

01

2013 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



Desafios da intervenção antitruste em indústrias de rede

Leandro Saito¹

RESUMO

O presente artigo busca analisar as implicações da intervenção antitruste sobre as chamadas indústrias de rede: setores de alta tecnologia com a presença de redes virtuais. Da análise das principais características destes mercados, como a possibilidade de discriminação de preços nos diferentes lados da cadeia, a velocidade de expansão da rede e as implicações da necessidade de compatibilidade dos elementos da rede, apontam-se breves implicações na análise sob a ótica antitruste tradicional. A conclusão aponta para a necessidade de revisão da tradicional metodologia antitruste para a análise destes setores.

Palavras-chave: efeitos de rede, externalidades de rede, antitruste, indústrias de tecnologia.
JEL: K21

ABSTRACT

The article intends to analyze the implications of the antitrust intervention on network industries: high-tech markets with the presence of virtual networks. From the analysis of the main characteristics of these markets, like the possibility of price discrimination on the different sides of the market, the fast expansion of the network, and the implications of the need of compatibility between the network components, some implications on traditional antitrust analysis are indicated. The conclusion points towards the need to review the traditional antitrust methodology used in the analysis of these sectors.

Key words: network effects, network externalities, antitrust, technology industries

¹Mestrando em Direito Comercial na Universidade de São Paulo. Email: leandrosaito@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Conceito econômico de rede 2.1. As externalidades de rede 2.2. Características dos mercados de rede 2.2.1. Possibilidade de cobrança de preços diferenciados dos dois lados da rede 2.2.2. Velocidade de expansão da rede 2.2.3 Questão da compatibilidade 2.2.4. *Path dependence* e *switching costs* 3. Problemas concorrenciais particulares às indústrias de rede 3.1. Poder de mercado nas indústrias de rede 3.2. Restrições horizontais de acesso à rede 3.3. Restrições verticais em indústrias de rede 3.4. Eficiência dinâmica e inovação 3.5. Parâmetros pelos quais deve se pautar a autoridade antitruste 4. Conclusão 5. Referências Bibliográficas

1. Introdução

A Revolução Tecnológica e o surgimento da Economia da Informação trouxeram profundas mudanças sobre a sociedade e sobre as formas de interação humana. Nesse contexto, inúmeros debates tem se travado no tocante à intervenção antitruste em setores da nova economia que, por conta de suas particularidades², acabam trazendo complicações à tradicional análise antitruste de cunho neoclássico³.

Uma característica peculiar a muitos destes novos setores é a presença de redes. Podemos notá-las nos mais diversos setores, seja nas telecomunicações, nas transmissões de televisão, nas redes de transporte, bem como nos mais diversos sistemas de transmissão de dados, como a Internet. Ao lado das tradicionais redes físicas, vem ganhando especial atenção as chamadas redes virtuais. Dentro desta classificação enquadram-se quaisquer conjuntos de

²Podem ser apontadas como principais características das indústrias da nova economia a existência de: modestos investimentos de capital, taxas elevadíssimas de inovação, entrada e saída frequente de novos *players*, bem como economias de escala no consumo. Ao passo que as indústrias tradicionais seriam caracterizadas pela: dispersão da produção entre diversas unidades fabris e diversas firmas, mercados estáveis, elevados investimentos de capital, taxas modestas de inovação, e entrada lenta e não-frequente de novos *players* (POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2nd edition, Chicago: The University of Chicago Press, 2001. pp. 245-246)

³A aplicação das teorias neoclássicas, baseadas em modelos de informação perfeita e agentes racionais, vem sofrendo inúmeras críticas, sendo sua aplicação relativizada pelas autoridades antitruste. Sua inadequação atinge a análise de quaisquer mercados, sendo, porém, patentes nos mercados de alta tecnologia. Por esta razão alguns, como Calixto Salomão Filho e Luiz Fernando Schuartz, defendem que o advento dos estudos da Economia da Informação, baseados nas teorias da *hard uncertainty*, proposta por Keynes, levam a uma crise de justificação do direito concorrencial e a uma paralisia do direito antitruste (SALOMÃO FILHO, Calixto. *A paralisia do antitruste*, In GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência em homenagem ao Prof. Dr. Fábio Nusdeo*, Curitiba: Juruá, 2009. 15-31; e SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Mercados de Novas Tecnologias: Crise Anunciada do Direito da Concorrência?*, In GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Direito e Internet: Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001).

bens compatíveis que compartilhem uma plataforma técnica comum⁴. Como exemplos podemos citar o conjunto de *Blu-ray players*, o conjunto de computadores rodando *Microsoft Windows*, sistemas de serviços bancários, ou mesmo as chamadas redes sociais⁵, formadas por milhões de usuários pelo mundo.

Redes tradicionais, como ferrovias, setores de telecomunicação, eletricidade e transporte, por conta de suas características⁶, já são objeto de intensa regulação por parte do Estado. Porém, redes virtuais como a de usuários de cartões de crédito, computadores e softwares permanecem sob incipiente regulação. Estas tem trazido inúmeros problemas de natureza concorrencial, principalmente por conta dos chamados efeitos ou externalidades de rede⁷.

2. Conceito econômico de rede

De modo bem simplificado, uma rede pode ser definida como um conjunto de pontos complementares ligados entre si por meio de links⁸. Requisito essencial das redes, portanto, é a complementaridade entre pontos e links: um serviço prestado por uma rede requer, necessariamente, o uso de dois ou mais componentes da rede⁹.

Um primeiro modelo poderia ser o de uma “estrela” ligando os pontos de cada extremidade a um centro comum. Neste modelo, conhecido como “*hub and spoke*”, os pontos

⁴ECONOMIDES, Nicolas, *Antitrust issues in network industries*, disponível em: [http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides Antitrust in Network Industries.pdf](http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides%20Antitrust%20in%20Network%20Industries.pdf), acesso no dia 25/06/12, 2008. p.2.

⁵Os exemplos são inúmeros: *Facebook, Twitter, My Space, LinkedIn*.

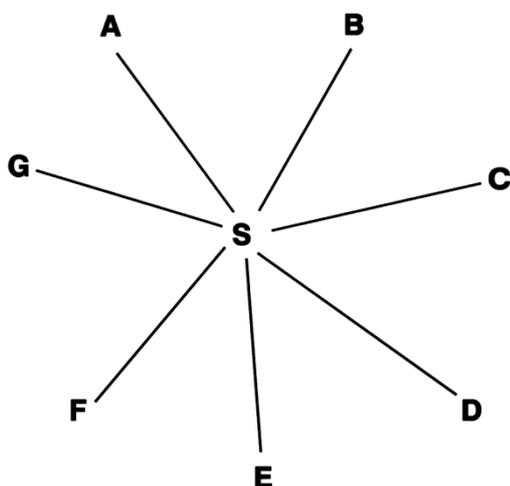
⁶Conforme Gesner Oliveira, a regulação tem como objetivo substituir os mecanismos de mercado diante de falhas consideradas insuperáveis e que podem levar a minimização do bem estar social. Por esta razão, “a atividade regulatória pressupõe uma determinada estrutura de mercado”, atuando principalmente sobre serviços prestados em caráter de monopólio natural. (OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: Panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 60-64).

⁷Conforme Stan J. Liebowitz e Stephen E. Margolis, rigorosamente, externalidades de rede e efeitos de rede não se confundem. Os efeitos de rede seriam “*the circumstance in which the net value of an action (consuming a good, subscribing to telephone service) is affected by the number of agents taking equivalent actions*”, enquanto as externalidades de rede seriam um tipo específico de efeito de rede “*in which the equilibrium exhibits unexploited gains from trade regarding network participation*”. Segundo os autores, a vantagem desta diferenciação se deve à aproximação da expressão “externalidade” ao termo usualmente utilizado em literatura econômica (LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. *Network externality: An uncommon tragedy*, In *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 8, n.º 2, 1994. p. 135).

⁸KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. *The antitrust revolution: Economics, competition, and policy*. 5th ed., New York: Oxford University Press, 2009. p. 474-476.

⁹ECONOMIDES, Nicholas, *Antitrust issues in network industries*, disponível em: [http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides Antitrust in Network Industries.pdf](http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides%20Antitrust%20in%20Network%20Industries.pdf), acesso no dia 25/06/12, 2008. p.2.

(“A, B, C, D, E, F, G”) se interconectam a um centro (“S”)¹⁰. Exemplos deste modelo de rede seriam as redes de telefonia, redes de empresas regionais de avião, empresas de entrega de correspondência, redes de rádio e televisão local. Numa rede de telefonia, por exemplo, uma ligação da pessoa “A” para pessoa “B” passaria pelo *link* “AS”, pelo centro “S” (*switch*), faria a conexão pelo link “BS”, chegando ao ponto “B”. A compatibilidade entre os links e a capacidade da estrutura central realizar as ligações sem sobrecarga são essenciais para o funcionamento desta rede. Uma característica marcante deste modelo está na importância fundamental do acesso ao centro (“S”) para ingresso no sistema. Por esta razão, esta estrutura central recebe, em determinadas situações, a classificação de “*essential facility*”¹¹. Uma representação desse modelo é exposta por ECONOMIDES¹²:



Um segundo modelo mais complexo de rede seria a junção de uma série de centros interligados. Neste caso, a rede representaria, por exemplo, a junção de duas redes de telefonia locais, sendo os centros “Sa” e “Sb” responsáveis pelas chamadas de longa distância entre um ponto “An” e um ponto “Bn”¹³. ECONOMIDES¹⁴ ilustra uma ilustração deste modelo:

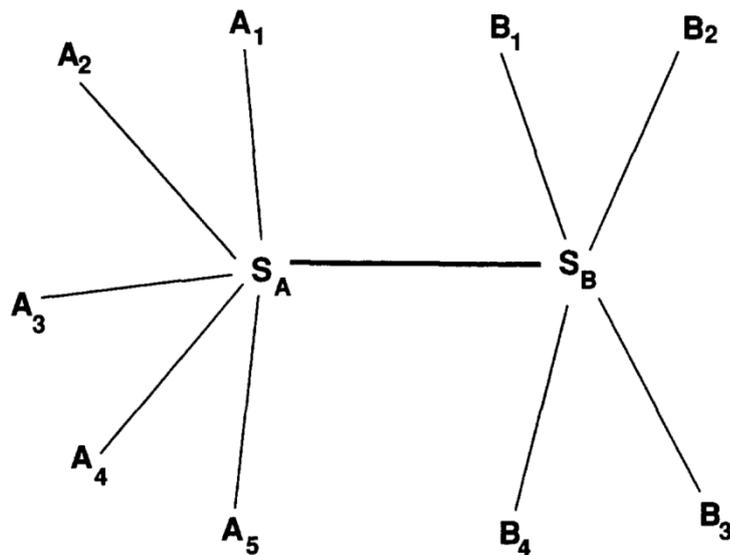
¹⁰KWOKA JR; WHITE, op. cit., pp. 474-476.

¹¹Idem, Ibidem. pp. 474-476.

¹²ECONOMIDES, Nicholas. *The Economics of Networks*. In *International Journal of Industrial Organization*, vol. 16, n. 4, 1996. p. 675.

¹³Idem, Ibidem. p. 676.

¹⁴Idem, Ibidem. p. 675.



No caso das redes virtuais, a aquisição de componentes do tipo “A” induzem a uma grande disponibilidade dos componentes complementares “B1”, “B2”, “Bn”, que, por sua vez, levam ao aumento do valor de “A”, gerando um feedback positivo. Como exemplo, podemos citar o caso de um software largamente utilizado (Componente “A”), como o *Microsoft Windows*. Seu uso pela maioria dos computadores estimularia a produção de softwares complementares, como softwares aplicativos (Componentes “B1”, “B2”, etc.), que também levariam a um aumento do valor do sistema operacional¹⁵. Cabe notar que este efeito também ocorre nas indústrias tradicionais quando o aumento da demanda por bens complementares leva ao aumento da demanda pelo bem principal. Porém, bens complementares em indústrias tradicionais possuem como característica a utilidade marginal decrescente com o aumento da quantidade demandada, diferentemente das indústrias de rede, que tem como característica a utilidade marginal crescente com o aumento do número de unidades vendidas¹⁶.

Dessa forma, uma primeira característica que sobressai nos mercados de rede é a complementaridade, ou seja, a utilidade destes bens decorre de sua utilização em conjunto com bens complementares. Por esta razão, nestes mercados, os consumidores adquirem antes sistemas do que produtos individuais. Basta pensarmos nos computadores, que não possuem utilidade sem o software, ou mesmo nas câmeras fotográficas que não registram as imagens sem o cartão de memória. Dessa primeira característica decorre um segundo requisito

¹⁵ Isso é, justamente, o que ocorre no caso do *Microsoft Windows*, em que a existência de milhares de aplicativos compatíveis com o sistema operacional dominante, criam uma barreira à entrada neste mercado, potencializada pelos efeitos de rede. Para mais informações vide SAITO, Leandro, *A “propriedade” intelectual como barreira à entrada de novos players no mercado de softwares*, IBPI. 2012. Disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/8cbb0db81986b5b6ffff8063ffffef.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2013.

¹⁶ ECONOMIDES, op. cit. 2008. pp. 4-5.

fundamental: a compatibilidade entre os bens¹⁷. Ou seja, CDs devem ter as mesmas especificações técnicas, ou padrões, do *CD Player* para que possam funcionar em conjunto¹⁸. Assim, a máxima eficiência do sistema decorreria da completa compatibilidade entre produtos de diferentes fabricantes.

No entanto, o que se constata, principalmente com relação a diversos produtos da nova economia, é que, por conta das características destes mercados, a não compatibilidade entre bens de diferentes fabricantes pode trazer benefícios ao agente detentor da rede hegemônica. Por essa razão, notamos uma crescente diferenciação entre padrões técnicos de diferentes fabricantes, associada a um aumento da complexidade do padrão utilizado para compatibilização entre os bens. A incompatibilidade surge agora como variável estratégica nos setores de tecnologia¹⁹.

2.1. As externalidades de rede

Efeitos ou externalidades de rede podem ser definidos como o fenômeno segundo o qual o valor da participação individual de cada membro aumenta de acordo com número de participantes de uma rede²⁰. Por esta razão, é comum classificá-los como uma forma distinta de economia de escala. Diversamente das economias de escala na oferta, em que o aumento da quantidade ofertada leva a uma redução de custos, as externalidades de rede se relacionam à situação em que os bens se valorizam na medida em que o número de usuários aumenta. Trata-se, portanto, de fenômeno relacionado ao lado da demanda²¹⁻²². Exemplo recorrente é o do telefone, no qual o aumento do número de usuários leva ao aumento do valor da rede como

¹⁷A compatibilidade pressupõe a existência de padrões físicos (como bitolas de redes ferroviárias, plugues elétricos, etc...) ou tecnológicos (como equipamentos que compartilhem de mesma voltagem, tvs que recebem o sinal sob a mesma codificação, etc...) similares. (KWOKA JR., WHITE, op. cit., pp. 476-477.

¹⁸SHY, Oz, *The economics of network industries*, Cambridge University Press, 2001. pp. 1-3.

¹⁹ECONOMIDES, op. cit., 1996. p. 676.

²⁰PRIEST, George L., *Rethinking antitrust Law in an age of networks*, In *Yale Law & Economics Research Paper* No. 352. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1031166>. Acesso no dia 15 out. 2011. p. 2.

²¹POSNER, op. cit., 2000. p. 928.

²²KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl. *Network externalities, competition and compatibility*, In *The American economic review*, vol. 75, n.º 3, 1985. pp. 424-440. A literatura sobre o assunto é vasta nos Estados Unidos e na Europa, dentre as principais, podemos apontar LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. *Dismal science fictions: Network effects, Microsoft, and antitrust speculation*, In *Policy analysis*, n.º 324, 1998; LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. *Network externality: An uncommon tragedy*, In *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 8, n.º 2, 1994, pp. 133-150. LEMLEY, Mark. *Intellectual property rights and standard-setting organizations*, In *California law review*, vol. 90, 2002. pp. 1889-1980. LEMLEY, Mark; MCGOWAN, David. *Legal implications of network economic effects*, In *California law review*, vol. 86, 1998. pp. 479-612; ECONOMIDES, Nicholas. *Network externalities, complementarities, and invitations to enter*, In *The European journal of political economy*, vol. 12, 1996. pp. 211-232; SHAPIRO, Carl. *Antitrust in network industries*. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0593.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2012.

um todo, uma vez que qualquer pessoa que ingressar nela terá um maior número de pessoas com quem falar²³⁻²⁴.

Em outras palavras, quanto mais consumidores ingressarem em uma rede, mais atrativa ela será, gerando, assim, um *feedback* positivo que se auto alimenta. A rede será, portanto, mais valiosa quando todos os consumidores (ou quase todos) nela ingressarem, levando, assim, à tendência da manutenção de poucas redes substitutas²⁵. Disso decorre uma tendência de concentração de mercado nestes setores.

2.2. Características dos mercados de rede

2.2.1. Possibilidade de cobrança de preços diferenciados dos dois lados da rede

Indústrias de rede possuem estrutura diversa das tradicionais estruturas *one-sided*. Estas novas indústrias caracterizam-se por serem *multi-sided platforms*. Ou seja, nestas, a empresa estrategicamente distribui seu faturamento em um ou nos dois lados da rede²⁶. Como exemplo podemos citar os mecanismos de busca de internet: ao mesmo tempo em que os proprietários dos sites não cobram nada do usuário pelo uso de seus serviços, seus espaços publicitários são comercializados por elevados preços dos anunciantes, de modo que o aumento do número de usuários do sistema influi na valorização dos espaços publicitários do site. Tal característica traz profundas consequências sobre a estrutura de preços neste setor²⁷.

Nestes mercados a necessidade de expansão do número de usuários, com a consequente geração de externalidades de rede, tem papel crucial para o sucesso de uma plataforma. Para que ocorra tal incremento, os agentes utilizam-se justamente da possibilidade de cobrança de preços diferenciados entre os dois lados da cadeia como forma de aumentar a rede instalada e garantir sua lucratividade. Assim, uma empresa cobra preços maiores de um dos lados, de modo a garantir seus lucros, ao mesmo tempo em que cobra preços menores do outro lado (ou muitas vezes oferta gratuitamente o serviço, como no caso dos mecanismos de busca) de modo a aumentar a rede de usuários. A decisão com relação a estas variáveis

²³SHY, op. cit., p. 3.

²⁴POSNER, op. cit., 2000. p. 928.

²⁵EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. *A guide to antitrust economics of networks*, In *Antitrust*, vol. 10, n. 36, 1995-1996. p. 36.

²⁶ECONOMIDES, op. cit., 2008. p. 8.

²⁷ETRO, op. cit., pp. 212-213. O autor cita outros exemplos de indústrias de rede *multi-sided*, como os *video-games*, as redes sociais (*Facebook*, *MySpace*) sites de compra (*Amazon*, *eBay*), entre outros. Nesse sentido, ainda, ECONOMIDES, op. cit., 2008, p. 8-9.

decorre da elasticidade da demanda, bem como dos valores que as partes atribuem a cada um dos lados²⁸.

Mercados de dois lados apresentam inúmeros problemas com relação ao abuso de poder econômico praticado por agentes detentores da rede, bem como podem levar à inadequação da utilização de métodos de análise tradicionalmente utilizados.

Um exemplo pode ser visto nos mercados de impressoras. Nestes as empresas vendem as impressoras por preços relativamente baixos quando comparados aos preços que são vendidos os seus cartuchos de reposição. A estratégia econômica adotada pelos agentes neste caso é a de repassar parte do preço do produto primário (a impressora) ao produto secundário (o cartucho), mascarando o real preço dos bens comercializados. O consumidor, uma vez que já realizou um investimento ao adquirir o bem primário, termina em uma relação de dependência com o fabricante no momento em que precisa adquirir cartuchos de reposição, sendo levado a gastar elevados valores na compra desses produtos²⁹. Tal situação se agrava se considerarmos a proteção conferida pela patente, que incide tanto sobre a impressora como sobre o cartucho. Por conta dessa proteção, apenas o fabricante da impressora terá a prerrogativa legal de produzir cartuchos para aquele modelo de impressora. O consumidor se vê obrigado a adquirir os cartuchos pelos preços estipulados pelo fabricante uma vez que sua impressora perde completamente a utilidade sem eles. O fundo do problema reside no “mascaramento” dos reais preços da impressora, que acaba por influir diretamente nas decisões de consumo dos agentes.

É por essa razão que Karin Grau-Kuntz³⁰ defende que a utilização da patente do cartucho para impedir a concorrência no mercado secundário acaba por limitar a concorrência de superação, sendo, portanto, abusiva, uma vez que desvirtua os fins da proteção industrial.

2.2.2. Velocidade de expansão da rede

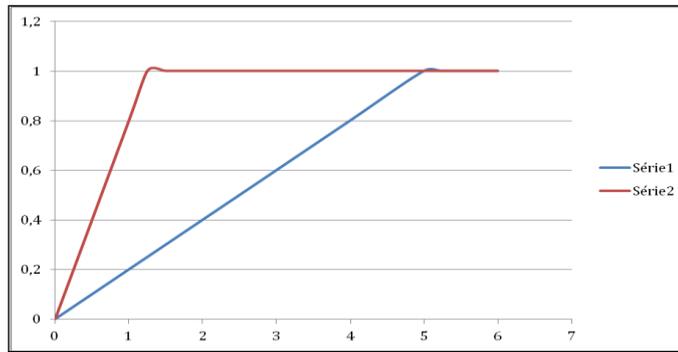
A expansão de mercado e os ganhos de *share* ocorrem de modo muito mais rápido em indústrias de rede. Conforme Economides³¹, o gráfico poderia ser ilustrado do seguinte modo:

²⁸ETRO, op. cit. pp. 214-215.

²⁹Conforme aponta GRAU-KUNTZ, Karin, *Direito de patente e mercados secundários - Impressoras e cartuchos de tinta*, In *Revista Eletrônica do IBPI*, n. 5. Disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/cb325d5198cbcb42ffff80d8ffffef.pdf>. Acesso no dia 22 mar 2013. pp. 32-33.

³⁰Idem, *Ibidem*, p. 38.

³¹ECONOMIDES, op. cit., 2008. p. 9.



A curva superior representaria o nível de penetração e sua velocidade em uma indústria de rede, enquanto a segunda curva representaria uma indústria tradicional. Uma vez atingida a massa crítica, ou seja, o número mínimo de usuários necessários para que uma tecnologia seja adotada pelos outros potenciais consumidores, a rede tende a se expandir de forma extremamente rápida³².

Como podemos ver, o dinamismo destes setores leva a mudanças de *market share* em velocidades muito superiores a das indústrias tradicionais. Essa velocidade se relaciona com a teoria da destruição criativa proposta pelo economista austríaco Joseph A. Schumpeter³³, que parece se aplicar perfeitamente a estes novos setores. Segundo sua teoria, a instabilidade e o dinamismo do capitalismo moderno permitiria que a entrada e saída de competidores ocorresse de forma extremamente rápida e dinâmica³⁴. Por esta razão, seguidores da Escola de Chicago defendem que a manutenção de longos períodos de monopólios e de cartéis mostra-se inviável nestes setores³⁵. Nesse sentido, Richard Posner afirma que a enorme quantidade de capital disponível para investimento e a velocidade com que estas novas redes podem ser instaladas leva a uma competição sem fim pela hegemonia do mercado, não estando nenhuma rede protegida da destruição criativa descrita por Schumpeter³⁶.

Outra decorrência disso é a distinta natureza da competição nestes setores. Nas indústrias de rede a competição em geral leva ao predomínio de um único player, sendo por esta razão conhecida como concorrência do tipo “*winner takes most*” ou mesmo de “*winner*

³²Conforme aponta Oz Shy, as expectativas dos consumidores quanto ao tamanho da rede e quanto à possibilidade de sua adoção generalizada tem enorme impacto sobre a decisão de ingressar nesta. Um exemplo é o da Internet, que durante muitos anos foi utilizada por um número muito pequeno de pessoas, até que, na década de 1990, o tráfego de usuários praticamente vem dobrando a cada ano. Ou seja, uma vez atingida a massa crítica, sua adoção sofre um crescimento estrondoso, muito por conta destas expectativas (Shy, op. cit., p. 3).

³³SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalism, socialism, and democracy*, New York, Harper Perennial Modern Thought, 2008.

³⁴“O surgimento e o desaparecimento de empresas líderes de mercado em períodos muito curtos pode ser visto como uma marca registrada dessa nova realidade.” (BRANCHER, op. cit. pp. 90).

³⁵Cf. PITOFKY, Robert. *Challenges of the new economy: Issues at the intersection of antitrust and intellectual property*, In *Antitrust law journal*, vol. 68, 2000-2001. pp. 915-916.

³⁶POSNER, op. cit., 2000. p. 930.

takes all". Nestes setores, portanto, a competição ocorre pelo mercado, e não no mercado, como nas indústrias tradicionais. Por esta razão, uma característica marcante dos mercados de rede é a presença de uma extrema desigualdade entre *market shares* e lucratividade entre as empresas, mesmo na ausência de condutas anticompetitivas³⁷.

Deve-se, portanto, considerar com extrema cautela a definição de mercados relevantes, bem como a mensuração de concentrações econômicas, por meio de instrumentos tradicionais como o teste do monopolista hipotético (e o *SSNIP* - "pequeno porém significativo e não transitório" aumento de preços)³⁸, *HHI* ou o *C4*. Um produto com larga utilização em um mercado (portanto, com elevada concentração), pode, após alguns poucos anos ou meses, tornar-se obsoleto pelo surgimento de um novo produto concorrente com claras vantagens competitivas. O ritmo acelerado das inovações pode subverter elevadas participações de mercado em curto período de tempo³⁹. É dessa constatação que deriva a famosa afirmação feita pela empresa *Google* de que "*competition is one click away*", ou seja, de que nestes setores nenhum agente econômico detém verdadeiro poder de monopólio, uma vez que os custos de mudança para que o usuário migre para um concorrente é de apenas um clique.

2.2.3. Questão da compatibilidade

Dois bens são compatíveis quando compartilham especificações ou padrões técnicos comuns, de modo que possam ser combinados para produzir um bem ou serviço composto. Assim, podemos dizer, por exemplo, que um *Blu-ray player* é compatível com um disco em formato *Blu-ray*, ou que dois softwares são compatíveis quando podem ler e redigir arquivos num formato comum. Desse modo, a compatibilidade é fundamental para que os pontos e os links em uma rede sejam complementares⁴⁰. A presença de *standards*⁴¹ permite que produtos fabricados por empresas diferentes possam operar conjuntamente em um mesmo sistema, bem como permite que partes de diferentes fabricantes possam utilizar os mesmos componentes complementares. Por outro lado, a incompatibilidade entre dois produtos faz com que as

³⁷ECONOMIDES, op. cit. 2008. pp. 13-16.

³⁸"*Small but significant, nontransitory increase in price*". O teste do monopolista hipotético e do *SSNIP* são instrumentais analíticos utilizados para determinar o grau de substitutibilidade de bens, e conseqüentemente o mercado relevante de determinado setor.

³⁹EVANS; SCHMALENSEE, op. cit. p. 39.

⁴⁰ECONOMIDES, op. cit. 2008. p. 10.

⁴¹Utilizamos aqui a definição de *standard* no sentido proposto por Mark A. Lemley: "*I define a standard rather broadly as any set of technical specifications that either provides or is intended to provide a common design for a product or process*" (LEMLEY, Mark. *Intellectual property rights and standard-setting organizations*, In *California law review*, vol. 90, 2002. pp. 1889-1980).

externalidades positivas operem no nível de cada produto individualmente e não na rede como um todo⁴². Assim, a eficiência de uma dada rede depende justamente da padronização de seus componentes essenciais. No caso da Internet, por exemplo, a padronização de seus principais componentes (os protocolos de Internet) trouxe uma eficiência muito maior ao sistema⁴³.

Assim, ao criar uma rede única, compartilhada por diversos competidores, a padronização neutraliza os efeitos de rede, permitindo que a competição ocorra em termos de preço e qualidade dos bens ofertados⁴⁴. É por essa razão que a compatibilidade pode justamente resolver parte da problemática dos efeitos de rede⁴⁵.

Por essa razão, em muitos casos, as próprias empresas acabam por fechar acordos de compatibilidade. Um exemplo foram os acordos firmados em torno do CD (*Compact Disc*) na década de 1980. Acordos de padronização podem trazer benefícios ao mercado na medida em que forem acessíveis a todos agentes e trouxerem maior eficiência aos sistemas. Por outro lado, podem suscitar preocupações concorrenciais quando algumas empresas tiverem o acesso negado a estes padrões⁴⁶.

Estas preocupações de natureza antitruste surgem por conta da existência de direitos de propriedade sobre estes padrões. Para o agente detentor da rede dominante, a incompatibilidade pode funcionar como poderosa vantagem estratégica. A decisão pela adoção de padrões compatíveis ou incompatíveis com os dos concorrentes, portanto, dependerá de uma série de fatores, como os possíveis benefícios que o agente poderá receber optando pela incompatibilidade em contraposição aos possíveis benefícios decorrentes da situação de compatibilidade⁴⁷.

É por esta razão que, nos casos em que as externalidades de rede produzam efeitos de grande intensidade, a proteção conferida por direitos intelectuais sobre *standards* pode acabar criando um enorme poder de mercado ao seu titular⁴⁸. Do mesmo modo, a presença de efeitos de rede pode criar incentivos para que os agentes pratiquem condutas anticompetitivas, com o objetivo de impedir que novos concorrentes possam ingressar em sua rede.

⁴²FARRELL, Joseph; KATZ, Michael L. *The effects of antitrust and intellectual property law on compatibility and innovation*. In *Antitrust bulletin*, vol. 43, 1998. pp. 609-650.

⁴³ZITTRAIN, Jonathan. *The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem it can't patch later*. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/zittrainmsdoj.pdf>. Acesso em: 26.06.12. p. 1365.

⁴⁴FARRELL; KATZ, op. cit., p. 611.

⁴⁵LEMLEY; MCGOWAN, op. cit. p. 523.

⁴⁶A padronização pode, ainda, trazer ineficiências dinâmicas, pelo fato de incentivar as empresas a permanecerem atadas aos padrões e não investirem em novos padrões mais avançados (LEMLEY; MCGOWAN, op. cit., p. 523).

⁴⁷ECONOMIDES, op. cit., 2008. p. 11.

⁴⁸LEMLEY; MCGOWAN, op. cit., p. 523. Conforme também WEISER, Philip J. *The Internet, innovation, and intellectual property policy*, In *Columbia law review*, vol. 103, 2003. pp. 534- 613.

Pode-se dizer, ainda, que o equilíbrio de mercado será diferente em uma situação de incompatibilidade entre os padrões, quando comparada a uma situação de perfeita compatibilidade. Em uma situação de incompatibilidade, a maximização do bem estar ocorre através de estruturas concentradas, uma vez que esta permitiria a criação de uma rede maior e mais eficiente. Por outro lado, em uma situação de perfeita compatibilidade, o bem estar social seria maximizado com um maior número de empresas em regime de concorrência⁴⁹.

Ao compararmos as duas situações, chegamos à conclusão de que o arranjo mais eficiente e socialmente benéfico seria obtido com uma estrutura desconcentrada e com padrões abertos e compartilhados. Porém, esta visão estática desconsidera as possíveis ineficiências dinâmicas presentes nesse setor, conforme veremos adiante.

A situação de monopólio, por sua vez, também pode levar à redução do ritmo das inovações. O monopolista, por conta de sua condição econômica de único detentor da rede, possui incentivos para utilizar sua invenção com o intuito de aumentar custos dos rivais, impedindo a entrada de novos concorrentes na sua rede. Além disso, possui incentivos limitados para investir em inovação, uma vez que, não havendo qualquer competidor que pudesse questionar sua supremacia, sua única preocupação será a de inovar apenas antes que seus competidores o façam⁵⁰. Por essa razão Joseph Stiglitz e Jason Furman concluem que Schumpeter partiu de uma premissa correta ao afirmar que a ameaça de concorrência leva os monopolistas a investirem em inovação. Porém, afirmam os autores que a conclusão do economista austríaco foi equivocada, visto que a limitação dos monopólios pode gerar um estímulo ainda maior para que os monopolistas invistam em inovação⁵¹.

2.2.4. Path dependence e switching costs

Mercados de rede levam, ainda, ao surgimento de dois novos problemas, chamados pela literatura econômica de *path dependence* e *switching costs*.

⁴⁹ECONOMIDES, op. cit. 2008. p. 12

⁵⁰Cf. SAITO, op. cit. 2012. P. 145. Joseph Stiglitz e Jason Furman apontam quatro motivos que levam o poder de monopólio a reduzir o ritmo das inovações: (i) uma vez que inovações são inputs para inovações posteriores; o poder de monopólio pode ser usado para aumentar custos de criação de bens concorrentes; (ii) a existência de barreiras à entrada pode levar à redução dos incentivos à inovação; (iii) a inovação pode ser direcionada para o aumento dos custos dos rivais e para atrasar a entrada de concorrentes, de modo a assegurar seu monopólio; e (iv) os incentivos de um monopólio para inovar são limitados, pois sua única preocupação é a de inovar antes dos competidores, de modo a “convencê-los de que não podem superá-lo” (KUBRUSLY, Cláudia Tosin. Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar. Dissertação de mestrado. São Paulo. USP. 2008. P. 62).

⁵¹STIGLITZ, Joseph E.; FURMAN, Jason. *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*. Disponível em http://www.justice.gov/atr/cases/ms_tuncom/major/mtc-00030610c.pdf. Acesso em 28 set. 2010. 2002, p. 15.

A *path dependence* ocorre nas situações em que decisões passadas tomadas por produtores ou consumidores criariam uma dependência destes em relação a um bem ou produto. Ou seja, a decisão de adquirir um produto hoje dependeria exatamente da quantidade de produtos compatíveis anteriormente adquiridos (da base instalada desta rede)⁵²⁻⁵³. Podemos citar o exemplo do *VHS*. Neste caso, é aceito pela doutrina que a vitória na disputa pelo formato dominante foi vencida pela empresa *JVC* (detentora do formato *VHS*) pelo fato de ter licenciado livremente seu formato (diversos fabricantes obtiveram licença para produzir reprodutores de *VHS*) de modo a aumentar sua base instalada. Ao passo que a empresa *Sony* (detentora do formato *Betamax*), ao desconsiderar a questão da base instalada, e acreditando que poderia lucrar mais ao fabricar com exclusividade os players de *Betamax*, acabou optando por não licenciar este produto para outras empresas, tendo este formato praticamente desaparecido anos depois. Ao que tudo indica, a empresa *Sony*, no caso do *Blu-ray*, sabendo da problemática dos efeitos de rede, adotou estratégia distinta da adotada no caso *Betamax*, licenciando este formato para que outras empresas também produzissem reprodutores de *Blu-ray*, utilizando, assim, as externalidades ao seu favor, o que certamente contribuiu para sua vitória neste novo segmento.

Outra característica dos mercados de rede são os chamados custos de mudança (*switching costs*). Tratam-se dos custos incorridos pelo consumidor para trocar de fornecedor ou produto. Tais custos decorrem da dificuldade de adaptação a um novo produto, que traz consigo custos de tempo e de valor agregado. Na área de softwares, por exemplo, os custos de mudança abarcam os custos de treinamento para utilização de uma nova plataforma, bem como os custos monetários para a aquisição de um novo programa. Estes geram uma “fidelização” do usuário, que acaba optando por continuar utilizando a mesma plataforma. Trata-se do chamado “*lock-in effect*”. Por esta razão, somente um produto com qualidades muito superiores teria condições de convencer os usuários a migrarem para uma nova plataforma⁵⁴. Nesse caso, portanto, as externalidades de rede atuam como verdadeiras barreiras à entrada, que tendem a proteger as empresas detentoras das redes dominantes. A análise antitruste tradicional desconsidera os custos de mudança, especialmente os custos

⁵²Posner define a path dependence como “*If network externalities are large, they may give the monopolist a cost advantage that exceeds the benefit of superior new technology. This is the issue of ‘path dependence’: an industry may be stuck with an inferior technology because of the cost advantage of the existing network*” (POSNER, op. cit. 2000. p. 930).

⁵³Do mesmo modo, conforme coloca Carl Shapiro, as expectativas nestes setores possuem enorme relevância sobre as decisões de compra. Nestes, a expectativa de que um produto não será bem sucedido geralmente leva ao seu fracasso, ao passo que a expectativa de que será bem sucedido, geralmente leva ao seu sucesso (SHAPIRO, op. cit., pp. 10-11).

⁵⁴STIGLITZ; FURMAN, op. cit. p. 8.

implícitos como os acima descritos. Em muitos setores os custos de mudança podem se mostrar decisivos para o sucesso ou fracasso de uma plataforma.

3. Problemas concorrenciais particulares às indústrias de rede

Diante das características apresentadas, inúmeras dúvidas podem surgir no tocante à aplicação da doutrina antitruste tradicional na análise destes mercados. Evans e Schmalensee⁵⁵ entendem que as indústrias de rede geram particular preocupação antitruste por conta: (i) da tendência a restarem poucos grandes players; (ii) da possibilidade de colaboração entre as empresas; e (iii) das complexas estratégias de negócio que as empresas tendem a adotar para poderem sobreviver nestes mercados.

Por outro lado, autores como Posner entendem não haver qualquer característica nestes mercados que justifique a revisão da doutrina antitruste, uma vez que a teoria econômica está plenamente preparada para lidar com estes novos problemas. Conforme coloca o autor, o principal problema seria institucional, ou seja, estaria na aplicação da doutrina concorrencial por agências despreparadas e carecedoras de recursos, como especialistas competentes e imparciais e corpo técnico capaz de lidar com o enorme dinamismo destes setores⁵⁶.

A realidade, porém, não nos parece tão simplória como quer nos fazer crer o autor norte americano. Diversas práticas destes setores, quando analisadas sob a ótica neoclássica tradicional, não suscitariam preocupação concorrencial, uma vez que seriam tidas como carecedoras de racionalidade econômica, ao passo que, quando analisadas sob o contexto destas indústrias, poderiam nos levar à conclusão diametralmente oposta. Assim, o que se percebe é que boa parte da literatura não vem enfrentando adequadamente a questão, buscando tratar apenas de questões teóricas pontuais sem que seja abordada sua aplicação prática no direito antitruste⁵⁷.

3.1. Poder de mercado nas indústrias de rede

A principal preocupação que surge no contexto das redes decorre da ausência de um método empírico ou teórico claro, que sirva para medir a real extensão das externalidades positivas geradas pela participação em uma rede. Se considerarmos que em muitos casos estas

⁵⁵EVANS; SCHMALENSEE, op. cit. p. 36.

⁵⁶POSNER, op. cit., 2000. p. 925. Em sentido semelhante MELAMED, Douglas. *Network industries and antitrust*, In *Harvard journal of law & public policy*, vol. 23, n. 1, 1999-2000.

⁵⁷PRIEST, op. cit. pp. 4-5.

se dispersam ao longo de todo um ramo de atividade, a análise da extensão do poder de mercado destas empresas se mostra extremamente complexa⁵⁸.

Externalidades de rede podem criar diversas barreiras à entrada nestes setores, protegendo redes dominantes contra a competição, e levando ao aumento de seu poder de mercado. É por esta razão que muitos consideram que a problemática dos efeitos de rede pode auxiliar a manutenção de monopólios, criando, muitas vezes, barreiras insuperáveis nestes setores. Um exemplo destas barreiras ocorreu no caso *Microsoft*, analisado pela Comissão Europeia. Neste, dentre diversas outras questões, verificou-se que a disponibilidade de uma larga gama de aplicativos para *Microsoft Windows* constituía um atrativo de enorme relevância para os consumidores do sistema operacional. Por essa razão, qualquer competidor que desejasse ingressar nesse mercado teria que desenvolver um sistema operacional que fosse compatível com os aplicativos desenvolvidos para o *Windows*, tarefa que se mostra inviável por conta da proteção autoral do *software* e da inviabilidade de se realizar engenharia reversa deste programa. Esta barreira à entrada ficou conhecida como *application barrier to entry*⁵⁹.

Nestas indústrias, restrições impostas por uma empresa com maior base instalada, através de contratos ou mecanismos tecnológicos⁶⁰, pode levar a uma redução brutal da participação de mercado de seus concorrentes, ou mesmo à impossibilidade de contestabilidade de seu domínio⁶¹. Ao ter o acesso a um *standard* largamente utilizado negado, o concorrente se vê impossibilitado de competir com o agente dominante. Portanto, a incompatibilidade é condição essencial para a criação de poder de mercado. No caso *Microsoft*, por exemplo, a impossibilidade de criar um sistema operacional compatível com os aplicativos desenvolvidos para *Microsoft Windows* tornou inviável o desenvolvimento de um

⁵⁸Idem, Ibidem. p. 6.

⁵⁹Para mais informações sobre o assunto vide SAITO, op. cit.).

⁶⁰Pode-se citar como exemplo a prática conhecida como “*vaporware*”, que consiste na estratégia de anunciar o lançamento de um produto muito tempo antes e seu efetivo lançamento. Com isso busca-se postergar a decisão de compra do consumidor, uma vez que este ficará receoso de comprar produtos do concorrente que podem se tornar obsoletos ou ultrapassados em pouco tempo. (SHAPIRO, op. cit., p. 15).

⁶¹Mais uma vez, cita-se o exemplo do caso *Microsoft* como paradigmático dessa situação. A empresa utilizou-se de uma série de artifícios para impedir que qualquer ameaça surgisse e pudesse questionar seu predomínio. Dentre suas estratégias, destacam-se os contratos de exclusividade firmados entre a empresa e os principais fabricantes de computador, pelos quais esta exigia que fosse instalado exclusivamente seu sistema operacional nos computadores vendidos. Tais práticas foram também utilizadas no caso Nintendo. Neste caso, a empresa adquiriu posição dominante por conta da superioridade de seu produto e de suas estratégias de *marketing*. Porém, com o objetivo de manter esta posição e impedir a entrada da concorrência em seu mercado, a empresa passou a utilizar de contratos de exclusividade com os fabricantes de jogos, de modo que estes só poderiam desenvolver jogos para sua plataforma sob a condição de que não seria lançado o mesmo produto para as plataformas concorrentes. (Idem, Ibidem, pp. 18-19).

sistema operacional concorrente, ainda que com possíveis vantagens técnicas em relação ao produto da *Microsoft*⁶².

Outra prática comumente utilizada nestes setores consiste na tentativa de estender seu poder de mercado atual sobre tecnologias futuras. Com o objetivo de garantir que seus atuais usuários migrem para a próxima geração de seus produtos, um monopolista pode se utilizar de diversas táticas como *bundling* e *tying*⁶³. Estas estratégias possibilitam que o monopolista vincule tecnologicamente (ou contratualmente) um novo produto a um que já seja largamente utilizado com o objetivo único de fidelizar o consumidor ao novo produto. Tais estratégias não tem por objetivo criar lucro de monopólio em um segundo mercado através de venda casada⁶⁴, mas sim garantir a adesão dos consumidores a um produto novo, permitindo a manutenção de seu poder de mercado.

A conclusão disso é que a possibilidade de manutenção do poder de mercado, garantida pelas barreiras à entrada da nova economia, cria incentivos para que a empresa dominante invista em atitudes anticompetitivas com o objetivo de protegê-la de seus concorrentes. E são justamente os efeitos de rede que tornam possível o uso de estratégias de eliminação e exclusão de rivais⁶⁵.

Por outro lado, a concorrência perfeita não pode ser utilizada como parâmetro de análise destes setores. Como afirmamos, em situações de incompatibilidade, as externalidades de rede necessitam justamente de estruturas concentradas para gerarem eficiência. Nestas, o benefício social marginal da expansão da rede é superior ao benefício individualmente internalizado por uma empresa em situação de concorrência perfeita. Todos os mercados com economias de escala necessitam de estruturas concentradas para gerarem eficiência⁶⁶. Por essa razão, a concorrência perfeita levaria à construção de uma rede menor que o tamanho socialmente desejável⁶⁷.

Além disso, devemos lembrar que a maior parte destas indústrias se caracteriza pela presença de altos custos fixos com custos marginais muito baixos. Conseqüentemente, para

⁶²A comparação entre a qualidade técnica do produto da *Microsoft* e de seus concorrentes é de difícil constatação, porém, ainda que não houvesse vantagens técnicas significativas, o produto concorrente muitas vezes apresentava preços muito inferiores (em muitos casos a versão era distribuída gratuitamente) ao da *Microsoft* e ainda assim não conseguiu conquistar uma fatia relevante deste mercado.

⁶³Idem, *Ibidem*. p. 18.

⁶⁴Foram os teóricos de Chicago que buscaram comprovar a impossibilidade da dupla margem de monopólio: “dois monopólios consecutivos em dois elos da cadeia produtiva não resultariam em dois lucros de monopólio, mas sim em um lucro conjunto inferior ao obtido por um único monopolista. Disso decorreria a ausência de racionalidade econômica para que um agente se utilizasse do controle vertical para alavancar seu poder sobre outros níveis da cadeia produtiva.” (SAITO, op. cit., 178).

⁶⁵MELAMED, op. cit., p. 151.

⁶⁶EVANS; SCHMALENSEE, op. cit., p. 38.

⁶⁷ECONOMIDES, op. cit., 2008. p. 10.

que possam recuperar seus investimentos, estas empresas dependem da cobrança de preços muito superiores ao seu custo marginal. Por esta razão, a capacidade de cobrança de preços superiores ao custo marginal, tradicional parâmetro de análise de poder de mercado, nestes setores não aponta para qualquer conclusão⁶⁸. Basta pensarmos em um *software* de computador, cujo custo marginal é próximo de zero, tendo em vista ser prática comum das empresas de tecnologia o envio de uma cópia do arquivo através da Internet acompanhada de uma licença de uso do programa.

Por outro lado, a cobrança de preços baixos muitas vezes se justifica pela necessidade de aumentar a base instalada da rede, de modo a receber os benefícios gerados pelas externalidades de rede⁶⁹. Nesse caso, portanto, a conclusão é inversa: a cobrança de preços muito inferiores aos preços de monopólio é o que permite a manutenção de um *market share* de monopólio⁷⁰. Da mesma forma, a cobrança de preços baixos pode ter como objetivo aumentar a demanda de outro bem complementar fabricado pela mesma empresa. Este tipo de estratégia é comum em mercados de dois lados, nos quais a empresa distribui estrategicamente a lucratividade pelos dois lados da cadeia, conforme apontamos acima⁷¹.

Esta estrutura de custos, acompanhada do uso intensivo de discriminação de preços e de sistemas complexos de precificação, traz profundos impactos sobre a análise antitruste tradicional⁷². Estratégias tidas como carecedoras de racionalidade econômica passam a ser plenamente justificadas na nova economia, suscitando inúmeros problemas de ordem concorrencial. A desatenção da autoridade antitruste com relação a tais particularidades pode levar a negligência quanto a possíveis condutas anticoncorrenciais por parte de agentes com poder de mercado.

3.2. Restrições horizontais de acesso à rede

Conforme aponta Carl Shapiro⁷³, a maior parte das disputas envolvendo indústrias de rede se relaciona ao esforço dos agentes para ingressarem em redes existentes, protegerem suas redes ou estabelecerem novas redes. Agentes dominantes tendem a prevenir seus rivais de ingressarem em suas redes, ao passo que os concorrentes apenas conseguem estabelecer

⁶⁸PRIEST, op. cit., p. 9.

⁶⁹Idem, Ibidem. p. 9. No mesmo sentido Evans e Schmalensee: “*Sellers may therefore price new products very low to generate a bandwagon effect*” (EVANS; SCHMALENSSEE, op. cit. p. 38)

⁷⁰POSNER, op. cit. p. 938.

⁷¹EVANS; SCHMALENSSEE, op. cit., p. 38.

⁷²Idem, Ibidem. p. 38.

⁷³SHAPIRO, op. cit., p. 10.

redes concorrentes quando apresentam uma melhoria técnica significativa. Dessa forma, agentes com posição dominante se utilizam de uma série de restrições com o objetivo de impedir a entrada de seus concorrentes em seu mercado.

Um primeiro grupo de restrições seriam as chamadas restrições horizontais de acesso. Estas envolvem condutas que impedem o acesso de concorrentes a determinadas infraestruturas de rede necessárias para competir no mercado. Exemplo típico ocorreu no caso *AT&T*, em que a empresa foi acusada de negar acesso às suas redes locais por outras empresas, inviabilizando a competição de empresas menores no mercado de ligações de longa distância. A conclusão do caso pautou-se pela obrigação da empresa permitir o acesso de suas concorrentes às suas redes locais⁷⁴.

A restrição de acesso pode se dar também por meio do controle dos padrões de interoperabilidade. Empresas com posição dominante, ou mesmo detentoras dos direitos intelectuais sobre os padrões utilizados em determinada rede, podem se utilizar de uma série de mecanismos para impedir o acesso de concorrentes ao seu mercado. Como exemplo destas práticas temos a indução de organizações de padronização a utilizarem *standards* de seu interesse, o uso abusivo de direitos de propriedade intelectual⁷⁵, ou a criação de incompatibilidades entre seus produtos e seus concorrentes, de modo a torná-los menos atrativos⁷⁶.

Um exemplo desta prática analisado pela Divisão Antitruste do USDOJ envolvia uma empresa com posição dominante no mercado de caixas eletrônicos bancários. Esta empresa determinava que os bancos usuários de seus serviços utilizassem determinados tipos de serviço de processamento de dados com a finalidade de impedir o desenvolvimento de possíveis concorrentes⁷⁷. Considerando que esta empresa detinha poder de mercado neste setor, nenhum dos usuários de seus serviços se negariam a aderir as condições impostas principalmente por conta da vantagem competitiva garantida pelos efeitos de rede.

No caso de acordos colusivos horizontais, deve-se atentar que a cooperação constitui requisito importante para que haja a compatibilidade dos elementos. Dessa forma, em boa parte das vezes, acordos de cooperação tem como objetivo a consolidação de uma rede maior plenamente compatível, capturando, portanto, benefícios de rede para o sistema. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que o acordo entre concorrentes visa padronizar

⁷⁴MELAMED, op. cit. pp. 152-154.

⁷⁵Idem, Ibidem. p. 156.

⁷⁶SHAPIRO, op. cit. p. 15.

⁷⁷United States v. Electronic Payment Services (D. Del., April 21, 1994), conforme MELAMED, op. cit. pp. 154-155.

produtos de modo a garantir a interoperabilidade dentro da rede. Acordos de cooperação deste gênero podem evitar uma guerra totalmente improdutiva pelo padrão predominante⁷⁸. Algumas vezes, inclusive, o funcionamento do sistema pode ser inviável sem que haja cooperação entre concorrentes, como é o caso do sistema de cartões de pagamento⁷⁹. Dessa forma, a proibição deste tipo de acordo ao invés de beneficiar o mercado pode trazer consideráveis prejuízos ao bem estar social. É evidente, porém, que tais acordos não podem de modo algum tratar sobre variáveis críticas como preço, volume de produção ou marketing, o que poderia configurar um caso típico de cartel⁸⁰.

Assim, acusações de cartel em indústrias de rede devem ser analisadas com cautela, uma vez que nem todo acordo entre concorrentes traz necessariamente prejuízos. No entanto, no mais das vezes, os benefícios gerados por esse tipo de acordo podem não ser tão óbvios, o que torna difícil o estabelecimento de um padrão para análise destas condutas. Exemplos desse tipo de acordo são os entendimentos sobre padrões de interoperabilidade⁸¹. Estes, segundo uma análise superficial, poderiam ser classificados como acordos de padronização de condições de venda e de características de um produto, o que configuraria típico ilícito antitruste⁸². Porém, tais acordos, quando feitos em bases abertas e sem o fechamento de mercado aos outros competidores pode trazer efeitos extremamente benéficos ao mercado, por conta das externalidades positivas de rede.

3.3. Restrições verticais em indústrias de rede

Restrições verticais são tradicional objeto de preocupação do direito antitruste. Dentro desta classificação se enquadram todas as restrições que atuam sobre processos produtivos complementares. Nas indústrias de rede, especial atenção ganham as práticas conhecidas como “fechamento de mercado”, uma vez que podem ter como objetivo impedir o surgimento de redes concorrentes⁸³⁻⁸⁴. Dentre elas, podemos destacar o *bundling* de componentes da

⁷⁸SHAPIRO, op. cit. p. 12. No mesmo sentido EVANS; SCHMALENSEE, op. cit. p. 38.

⁷⁹EVANS; SCHMALENSEE, op. cit. p. 38.

⁸⁰SHAPIRO, Carl. *Antitrust in network industries*. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0593.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2012. p. 8.

⁸¹PRIEST, op. cit. pp. 7-8.

⁸²Não só poderiam como o foram. Como relata Priest, no caso *Radiant Burners* a Suprema Corte Americana considerou que tais tipos de acordos violaram o Sherman Act (PRIEST, op. cit. pp 8-9).

⁸³A estratégia de preços deve ser analisada sob o ponto de vista dinâmico, uma vez que os preços baixos podem ter como intuito a consolidação de uma rede de usuários (“*pricing strategies in network industries are usually highly dynamic, due to the strategic importance of building and maintaining an installed base of users*” SHAPIRO, op. cit. p. 9).

⁸⁴AZEVEDO, op. cit. p. 7.

cadeia de produção através de contratos ou manipulação de aspectos técnicos, bem como a discriminação de preços com o objetivo de beneficiar uma empresa integrada no mercado *downstream*⁸⁵. O fechamento de mercado pode, ainda, ocorrer por meio de acordos entre o detentor de uma rede e seus provedores de complementos. Este pode contratualmente impedir que os complementos da rede estejam disponíveis para outras firmas que possam concorrer com a rede dominante⁸⁶. Esta prática foi utilizada pela Nintendo quando tentou criar uma relação de exclusividade com desenvolvedores de jogos, ao tentar impedir que estes desenvolvessem versões para plataformas concorrentes⁸⁷.

Outra prática comumente utilizada é a imposição de condições anticompetitivas no mercado pós-venda. O caso paradigmático é o caso Kodak, no qual a empresa condicionava o fornecimento de peças de reposição de seus produtos à contratação de seu serviço de assistência técnica. Com isso, o consumidor acabava “preso” ao produto, uma vez que incorreu em elevados custos para adquiri-lo, e precisava arcar com os custos abusivos cobrados pela empresa em seus serviços pós-venda. Conhecido como efeito *lock-in*, esta prática se mostra comum, principalmente em mercados *two-sided*, supra descritos.

Este efeito pode ocorrer de diversas formas, seja por conta de restrições técnicas, como no caso dos telefones⁸⁸, contratuais, como no caso Kodak⁸⁹, ou pelo uso de direitos de exclusivo, como no caso das autopeças de reposição⁹⁰.

3.4. Eficiência dinâmica e inovação

Por fim, cumpre ressaltar que a questão dos incentivos para a inovação se mostram extremamente relevantes para que possamos analisar o impacto de qualquer medida antitruste. A possibilidade de explorar uma rede ou sistema em regime de monopólio, em conjunto com a barreira criada pelas externalidades de rede criam um enorme incentivo para que os agentes invistam em inovação, com o fim de se tornarem os primeiros a desenvolver um componente

⁸⁵ECONOMIDES, op. cit., 2008. p. 22.

⁸⁶MELAMED, op. cit. p. 155.

⁸⁷Atari Games v. Nintendo (1992).

⁸⁸Durante muito tempo a não obrigação das operadoras de telefonia realizarem a portabilidade dos números acabava “prendendo” o consumidor à mesma operadora, ainda que estivesse descontente com a política de preços e com os serviços da empresa.

⁸⁹ECONOMIDES, op. cit. p. 22.

⁹⁰Sobre o caso das peças de reposição, consultar GRAU-KUNTZ, Karin, *O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)*. Disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.tonline.de/media/58f41a63eeb4cae8ffff8030ffffff1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2012.

essencial desta rede, obtendo lucros fabulosos sobre esse mercado. Por esta razão, a manutenção de padrões fechados e incompatíveis é defendida por alguns como um real estímulo à inovação. É por essa razão que Posner⁹¹ sustenta que uma estrutura de rede monopolizada poderia levar não apenas a uma alta taxa de inovação, mas também a uma estratégia de preços baixos, uma vez que a expansão da rede depende da adesão maciça dos usuários. Os benefícios de que gozariam os detentores da rede no momento em que tiverem sua rede consolidada constituiriam um enorme incentivo para o surgimento de novas redes. Por esta razão, afirma o autor que *“the more valuable a horde of buried treasure is, the more rapidly it will be recovered”*⁹².

É por essa razão, que, quaisquer considerações sobre estes setores não podem deixar de considerar as possíveis ineficiências dinâmicas geradas por medidas que levassem em consideração apenas as eficiências estáticas presentes no caso. Muitas vezes a imposição de sanções pode levar a uma eficiência de curto prazo que, porém, desconsidera a ineficiência de longo prazo gerada pela mitigação dos incentivos.

A vantagem competitiva conferida pela proteção de direitos intelectuais configura um enorme incentivo para que os agente invistam em inovação e no desenvolvimento de novos produtos. A ausência de proteção destes direitos poderia anular tais incentivos levando a taxas baixíssimas de inovação no longo prazo. É por essa razão que quaisquer decisões que envolvam direitos intelectuais devem considerar as possíveis ineficiências dinâmicas geradas pela determinação de abertura de padrões proprietários fechados.

Os direitos intelectuais visam garantir uma vantagem competitiva que estimule a concorrência de superação, sancionando apenas a concorrência de imitação. Sua função, portanto, é meramente concorrencial⁹³. Dessa forma, a limitação do exercício de direitos intelectuais deve se efetivar em qualquer caso de abuso de seu exercício, ou seja, nos casos em que o agente não esteja tentando bloquear a concorrência de imitação, mas tentando impedir a entrada de um concorrente que possa ameaçar sua posição de mercado.

⁹¹POSNER, op. cit., 2000. p. 929.

⁹²POSNER, op. cit., 2000. p. 929.

⁹³GRAU-KUNTZ, op. cit. pp. 26-30.

3.5. Parâmetros pelos quais deve se pautar a autoridade antitruste

Da constatação da inadequação da análise tradicional para os mercados de rede George L. Priest sugere a inclusão de uma terceira dimensão analítica ao lado da distinção entre restrições verticais e horizontais: a análise das práticas em rede⁹⁴.

Desse modo, a análise desta terceira dimensão analítica teria como pressupostos: (i) uma grande desigualdade de participações, baseada na extensão dos benefícios de rede, ou seja, a concorrência perfeita não deve servir como parâmetro nestes setores; (ii) preços tendem a ser subsidiados de alguma forma, com vistas à expansão da rede; (iii) a tendência de práticas que tenham por objetivo expandir as redes, de modo a capturar os benefícios da expansão⁹⁵; (iv) o prejuízo individual dos competidores não deve ser razão suficiente para a intervenção antitruste; (v) é possível que um monopólio maximize o bem estar social; (vi) é impossível termos um equilíbrio de longo prazo com divisão de mercado igualitária; e (vii) *path dependance* é limitada pela destruição criativa schumpeteriana, que pode a qualquer momento subjugar a atual rede dominante⁹⁶.

A análise tanto de condutas como de estruturas destes setores deve levar em conta estas características destes setores de modo a criar padrões de análise condizentes com sua realidade. A elaboração e consolidação destes parâmetros, no entanto, devem apenas ser desenvolvidos nos próximos anos. A ausência de estudos sobre o assunto em nosso país, bem como a parca jurisprudência envolvendo estes setores leva à necessidade de um urgente desenvolvimento acadêmico desta linha de pesquisa.

4. Conclusão

As particularidades deste setor criam uma série de problemas na aplicação da metodologia tradicional do direito concorrencial. A existência de mercados de dois lados, a possibilidade de utilização estratégica de incompatibilidades, a possibilidade de *lock-in* em tecnologias inferiores são preocupações que devem ser levadas em conta pelas autoridades antitruste. Surge assim uma necessidade de adaptação da metodologia tradicional de análise antitruste para lidar com esta nova realidade.

⁹⁴PRIEST, op. cit. pp. 39-41.

⁹⁵PRIEST, op. cit. pp. 39-41.

⁹⁶ECONOMIDES, op. cit. p. 22.

5. Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Restrições verticais e defesa da concorrência: A experiência brasileira*. Textos para discussão, n.º 264, EESP/FGV, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6895/TD%20264%20-%20Paulo%20Furquim%20de%20Azevedo.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 5 out. 2010.

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. *Direito da concorrência e propriedade intelectual: Da inovação tecnológica ao abuso de poder*. 2009. Monografia (Tese de doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, PUC-SP, São Paulo, 2009.

ECONOMIDES, Nicholas, *Antitrust issues in network industries*, disponível em: <http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides_Antitrust_in_Network_Industries.pdf>. Acesso no dia 25 jun 2012, 2008;

_____, *Network externalities, complementarities, and invitations to enter*, In *The European journal of political economy*, vol. 12, 1996. pp. 211-232.

_____, *The Economics of Networks*. In *International Journal of Industrial Organization*, vol. 16, n. 4, 1996. pp. 675-699.

EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. *A guide to antitrust economics of networks*, In *Antitrust*, vol. 10, n. 36, 1995-1996.

ETRO, Federico. *Competition, innovation, and antitrust: A theory of market leaders and its policy implications*, Berlin: Springer, 2007.

FARRELL, Joseph; KATZ, Michael L. *The effects of antitrust and intellectual property law on compatibility and innovation*. In *Antitrust bulletin*, vol. 43, 1998, pp. 609-650.

GRAU-KUNTZ, Karin, *Direito de patente e mercados secundários - Impressoras e cartuchos de tinta*, In *Revista Eletrônica do IBPI*, n. 5. Disponível em: <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/cb325d5198cbcb42ffff80d8fffff1.pdf>>. Acesso no dia 22 mar 2013. pp. 15-40.

_____, *O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)*. Disponível em: <<http://www.wogf4yv1u.homepage.tonline.de/media/58f41a63eeb4cae8ffff8030fffff1.pdf>>. Acesso no dia 20 ago 2012.

KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl. *Network externalities, competition and compatibility*, In *The american economic review*, vol. 75, n.º 3, 1985. pp. 424-440.

KUBRUSLY, Cláudia Tosin. *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*. Dissertação de mestrado. São Paulo. USP. 2008.

KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. *The antitrust revolution: Economics, competition, and policy*. 5th ed., New York: Oxford University Press, 2009.

LEMLEY, Mark. *Intellectual property rights and standard-setting organizations*, In *California law review*, vol. 90, 2002. pp. 1889-1980.

_____; MCGOWAN, David. *Legal implications of network economic effects*, In *California law review*, vol. 86, 1998. pp. 479-612.

LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. *Dismal science fictions: Network effects, Microsoft, and antitrust speculation*, In *Policy analysis*, n.º 324, 1998.

_____; _____, *Network externality: An uncommon tragedy*, In *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 8, n.º 2, 1994, pp. 133-150.

MELAMED, Douglas. *Network industries and antitrust*, In *Harvard journal of law & public policy*, vol. 23, n. 1, 1999-2000.

OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: Panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PITOFISKY, Robert. *Challenges of the new economy: Issues at the intersection of antitrust and intellectual property*, In *Antitrust law journal*, vol. 68, 2000-2001, pp. 913-924.

PRIEST, George L., *Rethinking antitrust Law in an age of networks*, In *Yale Law & Economics Research Paper* No. 352. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1031166>>. Acesso no dia 15 out. 2011.

POSNER, Richard A. *Antitrust in the new economy*, In *Antitrust law journal*, vol. 68, 2000-2001, pp. 925-943.

_____, *Antitrust Law*. 2nd edition, Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

SAITO, Leandro, *A “propriedade” intelectual como barreira à entrada de novos players no mercado de softwares*, IBPI. 2012. Disponível em: <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/8cbb0db81986b5b6ffff8063fffff.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A paralisia do antitruste*, In GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência em homenagem ao Prof. Dr. Fábio Nusdeo*, Curitiba: Juruá, 2009. pp. 15-31.

SHAPIRO, Carl. *Antitrust in network industries*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0593.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

_____, *Exclusivity in network industries*, In *George Mason law review*, vol. 7, n.º 3. 673-683.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Mercados de Novas Tecnologias: Crise Anunciada do Direito da Concorrência?*, In GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Direito e Internet: Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

STIGLITZ, Joseph E.; FURMAN, Jason. *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/cases/ms_tuncom/major/mtc-00030610c.pdf>. Acesso em: 28 set. 2010.

SHY, Oz, *The economics of network industries*, Cambridge University Press, 2001.

WEISER, Philip J. *The Internet, innovation, and intellectual property policy*, In *Columbia law review*, vol. 103, 2003, pp. 534- 613.

ZITTRAIN, Jonathan. *The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem it can't patch later*. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/zittrainmsdoj.pdf>. Acesso em: 26.06.12.