadas foi possível chegar à seguinte conclusão: a empresa Microsoft® não promove abuso do direito de propriedade intelectual. Assim como outras grandes corporações, a Microsoft® utiliza de seu grande poder econômico para explorar seus direitos ao máximo, beirando às vezes o abuso de direitos e em outras sendo condenada pelo mesmo crime. No entanto, foi possível notar que as práticas pautadas em má-fé foram cuidadosamente construídas, por um time jurídico e comercial habilidosos, de maneira a obedecer a legislação enquanto inibe a possibilidade de justa competição. Em conclusão, a legislação vigente é permissiva às práticas anticoncorrenciais. Dessa maneira, a solução não se encontra na punição da empresa que abusa do sistema vigente, mas sim a mudança na própria legislação pertinente ao software que não somente permite, mas encoraja tal abuso.

Referências

ALVES, P. **Seis riscos de usar programas crackeados**. TECHTUDO. 16 de dez. de 2018. Disponível em:

<https://www.techtudo.com.br/listas/2018/12/seis-riscos-de-usar-programas-crackeados.ghtml>.

BARBOSA, Marco Antonio. Pluralismo jurídico na sociedade da informação. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, ano 6, n. 20, p. 114-134, jul./set. 2012. p. 130-131.

BARBOSA, D. **Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual**. 2002. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27576-27586-1-PB.pdf>. Acesso em 15 de nov. de 2022.

BARTIK, Jean J. **Pioneer Programmer: Jean Jennings Bartik and the Computer that Changed the World**. Truman State University Press, 2013.

BASSO, Maristela. **O Regime Internacional de Proteção da Propriedade Intelectual da OMC/TRIP's**. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). OMC e o Comércio Internacional. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

BERTRAND, André. **A proteção jurídica dos programas de computador**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. World Intellectual Property Organization. 09 de jun. de 2022. Disponível em: <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/docs/pdf/berne.pdf>.

BRASIL. **Constituição (1824)**. **Lex: Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 15 de nov. de 2022.

BRASIL. **Constituição (1891)**. **Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 15 de nov. de 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. **Lex: Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de nov. de 2022.

BRASIL. **Lei de Propriedade Industrial**, de 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 15 de nov. de 2022.

BRASIL. **Lei do Software** de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm#:~:text=LEI%20N%209.609%20%2C%20DE%2019,País%2C%20e%20dá%20outras%20providências.. Acesso em 15 de nov. de 2022.

BRASIL. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. de 2012.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em 10 de dez. de 2022.

Brasil ocupa o 5º lugar no ranking global de acessos a sites pirata. Época Negócios. 08 de mar. de 2022. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2022/03/epoca-negocios-brasil-ocupa-o-5o-lugar-no-ranking-global-de-acessos-a-sites-pirata.html>

BRITANNICA. **The Editors of Encyclopaedia Britannica, 2022.** Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/Wikipedia>. Acesso em 03 de dez. de 2022.

BRITANNICA. **Graphical User Interface.** 2022. Disponível em: <https://www.britannica.com/technology/graphical-user-interface>. Acesso em 03 de dez. de 2022.

BRITANNICA. **Machine Learning.** 2022. Disponível em: <https://www.britannica.com/technology/machine-learning>. Acesso em 03 de dez. de 2022.

BRITO, D. **Por que a pirataria no Brasil é tão fácil?.** Época Negócios. 28 de nov. de 2017. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/economia/noticia/2017/11/por-que-pirataria-e-tao-facil-no-brasil.html>.

BROMLEY, Allan G. (Setembro de 1982). «**Charles Babbage's Analytical Engine, 1838**» (PDF). Charles Babbage's Analytical Engine, 1838. Acesso em 01 de novembro de 2022.

BUHR, C, BULST, F, FOUCAULT, J. E KRAMLER, J. **The Commission's decision in the Microsoft Internet Explorer case and recent developments in the area of interoperability.** 2010. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2010_1_12.pdf. Acesso em 01 de dez. de 2022.

BURNLEY, D. G., "4th Generation System Development", VAX/RSTS Professional, August 1983, pp. 48-50.

CARMONA, A. **O software livre no limite da propriedade intelectual: uma breve apresentação.** 2008. Disponível em: <http://tcc.bu.ufsc.br/Economia291880.pdf>. Acesso em 01 de dez. de 2022.

CNN BRASIL. **Microsoft passa a ter valor de mercado superior a US\$ 2 trilhões. 2021.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/microsoft-passa-a-ter-valor-de-mercado-superior-a-us-2-trilhoes/>. Acesso em 08 de novembro de 2022.

COSTA, A., SANTANA, H. E ALMEIDA, W. 2014. **O não cumprimento dos contratos de licença e uso de software e sua distribuição indevida por não detentor de direito autoral.** 2014. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p179.pdf. Acesso em 16 de nov. de 2022.

COSTA, F. **O Crime De Pirataria Na Era Da Informação**. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/193762>. Acesso em: 15 de nov. de 2022.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Decision of 24 May 2004 relating to a proceeding pursuant to Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement against Microsoft Corporation (Case COMP/C-3/37.792 — Microsoft)** (notified under document number C(2004) 900) (Text with EEA relevance). Recorrente: Comissão das Comunidades Europeias. Recorrido: Microsoft Corp. 2007.

CRUZ, A., MARQUES, A. E MALDONADO, J. **Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil**. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/54bg8d5mfWmCC9w7M4FKFVq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 03 de dez. de 2022.

DEGRAF, R. **Software Livre como meio de promoção ao direito à educação e combate à exclusão digital**. 2006. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31071/784.pdf?sequence=1>. Acesso em 01 de dez. de 2022.

Empresas buscam profissionais mais qualificados, diz pesquisa. G1 Globo. São Paulo. 19 de nov. de 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2015/11/empresas-buscam-profissionais-mais-qualificados-diz-pesquisa.html>.

EUA, Estados Unidos da América. **Constitution Of The United States**, de 1798. Disponível em https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 16 de nov. de 2022.

FERRAZ, R. **Cinto de segurança de três pontos: em 60 anos, um milhão de pessoas salvas**. 24 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/cinto-de-seguranca-de-tres-pontos-em-60-anos-um-milhao-de-pessoas-salvas>

FILHO, M. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 1º edição. São Paulo. Editora Saraiva. 1990.

FIOCRUZ. **A poliomielite**. 2011. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/poliomielite#:~:text=A%20doença%20já%20foi%20erradicada,o%20vírus%20para%20outros%20países>. Acesso em 01 de dez. de 2022.

FONSECA, M. **Exclusivo: seis a cada dez PMEs brasileiras ainda usam esta ferramenta para suas contas: O Microsoft Excel ainda é o software preferido das micro, pequenas e médias empresas do país, receosas em adotar novas tecnologias de contabilidade**. Disponível em <https://revistapegn.globo.com/Empreender/noticia/2019/11/exclusivo-seis-cada-dez-pmes-brasileiras-ainda-usam-esta-ferramenta-para-suas-contas.html#:~:text=O%20Microsoft%20Excel%20ainda%20é,adotar%20novas%20tecnologias%20de%20contabilidade&text=Transforma>

ção%20digital%20é%20um%20assunto,pequenas%20e%20médias%20empresas%20brasileiras. Pequenas empresas Grandes Negócios. Acesso em: 16 jul. 2022.

FRAGOSO, R. **Senado aprova PEC que torna inclusão digital um direito fundamental.** 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2022/06/senado-aprova-pec-que-torna-inclusao-digital-um-direito-fundamental>. Acesso em 01 de dez. de 2022.

FUEGI, J. e FRANCIS, J. **“Lovelace and Babbage and the creation of the 1843 ‘notes’”.** IEEE Annals of History of Computing, 2003.

FUNG, B. FTC tenta bloquear aquisição da Activision Blizzard pela Microsoft na Justiça. CNN. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/ftc-tenta-bloquear-aquisicao-da-activision-blizzard-pela-microsoft-na-justica/>. Acesso em 10 de dez. de 2022.

GARCIA, M. **Software livre em relação ao software proprietário: aspectos favoráveis e desfavoráveis percebidos por especialistas.** 2010. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiJtJ-2k_37AhVZqJUCHQwYDJoQFnoECCsQAQ&url=https%3A%2F%2Fseer.uscs.edu.br%2Findex.php%2Frevista_gestao%2Farticle%2Fdownload%2F1061%2F847&usg=AOvVaw3PwQJm5QehYbfXVg5FamtY. Acesso em 02 de dez. de 2022.

GATES, B. e RINEARSON, P. **A estrada do futuro.** São Paulo: Companhia das letras, 1995, p-17.

GOVERNO FEDERAL. **Pesquisa mostra que 82,7% dos domicílios brasileiros têm acesso à internet.** 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2021/abril/pesquisa-mostra-que-82-7-dos-domicilios-brasileiros-tem-acesso-a-internet>. Acesso em 02 de dez. de 2022.

HILBERT, M. E LÓPEZ, P., **The World’s Technological Capacity to Store, Communicate, and Compute Information.** 2011. Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/science.1200970>. Acesso em 10 de dez. de 2022.

INPI. busca.inpi.gov.br, 1996. **Certificado de Registro de Computador.** Disponível em <https://busca.inpi.gov.br/pePI/servlet/ProgramaServletController?Action=detail&CodPedido=2064&SearchParameter=>. Acesso em 20 de nov. de 2022.

INPI. busca.inpi.gov.br, 2009. **Certificado de Registro de Computador.** Disponível em <https://busca.inpi.gov.br/pePI/servlet/ImagemDocumentoPdfController?CodDiretoria=700&NumeroID=076893&certificado=undefined&numeroProcesso=undefined&ipasDoc=undefined&action=CertificadoDocumento>. Acesso em 13 de jun. 2022.

JEFFERSON, T. **[Correspondência].** Destinatário: Isaac McPherson. Washington, 13 de ago. de 1813. Carta.

KANG, L. L. **Echo: Listening to the Reflection of Obsolete Technology.** In: **Proceedings of the 2017 ACM Conference Companion Publication on Designing Interactive Systems.** ACM, p. 305-308, 2017.

LEVINE, S., PRIETULA E MICHAEL J. **Open Collaboration for Innovation: Principles and Performance.** 2014. Disponível em: <https://pubsonline.informs.org/doi/10.1287/orsc.2013.0872>. Acesso em 01 de dez. de 2022.

MANSO, Eduardo Vieira. **A Informática e os direitos intelectuais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p 231.

Mapa da nova pobreza: Estudo revela que 29,6% dos brasileiros têm renda familiar inferior a R\$ 497 mensais. FGV. Rio de Janeiro.18 de jul. de 2022. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/mapa-nova-pobreza-estudo-revela-296-brasileiros-tem-renda-familiar-inferior-r-497-mensais>.

MARX, K. **Capital: A Critique of Political Economy. Volume I: The Process of Capitalist Production. Vol. 1: O Processo de produção capitalista.** (Chicago: Charles H. Kerr & Company, p. 51, 1867.

Mercado brasileiro de software cresce, mas perde duas posições no contexto mundial. ABES Associação Brasileira das empresas de Software, 2020. Disponível em: <https://abes.com.br/mercado-brasileiro-de-software-cresce-mas-perde-duas-posicoes-no-conte-xto-mundial/>.

MIYASHITA, Yoshiyuki, **International Protection of Computer Software.** Computer Law Journal, v. 11. n. 1. 1991, p. 50.

MORLEEY, Deborah (2004). **Computers and Technology in a Changing Society.** Thomson/Course Technology. p. 6.

NAVARRO, M. **Evolução tecnológica do radiodiagnóstico. In: Risco, radiodiagnóstico e vigilância sanitária.** Salvador: EDUFBA, pp. 31-36.2009.

NORTON, Peter. **Introdução à informática.** São Paulo: Makron Books, 1996.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos,** 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

PIMENTEL, Luiz Otávio; DEL NERO, Patrícia Aurélia. Capítulo III. **Propriedade Intelectual.** In: **BARRAL, Welber (org.). O Brasil e a OMC.** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 47-63.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Propriedade Intelectual.** 2007. Disponível em: <http://www.culturalivre.org.br/>. Acesso em 15 de nov. de 2022.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **Direito internacional da propriedade intelectual: fundamentos, princípios e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. P-14.

PRESSMAN, Roger S. **Engenharia de software: uma abordagem profissional**. 7ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2011.

OLAVARRIETA, J., et al. **Historia, evolución, estado actual y futuro de La cirugía robótica**. Revista de La Facultad de Medicina, Caracas, v.30, n.2, p.109-114, dez. 2007.

REILLY, D. **What the i4i-Microsoft patent case means for software users**. CNET. 2011. Disponível em: <https://www.cnet.com/tech/services-and-software/what-the-i4i-microsoft-patent-case-means-for-or-software-users/>. Acesso em 01 de dez. de 2022.

ROUSSEAU, J. **O contrato social**. In: Oeuvres completes, tome III. Collection “Pléiade”. Paris: Gallimard, 1757.

ROSA, G. **Google Drive vai abrir arquivos do Microsoft Office direto no modo de edição**. Uol. 29 de out. de 2020. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/google-drive-abrir-arquivos-office-modo-edicao/>.

ROSIN, R. F. **Supervisory and monitor systems**. Computing Surveys, 1969, p 37-54.

SETTI, R. **Prédio da Candido Mendes em Ipanema vai a leilão por dívida**. O Globo. 02 de fev. de 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/predio-da-candido-mendes-em-ipanema-vai-leilao-por-divida-20589779>.

SILVA, D. **O conflito de interesses na proteção do software por patentes: o caso da União Europeia**. Dissertação (MBA em Análise de Políticas Públicas em Inovação e Propriedade Intelectual) - Universidade Federal do Rio de Janeiro/INPI, 2007.

SILVA, J. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª edição. Brasil. PC Editorial Ltda. 01 de jan. de 1998.

SMITH, A. **An Inquiry into Nature and Causes of the Wealth of Nations**. New York: A.M. Kelley, p.85 (Book I, Chapter III, “Wages of Labour”).1776.

STALLMAN, Richard M. **Free software, free society: Selected Essays of Richard M. Stallman**. Joshua Gray Editor, 2002. Disponível em: <https://www.gnu.org/philosophy/fsfs/rms-essays.pdf> . Acesso em: 01 de dez. de 2022.

SOMMERVILLE, D. **The Complete Illustrated History of World War Two: An authoritative account of the deadliest conflict I human history with analysis of decisive encounters and landmark engagements**. 1º edition. London. Lorenz Books. 2009.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática**. 7. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 768.

TERRA. Qual o sistema operacional de PC mais usado do mundo?. 2022. Disponível em: <https://www.terra.com.br/byte/qual-o-sistema-operacional-de-pc-mais-usado-do-mundo,d898>

2ba2f7924362a52083bb8828d757q18ztp5f.html#:~:text=1.,segundo%20colocado%20com%20bastante%20folga. Acesso em 08 de novembro de 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Corte Grand Chamber (1º instância). Case T 201/04. **Competition - Abuse of dominant position - Client PC operating systems - Work group server operating systems - Streaming media players - Decision finding infringements of Article 82 EC - Refusal of the dominant undertaking to supply and authorise the use of interoperability information - Supply by the dominant undertaking of its client PC operating system conditional on the simultaneous acquisition of its media player - Remedies - Appointment of an independent monitoring trustee - Fine - Determination of the amount - Proportionality.** Recorrente: Comissão das Comunidades Europeias. Recorrido: Microsoft Corp. 2007.