



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Juliana Martins de Sá Müller

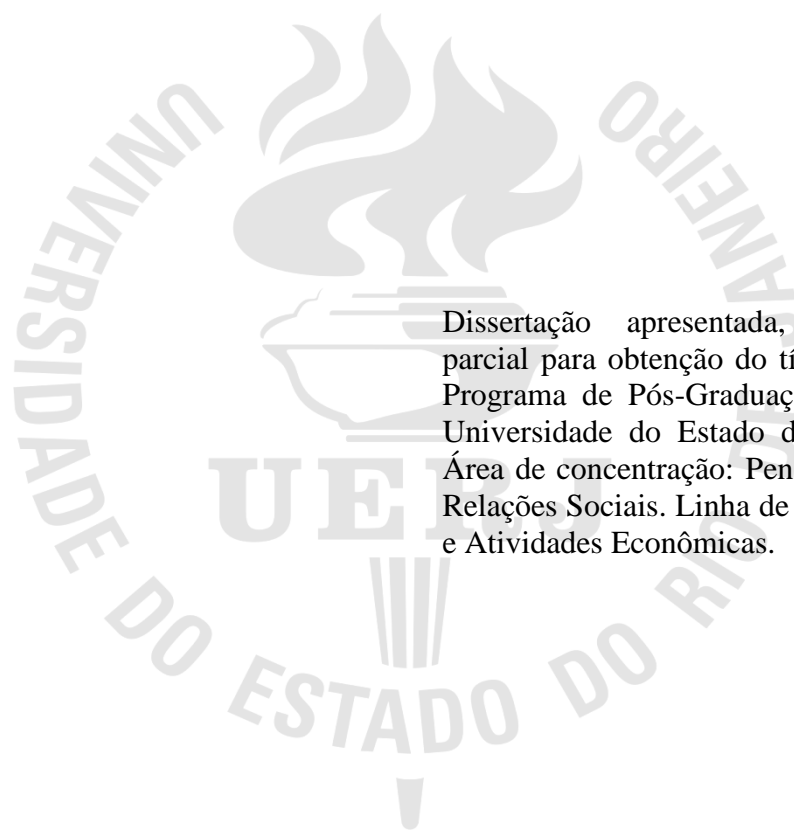
***A patent troll* e suas repercussões no direito concorrencial brasileiro: o
açambarcamento em perspectiva**

Rio de Janeiro

2015

Juliana Martins de Sá Müller

***A patent troll* e suas repercussões no direito concorrencial brasileiro: o açambarcamento em perspectiva**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Vaz e Dias

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M958

Muller, Juliana Martins de Sá.

A patent troll e suas repercussões no direito concorrencial brasileiro : o açambarcamento em perspectiva / Juliana Martins de Sá Muller. - 2015. 87 f.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Vaz e Dias .

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Patentes - Teses. 2. Propriedade intelectual - Teses. 3. Concorrência – Teses. 4. Direito comercial – Teses. I. Dias, José Carlos Vaz e. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.771

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Juliana Martins de Sá Müller

***A patent troll* e suas repercussões no direito concorrencial brasileiro: o açambarcamento em perspectiva**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Aprovada em: 31 de agosto de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Carlos Vaz e Dias (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Leonardo da Silva Sant'Anna
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Ricardo Luiz Sichel
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
2015

AGRADECIMENTOS

Sempre, em primeiro lugar, agradeço a Deus, que guia todos os meus passos e me permitiu viver essa experiência tão engrandecedora que foi o mestrado.

Agradeço a minha família, pois melhor não poderia haver. Aos meus pais, Mário Luiz de Sá Müller e Maria Inês Martins de Sá Müller, pelo cuidado que têm com meus sonhos; e as minhas irmãs, Camila Martins de Sá Müller e Mariana Martins de Sá Müller, pelo companheirismo de todas as horas. Destacadamente, agradeço as minhas tias: Maria Cecília Müller de Rezende, minha dindinha em tudo o que precisei e ainda mais, e Paula Márcia Martins de Abreu, que além de ter tornado isso possível, o fez da melhor forma que podia e me deixou ser parte da sua família.

Ao Marcelo Carvalho da Silva, que soube ser atencioso e paciente mesmo nos momentos mais tumultuados, eu não tenho palavras suficientes para agradecer o apoio.

Aos meus amigos, destaco aqueles mais presentes nessa jornada: agradeço ao Tadeu Henriques Júnior, que foi inspiração, suporte e alento nessa escolha; à Luciana Tasse Ferreira, amiga entusiasta, que acreditou em mim enquanto eu mesma duvidava; ao Luiz Carlos Silva Faria Júnior, conselheiro durante as angústias dessa trajetória; e ao João Batista Rezende de Castro Júnior, que me alegrou mesmo nos momentos de maiores dificuldades.

Agradeço também as minhas companhias de mestrado, a turma *Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual 2013*, Bárbara dos Santos Moreira, Carlos Martins Neto, Luana Coulomb, Murilo Oliveira Souza, Ricardo José Leite de Souza, Vitor Schettino Tresse e, em especial, Raphaela Magnino Rosa Portilho, que me mostrou o melhor dos cariocas.

Agradeço a cada um dos professores responsáveis pela minha formação, mas principalmente, àqueles que me guiaram pela academia: o Prof. Dr. José Carlos Vaz e Dias, meu paciente e disponível orientador e o Prof. Dr. Marcos Vinício Chein Feres, que é para mim o exemplo de docente que eu espero seguir.

Por fim, agradeço à Universidade Federal de Juiz de Fora, onde me graduei e tive despertado meu interesse pela pesquisa; à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que, por intermédio do Programa de Pós-Graduação em Direito, me acolheu; a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, que, por 11 meses, me auxiliou financeiramente; e à Fundação de Apoio e Desenvolvimento ao Ensino, Pesquisa e Extensão – FADEPE/JF, que tolerou minhas ausências devido aos meus compromissos acadêmicos.

Muito obrigada!

RESUMO

MÜLLER, J. M. S. *A patent troll e suas repercussões no direito concorrencial brasileiro: o açambarcamento em perspectiva*. 2015. 87f. Dissertação (Mestrado em Empresa e Relações Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O presente estudo investiga a faceta que a *patent troll* apresenta diante à ordem econômica brasileira. Partindo-se da premissa de que referida prática negocial diz respeito a uma restrição patentária, propõe-se analisar de que forma isso se dá no direito pátrio. Tem-se como referencial teórico que patentes que não visam o empreendedorismo devem ser coibidas pelo direito de concorrência. Assim, as patentes que se encaixam em tal descrição são aqui consideradas *patent troll*. Objetiva-se, de maneira geral, realizar o estudo do modelo negocial no qual subsiste a *patent troll*, a fim de conceituá-lo e, posteriormente, analisá-lo sob o viés do direito brasileiro, averiguando-se tanto a legalidade quanto os efeitos dessa prática com base em um panorama criado sob o horizonte da ordem econômica e do direito de concorrência. Realiza-se uma pesquisa qualitativa, pelo método de análise de conteúdo, vez que a partir dos objetivos traçados, propõe-se um estudo de textos teóricos e legais, com o fim de se construir um sistema analítico de conceitos, os quais serão aplicados na interpretação legislação, bem como da doutrina referente à propriedade intelectual e ao direito econômico e comercial. Tendo em vista que a atitude antiempreendedora deve ser punida pelo controle social da livre concorrência, nesse sentido devem ser interpretados os casos em que haja ocorrência de *patent troll* no Brasil, são estes os que se dão por intermédio das patentes defensivas e, nesse cenário, do açambarcamento. Observando-se que é tamanha a interferência da *patent troll* no direito de propriedade intelectual, uma vez que afeta o desenvolvimento econômico, por meio da inovação tecnológica e da concorrência, é de grande relevo para os estudos jurídicos o caráter interdisciplinar que se busca aqui, transitando entre o direito comercial e o direito econômico. Por fim, a análise reflexiva que se pretende no trabalho, com vistas a adequação do instituto da *patent troll* ao ordenamento pátrio, distingue o estudo, já que não se pretende apenas a subsunção do fato às normas.

Palavras-chave: *Patent troll*. Ordem Econômica. Direito da Concorrência. Patentes Defensivas. Açambarcamento.

ABSTRACT

MÜLLER, J. M. S. *The patent troll facet towards the Brazilian economic policy: the hoarding in perspective*. 2015. 87 f. Dissertação (Mestrado em Empresa e Relações Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

The present study investigates the patent troll facet towards the Brazilian economic policy. Based on the premise that the referred negotiating practice relates to a patent restriction, it is proposed to analyze how it works in the Brazilian law. A theoretical approach outlines that patents which do not aim for entrepreneurship should be curbed by competition law. Thus, patents that fit this description are considered patent troll. Generally, the aim is to carry out the study of the business model in which the patent troll is held, by conceptualizing it and then analyzing it by the Brazilian law bias, ascertaining both the legality and the effects of this practice on the basis of a panorama created within the scope of economic and competition law. A qualitative research is held by the content analysis method, since in view of the objectives outlined, a study of theoretical and legal texts is proposed in order to build an analytical system of concepts, which will be applied to interpreting legislation, as well as the doctrine concerning the intellectual property and the economic and commercial law. Considering that the anti-enterprising attitude should be punished by social control of free competition, it should be interpreted in that sense the situations in which there is occurrence of patent troll in Brazil, therefore being mediated by the defensive patents and, in this scenario, the hoarding. Observing the great interference that the patent troll has in intellectual property right, since it affects the economic development by means of technological innovation and competition, the interdisciplinary perspective is of great importance for legal studies, taking place between commercial law and economic law. Finally, the reflective analysis proposed in this article, aimed for the appropriateness of the institute of the patent troll in the legal system, outlines the importance of the study, since the submission of the facts to the norms is not the only intention.

Keywords: Patent troll. Economic Order. Competition law. Defensive Patents. Hoarding.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CRFB	Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988
CUP	Convenção da União de Paris
EFF	<i>Eletronic Frontier Foundation</i>
EMR	<i>Exclusive Market Rights</i>
EUA	Estados Unidos da América
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
GPC	<i>General Patent Corporation</i>
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
LIT	Lei de Inovação Tecnológica (lei nº 10.973/2004)
LPI	Lei de Propriedade Intelectual (lei nº 9.279/1996)
MDIC	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
NPE	<i>Non-practicing entities</i>
ONU	Organização das Nações Unidas
OMC	Organização Mundial do Comércio
P&D	Pesquisa e Desenvolvimento
PAE	<i>Patent assertion entities</i>
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SG	Superintendência Geral do CADE
TRIPS	<i>Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 O INSTITUTO DA <i>PATENT TROLL</i>: SURGIMENTO E CARACTERÍSTICAS	17
2 CONFORMAÇÃO TEÓRICA: DO MERCADO À CONCORRÊNCIA	26
2.1 A Trajetória dos Direitos Comercial e de Propriedade Intelectual	26
2.2 A Ordem Econômica na Perspectiva do Mercado Poliédrico	29
2.2.1 <u>Os Aspectos Concorrenciais</u>	32
3 A <i>PATENT TROLL</i> NO CENÁRIO NACIONAL	44
3.1 O Delineamento da Propriedade Intelectual	45
3.1.1 <u>O Direito de Patente e suas Características</u>	50
3.2 O <i>Troll</i> e os requisitos de patenteabilidade	58
3.2.1 <u><i>Sham litigation</i></u>	63
4 O AÇAMBARCAMENTO	65
4.1 O Caso Eli Lilly	68
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

O Sistema de Patente foi instituído, desde a sua gênese, como um instrumento para a promoção da indústria e da competitividade empresarial, bem como para a criação de novas tecnologias.

Nesse sentido, determinou-se que o inventor e titular de uma invenção tem a exclusividade para a exploração do seu desenvolvimento dentro de um determinado território. A garantia de exclusão de terceiros ocorre por meio da outorga estatal e cumprimento de requisitos legais.

Entretanto, vem sendo discutida nos últimos anos a efetividade das patentes na atividade empresária, pois parece que, em alguns casos, os seus objetivos basilares estão sendo colocados de lado e os titulares de patente estão buscando restringir sobremaneira a concorrência no mercado e a inserção de novos conhecimentos, quais sejam essenciais para a economia capitalista.

De maneira mais específica, tem-se identificado no mercado norte-americano, principalmente, uma prática ou modelo de negócio baseado na aquisição de patentes não com o fim de explorar a invenção tecnológica patenteada no mercado, mas com intuito de iniciar ações judiciais contra terceiros por violação de patentes. O objetivo é buscar indenizações desses terceiros sob alegação de violação patentária, por meio da promoção de ações judiciais que podem ser milionárias.

Essa prática é denominada, no idioma inglês, *patent troll*. Tal denominação decorre da referência a uma figura mística chamada de *troll*, utilizada para caracterizar um ser amórfico que vive debaixo de uma ponte, a qual não construiu, e cobra pedágios para sua travessia. O *troll* denota assim uma pessoa que busca intensamente uma vantagem considerada indevida e injusta.

Nos EUA, o termo *patent troll* é utilizado para designar um modelo de negócio no qual inventores independentes, pequenos e médios empresários adquirem patentes ou pedidos de patentes de terceiros para buscar indenizações de outros empresários ou inventores com base em alegações de violação de patente. Para a exploração da invenção, esses outros empresários ou inventores pagam indenizações classificadas como pedágio, tal como cobrado pelo *troll*. Essa estratégia negocial é implementada pelos *trolls* em vista do grande número de

patentes (*flooding*¹), da ausência de invenções tecnológicas que rompem paradigmas de inovação e da grande competitividade tecnológica de alguns setores, como o de software², biotecnologia, por exemplo.

O aspecto principal observado nesta estratégia é que a aquisição de patente por um ente não objetiva a exploração da invenção tecnológica patenteada, o que preencheria adequadamente a função precípua do Sistema de Patente, mas a obtenção de indenizações judiciais junto a pequenos e grandes empresários detentores de invenções tecnológicas, levando-os muitas vezes ao estado de bancarrota.

A expressão foi difundida a partir de um vídeo, veiculado por grandes empresários norte-americanos no início dos anos de 1990, a fim de alertar para tal estratégia e, principalmente, para os malefícios da prática em relação à inovação tecnológica e ao Sistema de Patente. Dentre esses malefícios, podem-se destacar quatro: I) a invenção adquirida não é explorada comercialmente por meio de sua colocação no mercado, vez que se trata de especulação, o que acarreta a perda da possibilidade de inserção da invenção no processo produtivo e na empresa; II) a restrição à inovação tecnológica, na medida em que investimentos ficam reduzidos pelo temor de que os *trolls* iniciem ações de violação de patente e indenizações de alto valor; III) as invenções patenteadas adquiridas pelos *trolls* não são exploradas, o que afeta a inovação e o desenvolvimento de tecnologias aperfeiçoadas decorrentes das invenções por aqueles adquiridas; IV) o aumento nos custos empresariais, devido ao crescimento das ações judiciais para a solução dos embates; e todos os desdobramentos advindos desses fatos.

Isso porque a materialização da *patent troll* se dá na utilização do instituto da propriedade intelectual como uma arma legal, a partir da patente, ou seja, trata-se de um negócio baseado no litígio. A atuação ocorre por meio da litigância, gerando um grande número de acordos financeiros ou indenizações em benefício dos *trolls* e prejuízo ao uso da inovação adquirida.

As patentes abarcadas por esses casos podem ser oriundas de pesquisas que se findam quando possível o registro, apenas para demarcar o critério da anterioridade da ideia, o que é o menos comum, ou compra de patentes de pequenos inventores ou de sociedades empresárias em dificuldades financeiras, muitas vezes, inclusive, em encadeamento de

¹ Trata-se de um fenômeno a fim de descrever uma explosão no número de patentes, não necessariamente proporcional ao aumento na taxa de inovação, seria uma inundação – *flooding* - de direitos de propriedade intelectual, que diminuiria a liberdade de atuação dos agentes no mercado (MENEGATTI, 2013).

² Destaca-se que no direito norte-americano o software é protegido por meio do sistema de patentes, não havendo discussão quanto a possibilidade de proteção por meio de direito de autor.

falência. Ressalta-se que essas situações são muito comuns no tocante ao mercado de software, dada a complexidade da tecnologia utilizada.

Armado com essas invenções normalmente inovadoras, muito embora não as esteja utilizando no mercado, o *troll* ameaça àqueles que querem destas usufruir ou desenvolver ou ainda ameaça aqueles empresários requerentes de pedidos de patente ou patentes dependentes ou que decorram, de alguma forma, dos desenvolvimentos de sua patente. Tudo isso para buscar indenizações em juízo ou o licenciamento dessas tecnologias por meio de *royalties* ou alguma forma relevante de proveito.

Dessa forma, o titular ameaçado opta, na maioria das vezes, pelo pagamento dos *royalties* ou realiza um acordo pela cessão da patente alegada como violadora, buscando uma saída mais célere e evitando os custos de um processo judicial. Ressalta-se que esses custos impactam fortemente ao empresário individual e às pequenas e médias sociedades empresárias, podendo, inclusive, leva-las à extinção.

Observa-se, portanto, que o negócio jurídico aqui em tela aventa a possibilidade (e tem o poder) de minar o sistema de inovação, na medida em que as invenções não são normalmente colocadas no mercado. Isso, tanto tendo em vista os custos processuais quanto o tempo e energia que demandam as ameaças *troll*, uma vez que esses recursos deixam de ser empregados em inovação. Nesse sentido, cada valor gasto na disputa em juízo ou no pagamento de um *troll* é uma quantia que deixa de ser investida em lançamentos de novos produtos e criação de empregos³.

Essas *patents troll* tem sido discutidas nos EUA, principalmente em vista de seu impacto nas pesquisas de softwares, havendo lá uma movimentação para a reestruturação da legislação patentária em vigor. O objetivo dessa modificação é alterar os instrumentos normativos para reduzir esses custos de operação e tornar todo o Sistema de Patentes, incluindo aí o Judiciário, favorável à inovação, ao desenvolvimento tecnológico e a sua exploração. Dentre outras medidas, faz-se necessário que o objeto da patente seja melhor definido, seja dada consistência às normas de proteção antitruste e diminuído os custos do litígio.

Muito embora esse assunto e essa prática ainda não sejam de grande discussão na doutrina nacional, acredita-se que já é a hora de levantar a questão do *patent troll* e entender os impactos desse negócio no desenvolvimento nacional, isso observando não só a regulamentação quanto à propriedade industrial mas também o papel que o direito confere à

³ Trata-se matéria informativa de fevereiro de 2012, veiculada no sítio eletrônico TED. Disponível em: <http://www.ted.com/talks/drew_curtis_how_i_beat_a_patent_troll>. Acesso em: 06 de maio de 2015.

inovação tecnológica (a partir da LIT). Destaca-se o fato de que o modelo de inovação tecnológica nacional atinge tanto os inventores independentes quanto as sociedades empresárias e as instituições públicas produtoras de inovação.

Tem-se como problema, portanto, a faceta que a *patent troll* apresenta diante à ordem econômica brasileira. Partindo-se da premissa de que referida prática diz respeito a uma restrição patentária, investiga-se de que forma isso se dá no direito pátrio.

Assim, esse trabalho tem em mira discutir sob quais aspectos a *patent troll* se apresenta em face do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, quais atitudes podem ser assim enquadradas no direito pátrio, a fim de estudar a legalidade desse modelo de negócio e os seus impactos concorrenciais e na promoção da inovação tecnológica.

Por consequência, objetiva-se, de modo geral, realizar o estudo do modelo negocial no qual subsiste a *patent troll*, a fim de apresentá-lo sob a perspectiva do direito norte-americano, para, em seguida, conceituá-lo e analisá-lo sob o viés do direito pátrio, averiguando tanto a legalidade quanto os efeitos dessa prática a partir de um panorama criado sob o horizonte do Direito Econômico da Concorrência.

Visa-se discutir como referida prática se apresenta no direito brasileiro com base na observação da propriedade intelectual em face da ordem econômica e dos princípios da concorrência, sem perder de vista seus impactos na inovação tecnológica.

De modo específico busca-se, no primeiro capítulo, delinear a noção norte-americana de *patent troll*, a fim de contextualizar essa prática em meio a tal pano de fundo, para, então, poder transportar, analogicamente, a estratégia para o cenário nacional.

Já no segundo capítulo, antes de perquirir como a *patent troll* se apresenta face ao direito pátrio, objetiva-se a exploração das noções balizadoras do Direito Econômico da Concorrência, com a criação de um sistema analítico de conceitos, embasado tanto na ordem econômica quanto nos princípios concorrenciais, para funcionar como referencial teórico da pesquisa aqui proposta. Tem-se o intuito, portanto, de delimitar os parâmetros norteadores da análise do direito de propriedade industrial, especificamente, das patentes, com o fim de, posteriormente, no terceiro capítulo, enquadrar a prática negocial do *patent troll* nesse sistema de conceitos.

No terceiro capítulo, então, apresenta-se o instituto jurídico das patentes, seus requisitos, natureza jurídica e função social, a fim de demonstrar claramente em que conjuntura a *patent troll* será alocada. Posteriormente, averigua-se os possíveis casos de *patent troll* no Brasil, passando por aqueles decorrentes de ausência de atividade inventiva e ausência de aplicação industrial, tendo em vista a possibilidade de entendimento de que o

registro de patentes que não atendam propriamente a esses requisitos tem intuito meramente defensivo, a fim de examinar se essa conduta pode ser considerada *patent troll*. Assim, visa-se a exploração da normatividade da LPI no tocante às patentes e, precipuamente, aos critérios de patenteamento, analisando-se, teoricamente, a eficácia destes.

Toda a teoria desenvolvida até então será utilizada para, no quarto capítulo, demonstrar que o açambarcamento, trazido pela lei nº 12.529/2011 (lei do CADE) em seu artigo 36, parágrafo 3º, inciso XIV⁴, contempla, legalmente, a *patent troll* como uma prática violadora da ordem econômica no direito pátrio. Tem-se em mira que tal dispositivo normativo veda a criação de dificuldades de concorrência aos outros agentes do mercado. Como ensina Anders, Pagotto e Bagnoli (2012), o produtor possui vantagens sobre os concorrentes, de modo que impedir que outros agentes fizessem uso dos direitos de propriedade intelectual, aqui em tela, praticamente eliminaria a concorrência, levando a um cenário de monopólio, o que não traz benefícios à ordem econômica como um todo, fato que, nesse trabalho, é entendido necessariamente como *patent troll*.

Com base nesse delineamento, realiza-se a investigação de uma discussão dessa natureza no CADE, fundada na descrição e análise do caso Eli Lilly, o qual diz respeito à averiguação, pelo órgão administrativo, da utilização de supostos abusos do direito de petição para buscar exclusividade na comercialização do medicamento Gemzar – fármaco que tem como princípio ativo o cloridrato de gencitabina e é indicado para o tratamento de câncer.

Toda a investigação proposta, todavia, somente se faz possível tendo por base um referencial teórico de direito da concorrência, balizado pela análise da ordem econômica, contextualizada a partir do direito de empresa.

Em sede constitucional, a ordem econômica é aquela que faz com que o direito funcione como um instrumento de implementação de políticas públicas. A sociedade capitalista é, essencialmente, jurídica, assim, o direito atua como mediação necessária às relações de produção, as quais não só se estabelecem, mas se reproduzem com base no direito posto (GRAU, 2010). No caso, trata-se aqui da propriedade intelectual como um meio de produção (a ser alocada no mercado poliédrico⁵), entendendo-se como institutos da produção o capital, o trabalho, o insumo, a organização empresarial e a tecnologia, em que se enquadra a inovação tecnológica.

⁴ Art. 36, § 3º, inciso XIV – Açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia (BRASIL, 2011).

⁵ O mercado poliédrico será definido oportunamente, na seção 2.2, como a soma de suas faces social, econômica, política e jurídica.

Como parte da ordem econômica, tem-se a proteção à concorrência. Nesse cenário, ensina Assafim (2007) que dentre os objetivos do antitruste, quais sejam imprescindíveis para a criação de políticas públicas de concorrência, estão: o bem estar do consumidor, como um objetivo social; a eficiência econômica, como um objetivo econômico; a tutela das liberdades, como um objetivo político; e, destacadamente, a tutela dos interesses coletivos no somatório patrimonial que integra a ordem público-econômica. Ressaltando-se que cada um desses objetivos atende a uma faceta do mercado.

Quanto ao aspecto da ordem público-econômica, há que se observar, como ponto especial, o desenvolvimento e o empreendedorismo necessários à melhoria na qualidade de vida dos cidadãos, o que o professor determina como o controle social sobre a concorrência, sendo um fim da ordem econômica balizado pelo interesse coletivo. Ou seja, as normas de defesa da concorrência como um instrumento de controle social sobre o exercício dos direitos de propriedade intelectual.

O direito de propriedade industrial, portanto, se dá delimitado por um controle social, qual seja as normas de defesa da concorrência, a fim de garantir o melhor desenvolvimento para a ordem econômica.

Entende-se que a titularidade de direitos de propriedade intelectual geram condições de compensação *ex post* do investimento e redução do risco assumido *ex ante* com a pesquisa aplicada. Entretanto, é latente que "o exercício de direitos de propriedade intelectual com o objetivo de proteger uma atividade não empreendedora deve ser reprimido" (ASSAFIM, 2007, p. 13). Ressaltando-se que a atitude anti-empreendedora deve ser punida pelo controle social da livre concorrência, por exemplo, um investimento em inovação que não tenha justificativa econômica ou mesmo uma *patent troll*, não podem prosperar.

Nesse mesmo sentido, destaca-se que o direito concorrencial corrobora o direito de propriedade intelectual como veículo de promoção à inovação, tendo em vista ser esta, acredita-se, a principal engrenagem para o desenvolvimento econômico; entretanto, há certos arranjos estruturais e comportamentos dos agentes econômicos que levam à propriedade intelectual a figurar como meio não só de se garantir posição dominante do mercado mas também de abusar desta, afetando, negativamente, à ordem econômica (GABAN, DOMINGUES, 2012). As normas de proteção à concorrência visam evitar essas condutas prejudiciais e garantir o bom e pleno desenvolvimento da ordem econômica.

Por essa razão, faz-se necessária a análise da *patent troll* sob esse viés concorrencial, uma vez que se tem aqui a premissa de justificativa da proteção à invenção. Ou seja, do investimento em inovação voltado para o desenvolvimento da ordem econômica a fim de

garantir efetividade aos preceitos constitucionais de desenvolvimento científico e tecnológico do país (artigo 5º, inciso XXIX⁶).

A priori, portanto, tem-se estipulado que patentes que não visam o empreendedorismo devem ser coibidas pelo direito de concorrência. Assim, as patentes que se encaixam em tal descrição são aqui consideradas *patent troll*.

Parte-se da premissa, de que, tendo em vista os requisitos legais de patenteabilidade, quais sejam, novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, podem ser consideradas *patents troll* aquelas defensivas que visam determinar um território de atuação e uma restrição às atividades de pesquisa de terceiros (concorrentes), tanto da ausência de aplicação industrial quanto pela ausência de atividade inventiva, que possam ser enquadradas no conceito de açambarcamento.

Discute-se aqui a restrição às patentes, respondendo, de forma prévia, ao problema de como a *patent troll* se apresenta no cenário nacional, a partir da noção das patentes utilizadas com o fim de açambarcar a propriedade imaterial em tela. Isso porque entende-se que essa prática pode ser classificada como *troll*, tendo em vista o objetivo de impedir que outros agentes do mercado realizem P&D no mesmo campo tecnológico.

Realiza-se uma pesquisa qualitativa. Para tal, vale-se do método de análise de conteúdo, visto que, a partir dos objetivos traçados, propõe-se um estudo de textos teóricos e legais, com o fim de se construir um sistema analítico de conceitos, os quais serão aplicados na interpretação da LPI, da Lei do CADE e da LIT, bem como da doutrina referente à propriedade intelectual e ao direito de concorrência.

Destaca-se que se optou por não se ocupar, nesse trabalho, das possíveis decisões judiciais que envolvam *patent troll*, a fim de maior delimitação do objeto de pesquisa, buscando-se um estudo mais profundo e consistente devido à restrição do tema. Ainda nesse sentido, busca-se a verificação teórica da eficácia dos critérios de patenteamento definidos em lei⁷ e não empírica, uma vez que essa estratégia metodológica demandaria a verificação do *quantum* de eficácia desses requisitos, ampliando excessivamente o objeto de pesquisa, dado que se trata aqui de um estudo de curto espaço temporal.

Desse modo, como o objetivo é participar desse quadro de observação e análise tanto a legislação pertinente ao tema quanto a teoria de propriedade intelectual e a decisão do

⁶ Art. 5º, 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 (BARSIL, 1988).

⁷ Lei nº 9.279/1996: Art. 8º - É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (BRASIL, 1996).

CADE enunciada na Nota Técnica nº 241 da SG⁸, o procedimento de sistematização se dá pela leitura e interpretação dos textos legais e teóricos.

Em vista disso, o foco principal será o conteúdo latente, qual seja, em oposição ao conteúdo manifesto, aquele que vai além da objetividade, buscando dessa forma a subjetividade dos conceitos, uma vez que se tem como intuito extrair de todo o arcabouço teórico e legislativo o significado não aparente dos limites relativos à implementação da legislação da propriedade intelectual (inovação *versus patent troll*), sem se perder de vista a perspectiva necessariamente nacionalizante do tema, dada a reinterpretação de um instituto norte-americano.

Quanto às técnicas de pesquisa, a opção somente pode ser pela documentação indireta, ou seja, a pesquisa bibliográfica e a documental, uma vez que a base metodológica consiste na análise de conteúdo, por se tratar de pesquisa qualitativa.

Trata-se ainda de uma pesquisa do tipo teórico, uma vez que se destaca o seu caráter conceitual, de cunho propositivo, pois através da aplicação da interpretação jurídica que se construirá ao longo do trabalho à estrutura de proteção da patente, busca-se aprimorar a proteção jurídica ao inventor tendo em vista seu papel no cenário inovativo.

Em se tratando de relevância, o trabalho se destaca pela atualidade do tema, que só passou a ser enunciado nos anos 1990 e vem sendo discutido, sobretudo nos EUA, principalmente nos últimos anos, pelo impacto no setor de inovação tecnológica.

A fim de analisar os limites do direito pátrio, na busca de determinar como a *patent troll* se apresenta no sistema jurídico nacional, tendo em vista a identificação desse modelo de negócio e avaliação de como ele se coloca em face ao Direito Comercial e Econômico da Concorrência, para procurar estimular uma política de concorrência que se ocupe do fomento ao mercado de inovação, atenta-se para o fato de que um Brasil que tem por meta ser competitivo no mercado mundial não deve ignorar a importância dessa política na defesa da inovação, considerando que esta é uma das pedras angulares do crescimento econômico que conduz ao desenvolvimento.

Nesse sentido, tendo em vista que é tamanha a interferência da *patent troll* no direito de propriedade intelectual, uma vez que afeta o desenvolvimento econômico, por meio da inovação tecnológica e da concorrência, é de grande relevo para os estudos jurídicos o caráter interdisciplinar que se busca aqui, transitando entre o direito comercial e o direito econômico.

⁸ Trata-se de nota exarada no bojo do Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, que será analisada no subitem 4.1 desse trabalho.

Por fim, a análise reflexiva que se pretende no trabalho, com vistas à adequação do instituto da *patent troll* ao ordenamento pátrio, distingue o estudo, já que não se pretende apenas a subsunção do fato às normas.

1 O INSTITUTO DA PATENT TROLL: SURGIMENTO E CARACTERÍSTICAS⁹

Observa-se que, muito embora tenham se passado dezoito anos da publicação da LPI, os institutos jurídicos da propriedade intelectual continuam sem uma aplicação suficientemente precisa na prática empresarial nacional e muitas experiências internacionais ainda não foram objeto de análise e pesquisa no campo teórico brasileiro.

Nesse contexto, destaca-se que o número de ações referentes à violação de patentes cresceu 22% nos EUA em 2011 face a 2010, sendo o crescimento médio dessas ações, desde o ano de 1991, de 6,4% ao ano, devido à prática da *patent troll*¹⁰, que muito afeta os direitos de propriedade intelectual mas que ainda não foi objeto de discussões acadêmicas e técnicas suficientes no Brasil.

O presente capítulo, em vista disso, tem por objetivo conceituar, apresentar dados e demonstrar as características e requisitos da prática empresarial denominada *patent troll*. Isso porque somente após o delineamento desse instituto perante o cenário norte-americano, onde ele ganhou concretude, é que será razoável transportá-lo ao panorama nacional, a fim de poder discutir, em analogia, como essa estratégia de negócio se dá no Brasil.

Insta destacar que não foram encontrados estudos científicos que de fato se debrucem sobre o tema no contexto brasileiro, denotando que o debate ainda é bastante incipiente na doutrina pátria. Por essa razão, necessário se faz analisar a prática nos EUA, onde a discussão não só tem destaque, como também o poder de ocasionar, inclusive, uma reforma legislativa, como se verá.

A denominação jurídica *patent troll* advém de uma figura mística chamada de *troll*. Este se caracteriza como um ser amórfico que vive debaixo de uma ponte, a qual não construiu, e cobra pedágios para sua travessia ou ainda, a despeito de não viver sob a ponte, aparece surpreendentemente exigindo um pagamento para que não impeça a passagem daquele que precisa atravessá-la. O *troll* denota assim alguém comumente conhecido como “aproveitador”, ou seja, alguém que busca intensamente uma vantagem considerada indevida e injusta.

⁹ O presente capítulo se utiliza do artigo *Patentes “troll” no contexto brasileiro: como alinhar experiências internacionais aos padrões do ordenamento jurídico nacional?* Publicado em parceria na obra *Propriedade Intelectual, Transferência de Tecnologia e Inovação: XXIII Encontro Nacional do Conpedi*. Florianópolis, 2014.

¹⁰ Trata-se de matéria informativa de João Osório de Melo, veiculada no sítio Consultor Jurídico em 16 de setembro de 2012, *Contencioso de patentes é uma área em constante crescimento*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-16/contencioso-patentes-area-constante-crescimento>>. Acesso em 30 jun 2015.

Desse modo, pode-se inferir que a expressão *patent troll* designa uma ideia negativa. Ela foi cunhada por críticos daqueles que se utilizam da estratégia caracterizada como *troll*, normalmente as grandes corporações de tecnologia. Assim, a expressão tem em mira entender aqueles que se valem dessa estratégia como aproveitadores no mercado de inovação, que buscam para si uma retribuição econômica que não lhes é efetivamente devida.

Nesse sentido, Bensen e Meurer (2011, p. 3):

Critics, including many technology firms, compare these NPEs to the mythical trolls who hide under bridges built by other people, unexpectedly popping up to demand payment of tolls (see, for example, Temple 2011). The critics call these NPEs “patent trolls,” claiming that they buy up vaguely worded patents that can be construed to cover established technologies and use them opportunistically to extract licensing fees from the real innovators.

Referida expressão foi difundida nos EUA a partir de um vídeo veiculado por grandes empresários norte-americanos no início da década de 1990, a fim de alertar para tal estratégia e, principalmente, para os malefícios que essa prática acarretaria à inovação tecnológica e ao Sistema de Patente.

O termo *patent troll* que se utiliza ao longo desse trabalho é entendido também pela doutrina norte-americana como o nome usual das NPE (BESSEN, FORD, MEURER, 2011; BESSEN, MEURER, 2014) ou PAE (CHIEN, 2012). Essas expressões designam a inserção de agentes na economia com o propósito de adquirir patentes de outras entidades e licenciá-las a terceiros, de modo que referidos agentes não estão inseridos no processo de desenvolvimento da tecnologia patenteada ou que venha ser patenteada, muito embora não sejam expressões idênticas¹¹.

Resta claro, todavia, que essas duas designações tem natureza menos pejorativas que a expressão *troll*, de modo que se faz necessário ressaltar que a opção pela nomenclatura tem o condão de refletir uma ideologia.

Tendo em vista a adoção nesse trabalho do termo *patent troll*, pode-se concluir que o entendimento que se quer expressar é o de que os agentes econômicos que se valem dessa estratégia estão se aproveitando de uma possível abertura jurídica no mercado de inovação, vez que é admissível que eles busquem para si uma retribuição econômica que não lhes é efetivamente devida. Observa-se que esses agentes econômicos caracterizados em torno da

¹¹ Segundo Bessen e Meurer (2014, p. 5), “NPEs are individuals and firms who own patents but do not directly use their patented technology to produce goods or services, instead they assert them against companies that do produce goods and services”. Por outro lado, Chien (2012, p. 2) se utiliza das duas formas, não obstante asseverar que NPE é um tipo de entidade, enquanto PAE é outro: “Various analyses cited throughout this paper have been done on “NPEs” rather than “PAEs”; accounting for citations to both types of entities in this paper”.

patent troll não estão diretamente envolvidos na projeção de inovação tecnológica, atentando-se apenas aos seus ganhos econômicos.

Adentrando à análise, tem-se que o termo *patent troll*, de acordo com a EFF¹², indica, em livre tradução, práticas empresariais e processuais nas quais as patentes são utilizadas como verdadeiras armas no meio negocial em detrimento à busca por incentivo ao processo de invenção.

Assim, pontua-se que, de acordo com João Osório de Melo (2012), a *patent troll* pode ser definida como uma estratégia de negócio, e não efetivamente como um instrumento de inovação, uma vez que se tem desvirtuada sua finalidade, nos moldes de propriedade de bem imaterial, inclusive com uma função social a ser atingida, para buscar vantagens, consideradas até mesmo indevidas, por meio de *royalties* e acordos judiciais.

Entende-se necessário, portanto, que alguns pressupostos sejam atendidos: I) o *troll* precisa ter uma patente ou pedido de patente, uma vez que estes se configuram como premissa da prática em questão; II) ele e o terceiro devem pertencer ao mesmo mercado relevante, para que as ações daquele possam impactar diretamente neste; III) as patentes envolvidas necessitam possuir o mesmo núcleo tecnológico e possivelmente de reivindicação, pela mesma razão anterior; IV) o *troll* deve atuar judicial ou mesmo extrajudicialmente, por meio de ameaça de cessação de patente, visto que se trata de prática de litígio; e v) é necessária a caracterização da má-fé ou dolo do *troll*, visto que essa prática diz respeito à necessária intenção de remuneração.

Os *trolls* ainda adotam uma postura que se baseia em dois pilares. O primeiro diz respeito à certificação do uso do conhecimento pela sociedade que se vale da patente; o segundo, à constatação de que parte desse conhecimento é patenteado pela sociedade não aplicadora da inovação, o que faz com que se inicie o processo para concluir a transação via litígio.

Dado esse panorama de definição e características, faz-se mister a especificação de dados para a delimitação precisa da atuação dos *trolls*.

A partir de informações da GPC (apud MELO, 2012), nos EUA, apenas 4% de todos os casos na área de propriedade intelectual chegam aos tribunais, pois a maioria desses casos são resolvidos em acordos ou terminam em julgamentos sumários.

No mesmo sentido, a instituição afirma ainda que a contar do ano de 1995 até o ano de 2011, o desembolso médio de recursos para cobrir danos à propriedade intelectual subiu de

¹² Disponível em: <<https://www.eff.org/issues/resources-patent-troll-victims>>. Acesso em 30 jun 2015.

USD 1.900.000,00 (um milhão e novecentos mil dólares) para USD 16.100.000,00 (dezesseis milhões e cem mil dólares), incluindo aí os ajustes inflacionários¹³. Ademais, os casos de *patents troll*, que são por natureza os mais agressivos na prática de ajuizamento de ações, quase dobraram seu quantitativo desde o ano de 1995, isso em comparação às organizações que realmente se utilizam das patentes como um meio de produção.

Ainda segundo a GPC, especificamente nos EUA, geralmente o autor de uma ação judicial na área de patentes é um indivíduo ou uma pequena sociedade, enquanto a ré é uma grande corporação¹⁴. Tal característica, afirma a instituição norte-americana, deve-se muito à tendência mundial de aumentar os valores envolvendo contenciosos de proteção intelectual dado a notoriedade de grandes corporações nesta área de inovação, destacadamente no setor de tecnologia de *software*, como Apple, Microsoft, Samsung entre outras.

Dan D'Ambrosio¹⁵ (2013) afirma que a *patent troll* é designada na Casa Branca como uma PAE e que esse tipo de patente triplicou nos últimos dois anos de referência (2011 e 2012), aumentando sua representação de 29% dos casos para 62% de todos os processos.

A GPC (apud MELO, 2012) afirma ainda que, nos EUA, o contencioso geralmente produz os seguintes resultados:

- I) uma ordem judicial como, por exemplo, uma medida liminar (o que é mais difícil de ocorrer) obrigando o dito violador da patente a interromper a sua utilização como meio produção, instituto gerador de riqueza. – Tal ato tem como escopo a formulação de um acordo, pois gera uma pressão substancial sobre o “violador” da patente, que além de sofrer pressão midiática frente seus clientes, fica desprovido de uma fonte de receita com a comercialização do produto;
- II) ordens de exclusão, para o caso de o “violador” ser uma entidade estrangeira e o proprietário da patente uma "indústria doméstica operada com eficiência", quando será possível levar o contencioso para a Comissão Internacional do Comércio (*International Trade Commission*), que pode elaborar algo considerado como uma ordem de exclusão (essa nomenclatura que diz respeito à proibição do “violador” de importar, para os EUA, produtos que se utilizem da patente do detentor);

¹³ Dado interessante trazido pelo mesmo estudo é que as indenizações concedidas por júris superaram em vinte vezes aquelas definidas por juízes (números relativos ao período de 2006 a 2011).

¹⁴ De acordo com a GPC, frequentemente, os detentores de patentes não possuem recursos financeiros suficientes para arcar com um litígio, fato que é equilibrado pelas compensações financeiras que podem ser bastante atrativas. O que geralmente ocorre nesses casos, de acordo com a agência, é o escritório de advocacia assumir os custos do contencioso em troca de uma participação no resultado financeiro do acordo ou da ação (MELO, 2012).

¹⁵ Disponível em: <<http://www.usatoday.com/story/money/business/2013/11/12/patent-trolls-demand-infringement-fees/3511307/>>. Acesso em 03 ago 2015.

III) indenização por danos, qual seja o próprio direito do detentor de ser indenizado pela violação da patente, semelhante ao regramento previsto nos artigos 208 a 210 da LPI¹⁶, a respeito de ressarcimento de danos;

IV) mediação ou acordo para, por exemplo, o pagamento de *royalties*, que muitas vezes o suposto violador pode preferir para manter sua estima no mercado.

Ainda segundo a GPC (apud MELO, 2012), a maior parte dos casos de violação de patentes nos EUA termina em acordo (somente cerca de 4% de todos os casos de disputas nas áreas de patente e propriedade industrial chegam efetivamente aos tribunais), sendo que 70% das lides relacionadas à violação de patentes são encerradas, por meio de composição, após um ano do início do contencioso e posteriormente às partes já terem gasto em torno de USD 1.000.000,00 (um milhão de dólares) no litígio.

Por sua vez, o sítio eletrônico Migalhas International, na reportagem em editorial *Patent Litigation Survey 2010: an unexpected turn*¹⁷ (2010), informa que o mercado do litígio de patentes está bem sólido na prática econômica americana. Citando estudo realizado pela *PricewaterhouseCoopers*, expõe o sítio que os ganhos com os litígios nessa área mantiveram uma média de USD 9.300.000,00 (nove milhões e trezentos mil dólares) em 2009, valor não muito inferior à maior média registrada, em 2001 que foi de USD 10.600.000,00 (dez milhões e seiscentos mil dólares).

Essa quantia em relevo do ano de 2009 foi impulsionada por alguns casos especiais, como a indenização de USD 290.000.000,00 (duzentos e noventa milhões de dólares) que a Inc.'s ganhou da Microsoft e a indenização no valor de USD 1.800.000.000,00 (um bilhão e oitocentos milhões de dólares) ganhos pela subsidiária da Johnson & Johnson, Centocor

¹⁶ *In litteris*: Art. 208: A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.

Art. 209: Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio. § 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória. § 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.

Art. 210: Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem" (BRASIL, 1996).

¹⁷ Disponível em <<http://www.migalhas.com/TopStories/64,MI119921,31047-Patent+Litigation+Survey+2010+an+unexpected+turn>>. Acesso em 03 ago 2015.

Ortho Biotech Inc., devido à violação da patente que diz respeito ao medicamento para artrite, denominado Humira, pela Abbott Laboratories.

Ainda conforme referido sítio, ponto fundamental nos cálculos dos danos é o entendimento jurisprudencial do denominado “*entire market value rule*” que permite ao reclamante demandar os danos de uma violação de uma patente de invenção baseado no valor total do bem no mercado, ainda que a violação patentária diga respeito a um pequeno componente do bem em questão. Nesse cenário, uma importante disputa, ocorrida no ano de 2009, nos EUA, foi o embate travado pela Alcatel-Lucent em face da Microsoft: o júri de *San Diego* entendeu que o sistema *date picker* do Microsoft Outlook Calendário infringiu uma patente da Alcatel-Lucent – a indenização foi fixada em USD 358.000.000,00 (trezentos e cinquenta e oito milhões de dólares).

Nesse caso, entre os principais argumentos, o *entire market value* foi trazido pela autora, que exigiu o pagamento de 8% das vendas do Outlook como indenização, o que se reverte em uma quantia de aproximadamente USD 561.000.000,00 (quinhentos e sessenta e um milhões de dólares). A Microsoft, por sua vez, argumentou que tal indenização não poderia ser superior a USD 6.000.000,00 (seis milhões de dólares) porque a patente em questão era responsável apenas por uma pequena porção de todo o sistema do Outlook¹⁸.

Charles Duan (2013)¹⁹, entende que aquele que se utiliza da prática da *patent troll* não tem nada a perder quando processa grandes corporações por infração de patentes, até mesmo porque os escritórios de advocacia arcarão com os custos inerentes ao litígio. A lógica é a de realização de um investimento no qual se busca o retorno de por meio *royalties*.

Tendo por base pesquisa realizada pela organização *PricewaterhouseCoopers* (apud DUAN, 2013) pode-se afirmar que a média de indenização por ocorrência de *patent troll* em 2012 foi de USD 3.800.000,00 (três milhões e oitocentos mil dólares), sem perder de vista que o insucesso não gera perdas. Por outro lado, o risco ao ser considerado um infrator é bastante alto, pois, conforme a *American Intellectual Property Law Association*, os valores da

¹⁸ Segundo a EFF, caso peculiar nos EUA é o da Lodsys, sociedade empresária que não produz ou comercializa qualquer produto final, apenas desenvolve aplicativos para que possa se valer destes em disputas judiciais que discutam a tecnologia utilizada em aplicativos usualmente pela Google e Apple patentes. A EFF afirma que é impossível definir quantos aplicativos são desenvolvidos pela referida sociedade, mas ao menos onze destes estão envolvidos em demandas judiciais. A Apple e a Google tentam reverter as patentes concedidas à Lodsys, o que pode demandar anos, ainda de acordo com a EFF. Enquanto isso, os desenvolvedores de aplicativos terão que enfrentar um dilema: ou conseguem uma licença da Lodsys ou convivem com a expectativa de uma ação judicial que pode ser proposta a qualquer momento.

¹⁹ Charles Duan é diretor Projeto de Reforma do Domínio Público de Patentes, instituição focada nas políticas públicas sobre patentes e na promoção de inovação tecnológica e traz essas discussões em texto informativo veiculado no sítio da Forbes: <<http://www.forbes.com/sites/realspin/2013/11/15/patent-trolls-are-the-economy-suffocating-exception-to-the-no-free-lunch-rule/>>. Acesso em 03 ago 2015.

indenização variam entre USD 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil dólares) e USD 7.750.000,00 (sete milhões e setecentos e cinquenta mil dólares). Em resumo, afirma Duan (2013) que, para aqueles que se valem da *patent troll*, estar em juízo devido a uma infração de patentes é um jogo de ganhar ou ganhar.

Ainda trazendo dados, deve-se destacar também que, muito embora a prática da *patent troll* atinja diretamente às grandes corporações, ela não deixa de lado as pequenas e médias sociedades, observando-se que os impactos a estas se dão de maneira muito mais gravosa, quando comparados aos ocasionados às grandes corporações.

Como expõe Chien (2012, p. 2-3), “*small companies have also been able to monetize their patents, including through the licensing and sale of their patents: as many as 50% of “non-practicing entity” patents are sourced from companies with under \$200M in revenue*”.

Nesse sentido, Bensen e Meurer (2014), apresentam estudo da RPX, a fim de avaliar os resultados deste face ao impacto da NPE.

A partir dos dados expostos pelos autores em relação à pesquisa apresentada, esse estudo destaca, em livre tradução, que os custos diretos de uma ação judicial envolvendo um *patent troll* são substanciais às sociedades atingidas, totalizando cerca de USD 29.000.000,00 (vinte e nove milhões de dólares) acumulados em 2011. Ressalta-se que esse valor não inclui os custos indiretos, nos quais se encontram as demais despesas da parte ré, como desvio de recursos, atrasos nos novos produtos e perda de participação no mercado. Ainda há que se observar que grande parte deste ônus recai sobre as sociedades empresárias de pequeno e médio porte que compõem cerca de 59% da cartela de réus e que pagam aproximadamente de 37% dos custos diretos quantificados.

Infere-se que as sociedades empresárias de pequeno e médio porte, como já observado, sofrem um maior impacto das *patents troll* que as grandes corporações, pois o contencioso custa mais para aquelas em relação a suas receitas. Além disso, as sociedades menores pagam relativamente mais aos *trolls* para não precisarem ir a juízo; cerca de um terço dos custos dessas rés dizem respeito a acordos visando uma solução extrajudicial (BENSEN; MEURER, 2014).

Os litígios, portanto, para grande parte dos empresários, ocasionam significativo impacto operacional e em virtude não só desse impacto mas também do custo de um procedimento contencioso, a maioria das sociedades prefere negociar com o agente do *patent troll* ou acordar um valor para o licenciamento. Observa Chien (2012, p. 12) que “*receiving a demand was described as potentially representing a “death knell” for a prefunded company:*

no one wants to invest in a company where founder time and investor money is going to be “bled to patent trolls” as one interviewee put it”.

É possível concluir, com as descrições que foram feitas ao longo desse capítulo, que os malefícios por trás dos *patent troll* podem ser resumidos em quatro. São eles: I) a invenção adquirida não é explorada comercialmente por meio de sua colocação no mercado, vez que se trata de mera especulação, o que acarreta a perda da possibilidade de inserção da invenção no processo produtivo e na empresa; II) a restrição à inovação tecnológica, na medida em que investimentos ficam reduzidos pelo temor de que os *trolls* iniciem ações de violação de patente e indenizações de alto valor; III) as invenções patenteadas adquiridas pelos *trolls* não são exploradas, o que afeta a inovação e o desenvolvimento de tecnologias aperfeiçoadas decorrentes das invenções por aqueles adquiridas; IV) o aumento nos custos empresariais, devido ao crescimento das ações judiciais para a solução dos embates; e todos os desdobramentos advindos desses fatos.

Há que se destacar ainda que os praticantes da *patent troll* normalmente adquirem patentes com escopos abrangentes, isto é, que possuem termos vagos ou de difícil entendimento e até mesmo de inventividade indeferida. Eles se aproveitam do fenômeno de *flooding* (inundação) de direitos de propriedade intelectual, que provoca a extensão das matérias patenteáveis e a complexidade tecnológica, para conseguirem acordos vantajosos em face das sociedades acusadas de infringirem a sua patente, o que acaba ocasionando uma restrição à atuação no mercado da inovação.

Ressalta-se ainda que a utilização da *patent troll* ganhou espaço no cenário norte-americano significativamente a partir da mudança legislativa que ocorreu no país, permitindo, em certo grau, a proteção não só de invenções, como também de descobertas (BENSEN; FORD; MEURER, 2011).

Tendo em vista o pano de fundo apresentado, a discussão crescente nos EUA a respeito das patentes e suas nuances, em que se pode destacar a prática da *patent troll*, há que se observar a existência de um movimento legislativo, de reforma das normas existentes, a fim de atender aos anseios e questionamentos quanto ao tema das patentes.

Aponta-se, então, quatorze projetos legislativos que foram encontrados com a proposta de reformar a lei de patentes norte-americana, são eles: *Innovation Act* (H.R. 3309); *Patent Transparency and Improvements Act* (S. 1720); *Patent Quality Improvement Act* (S. 866); *Patent Abuse Reduction Act* (S. 1013); *Patent Litigation Integrity Act* (S. 1612); *Transparency in Assertion of Patents Act* (S. 2049); *Patent Fee Integrity Act* (S. 2146); *Trade Protection Not Troll Protection Act* (H.R. 4763); *Demand Letter Transparency Act* (H.R.

3540); *Innovation Protection Act* (H.R. 3309); *Patent Litigation and Innovation Act* (H.R. 2639); *SHIELD Act* (H.R. 845); *Stopping the Offensive Use of Patents Act – STOP Act –* (H.R. 2766); *End Anonymous Patents Act* (H.R. 2024).

Necessário se faz, também, apresentar os argumentos favoráveis à prática da *patent troll*.

A corrente que defende a *patent troll*, como visto, prefacialmente não se utiliza dessa nomenclatura, usando a designação NPE ou PAE, que denota um viés mais positivo em relação a essa prática.

O entendimento é o de que aqueles que se valem dessa estratégia negocial tem o condão de facilitador do mercado de tecnologia, figurando, nesse sentido, sua função social. Isso porque o inventor seria detentor dos recursos e da expertise necessários ao desenvolvimento da tecnologia objeto de licenciamento, desse modo, as NPE providenciarão o licenciamento dessa tecnologia a terceiros, o que não poderia ser feito de outra maneira e o retorno financeiro obtido seria um grande facilitador ao mercado de inovação tecnológica. Em outros termos, as NPE, em suma, estimulariam P&D.

Percebe-se o entendimento das NPE como agentes necessários à redução de transação entre entes inovadores e produtores, incentivando a produção de novas tecnologias, além de responsáveis pelo financiamento de inventores e pela criação de um novo nicho de mercado, bem como incentivadores da realização de *cross licensing agreements*²⁰.

Contudo, esse ponto de vista não descaracteriza a insegurança jurídica trazida pelos *trolls* bem como o desestímulo à inovação causado pelo receio de eventuais disputas litigiosas e, principalmente, a destinação de verbas às disputas judiciais a despeito da destinação ao mercado de invenção.

Dadas as características da *patent troll*, passa-se à análise acerca da ordem econômica brasileira, atrelada aos seus princípios concorrenciais, para, a partir dessa construção teórica, averiguar, com base nas características apresentadas, como *patent troll* se apresenta no Brasil.

²⁰ Em livre tradução, o acordo de licenciamento cruzado, diz respeito a um contrato celebrado entre duas ou mais partes com o fim de conceder direitos de propriedade intelectual de cada um dos acordantes aos demais.

2 CONFORMAÇÃO TEÓRICA: DO MERCADO À CONCORRÊNCIA

Tendo em vista o cenário da *patent troll* apresentado, realiza-se agora a análise do referencial teórico que norteará esse trabalho a fim de possibilitar a transfiguração dessas patentes para o cenário nacional. Visa-se aqui criar o sistema analítico de conceitos que possibilitará o entendimento do instituto das patentes no direito pátrio, para enfim perquirir as a abordagem que se dá às características da *patent troll* no Brasil.

Essa investigação, portanto, objetiva explorar as noções balizadoras do Direito Econômico da Concorrência, por meio da análise do direito comercial, da ordem econômica, do mercado poliédrico da inovação e dos parâmetros concorrenciais, para que esse sistema de conceitos funcione como referencial teórico da pesquisa aqui proposta.

2.1 A Trajetória dos Direitos Comercial e de Propriedade Intelectual²¹

A propriedade intelectual é uma espécie de direito de propriedade. Ela se origina com o desenvolvimento da economia industrial atrelado à aceleração do processo informacional. Isso porque a tecnologia passou a possibilitar a reprodução em série dos produtos comercializados, além da propriedade sobre o produto em si. O que levou ao reconhecimento dos direitos sobre a ideia a qual permite a reprodução desse produto, de modo a ensejar, por meio da propriedade intelectual, a exclusividade sobre a produção de tal bem (BARBOSA, 2002a). Há que se perceber, portanto, que a propriedade intelectual vincula-se à concepção da inovação advinda de pesquisa.

Trata-se de uma construção jurídica que concede, sob um bem incorpóreo, a exclusividade de uso no mercado, por determinado período, e, desse modo, a propriedade intelectual difere-se da propriedade privada, a qual abrange os bens materiais.

Quanto à propriedade intelectual, ressalta-se ainda que se trata de uma medida de política econômica e não uma propriedade móvel propriamente dita. Contudo, ela tem natureza última patrimonial e, por isso, sofre as limitações da propriedade em geral,

²¹ Essa subseção corresponde à subseção homônima do artigo *O Desenvolvimento dos Contratos de Transferência de Tecnologia no Brasil e Seus Impactos na Inovação Nacional* publicado em parceria na obra *A propriedade Intelectual e os Dez Anos da Lei de Inovação: Conflitos e Perspectivas*.

especialmente, o uso social (BARBOSA, 2010). Desta forma não é possível que o Brasil tenha um sistema de propriedade intelectual que não esteja em consonância com a CRFB. (SANT'ANNA; PEREIRA, 2010). Faz-se mister que os responsáveis pela geração de inovação se norteiem pelos princípios do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Observa-se que se alude aqui à inovação como um exercício de acréscimo de conhecimento novo a dado produto, tornando-o mais competitivo no mercado. Destaca-se que se trata de um fenômeno, o qual seja sistêmico e interativo (CASSIOLATO; LASTRES, 2005).

Evidenciado o papel da propriedade intelectual e sua importância no processo de inovação, há que se atentar para seu surgimento e desenvolvimento, o qual está estritamente vinculado ao surgimento e desenvolvimento do direito comercial, como se vê.

Ensina Forgioni (2012) que o direito comercial emergiu de uma necessidade de regramento mais célere para atender aos mercadores. Ele se iniciou com a chamada fase subjetiva, durante o mercantilismo, com a formação das cidades-estados.

O comerciante era definido de acordo com a corporação de ofício a qual fazia parte, sua guilda, e os estatutos mercantis vinculavam apenas os membros das corporações de ofício. O período, portanto, é chamado subjetivo, já que o objeto do direito comercial era determinado pelo sujeito, membro da corporação, ligando-se, portanto, a um problema processual de fixação de competência (FORGIONI, 2012).

Na Idade Antiga, a atividade comercial era negligenciada por Roma – detentora do aparato jurídico – que a considerava menos digna, de modo a ocupar-se apenas da família e da propriedade. Os direitos de seus cidadãos, portanto, eram resguardados pelo direito romano enquanto os direitos dos demais pelo chamado direito das gentes.

Com a queda do Império Romano houve um hiato jurídico, o qual foi suprimido pelo direito canônico. Entretanto, muito embora ocorrera essa mudança de paradigma, os comerciantes permaneceram sem uma estrutura normativa que os contemplassem, uma vez que a Igreja Católica apresentava ressalvas a estruturas como o lucro e a usura, as quais dão origem aos instrumentos que permitem o desenvolvimento do comércio.

Foi esse cenário que levou à concentração de comerciantes em guildas, acarretando o surgimento dos juízes consulares (arbitrais) e da ética comercial de usos e costumes.

As cidades de reuniões das guildas começaram a crescer e se enriquecer, uma vez que os produtos tecnológicos (à época: sabão, vidro, têxteis etc) são mais valiosos que os naturais. Isso levou ao interesse à confidencialidade, dado que a não divulgação da tecnologia

acarretaria uma situação de garantia do lucro. Desse modo iniciou-se a transferência de tecnologia.

Sob esse panorama, teve início também a concessão de cartas-patentes, as quais inauguraram o sistema patentário, inclusive como ele é tido nos dias de hoje. Ressalta-se que as cartas-patentes surgiram em Veneza (ano de 1421), que era a guilda de maior destaque econômico, como mero instrumento de monopólio pelo mercado de mármore, sendo, posteriormente (ano de 1474), incorporadas ao direito inglês com vias à promoção da transferência de tecnologia, uma vez que eram concedidas com o intuito de atrair detentores de conhecimento para a absorção deste²².

Esse perfil subjetivo manteve-se durante todo o mercantilismo, todavia, com a ascensão do liberalismo, houve a necessidade de conquista de novos mercados, o que levou à libertação das corporações de ofício. Com a supressão das corporações e a promulgação do Código Comercial Francês – o Código Napoleônico, de 1804, a competência do direito comercial firmou-se nos atos de comércio, dando origem ao período objetivo (FORGIONI, 2012).

Nas palavras de Paula Forgioni (2012, p. 35), “diz-se objetivo esse período, porque a matéria comercial vem então delimitada pela prática de certos *atos*, e não mais pelo *agente*”.

Nesse período originaram-se as teorias de propriedade intelectual, justificando a remanescência dessa proteção imaterial como promotora do sistema econômico. Isso não só garantiu a sobrevivência do instituto como levou à formulação da CUP, de 1880, seguida da Convenção de Berna, de 1886, sendo, o Brasil, signatário de ambas.

Com o advento do corporativismo e do fascismo, que trouxeram consigo o Código Civil Italiano de 1942, as discussões acerca do objeto do direito comercial deslocaram-se do ato de comércio para a empresa, caracterizando duas novas fases subsequentes: a fase subjetiva moderna e a empresa como atividade.

“A disciplina da empresa fora introduzida na Itália para viabilizar a condução da economia pelo Estado, encarando-a como ente *organizador, gerador de riquezas*”; assim, “a empresa vai se fortalecendo como a grande protagonista do direito comercial” (FORGIONI, 2012, p. 50/51).

A partir desses momentos históricos e o relevo da empresa como atividade, os direitos de propriedade industrial passaram a sofrer grande influência do sistema econômico e da dinâmica do direito comercial.

²² As cartas-patentes eram concedidas, por quatorze anos, aos estrangeiros que, detentores de novas técnicas, as desenvolviam com a necessária participação de um aprendiz inglês (KOSTYLO, 2008).

No Brasil, até a década de 1930, basicamente, só houve a importação de inovação e não o seu desenvolvimento, uma vez que o sistema de patentes (destaque no setor inovativo) era tido como um peso econômico para os países subdesenvolvidos. Isso os levou a pleitear, junto à ONU, a revisão da CUP.

Tal revisão deveria somente se dar por unanimidade. Desta feita, os países produtores de tecnologia se manifestaram de forma contrária à revisão, o que a impossibilitou e levou à adoção, por parte dos países subdesenvolvidos, de medidas legais internas bastante restritivas, com limitação às patentes e flexibilização do licenciamento compulsório.

No cenário nacional, essas medidas foram materializadas na Lei de Propriedade Industrial nº 5.771 de 21 de dezembro de 1971, a qual estabeleceu a reserva de mercado²³.

Esse nacionalismo levou a uma reação dos países desenvolvidos, no sentido de pleitear uma regulação única por meio da OMC, de modo a acrescentar no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, o GATT, as questões de Propriedade Intelectual. Esse movimento desencadeou a elaboração do TRIPS, chamado no Brasil de Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, resultado da Rodada do Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT, em 1994 e, no mesmo ano, incorporado ao direito brasileiro sob o Decreto nº 1.355.

Essa trajetória culminou, no direito pátrio, na edição da Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, a LPI.

Ressalta-se, enfim, que a propriedade industrial é aquela que protege os ativos intangíveis da empresa e, nesse contexto de empresa atividade, em que ela é vista não somente em sua dimensão estática, mas também na dinâmica, “urge estudá-la a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função econômica no mercado” (FORGIONI, 2012, p. 82).

2.2 A Ordem Econômica na Perspectiva do Mercado Poliédrico²⁴

²³ Diz-se aqui das barreiras legais criadas à entrada dos produtos internacionais no mercado brasileiro de tecnologia, observando que “Considera-se como barreira à entrada qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômico estabelecidos. Entre os fatores que constituem importantes barreiras à entrada, é importante citar alguns: (a) custos fixos elevados; (b) custos afundados (ou irrecuperáveis); (c) barreiras legais ou regulatórias; (d) recursos de propriedade das empresas instaladas; (e) exigências consideráveis de economias de escala ou de escopo para o ingresso de um novo competidor; (f) grau de integração da cadeia produtiva; (g) fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e (h) ameaça de reação dos competidores instalados” (GABAN, DOMINGUES, 2012, p. 100) (grifo nosso).

²⁴ Essa subseção, incluindo seu subitem, diz respeito aos referenciais teóricos publicados nos seguintes trabalhos: O desenho industrial como instrumento de controle do mercado: o caso das garrafas AMBEV (2013); Inovação

A trajetória do direito comercial, do ato de comércio à atividade empresária e, enfim, da atividade a sua conformação no mercado, faz com que a empresa só tenha razão de ser quando no mercado e, em consequência, os elementos da empresa, em que se encontra a propriedade industrial como parte do estabelecimento comercial, só possam ser investigados quando voltados para o mercado.

Em se tratando dessa trajetória, Paula Forgioni (2012) se propõe a analisar o instituto da empresa não mais como algo estanque, fechado em sua própria lógica interna, mas dentro de todas as relações que estabelece no contexto do mercado. Para tanto, a autora busca traçar um panorama do direito comercial, estruturando sua teoria em uma linha de progressividade dos elementos ato, atividade e mercado.

Observando-se, como propõe Forgioni (2012), as modificações fáticas, principalmente a partir de meados dos anos 1980, em que se vê a despulverização de empresas; os novos contratos de cooperação; novas regulamentações para externalidades antigas; o desmantelamento do Estado e a criação das agências reguladoras; o combate ao abuso de poder econômico e da concorrência desleal, entre outros, percebe-se um novo impulso no direito comercial, vinculando-o ao econômico. Tem-se a insuficiência da teoria da empresa, a qual ignora que esta não existe sozinha, para explicar o significado da empresa no atual contexto histórico.

Coloca a autora que

temos um novo *período de evolução do direito comercial*, em que se supera a visão estática de empresa para encará-la, também em sua *dinâmica*. De um direito medieval de classe, ligado à pessoa do mercador, passamos ao critério objetivo e liberal dos atos de comércio e, finalmente, à atividade de empresa. Urge estudá-la a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função econômica, razão de ser, no mercado (FORGIONI, 2012, p.82).

É nesse sentido, e entendendo o mercado como um pressuposto da concorrência, que se faz mister a análise daquele e, mais ainda, a sua compreensão. Afirma Forgioni (2012, p.155) que o mercado é um “fenômeno poliédrico”. Uno em sua existência, não pode ser compreendido senão quando encarado por uma de suas faces, *todas interdependentes entre si*”, isso porque, assim como um cubo não se mantém com apenas cinco faces, o mercado também depende de todos os seus perfis para ser entendido corretamente.

Nesse contexto a autora elenca quatro dimensões indispensáveis ao fenômeno do mercado, quais sejam: econômica, política, social e jurídica.

A face econômica diz respeito, inicialmente, ao local onde as trocas comerciais eram feitas, evoluindo para a própria ideia de relações comerciais. Essa dimensão, portanto, trata do mercado como um *locus*, físico ou artificial, que proporciona o encontro (regular) entre comprador e vendedor de uma determinada economia.

O perfil político dispõe sobre o modo de alocação dos recursos na sociedade, ou seja, a política como elemento determinante de qual papel o mercado desempenha na alocação de recursos. Há que se observar que o mercado não é o único meio de organização dos recursos na sociedade, há várias correntes liberais e utilitárias que buscam a legitimidade desse sistema por uma lógica de eficiência. Entretanto, o direito, como instrumento de implementação de políticas públicas, também desempenha o seu papel na alocação de recursos, aliando-se ao mercado e legitimando-o.

Tratando do perfil social, a autora analisa a importância da função social do mercado, qual seja derivada das normas constitucionais, para que haja verdadeiro desenvolvimento de toda a sociedade. As dimensões política e econômica do mercado se dão nos limites trazidos pela dimensão social; uma vez que o mercado já é concebido dentro dessas fronteiras, ele somente pode se desenvolver dentro do seu perfil social, o qual reserva ao direito uma outra função além da já explicitada preservação do sistema de produção, a de implementação de políticas públicas com o escopo de dar concreção aos objetivos sociais constitucionalmente fixados, de onde se denota o controle sobre a força persuasiva do mercado.

Nesse sentido, Forgioni (2012) apresenta a face jurídica como a dimensão responsável pela regulação das relações entre os agentes, de modo a trazer mais segurança e previsibilidade a elas. Trata-se do conjunto de regras e princípios que pautam o comportamento dos agentes econômicos, sem se deixar de destacar a importância dos usos e costumes na relação empresarial. O perfil jurídico do mercado é o que funde suas quatro facetas, solidificando os demais perfis.

Assim, são os institutos jurídicos que produzem efeitos econômicos, sendo ambos expressões da ordem jurídica. Dessa forma, salienta Forgioni (2012, p.186) que

o mercado necessita de normas que o legitimem e o regulem: entre mercado e direito, não existe um antes e um depois, mas uma inseparabilidade lógica e histórica. O mercado é, por definição, uma instituição econômica e jurídica ao mesmo tempo, representado pelo seu estatuto jurídico, como tal caracterizado por escolhas políticas.

O mercado, então, é uma ordem, porque se embasa em comportamentos calculáveis. Assim, é possível que se preveja o comportamento dos agentes inseridos nessa ordem, o que traz segurança jurídica, que, por sua vez, se reverte em um menor custo transacional. Essa

ideia de ordem, ainda, leva ao entendimento do mercado como instituição, no sentido de “modelo complexo de comportamento, com elevado grau de adesão social” (FORGIONI apud FERRARESE, 2012, p. 187). Admite-se dessa forma o mercado como uma instituição social, reconhecendo-se que ele condiciona o comportamento das pessoas e seus modelos de relação.

Nesse contexto, a ordem jurídica do mercado, no que aqui interessa, é resultado de uma dinâmica que comporta sua unidade na junção das normas endógenas e exógenas ao referido sistema. Ou seja, ela se compõe numa estrutura de normas que emergem do comportamento dos agentes econômicos em junção com as leis, o que casa a prática mercantil, o direito estatal e a atividade jurisprudencial no direito comercial.

Vê-se que a análise da empresa como um conceito dinâmico dentro de um contexto mercadológico, além de superar a teoria tradicional da empresa, que a tem de forma estanque, apresenta sua relação com a ordem econômica e as escolhas políticas que a balizam. É a partir desse cenário, de mercado como ordem jurídica advinda de um fenômeno poliédrico, que se passa a analisar a estrutura da propriedade intelectual, especificamente das patentes, um instrumento de desenvolvimento econômico da empresa, e o sistema de direito concorrencial em que se inserem.

Nesse sentido, há que se apresentar, portanto, o referencial central da discussão aqui proposta, qual seja os elementos concorrenciais, sem perder de mira que, da mesma forma que o mercado possui as faces econômica, política, social e jurídica, assim também se apresentam os objetivos da concorrência. De modo que é o mercado, em tudo, pressuposto desta, estando, os dois institutos em necessária vinculação.

2.2.1 Os Aspectos Concorrenciais

Tendo em vista a apresentação do mercado e sua conformação jurídica, há que se destacar agora a ideologia trazida na Carta Maior. Passa-se, portanto, à análise da ideologia constitucionalmente adotada, a qual não se traduz em uma única vertente, havendo diversas ideologias de cunho econômico na CRFB.

O modelo de Estado adotado no Brasil trabalha com dois tipos de estados: o Estado Regulamentação (como se vê no artigo 173²⁵ da CRFB, que traz a figura do Estado

²⁵ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse

empresário) e o Estado Regulamentador (criador de norma jurídica, fiscalizador e planejador, apresentado no artigo 174²⁶ da CRFB). Essa situação não se configura de agora, ela se dá desde a Constituição de 1934 (BERCOVICI, 2005), que já trazia tanto o Estado atuando diretamente na economia quanto apenas regulando-a. Vê-se, portanto, que não existe uma única ideologia na *Lex Major*, esta possui traços liberais e também socializantes, permitindo concluir que coexistem princípios dessas duas naturezas na Carta Magna, ou seja, a ideologia constitucionalmente adotada no Brasil contempla diversas matrizes do pensamento econômico.

Importa dizer que ideologia constitucionalmente adotada nada mais é senão os valores eleitos para reger a economia sendo positivados. Eles refletem as aspirações da comunidade econômica e conduzem a atuação estatal, a qual se dará por meio da criação de normas regulamentadoras da economia e da implementação de políticas públicas em seus mais diversos âmbitos de atuação, bem como na sua participação como agente econômico.

Percebendo que a ideologia constitucionalmente adotada permite a atuação do Estado em duas acepções, como vistas: regulamentação e regulamentador, observa-se que essa postura se repete também quanto aos valores adotados pelo Estado, o que se reflete no fato de serem observadas concomitantemente na ideologia constitucional uma matriz liberal e também uma socializante. Nesse sentido, inclusive, cabe a crítica feita por Eros Grau (2010), na perspectiva de que a CRFB, ao trazer um capítulo exclusivo sobre a ordem econômica, propicia um afastamento entre os ramos do direito, o que é algo negativo, referido capítulo

coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. § 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. § 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade. § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (BRASIL, 1988).

²⁶ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei. (BRASIL, 1988).

deveria estar interligado ao da ordem social, tendo em vista a harmonização constitucional desses valores.

De uma parte, a menção a *uma* ordem social (seja *econômica* e *social* ou tão-somente *social*) como subconjunto de normas constitucionais poderia nos levar a indagar do caráter das demais normas constitucionais – não teriam elas, acaso, também caráter social? O fato é que toda a ordem jurídica é social, na medida em que voltada à ordenação social. Ademais, poder-se-ia mesmo tudo inverter, desde que a observação da ordem social – ordem normativa, da sociedade – abrange, além da ordem jurídica positiva, uma ordem ética, inúmeras ordens religiosas e diversas ordens jurídicas não “positivadas” (GRAU, 2010, p. 69).

Diante esse entendimento, destaca-se principalmente a ideia, também trazida pelo autor, de que não se interpretam textos normativos constitucionais, mas sim a CRFB, no seu todo, da mesma forma que em nenhuma medida se deve interpretar um texto normativo, mas sim o Direito. Demonstrando aqui que as previsões normativas a respeito da propriedade intelectual devem ser analisadas harmonicamente, de modo que as determinações concorrenciais não percam de vista a função social constitucionalmente prevista.

Cabe ressaltar, ainda, que essa ideologia não é estanque, sofrendo modificações de acordo com o momento histórico. Assim, como se trata de um conceito que se modifica com as transformações sociais ao longo da história, o desenvolvimento do constitucionalismo nacional conduz à releitura dos princípios dessa ideologia, o que importa dizer que a ideologia constitucionalmente adotada apresenta modificações significativas de acordo com as fases do constitucionalismo brasileiro e todo o direito que ele influencia.

Nesse cenário, observa-se que uma forma de se enxergar o direito de propriedade intelectual é como política econômica do mercado de inovação, uma vez que as regulamentações voltadas para esse tipo de propriedade, em suas mais diversas vertentes, comporão os elementos que integrarão o conjunto dessa política econômica. Ademais, a propriedade intelectual pode ser vista como elemento conformador da inovação, a qual, assim como o mercado, também foi definida como um fenômeno, sendo estes dois fenômenos unidos por meio de uma política econômica.

O processo produtivo se ordena em uma cadeia, formada por: produção (na qual se vê subjacente o capital, o trabalho e os recursos naturais, mas também a tecnologia e a organização empresarial); consumo; distribuição e circulação dos produtos. A política econômica é o elemento que atua em cada um desses ramos limitando a ação do capitalista. É nesse sentido que ela é objeto do direito econômico.

Em sede constitucional, a ordem econômica faz com que o Direito passe a funcionar como um instrumento de implementação de política pública. A sociedade capitalista é, essencialmente, jurídica, assim, o Direito atua como mediação necessária às relações de

produção, as quais não só se estabelecem, mas se reproduzem com base no direito posto (GRAU, 2010).

Segundo Bercovici (2005) apud Natalino Irti, para que se entenda a constituição econômica não se deve romper com a unidade constitucional, mas decompô-la numa pluralidade de núcleos isolados e autônomos, concentrando-se na aplicação da CRFB como uma unidade nos vários campos e áreas específicas, inclusive a economia. A constituição econômica para Irti é a constituição política estatal aplicada às relações econômicas. E seria a partir dessa presença do econômico no texto constitucional e da ideologia constitucionalmente adotada que se elaboraria a política econômica do Estado. Política esta que incidirá diretamente na atividade empresária, dependente da inovação.

Ao se tratar de Constituição Econômica há que se observar que está se falando da Ordem Econômica Constitucional, qual seja a normatização da Ordem Econômica na Constituição (como se vê no artigo 170²⁷ da CRFB da República), isso porque a ordem econômica se divide entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser, fazendo, desde último, uma parcela da ordem jurídica (GRAU, 2010).

Tratando dessa relação entre a constituição econômica e a ordem econômica constitucional, Eros Grau (2010), citando Vital Moreira, ensina que a primeira se releva no conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, institui uma certa forma de organização e funcionamento da economia e constitui, nessa medida, uma determinada ordem econômica.

Nessa perspectiva apresentada, ressalta-se que o Estado moderno nasce sob a vocação de operar no campo econômico, atuando, inicialmente, de modo a constituir e preservar o modelo capitalista e, posteriormente, substituir e compensar o mercado. Estas são atividades típicas do capitalismo organizado e dizem respeito ao processo de acumulação. Além disso, a complementação do mercado também é uma categoria da atividade estatal, a qual se relaciona à adequação do sistema jurídico às novas formas de organização empresarial, concorrência e financiamento (GRAU, 2010).

²⁷ 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: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Deve-se observar, para tanto, que “o Estado, no exercício de função de acumulação, sempre se voltou à promoção da renovação do capitalismo” (GRAU, 2010, p. 27) e que este reclama a estatização da economia, “tendo em vista a sua própria integração e renovação” (GRAU, 2010, p. 27). Complementa-se essa ideia com a de que a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o Direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhes são próprias, tendo em vista que estas não se poderiam estabelecer nem se reproduzir senão por meio do direito positivo, o qual surge para disciplinar os mercados e domesticar os determinismos econômicos.

Ainda nesse sentido e em conformidade com a ideia já trazida de que o mercado e o direito são interdependentes, determina Eros Grau (2010, p. 30) que “sem a calculabilidade e a previsibilidade instaladas pelo direito moderno o mercado não poderia existir”. É nesse sentido de constituição pelo direito posto, sem se deixar de observar que o mercado é uma ordem jurídica que se dá com a conformação de uma realidade poliédrica, a partir ideologia da constituição econômica, que o fenômeno da concorrência deve ser analisado.

Antes de se tratar do direito concorrencial positivado, há que se observar que existe concorrência quando diferentes agentes econômicos disputam entre si o espaço num mercado, que abrange serviços ou produtos que sejam iguais ou – do ponto de vista do consumidor - substituíveis entre si; observando-se ainda a efetividade dessa disputa num espaço geográfico e temporal determinado. A tutela da concorrência, nesses termos, protege a expectativa razoável de um padrão de competição (BARBOSA, 2011).

Em resumo, sendo o mercado uma ordem, uma instituição econômica e jurídica, que conforma em si o local de trocas, o meio de alocação dos recursos, a concreção dos objetivos sociais e a regulação da conduta dos agentes econômicos, ele se vincula ao Estado, este como ente promotor de política pública, agente econômico e regulador da economia e detentor do monopólio legislativo, o qual passa a ser responsável pela modernização do mercado, que se dá conforme o desenvolvimento do direito para seguir as inovações. Assim, há que se destacar que o Estado brasileiro fez a opção de fomento à inovação atrelada ao desenvolvimento social, como se vê na CRFB, no inciso XXIX do artigo 5º, o qual diz que será assegurada a proteção à propriedade industrial, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país (BRASIL, 1988).

A promoção da inovação é uma das principais justificativas para a existência de uma política de defesa da concorrência. A estrutura jurídica proporciona que as organizações produtivas se desenvolvam por meio da competição no mercado. Isso, porque, na economia de mercado competitiva, a busca pelo lucro, viabilizado por inovações bem-sucedidas,

reverte-se em incentivo à inovação, podendo-se dizer que promover competição e promover inovação são duas faces de uma mesma moeda. Inovação e concorrência se relacionam na medida em que a promoção desta estimula comportamentos inovadores que visam à geração de vantagens comparativas e ao lucro, os quais servem de recompensa aos mais bem-sucedidos (SCHUARTZ, 2009).

Ressalta-se que, ao se tratar do fenômeno sistêmico e interativo que é a inovação no setor econômico, o faz observando-se que ela “ocorre quando alguém descobre um melhor caminho para fazer coisas ou coisas melhores para fazer” (COOTER, 2009, p. 31) em conformidade com a ideia de acréscimo de conhecimento.

Dentro do panorama traçado, passa-se à análise específica da concorrência. Há que se considerar assim, que a CRFB, ao versar sobre a ordem econômica, considera a livre concorrência como base da atividade econômica. Desta feita, há que se entender que a proteção à concorrência encontra abrigo constitucional no referido princípio.

A livre concorrência diz respeito à preservação de disputa no mercado. Pontuando-se que

o princípio da livre concorrência limita a expressão absoluta do princípio da livre-iniciativa²⁸ por parte de um agente econômico ou um grupo de agentes econômicos em busca da aplicação universal da livre iniciativa, i.e., a todos os agentes de mercado.

Cuida-se, destarte, de estritamente favorecer condutas competitivas entre os agentes econômicos, motivo pelo qual está sabiamente insculpido no rol de princípios fundamentais corolários da ordem econômica brasileira, cuja premissa sedimenta-se na livre-iniciativa, revestida de cunho social (GABAN, DOMINGUES, 2012, p.54).

Insta pontuar que ao se garantir a concorrência garante-se um regulador espontâneo das oportunidade de mercado, pois se assegura ao consumidor a opção de escolha dentre bens ofertados por diversos agentes econômicos, de modo que estes, obrigatoriamente, deverão disputar espaço no mercado ao qual pertencem, sendo que aquele que oferecer as melhores condições, sairá vencedor nessa disputa (FORGIONI, 2012).

Nas palavras de Forgioni (2012, p. 170),

a empresa não aprecia a concorrência; suporta-a porque esta é a forma admissível de conquistar mercado e de aumentar os lucros. Pode-se dizer então que a disputa produz externalidade positiva, pois reverte a favor do funcionamento do sistema econômico, diminuindo preços e aumentando a qualidade do produto ou do serviço oferecido aos consumidores.

²⁸ Pode-se considerar que o princípio da livre-iniciativa foi eleito pela CRFB como o alicerce de sua ordem econômica, destacando-se que ele “preconiza a ‘(...) manutenção das possibilidades reais de acesso e exercício de atividade econômica pelos indivíduos, como garantia de sua liberdade econômica’” (GABAN, DOMINGUES, 2012, p. 52 apud NUSDEO, 2002).

Destaca-se ainda que a concorrência está abarcada pela face política do mercado, uma vez que é nesse delineamento político do mercado que se encontram as ideias liberais.

Nesse sentido, deve ser analisado o instituto da livre concorrência. A conformação deste se encontra na chamada Lei do CADE, a lei número 12.529 de 30 de novembro de 2011, que, dentre outras providências, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, conciliada com a LPI, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

Vê-se, portanto, que há uma correlação entre o direito de propriedade intelectual e o direito concorrencial, observando Calixto Salomão Filho (2006, p. 14), ao tratar do direito concorrencial, que “o Direito Industrial é um caso especial de sua aplicação” de modo a superar qualquer entendimento no sentido de que a propriedade intelectual, nesse caso, as patentes, estão excepcionadas das garantias concorrenciais.

Na lei do CADE, no Título V, que trata das infrações da ordem econômica, o artigo 36²⁹ traz o que seriam essas infrações, como se vê em seu *caput* e incisos:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Acredita-se que os incisos I e III trazem informações bem diretas, denotando inclusive uma informação autoexplicativa, o que, por outro lado, não ocorre com os incisos II e IV, dos quais se trata a seguir.

A respeito do inciso II há que se determinar o que é o mercado relevante. De forma majoritária e nas palavras de Gaban e Domingues (2012, p. 94)

o mercado relevante delimita-se pelas suas fronteiras com os demais mercados, sob duas perspectivas principais: (i) a do produto, material ou substancial, considerando que cada bem ou serviço, concorre apenas com produtos com os quais guardem alguma similaridade e pelos quais possam ser substituídos, ou seja, universo em que se observe o fenômeno da substitutibilidade, seja pelo lado da oferta, como pelo lado da demanda; e (ii) a geográfica, porque apenas podem concorrer produtos dentro de um espaço geográfico nos limites do qual a atividade da oferta seja economicamente vantajosa e a qual tenham acesso os mesmos consumidores ou clientes.

Cabe ressaltar que, nos parâmetros definidos por esse trabalho, o mercado relevante vai ainda mais além que essas duas perspectivas, as quais consideram o mercado apenas em seu viés econômico. Entende-se que a averiguação do mercado relevante deve se ocupar de

²⁹ O artigo 36 da lei do CADE reproduz o disposto no artigo 20 da lei que a antecedeu, a lei número 8.884 de 11 de junho de 1994, tratada como antiga lei do CADE em oposição à nova.

cada uma das quatro faces do mercado, aprofundando-se o entendimento para a ideia de que a relevância deve ser encontrada, necessariamente, nas quatro faces.

Quanto ao inciso IV, tem-se que a “posição dominante” se dá conforme o parágrafo segundo do mesmo artigo:

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia (BARSIL, 2011).

Ensina José Carlos Vaz e Dias (2014, p. 257) que

A caracterização de posição dominante decorre essencialmente da potencialidade do agente econômico em restringir a concorrência em um determinado mercado relevante, bem como do grau de independência do agente em praticar condutas que o colocam em condições de agir sem consideração aos concorrentes, fornecedores ou distribuidores. A independência observada do agente é compreendida como dependência aos participantes da competição no mercado relevante.

Infere-se, portanto, que está se tratando de algo aferido tecnicamente, averiguando-se a capacidade de alteração das condições do mercado, por parte de um agente econômico unilateral ou coordenadamente. Entretanto, trata-se de uma definição bastante complexa, uma vez que é presumida, por isso ela foi delineada, segundo o mesmo autor, por entendimentos do CADE:

Em vista da abrangência do assunto, o CADE procurou estabelecer parâmetros para análise de práticas restritivas e determinação do poder de mercado. Dentre eles estão: i) ‘market share’ que acarrete posição dominante; ii) operacional e comercial do agente e seus concorrentes; iii) facilidade de acesso a fornecedores ou clientes; iv) barreiras à entrada de novos competidores; v) aferição do grau de rivalidade (concorrência estratégica e tecnológica); vi) vantagens tecnológicas e estrutura da empresa, dentre outros (VAZ E DIAS, 2014, p.259).

Destacando-se que o mercado relevante e a posição dominante são âmbitos de análise interligados, uma vez que a participação elevada no mercado relevante é o que permite identificar a posição de poder no mercado.

Ainda, nas palavras de Galan e Domingues (2012, p. 98),

determina-se assim, por presunção legal relativa, que a participação equivalente a 20% (vinte por cento) em mercado relevante delinea, *a priori*, viável exercício de poder de mercado, sendo, portanto, comum que a análise estrutural inicie-se com a avaliação do mercado relevante e da parcela de mercado de cada agente econômico participante. Esse método pode ser visto como o mais utilizado pelas cortes e autoridades antitruste, na medida em que a participação de mercado é tida como forte indício (necessário, embora insuficiente) sobre a existência, ou não, de posição dominante.

A Lei de Defesa da Concorrência brasileira (tanto a lei n. 8.884/94 quanto a NLAB) adotou, assim, o critério de presunção, *iures tantum* de existência de posição dominante, ou de poder de mercado, em hipóteses nas quais o *market share* equivale ou excede a 20% (vinte por cento) de participação detida no mercado relevante.

Além das quatro infrações abordadas, são também práticas de infração à ordem econômica as listadas no parágrafo terceiro³⁰ do mesmo artigo 36, onde se vê, dentre outras determinações de ilegalidades, a criação de dificuldades para o desenvolvimento de empresa concorrente, o exercício ou exploração abusiva de direitos de propriedade industrial e o açambarcamento, infração de destaque nesse trabalho.

Observa-se ainda que a LPI, não obstante não traga expressamente uma definição de concorrência desleal, ao proteger a livre concorrência, o artigo 195³¹ regulamenta as condutas

³⁰ § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca (BRASIL, 2011).

³¹ 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; VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave; IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou

reprováveis como criminosas, ou seja, aquelas mais prejudiciais à economia, por essa razão merecedoras de serem repreendidas como crime de concorrência desleal, o que é mais grave que outras atitudes tidas como anticoncorrenciais.

Assim, tendo em vista as determinações legais de criminalização de algumas atitudes específicas no ambiente concorrencial, infere-se que a promoção da inovação requer a promoção da defesa da concorrência tanto na forma da prevenção quanto da repressão de condutas de agentes com poder de mercado. Essas condutas, não em seus vieses repressivos, que são taxativos, nos moldes do artigo *supra*, mas em se tratando da repressão de determinadas posturas anticoncorrenciais que infrigem à ordem econômica, muito embora não sejam consideradas crimes, incluem a não introdução de inovações na estrutura mercadológica com o fim de posterior obtenção de vantagem econômica, como se dá pela ação da *patent troll*.

Há, então, a partir do cenário delineado, que se estabelecer a relação da concorrência com a propriedade intelectual, a fim de conceituar a atuação dos *trolls* antes de aplicá-la ao cenário nacional.

Assevera Assafim (2013, p. 68) que

a prevenção e a repressão das violações contra a ordem econômica têm seu fundamento em princípios constitucionais da livre concorrência e da repressão do abuso de poder econômico. Trata-se de noções que abrangem todas as distorções que possam ter lugar no mercado (especialmente quanto a distorções no processo de formação de preços), à margem de ocorrerem em uma outra categoria de contratos ou práticas concertadas. Por conseguinte também está em seu âmbito de aplicação o tráfego jurídico de propriedade intelectual.

Desse modo, a infração contra a ordem econômica deriva de uma conduta que, na dinâmica complexa do mercado, é capaz de propiciar uma alteração estrutural no sentido da concentração (ASSAFIM, 2007). Assim,

defender a concorrência implica na manutenção da situação de plena interação de fornecedores e adquirentes de maneira a não falsear o livre jogo do processo de formação de preço. Portanto, há uma série de categorias de acordos que tem sido objeto de análise em matéria *antitrust*, de parte da doutrina, além de decisões administrativas e judiciais dos mais importantes sistemas, e, especialmente, aqueles

prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou 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; XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa (BRASIL, 1996).

cujo objeto integra bens imateriais protegidos por direitos exclusivos (ASSAFIM, 2007, p. 4).

Em se tratando de proteção à concorrência, há que se observar os objetivos por trás dessa proteção. Como ensina Assafim (2007), essa definição é imprescindível para a formação de políticas públicas voltadas para a área de concorrência, além de que esses objetivos influenciam o âmbito de atuação do direito material de que se trata.

O autor enumera quatro objetivos, que, em conformidade com a estrutura do mercado, dizem respeito aos campos social, econômico, político e jurídico. São estes, respectivamente: o bem estar do consumidor; a eficiência econômica; a tutela das liberdades; e a tutela do interesse coletivo na ordem público-econômica, sob o viés do desenvolvimento e do empreendedorismo necessários à melhoria na qualidade de vida dos cidadãos. Pondera-se que esses objetivos atinentes à proteção à concorrência atrelam-na ao mercado da inovação no qual a propriedade industrial está inserida, conformando a relação existente entre o mercado e a concorrência.

Tratando-se do objetivo jurídico da concorrência, mais uma vez, a tutela do interesse coletivo na *ordem* público-econômica, há que se destacar que seus pilares estruturais de desenvolvimento e empreendedorismo são de grande relevo, uma vez que dizem respeito à consecução do fim constitucional da ordem econômica, balizado na ideologia constitucionalmente adotada, além de, e principalmente, garantir concretude ao direito fundamental por trás da propriedade industrial, qual seja a segurança aos autores de inventos industriais quanto ao 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 País³² (BRASIL, 1988).

Assim, o exercício de um direito de propriedade intelectual que não vise o desenvolvimento nacional ou tenha o objetivo de proteger uma atividade não empreendedora deve ser reprimido. Tal repressão se dá pelo direito da concorrência.

As normas de direito da concorrência são, portanto, não só parte da dimensão política do mercado, mas também um instrumento de controle social sobre o exercício dos direitos de propriedade intelectual. Essa direito, portanto, se dá delimitado por um controle social, qual seja as normas de defesa da concorrência, a fim de garantir o melhor desenvolvimento para a ordem econômica.

³² Artigo 5º, inciso XXIX, da CRFB.

Quanto à afirmação de que a atitude antiempreendedora deve ser punida pelo controle social da livre concorrência, primeiramente deve-se esclarecer o que seria essa atitude.

Empreender é realizar ou mesmo decidir realizar uma tarefa, na maioria das vezes um tanto árdua, diz respeito a tentar um caminho. É senso comum que a palavra é utilizada frente ao mundo dos negócios, vinculada à inovação, à dedicação a tornar ideias inovadoras uma realidade propulsora da atividade empresária. Nesse sentido, o empreendedorismo é essencial ao desenvolvimento da empresa, uma vez que proporciona o crescimento e o progresso da indústria, por meio de práticas inovativas.

A atitude antiempreendedora, por seu turno, é aquela que não visa esse desenvolvimento. Pelo contrário, obstaculiza os caminhos da inovação.

Por essa razão, as práticas que vão na contramão do empreendedorismo, devem ser punidas pelo direito da concorrência, de modo que, por exemplo, um investimento em inovação que não tenha justificativa econômica ou mesmo uma *patent troll*, objeto do estudo aqui proposto, enquadraram-se nesse perfil de punição.

Nesse mesmo sentido, ressalta-se que o direito concorrencial corrobora o direito de propriedade intelectual como veículo de promoção à inovação, tendo em vista ser esta, acredita-se, a principal engrenagem para o desenvolvimento econômico. Entretanto, há certos arranjos estruturais e comportamentos dos agentes econômicos que levam à propriedade intelectual a figurar como meio não só de se garantir posição dominante do mercado mas de abusar desta, afetando, negativamente, à ordem econômica (GABAN, DOMINGUES, 2012). As normas de proteção à concorrência visam evitar essas condutas prejudiciais e garantir o bom e pleno desenvolvimento da ordem econômica.

Por essa razão, faz-se necessária a análise da *patent troll* sob esse viés concorrencial, uma vez que se tem aqui a premissa de justificativa da proteção à invenção. Ou seja, do investimento em inovação voltado para o desenvolvimento da ordem econômica a fim de garantir efetividade aos preceitos constitucionais de desenvolvimento científico e tecnológico do país.

Enfim, tendo em vista o sistema de conceitos apresentados, com o fim proporcionar a análise que se segue ao longo do trabalho, busca-se, a seguir, dispor nesse panorama o instituto jurídico das patentes, seus requisitos, natureza jurídica e função social, a fim de demonstrar claramente em que conjuntura a *patent troll* será situada, para que, ao fim, seja possível discutir os casos de *patent troll* no Brasil.

3 A *PATENT TROLL* NO CENÁRIO NACIONAL

O presente capítulo tem por objeto apresentar a *patent troll* na realidade do Brasil. Ou seja, busca-se aqui tratar dos casos ocorridos no cenário nacional que denotam a utilização deturpada do direito de patente, pelo intermédio de atitudes antiempreendedoras, condenáveis pelos parâmetros da concorrência.

Tem-se em mira a discussão das patentes defensivas por meio da ausência dos critérios de atividade inventiva e aplicação industrial. Entendendo-se aqui a patente defensiva como aquela de objetos muito amplos, visando apenas resguardar o direito sobre qualquer invenção que possa ser ali abarcada, como será delineado.

Percebe-se, desse modo, que essas patentes, possivelmente, não serão colocadas no mercado, denotando assim uma falha legislativa na aplicação dos critérios de patenteabilidade, mas também, e principalmente, uma atitude que pode ser considerada antiempreendedora, não cabendo sua proteção por meio de direito à propriedade imaterial face à concorrência, o que se denomina *patent troll* perante o direito brasileiro³³.

A prática das patentes defensivas, comumente adotada por empresários de grande porte e de base tecnológica, pode ser classificada como *troll*, pois o pedido de patente defensivo para uma invenção tecnológica intenta unicamente impedir que concorrentes desenvolvam pesquisa no mesmo campo tecnológico. Para tanto, o pedido de patente defensivo é confeccionado, normalmente, de maneira abrangente para aumentar o escopo reivindicatório e de proteção do pedido não sendo inserido no mercado. O objetivo é precipuamente impedir que terceiros venham a realizar pesquisa e desenvolvimento tecnológico no mesmo campo ou área de atuação.

A patente defensiva é empregada por empresários que desejam obter uma posição mais vantajosa no mercado e, portanto, deve-se averiguar como ela pode ser classificada como *troll* ou impeditiva de uso de uma invenção com a subtração de benefícios para terceiros concorrentes. Nesse caso, o ganho dos empresários é indireto e a forma de utilização do Sistema de Patente acaba por contrariar sua função, na medida em que se busca o patenteamento para impedir que terceiros venham a realizar pesquisas no mesmo sentido ou ainda permitir a exploração posteriormente de uma suposta invenção.

³³ Salienta-se, mais uma vez, que foram apresentadas no primeiro capítulo essas patentes como são tratadas no cenário norte-americano como pano de fundo, para contextualizar a discussão aqui proposta, que diz respeito, especificamente, à *patent troll* a partir das nuances do direito brasileiro.

Essas patentes são as de descrição imprecisa, são aquelas que possuem reivindicações genéricas e abrangentes, em que se percebe uma atitude defensiva diante do mercado, ou ainda aquelas que preenchem adequadamente os requisitos de patenteabilidade, mas não são exploradas pelo propósito restritivo e indenizatório do pedido de patente.

Há, portanto, que se perquirir a normatividade trazida na LPI, no tocante às patentes e, precipuamente, aos critérios de patenteamento, analisando-se, teoricamente, a eficácia destes, tendo em vista a possibilidade de entendimento de que o registro de patentes que não atendam propriamente aos requisitos elencados na lei, destacadamente a aplicação industrial e a atividade inventiva, tem intuito meramente defensivo, a fim de examinar essa conduta sob o olhar de uma *patent troll*.

Assim, num primeiro momento, trata-se da necessidade de proteção à propriedade intelectual, para adentrar ao universo das patentes e, em seguida, confrontar os requisitos da legislação pátria com a estratégia de negócio que é a *patent troll*.

3.1 O Delineamento da Propriedade Intelectual

Como demonstrado na seção 2.1, a propriedade intelectual é uma espécie de propriedade que surge com o desenvolvimento da economia industrial. Apresentada essa construção jurídica, destacadamente seu surgimento e trajetória, passa-se agora a perquirir suas características.

Argumenta-se sob a ótica da economia de mercado, em que há a atuação do Estado-Regulamentador na Ordem Econômica, de modo a interferir no livre curso da economia. Isso se dá, em relação à propriedade imaterial, uma vez que há claramente uma falha de mercado quanto à tendência natural de dispersão dos bens dessa categoria.

Nas palavras de Denis Borges Barbosa (2002c, p. 1-2):

O pressuposto de uma teoria dos limites da propriedade intelectual, num contexto de economia de mercado, é a assunção de que em primeiro lugar, a livre concorrência deve presidir todas as relações econômicas; e que, em segundo lugar, *é uma falha ou impossibilidade de correto funcionamento da livre concorrência que leva ao aparecimento do conjunto de restrições à concorrência em que consiste a propriedade intelectual.* (grifo nosso)

Assim, se um agente do mercado investe num desenvolvimento de uma certa tecnologia, e esta, por suas características, importa em alto custo de desenvolvimento e facilidade de cópia, o mercado é insuficiente para garantir que se mantenha um fluxo de investimento. Com efeito, a apropriação pelo concorrente da nova solução técnica permite que este reduza as margens de retorno do primeiro investidor. Quem não investe a sofre, assim, maior prêmio do que aquele que realiza

os gastos com o desenvolvimento da tecnologia. Temos aí a imperfeição do mercado, que desfavorece a continuidade do investimento em inovação.

Vê-se que como o mercado não é capaz de se autorregular, o que fica bastante claro tendo em vista a necessidade de coexistência de cada uma das suas faces, ele não garante o retorno do investimento daquele que promoveu a inovação (primeira falha de mercado). Dessa forma, faz-se mister que o Estado crie uma segunda falha, qual seja a restrição de direitos, para propiciar a solução da primeira.

O Sistema de Propriedade Intelectual, como sistema de regulação, corrige a inabilidade do mercado de evitar a cópia oriunda da dispersão do bem imaterial. Justamente por essa razão ele não pode ser estático, devendo acompanhar a evolução dos institutos e refletir acerca das adaptações que merecem ser feitas à luz das novas realidades. Assim, um sistema que originalmente resultou de uma falha do mercado, pode passar a ser usado como um aprimoramento deste (BARBOSA, 2002c).

Tem-se, então, uma escolha política voltada para a promoção da inovação, o que se configura num preceito constitucional de privilégio temporário de utilização de referido bem. A intenção, portanto, não é de maximizar a criação de inovação, mas sim viabilizar que esta exista constantemente (BARBOSA, 2002c).

O objetivo da propriedade intelectual, portanto, é conceder ao titular do direito o poder de mercado como recompensa a ideias bem sucedidas (RAMELLO, 2004). Isso porque a transformação dessas ideias em propriedade estimula invenções, para proveito da coletividade. Permitindo a inferência de que o bem comum, na figura do desenvolvimento nacional, adquirido via promoção da inovação, é o que justifica a existência da propriedade intelectual.

Entende-se a necessidade dos direitos de propriedade intelectual principalmente sob a análise de que sua titularidade gera condições de compensação *ex post* do investimento e redução do risco assumido *ex ante* com a pesquisa aplicada (ASSAFIM, 2007).

Assim, demonstrada a indispensabilidade dos direitos de propriedade intelectual, há que se apresentar sua natureza jurídica, a fim de se subsidiar a interpretação posterior da LPI.

Por seu caráter de propriedade, a propriedade intelectual deve ser confrontada com os direitos reais, âmbito da análise das propriedades no direito civil.

Diz-se direitos reais aqueles institutos jurídicos que designam as coisas que podem, numa relação jurídica, ser apropriadas pelo sujeito de direito.

Como características desses direitos têm-se: I) a relação entre a pessoa e o bem, relacionado assim pela corrente realista tradicional, que se coloca em oposição à corrente

personalista, a qual entende que as relações jurídicas se dão sempre entre pessoa e pessoa e não entre pessoa e bem; II) a tendência à perpetuidade, avaliada a partir do ponto de vista da inércia, esta em relação à propriedade do bem; III) a indicação como *numerus clausus*, uma vez que os direitos reais são tipificados na legislação; IV) o caráter absoluto, qual seja a oponibilidade *erga omnes* do direito real, que vem sendo mitigado em relação à função social da propriedade; V) a publicidade, visto que o registro garante segurança jurídica; VI) a imediatividade, pois o titular do direito real usa diretamente sua propriedade, sem depender de uma outra parte na relação jurídica; VII) a sequela, espécie de retaliação à intervenção de terceiros; VIII) a responsabilidade extracontratual, no sentido de que não há relação jurídica anterior na intervenção de terceiro sobre a coisa, a coletividade tem o dever de se abster de interferir; e IX) o bem jurídico tutelado, objeto desse direito, é coisa certa e determinada.

A propriedade, ainda, pode ser apresentada numa visão bipartida, qual seja a partir das dimensões estrutural e funcional. A dimensão estrutural da propriedade diz respeito, internamente, à relação entre o indivíduo e a coisa, o domínio, e, externamente, à relação entre o indivíduo e a sociedade no tocante à exclusão de ingerência alheia sobre a coisa. Já a dimensão funcional está atrelada à função social da propriedade.

Destaca-se que, em se tratando do objeto da propriedade, o bem jurídico designado como coisa certa e determinada pode ser tanto material quanto imaterial, ou seja, o objeto abrange não só os bens corpóreos como também os incorpóreos, permitindo assim que a propriedade imaterial tenha em si características efetivas de propriedade.

Tratando especificamente da propriedade intelectual, considera-se que esta é gênero que abarca a propriedade industrial e os direitos autorais. Ressaltando-se que, os direitos de propriedade industrial abrangem as patentes e os modelos de utilidade, as marcas, os desenhos industriais, as indicações geográficas, além de disciplinar também a concorrência desleal e a transferência de tecnologia.

Desse modo, tem-se que à proteção jurídica concedida aos bens frutos de matéria atinente à propriedade intelectual se dá no mesmo sentido dos bens protegidos pelos direitos reais, pois, muito embora o bem jurídico tutelado seja intangível, por seu caráter de propriedade, aqueles acabam sendo seu paradigma.

Nesse cenário, pode-se concluir que a relação entre o sujeito de direito e o bem corpóreo é regida pelo direito das coisas e a relação entre o sujeito de direito e o bem incorpóreo é regida pelo direito de propriedade intelectual dentro das nuances apresentadas. De modo que o objeto da propriedade intelectual é a concepção ou o produto da inteligência.

Assim, o direito de propriedade intelectual nada mais é que o conhecido direito de propriedade com algumas peculiaridades. São estas: quanto ao objeto, protege uma ideia e não uma coisa; quanto à perpetuidade, tem o caráter temporal definido; quanto à origem, decorre de um ato administrativo do Estado; e o uso de uma ideia por uma pessoa não impede/esvazia seu uso simultâneo por outra (RABELLO, 2004). Cabe assim afirmar que a propriedade intelectual diz respeito a uma propriedade *sui generis*.

Além do entendimento utilizado nesse trabalho do direito de propriedade intelectual como direito de propriedade *sui generis*, dadas as suas peculiaridades, há ainda outras naturezas jurídicas que são também atribuídas a essa propriedade. Tais naturezas serão descaracterizadas a seguir.

Muitas vezes à propriedade intelectual é atribuída a natureza de monopólio. Essa atribuição diz respeito à origem desse direito, considerando que, desde a definição de Ascarelli de complementaridade entre os direitos industrial e da concorrência, aos direitos de propriedade intelectual não há que se falar em concorrência.

Dessa forma, para que se confira direito de monopólio a algum titular de direito de propriedade intelectual esse monopólio deveria ser encarado sob duas vertentes: como a capacidade de controlar o preço dentro do mercado ou como direito de excluir um concorrente do mercado.

Observa-se que sob a perspectiva de regulamentação de preços, nenhum monopólio é conferido aos detentores de direitos de propriedade intelectual; já sob a perspectiva de exclusão do concorrente no mercado, há que se ressaltar que, quanto aos direitos de propriedade intelectual, os concorrentes estão livres para entrar e permanecer no mercado, desde que não usurpem direitos protegidos.

A garantia à propriedade intelectual tão somente confere a seus titulares o direito de coibir terceiros quanto à prática de certos atos, quando estes implicam cópia, usurpação ou reprodução de direitos protegidos, sem a autorização do detentor da propriedade.

Além disso, o direito de propriedade intelectual incentiva a criação e/ou a disseminação de novas ideias, mas também contribui para a regulação do cenário competitivo e definição da estrutura de mercado, tendo em vista o comportamento racional dos agentes econômicos. Resta claro, portanto, que não se trata aqui de monopólio.

Há ainda o entendimento de que a propriedade intelectual tem natureza de privilégio. Essa concepção remonta ao surgimento dessa propriedade, quando o rei concedia as cartas-patentes. Hoje, todavia, a propriedade intelectual se dá com base numa determinação estatal

por meio de critérios *objetivos*, sendo superada qualquer subjetividade que a noção de privilégio possa apresentar.

Desse modo, não se trata de um privilégio, muito embora a propriedade intelectual possa ser vista como contraprestação estatal, pois atende a critérios objetivos.

Por fim, a natureza jurídica de maiores adeptos hoje no direito brasileiro, como denota a doutrina dominante na área³⁴, é a de propriedade intelectual como direito de exclusiva, ou seja, direito a uma exclusividade de mercado.

Essa concepção se baseia na ideia de que o direito sobre a propriedade intelectual é aquele que confere poder de exclusividade de gozo de direitos em dado mercado. Nesse sentido, a propriedade intelectual é uma propriedade instruída pela economia de mercado – uma construção jurídica específica que garante exclusividade de uso no mercado a certo bem incorpóreo. Os direitos sobre a propriedade intelectual, portanto, são vistos como uma exclusividade temporária de mercado, concedida pelo Estado com o objetivo de garantir o retorno do investimento do inventor, vez que a estrutura mercadológica por si não proporciona esse retorno (falha da livre concorrência).

Percebe-se que a interpretação da propriedade intelectual como propriedade *sui generis* abarca toda a visão trazida na natureza jurídica de exclusividade. Entretanto, muito embora a propriedade intelectual possa realmente ser vista como um direito de exclusiva sobre dada parcela do mercado, ela não deve ser considerada somente nesse sentido. Isso porque a propriedade intelectual deve atender a sua função social, aproximando-se, desse modo, mais da propriedade *sui generis* que da exclusividade, qual seja manifestamente mais restritiva.

Destaca-se que o direito de propriedade de modo geral é cerceado pela sua função social. O que não é diferente com a propriedade intelectual.

É sabido que as reflexões a respeito da base do Sistema de Patentes como sendo um sistema recompensatório, por meio de um título de exclusividade, se justifica e se mantem até hoje com fulcro no viés de propriedade. Entretanto, isso deve obedecer ao seu ciclo natural, qual seja a geração de inovação (MADUREIRA, 2011 apud MACHLUP; PENROSE, 1950).

Nesse sentido, além de concluir que a patente deve, necessariamente, promover a inovação, pode-se entender também pelo estímulo à criatividade e à invenção. “Num mundo de livre competição, esse é o elemento fundamental para o estímulo individual e o progresso

³⁴ Destaca-se as posições de Denis Borges Barbosa (2002c) e João Marcelo de Lima Assafim (2007).

econômico” (FILHO, 2006, p. 13). Em relação a esse estímulo à criatividade, assevera Calixto Salomão Filho (2006, p. 14):

A proteção à invenção industrial serve, por outro lado, ao estímulo criativo. Impedindo o *free-riding*, ou seja, o aproveitamento por parte daquele que não investiu na pesquisa dos resultados dela advindos, estimula a pesquisa e o desenvolvimento individual. A repressão ao *free-riding* encontra, portanto, um fundamento eminentemente concorrencial.

Dessa forma, é possível entender que a proteção à propriedade intelectual deve atender à livre concorrência, representando os interesses públicos, do estado-regulamentador, no mercado, uma vez que, da mesma forma que a concorrência se dá na face política do mercado, a função social da propriedade conforma sua faceta social.

Resta apenas, então, determinar os âmbitos delimitados pela função social da propriedade intelectual. Segundo Maristela Basso (2011), são eles: a promoção e manutenção da atividade inovadora e criativa na indústria e a proteção do consumidor como destinatário final dos bens e serviços que envolvam bens intangíveis protegidos. Além disso, há sempre que se ter em mente que a propriedade intelectual imperiosamente deve atender ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país (BRASIL, 1988).

3.1.1 O Direito de Patente e suas Características

Percorridos os elementos da propriedade intelectual que norteiam esse estudo, necessário se faz delimitar os critérios de patenteamento previstos na LPI. Isso porque, somente após ser apresentada a patente face ao direito pátrio é que se pode atribuir a ela uma roupagem de *troll*.

Desta feita deve-se considerar, primeiramente, que a LPI reforça a ideia da função social da propriedade intelectual, atribuindo-a a cada uma de suas modalidades, como se vê, em relação às patentes, em seu artigo 2º, inciso I: “A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade” (BRASIL, 1996).

Ressalta-se que a patente, como instrumento de proteção à propriedade intelectual, deve cumprir a função social de promover inovação e manutenção da atividade criativa na indústria por meio das invenções que resguarda. Como se vê do disposto no artigo 6º, *caput*,

da lei sob análise, que determina que “ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei” (BRASIL, 1996).

Observa-se que a LPI determina haver um direito sobre a invenção, mas não estabelece os critérios distintivos desta. Detalha, apenas, no artigo 10^{o35}, o que não se caracteriza como tal.

A fim de explicar essa escolha legislativa, tem-se que

possivelmente a falta de definição do que é invenção resulta da prática do exame de patentes, na qual se indaga inicialmente a existência de novidade, sendo que a consideração da existência, ou não, de um invento é sempre posterior; é uma questão que pode perfeitamente restar sem resolver, se não é avaliada, primeiramente, a novidade (BARBOSA, 2002d, p. 3).

Vê-se, portanto, que a patente é um direito temporário, outorgado pelo estado, que garante a propriedade sobre uma invenção, a qual se vincula essencialmente à criação de inovação tecnológica. Propriedade essa que se caracteriza como *sui generis* tendo em vista o direito real de propriedade.

Nas palavras de Denis Borges Barbosa (2002d, p. 1):

Como contrapartida pelo acesso do público ao conhecimento dos pontos essenciais do invento, a lei dá ao titular da patente um direito limitado no tempo, no pressuposto de que é socialmente mais produtiva em tais condições a troca da exclusividade de fato (a do segredo da tecnologia) pela exclusividade temporária de direito.

Assim delimitada a patente, passa-se a tratar de seus requisitos, elencados nos artigos 8º e seguintes da LPI.

O artigo 8º dispõe que “é patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial” (BRASIL, 1996). Nota-se que há três critérios objetivos a serem analisados para a concessão de uma patente, como se explicita a seguir.

³⁵ In litteris: Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;

II - concepções puramente abstratas;

III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;

IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética;

V - programas de computador em si;

VI - apresentação de informações;

VII - regras de jogo;

VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e

IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais. (BRASIL, 1996).

O primeiro quesito que a LPI destaca como pressuposto para que se caracterize uma invenção como inovadora, de modo a ser protegida pelo direito de patente, é a novidade.

Traz o artigo 11, *caput*, que “a invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica” (BRASIL, 1996). E continuam seus parágrafos:

§ 1º O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos arts. 12³⁶, 16³⁷ e 17³⁸.

§ 2º Para fins de aferição da novidade, o conteúdo completo de pedido depositado no Brasil, e ainda não publicado, será considerado estado da técnica a partir da data de depósito, ou da prioridade reivindicada, desde que venha a ser publicado, mesmo que subsequente.

³⁶ Art. 12. Não será considerada como estado da técnica a divulgação de invenção ou modelo de utilidade, quando ocorrida durante os 12 (doze) meses que precederem a data de depósito ou a da prioridade do pedido de patente, se promovida:

I - pelo inventor;

II - pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, através de publicação oficial do pedido de patente depositado sem o consentimento do inventor, baseado em informações deste obtidas ou em decorrência de atos por ele realizados; ou

III - por terceiros, com base em informações obtidas direta ou indiretamente do inventor ou em decorrência de atos por este realizados.

Parágrafo único. O INPI poderá exigir do inventor declaração relativa à divulgação, acompanhada ou não de provas, nas condições estabelecidas em regulamento (BRASIL, 1996).

³⁷ Art. 16. Ao pedido de patente depositado em país que mantenha acordo com o Brasil, ou em organização internacional, que produza efeito de depósito nacional, será assegurado direito de prioridade, nos prazos estabelecidos no acordo, não sendo o depósito invalidado nem prejudicado por fatos ocorridos nesses prazos.

§ 1º A reivindicação de prioridade será feita no ato de depósito, podendo ser suplementada dentro de 60 (sessenta) dias por outras prioridades anteriores à data do depósito no Brasil.

§ 2º A reivindicação de prioridade será comprovada por documento hábil da origem, contendo número, data, título, relatório descritivo e, se for o caso, reivindicações e desenhos, acompanhado de tradução simples da certidão de depósito ou documento equivalente, contendo dados identificadores do pedido, cujo teor será de inteira responsabilidade do depositante.

§ 3º Se não efetuada por ocasião do depósito, a comprovação deverá ocorrer em até 180 (cento e oitenta) dias contados do depósito.

§ 4º Para os pedidos internacionais depositados em virtude de tratado em vigor no Brasil, a tradução prevista no § 2º deverá ser apresentada no prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da entrada no processamento nacional.

§ 5º No caso de o pedido depositado no Brasil estar fielmente contido no documento da origem, será suficiente uma declaração do depositante a este respeito para substituir a tradução simples.

§ 6º Tratando-se de prioridade obtida por cessão, o documento correspondente deverá ser apresentado dentro de 180 (cento e oitenta) dias contados do depósito, ou, se for o caso, em até 60 (sessenta) dias da data da entrada no processamento nacional, dispensada a legalização consular no país de origem.

§ 7º A falta de comprovação nos prazos estabelecidos neste artigo acarretará a perda da prioridade.

§ 8º Em caso de pedido depositado com reivindicação de prioridade, o requerimento para antecipação de publicação deverá ser instruído com a comprovação da prioridade (BRASIL, 1996).

³⁸ Art. 17. O pedido de patente de invenção ou de modelo de utilidade depositado originalmente no Brasil, sem reivindicação de prioridade e não publicado, assegurará o direito de prioridade ao pedido posterior sobre a mesma matéria depositado no Brasil pelo mesmo requerente ou sucessores, dentro do prazo de 1 (um) ano.

§ 1º A prioridade será admitida apenas para a matéria revelada no pedido anterior, não se estendendo a matéria nova introduzida.

§ 2º O pedido anterior ainda pendente será considerado definitivamente arquivado.

§ 3º O pedido de patente originário de divisão de pedido anterior não poderá servir de base a reivindicação de prioridade (BRASIL, 1996).

§ 3º O disposto no parágrafo anterior será aplicado ao pedido internacional de patente depositado segundo tratado ou convenção em vigor no Brasil, desde que haja processamento nacional.

O critério da novidade, portanto, deriva de um marco temporal, isto é, o momento em que a invenção é tornada pública por meio do depósito do pedido de patente. Mais do que isso, a novidade exige um acréscimo, algo diferencial em relação ao que já existe consolidado na teoria científica, a partir do estado da técnica. Certamente, a fim de obter esse diferencial de modo eficiente, a lei estabelece o marco temporal como incentivo à produção mais célere de novas invenções e sua pronta incorporação ao processo produtivo (FERES, CUNHA, 2009).

Denis Borges Barbosa (2002e, p. 3) assevera que se pode classificar a novidade em duas aparelhas distintas, são elas:

Cognoscitiva: a que se transformou no padrão geral das modernas leis de patentes - a exigência de que a tecnologia ainda não tenha sido tornada acessível ao público nos limites territoriais pertinentes, de forma que o técnico, dela tendo conhecimento, pudesse reproduzi-la; ou

Econômica: trata-se da exigência de que o invento ainda não tenha sido posto em prática, ou seja, industrializado, nos limites territoriais pertinentes; o privilégio resultante é chamado patente de introdução. Outra hipótese é a novidade comercial prevista na legislação relativa ao direito intelectual sobre as variedades de plantas: é novo o que ainda não foi posto no comércio;

E

Absoluta: a novidade sem limites espaciais ou temporais - a tecnologia não é nem foi conhecida ou utilizada em lugar algum; ou

Relativa: é a que se leva em conta apenas uma região geográfica, ou um prazo, ou a um meio determinado, restringindo-se, por exemplo, às tecnologias descritas e publicadas para conhecimento geral.

Dessa forma, conclui-se que

a lei nacional pode proteger apenas as tecnologias até então universalmente ignoradas, pode limitar-se a exigir que a inovação seja desconhecida só no seu país ou, ainda, pode fornecer patente (conhecida ou não a tecnologia) à pessoa que trazer e instalar indústria nova e sem concorrentes no país. Também pode fornecer patente à tecnologia desenvolvida no limite de prazo especificado, ainda não tenha sido introduzida no sistema industrial interno (BARBOSA, 2002e, p.3).

E, ainda, quanto ao estado da técnica, aduz o autor que este

compreende todas as informações tornadas acessíveis ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior. Assim, perde-se a novidade não somente com a divulgação da tecnologia - publicando um *paper*, por exemplo - mas também pelo uso da tecnologia (BARBOSA, 2002e, p.4).

À aferição da novidade a partir de um marco temporal e de um acréscimo referenciados ao chamado estado da técnica, agrega-se o segundo quesito, qual seja, a atividade inventiva.

A atividade inventiva é descrita no artigo 13 da LPI da seguinte maneira: “A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica” (BRASIL, 1996).

Tem-se que a atividade inventiva requer que o objeto de análise não decorra de maneira óbvia do estado da técnica para um técnico no assunto, ou seja, alia-se ao diferencial acrescido ao estado científico existente uma exigência de qualificação teórico-substancial na elaboração do novo produto. Um técnico no assunto deve ser capaz de verificar, ao analisar o pedido de patente, que há, de fato, esforço teórico e prático na concepção daquele novo produto (FERES, CUNHA, 2009).

Ainda de acordo com Feres e Cunha (2009), a partir do estado da técnica, o inventor elaborou uma nova estrutura, a qual pode ter como ponto de partida o conhecimento científico já consolidado. Mas aquela vai além deste, agregando um diferencial ou acréscimo (novidade) produzido a partir de um esforço teórico-prático inovador em relação ao que já existe na ciência (inventividade).

O critério da novidade não pode ser construído sem a interpretação do critério da inventividade, assim como este não se define sem aquele. Para a caracterização do princípio da inovação tecnológica, o requisito da novidade depende do grau de aplicação do estado da técnica assim como a atividade inventiva também só pode ser constatada a partir do contexto de produção de novas tecnologias, isto é, o estado da técnica. Ambos os critérios definidores de um mesmo princípio devem participar conjuntamente no momento de aferição da inovação (FERES, CUNHA, 2009, p. 9898).

Denis Borges Barbosa (2012) trata ainda da atividade inventiva como algo que se reverte num mínimo de contribuição ao conhecimento comum, o contributo mínimo. Destaca o autor que

é preciso que não só haja novidade, mas também que a eficácia e a importância econômica dessa nova técnica seja discernível, de forma que se promova não apenas mínimos aumentos incrementais da tecnologia, e sim algo que seja tão grandioso que justifique a criação de um monopólio instrumental (BARBOSA, 2012, p. 2).

Nesse sentido, há que destacar as palavras de Calixto Salomão Filho (2006, p. 15) ao tratar da atividade inventiva:

Do ponto de vista teórico, o conceito de atividade inventiva nada mais faz do que privilegiar o esforço e estimular a concorrência. É necessário o investimento tecnológico, o esforço, a aplicação de recursos para a obtenção da patente. O requisito da atividade inventiva torna, portanto, a concessão da patente um verdadeiro instrumento de estímulo ao investimento na pesquisa científica, impedindo a ação do free-rider. Evita, portanto, a exploração monopolista e anticoncorrencial do Direito Industrial.

Há também o terceiro quesito para a caracterização de uma invenção como patenteável, a aplicação industrial.

Esse requisito consiste na necessidade de a invenção poder ser incorporada à indústria. Em linhas gerais, o novo produto deve ser passível de inserção no processo produtivo. O que se traduz do artigo 15 da LPI: “a invenção e o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria” (BRASIL, 1996).

Para a existência da patente, não basta a inovação como mera expressão da novidade e da inventividade, faz-se mister que essa inovação se consolide como parte ou como resultado da atividade industrial (FERES, CUNHA, 2009), inserindo-se no mercado.

Denis Borges Barbosa, ao tratar desse requisito, utiliza-se da expressão repetibilidade para caracterizá-lo. Diz o autor que “para um conhecimento técnico justificar a patenteabilidade, ele deve ser suscetível de aplicação repetível em escala industrial” (BARBOSA, 2015, p. 12).

Ressalta-se que o requisito em tela atrela-se à obrigatoriedade de uso, vez que, o contexto interdisciplinar aqui proposto, demanda uma análise interpretativa da legislação tendo por base não a descrição de uma norma específica mas a análise de um todo constitucional, o que permite concluir que a aplicação industrial, ao visar a função social da patente (prevista na CRFB), se reverte na obrigatoriedade de uso, sendo esta o fim último do requisito sob o olhar de uma interpretação que vai além da literalidade. A aplicação industrial, portanto, é a condição de patenteamento voltada para inserção da patente no mercado.

Isso ainda é reforçado pela disposição acerca do licenciamento compulsório, nos moldes do artigo 68 da LPI:

Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I - a *não exploração do objeto da patente* no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado (BRASIL, 1996) (grifo nosso).

Nesse sentido, as palavras de Feres e Cunha (2009, p. 9898):

Partindo-se de uma análise sistemática, a ausência de aplicação industrial é retomada no capítulo das licenças, mais especificamente, no dispositivo legal que autoriza o licenciamento compulsório. A não exploração do objeto da patente por falta de fabricação ou a fabricação incompleta ensejará o licenciamento compulsório. Em síntese, essa possibilidade de licenciamento reforça a natureza do conteúdo do requisito patentário da aplicação industrial, pois a efetiva implementação industrial da criação é condição fundamental para a completa aquisição e manutenção do registro patentário.

Os três quesitos apresentados são avaliados num procedimento administrativo junto ao INPI, a autarquia federal vinculada ao MDIC, que faz a gestão do sistema brasileiro de concessão e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria³⁹.

Referido procedimento é determinado pela LPI e se dá na seguinte ordem: depósito da patente⁴⁰, qual seja a etapa de apresentação do pedido perante o INPI; período de sigilo⁴¹, lapso temporal que o INPI espera antes de se manifestar sobre o pedido de patente, com o fim de permitir ao solicitante que coordene os depósitos de patentes em diferentes localidades no mundo ou até mesmo melhore seu invento (observado que essa etapa pode ser suprimida a interesse da parte); publicação do invento⁴²; manifestação de terceiros⁴³, que consiste em uma fase não inferior a 60 (sessenta) dias, em que as demais pessoas podem prestar informações ou mesmo apresentar oposição à patente solicitada; pedido de exame⁴⁴, qual seja necessariamente requerido, dentro de prazo de 36 (trinta e seis) meses contados do depósito, pelo depositando ou qualquer interessado, devendo observar a impossibilidade de modificação do pedido a partir de então; e, por fim, decisão do INPI⁴⁵, que pode ser no sentido de deferir, indeferir ou solicitar modificações sobre o pedido analisado.

Em resumo, dada a natureza jurídica da propriedade intelectual como propriedade *sui generis*, esta se dá no caso das patentes mediante à proteção de uma invenção, a qual recebe

³⁹ Informação fornecida pelo próprio INPI, através de seu sítio institucional na rede mundial de computadores. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/sobre/estrutura>>. Acesso em: 16 jul 2015.

⁴⁰ Art. 16, *caput*. Vide nota nº 32.

⁴¹ Art. 30, *caput*. O pedido de patente será mantido em sigilo durante 18 (dezoito) meses contados da data de depósito ou da prioridade mais antiga, quando houver, após o que será publicado, à exceção do caso previsto no art. 75 (BRASIL, 1996).

⁴² Art. 30. § 1º A publicação do pedido poderá ser antecipada a requerimento do depositante. § 2º Da publicação deverão constar dados identificadores do pedido de patente, ficando cópia do relatório descritivo, das reivindicações, do resumo e dos desenhos à disposição do público no INPI. § 3º No caso previsto no parágrafo único do art. 24, o material biológico tornar-se-á acessível ao público com a publicação de que trata este artigo (BRASIL, 1996).

⁴³ 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 (BRASIL, 1996).

⁴⁴ Art. 32. Para melhor esclarecer ou definir o pedido de patente, o depositante poderá efetuar alterações até o requerimento do exame, desde que estas se limitem à matéria inicialmente revelada no pedido.

Art. 33. O exame do pedido de patente deverá ser requerido pelo depositante ou por qualquer interessado, no prazo de 36 (trinta e seis) meses contados da data do depósito, sob pena do arquivamento do pedido. Parágrafo único. O pedido de patente poderá ser desarquivado, se o depositante assim o requerer, dentro de 60 (sessenta) dias contados do arquivamento, mediante pagamento de uma retribuição específica, sob pena de arquivamento definitivo (BRASIL, 1996).

⁴⁵ 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)

tutela jurídica quando atendidos os três requisitos legais apresentadas (novidade, atividade inventiva, aplicação industrial), o que se verifica no procedimento administrativo junto ao INPI, como descrito acima.

Há que se confrontar agora, essas definições jurídicas discutidas até então com a prática da *patent troll*, o que se faz por intermédio do referencial teórico construído, tendo como premissa que a propriedade intelectual, muito embora se origine de uma falha de mercado de dispersão do bem tutelado, não pode ser um instrumento para infrações à ordem econômica. O objetivo do direito de patente é estimular a inovação, proteger o inventor e a invenção no tocante à dispersão do conhecimento e cumprir a função social da propriedade *sui generis*. Isso, de modo algum, permite ao detentor da invenção resguardar uma vantagem no mercado.

Nesse sentido, há que se argumentar que "o exercício de direitos de propriedade intelectual com o objetivo de proteger uma atividade não empreendedora deve ser reprimido" (ASSAFIM, 2007, p. 13).

Com fins de realizar essa verificação no direito pátrio, considera-se *troll* aquele que exerce a propriedade intelectual com um intuito não empreendedor, o que, no direito de patente se observa por meio de falhas no cumprimento dos requisitos de patentes, com a formulação de pedidos muito abrangentes que não atendem às determinações legais.

Para além da lógica concorrencial, a fim de solucionar um problema como o da *patent troll*, que envolve diversas áreas do conhecimento, como economia, direito processual, concorrência e propriedade intelectual, não pode o aplicador do direito ficar preso à mera lógica de subsunção do caso a norma. Há que se entender que a aplicação jurídica em um contexto interdisciplinar exige um olhar interpretativo e construtivo que demanda considerável atenção a diferentes fatores.

Nesse cenário, há necessária interlocução do problema em análise com o marco teórico proposto. Como pressuposto, Forgioni (2012) traz o direito comercial para além de seu viés individualista, sendo considerado em integração com o direito econômico de modo que sejam atendidas todas as faces dos objetivos concorrenciais. Por estar inserido em um fenômeno inovativo e poliédrico, um caso de *patent troll* demanda uma análise não apenas jurídica, mas que seja capaz de desvelar tal instituto tendo por base sua atuação no mercado palco da atuação concorrencial, o qual, por sua vez, demanda atenção a cada uma de suas faces interdependentes, dado que o mercado também depende de todos os seus perfis para ser entendido corretamente.

Assim, ao se analisar os casos de *patent troll* há que se ter em mente que seu reflexo no mercado concorrencial da inovação influi em cada uma de suas faces, como visto, I) a econômica, inicialmente, local onde as trocas comerciais ocorriam evoluiu para a própria ideia de relações comerciais em que se constata a eficiência na demanda relacional da concorrência; II) a política, modo de alocação dos recursos na sociedade, ou seja, a política como elemento determinante de qual papel o mercado desempenha na alocação de recursos atrelada à tutela das liberdades; III) a social, relacionada a função social do mercado, derivada das normas constitucionais, para que haja verdadeiro desenvolvimento de toda a sociedade, onde se insere o bem estar do consumidor; e, finalmente, IV) a jurídica, responsável pela regulação das relações entre os agentes, de modo a trazer mais segurança e previsibilidade a elas, bem como a tutela dos interesses coletivos no somatório patrimonial.

A importância de analisar o caso do *patent troll* nesse contexto, é que tal estudo pressupõe a ordem jurídica do mercado como resultado de uma regulação dinâmica que comporta sua unidade na junção das normas endógenas e exógenas ao referido sistema. Isto permite que o direito seja conformado em uma estrutura de normas que emergem do comportamento dos agentes econômicos aliadas às leis, o que une a prática mercantil, o direito estatal, a atividade jurisprudencial e as políticas públicas voltadas para a economia sob a égide do direito comercial e econômico. Tal análise dinâmica do Direito permitirá que sua interpretação seja relacionada com a ordem econômica e com as escolhas políticas⁴⁶.

3.2 O *Troll* e os requisitos de patenteabilidade

A princípio, pode-se considerar que não seria possível haver no Brasil uma estratégia de *patent troll*. Poder-se-ia pensar que, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio estabelece, como visto, a necessidade de exploração da patente concedida, não seria possível que houvesse uma prática negocial de aquisição de direitos de propriedade intelectual com o objetivo de licenciá-los a terceiros, sem sua efetiva utilização.

⁴⁶ Aqui interessante relação pode ser feita com a política norte-americana de proteção conferida à propriedade intelectual e o fenômeno processual da *patent troll*, no sentido de que, ao conceder proteção indiscriminadamente aos pedidos de patentes preparou-se o cenário para que tal proteção fosse levada a qualquer custo aos tribunais, acarretando não só o grande número de pleitos, mas também as práticas aproveitadoras, como é o caso da *patent troll*.

Tendo em vista a necessidade de exploração da patente concedida como pré-requisito para o patenteamento, bem como a obrigatoriedade de fabricação e comercialização que satisfaça o mercado como condição de manutenção da patente obtida, sob pena de licenciamento compulsório, pode-se dizer que a LPI abarcou a dinâmica do Sistema de Patentes de um modo que não caberia falar em *patent troll* nos moldes norte-americanos⁴⁷.

Além disso, a função social da propriedade intelectual é bastante delimitada, não permitindo crer na existência de uma patente que não a atenda.

Entretanto, o presente trabalho pretende demonstrar que, por meio do referencial teórico construído, é possível adequar a *patent troll*, apresentada sob a realidade dos EUA, ao cenário brasileiro. De modo que, como será comprovado, o Brasil não só sofre com a *patent troll*, sob a égide das patentes defensivas, como também possui um mecanismo de repressão a estas, qual seja a criminalização do açambarcamento.

Antes que se adentre em tal análise, todavia, faz-se de grande relevância explorar a *patent troll* face à ausência de algum dos requisitos de patenteabilidade. Como se vê.

Em relação à ausência de novidade, importa destacar que no processo de patenteamento esse é o principal quesito de análise do INPI. Tendo em vista a dimensão da

⁴⁷ Há que se destacar que, a despeito da roupagem conferida nesse trabalho à *patent troll* face ao direito brasileiro, entendendo que não necessariamente a prática da *patent troll* deve ser tida apenas como uma estratégia negocial de acordos judiciais e licenciamentos de tecnologias a terceiros, sem sua efetiva utilização, mas também de forma mais genérica, como a partir do desvirtuamento da função social da propriedade intelectual, existe hoje uma discussão acerca dessa estratégia nos moldes norte-americanos de especulação, judicial principalmente, com o objetivo de lucro a partir, apenas, da compra e venda de patentes. Trata-se de processo judicial nº 0037510-53.2015.4.02.5101 (2015.5.1.01.037510-8) iniciado pela ZTE do Brasil Indústria Comércio Serviços e Participações LTDA ante à *VRINGO Infrastructure INC* e ao INPI, que tramita na Justiça Federal, seção judiciária do Rio de Janeiro, 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro. O ajuizamento da ação se deu objetivando a declaração de existência de relação jurídica de licenciamento obrigatório da tecnologia protegida pela patente de invenção PI0013975-0 para “método em um sistema de comunicação para relocalizar um ponto de terminação de protocolo, sistema de comunicação, e elemento de rede para utilização em uma rede de comunicação”, de titularidade da empresa ré, tendo em vista a sua alegada essencialidade e por estar inserida nos padrões tecnológicos internacionais 3GPP, e, conseqüentemente, a limitação do direito originalmente decorrente da patente de excluir terceiros da utilização da tecnologia patenteada, sem que antes tenham sido fixados royalties justos, razoáveis e não excludentes. A autora argumentou que a inclusão da tecnologia objeto da patente PI0013975-0 no padrão internacional de tecnologia 3GPP/WCDMA teria limitado automaticamente seus efeitos, com a exclusão do direito de impedir que terceiros utilizem a tecnologia patenteada, preservando-se, contudo, a possibilidade de cobrança de royalties, sob pena de se verificar comportamento excludente e abuso do direito de propriedade industrial. Além disso alegou que a ré é uma empresa especuladora, que não investe no mercado brasileiro e não oferece quaisquer produtos ou serviços em território nacional, que está agindo de má-fé e prejudicando o mercado brasileiro, objetivando apenas lucrar com a compra e venda de patentes, consistindo assim em uma NPE ou *patent troll*. Aduziu, ainda, que da forma como a patente em questão foi concedida pelo INPI, sem limitação com base na essencialidade da tecnologia que permite o licenciamento obrigatório, encontra-se a patente em desacordo com a finalidade do sistema, insculpida no art.5º, inciso XXIX, da CRFB. Foi requerida a antecipação dos efeitos da tutela, o que foi negado pela magistrada por não ter sido demonstrado o requisito da verossimilhança, afirmando que não há comprovação de negociação a respeito do licenciamento e que a medida pretendida necessita de amplo convencimento. Assim, foi indeferida a antecipação de tutela em 11 de maio de 2015. O processo encontra-se ainda em fase de instrução. (BRASIL, 2015).

novidade como um acréscimo diferencial ao que já existe consolidado na teoria científica, não há que se falar em processamento não óbvio (atividade inventiva) ou possibilidade de inserção na indústria (aplicação industrial), sem que se trate primeiro da novidade. Desse modo, no direito brasileiro, parece plausível afirmar que ela é o principal elemento de caracterização de uma invenção.

Em termos procedimentais, a novidade deriva do marco temporal do depósito, que inicia o processo de patenteamento no INPI, ou seja, ela é verificada até aquele momento. Dessa forma, para inserção de um *troll* de patentes a partir do critério da novidade, tal somente se faz possível pela solicitação de uma patente que diga respeito a uma tecnologia que já esteja em domínio público. Seria, portanto, latente a solicitação de uma patente com objeto claramente não passível de patenteamento, isso porque não seria aferida nenhuma novidade em relação ao estado técnica.

Essa situação de *patent troll* por meio da ausência do requisito da novidade, não se configura no Brasil, tratando-se apenas do plano ideal, visto que a análise do pedido por parte do INPI, até onde se conhece, não apresenta brechas em relação a isso, sendo os pedidos desta feita indeferidos, uma vez que nessas situações não se tem, nem mesmo, uma invenção passível de patenteamento caracterizada no processo.

Entretanto, não é porque não pode haver *patent troll* no cenário nacional pela ausência de novidade na patente pleiteada, que também não o há por ausência de atividade inventiva ou aplicação industrial.

Esse entendimento parte da premissa do abuso de patentes, em que se configuram as patentes fraudulentas e defensivas. Quanto às primeiras, no direito brasileiro, são nulas, nos termos do artigo 46 da LPI⁴⁸; já em relação as segundas, trata-se de estratégia anticoncorrencial bastante comum.

Asseveram Bagatolli e Dagnino (2013, p. 76) que

a tentativa de desencorajar a inovação nas empresas concorrentes se tornou uma das principais motivações para patentear nas últimas décadas. A recomendação das grandes consultorias de gestão é a de que as empresas patenteiem qualquer descoberta que possa inviabilizar o uso de descobertas similares nos demais concorrentes do setor, concedendo às empresas uma carteira de patentes que lhes permita barganhar acordos de licenciamento com seus competidores (Sullivan & Daniele, 1996). Como consequência, quanto maior o portfólio de patentes das empresas de um setor maior será o número de “patentes defensivas” (Merges, 1997; Macdonald, 2004). Na maioria dos casos, a empresa não chega a comercializar a patente, usando-a apenas para prevenir que as demais empresas patenteiem algo semelhante e o usem (Kleinknecht, Montfort, & Brouwer, 2002).

⁴⁸ Art. 46. É nula a patente concedida contrariando as disposições desta Lei.

Há que se definir, portanto, a patente defensiva. Utiliza-se, para tanto, o entendimento de Calixto Salomão Filho (2006, p. 18), no sentido de que

mediante táticas chamadas “*blocking e fencing*”, as empresas procuram – por meio, respectivamente, da compra sistemática de todas as novas patentes e sua não-utilização ou, então, do pedido de patenteamento de todas as possíveis alternativas a serem utilizadas pelos concorrentes – impedir o acesso de novos concorrentes ao mercado.

Essa definição tem em mira a previsão legal de que a patente não utilizada pode ser licenciada compulsoriamente, qual seja embasada na lógica concorrencial que reconhece a patente defensiva como meio de impedir a concorrência. E continua o autor: “Outras formas de *blocking e fencing* não-abrangidos por esses dispositivos [art. 58, § 1º, inciso I, da LPI] são objeto de uma previsão genérica, que considera ilícito açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade intelectual ou de tecnologia” (FILHO, 1996, p. 18). O que se defende nesse trabalho.

Nesse sentido, ao se falar de ausência de inventividade está, de forma latente, se tratando de patentes defensivas de escopo amplo, muito abrangente.

Expandir indevidamente o intento de uma patente, apenas com o fim de resguardar uma vantagem econômica em face dos competidores de mercado, por meio de uma proteção jurídica que ocasiona a exclusividade pode ser tido como uma atitude abusiva, anticompetitiva, antiempreendedora, ferindo a concorrência e caracterizando-se como *troll*.

Isso porque se entende que o pedido de patente com intuito defensivo para uma invenção tecnológica busca exclusivamente impedir que concorrentes desenvolvam pesquisa no mesmo campo de tecnologia. Dessa forma, o pedido defensivo é confeccionado normalmente de maneira ampla e abrangente para aumentar o escopo reivindicatório e de proteção do pedido. O objetivo não é colocar a invenção no mercado, mas impedir que terceiros venham a realizar P&D na mesma área de atuação

Ademais, a proteção a um pedido amplo abre espaço para que o titular de uma patente com esse contorno possa se apropriar da ideia de um concorrente, verdadeiramente inovadora, que possa ser abarcada sob sua égide. Essa conduta diminui o incentivo à inovação que é o fim precípua do Sistema de Patentes, e, sendo realizado esse registro, a patente em tela caracteriza-se efetivamente como uma *patent troll* no cenário nacional.

Essa situação pode se configurar por meio das alterações voluntárias que podem ser propostas à solicitação de patente do depósito até o momento do pedido de exame. É sabido que qualquer uma dessas alterações deve limitar-se ao descrito na solicitação inicial, mas muitas vezes isso não é respeitado, na esfera concorrencial, principalmente, pelas

multinacionais ou grandes corporações internacionais, o que será demonstrado no capítulo seguinte. Assim, tem-se a possibilidade de existência de pedidos patentários que podem ser tidos como “coringa” com a finalidade apenas de garantir a autorização a um aproveitador/usurpador de ideias para que este se valha da tecnologia de um concorrente, tendo em vista sua posição de vantagem em termos de análise no procedimento do INPI.

Cabe à autarquia, portanto, indeferir esses pedidos que objetivam garantir uma patente de escopo abrangente por meio da ausência de atividade inventiva, visto que tais pedidos não se configuram por meio de esforço teórico e prático na concepção de um novo produto tecnológico.

Demonstrada a possibilidade de ocorrência de *patent troll* no direito brasileiro devido ao patenteamento de uma invenção em que não foi obedecido na melhor técnica o requisito na atividade inventiva, há que se ter em mente que o mesmo ocorre com a inobservância do requisito da aplicação industrial.

A ausência de aplicação industrial pode evidenciar a existência também de uma patente defensiva. Neste caso, a classificação da patente como defensiva não ocorre devido a um objeto amplo, mas sim ao objetivo de resguardar a invenção em face dos demais agentes no mercado.

Isso se dá no sentido de que, a despeito de a LPI determinar que a aplicação industrial diz respeito à possibilidade de produção por meio da indústria do invento patenteado, o fim último deste é ser colocado no mercado. Assim, não retornar ao mercado uma invenção fere a função social da propriedade intelectual, denotando também uma atitude condenável em relação à proteção recebida, além de clara prática antiempreendedora.

A análise teórico-abstrata do requisito permite a inserção de *trolls* no mercado tecnológico em questão, vez que estes se opõem a alocar seu invento nesse mercado, a fim de propiciar um embate quando um concorrente se valer da mesma tecnologia, conseguindo uma vantagem econômica com a disputa por uma inovação que não permitiu à comunidade usufruir.

Desse modo, aqui também, cabe ao INPI, com o intuito de não se permitir a concessão de patentes que deem ensejo a uma *patent troll* por meio da ausência de aplicação industrial, a análise desse requisito num cenário de competitividade abalizado pelo mercado que é, ao mesmo tempo, econômico, político, social e, principalmente, jurídico, ao invés de realização de mera análise teórico-abstrata.

Observa-se que nas duas situações apresentadas, a respeito da possibilidade de ação de *trolls* nas patentes concedidas pelo INPI em que não há observância dos requisitos de

atividade inventiva e/ou aplicação industrial, são propostas, para cada um, uma solução preventiva, que deve ser levada em consideração no momento de análise do pedido de patente. Sabe-se, todavia, que num processo de pedido de patente, desde o depósito até decisão do INPI, passam-se anos, de modo que a atuação preventiva pode não ser suficiente em relação aos *trolls*, devendo haver uma conduta também repressiva.

Muito embora não tenha destaque no cenário nacional a discussão acerca do *patent troll*, resta claro que essa estratégia está presente no direito brasileiro. Tão presente que já possui um mecanismo de repressão, por meio do procedimento de identificação de conduta anticompetitiva sob o título de açambarcamento de direitos, que será analisado oportunamente. Entretanto, no primeiro momento é de grande relevo que se apesente o instituto da *sham litigation*, vez que este conforma judicialmente a prática do *patent troll* oriunda da ausência da atividade inventiva e da aplicação industrial, requisitos elencados na LPI como critérios para o patenteamento de uma invenção caracterizada pela novidade.

3.2.1 Sham litigation

A conduta definida como *sham litigation*, nas palavras do Conselheiro do CADE César Costa Alves de Mattos (CADE, 2005, p. 2) exaradas no bojo do Processo Administrativo 08012.004484/2005-51, diz respeito à “conduta consubstanciada no exercício abusivo do direito de petição, com a finalidade de impor prejuízos ao ambiente concorrencial”.

Trata-se aqui, portanto, do uso inapropriado do Poder Judiciário, por meio de uma litigância predatória, do abuso anticompetitivo do direito de petição, que se não for detectado pelo Judiciário ocasionará um ganho ao agente econômico sem que tenha havido um custo para o domínio do mercado relevante. Observa-se que o mercado relevante nesse trabalho não pode ser definido só pelos produtos que o compõem somados a sua área de venda, o que seria apenas o mercado em sua face econômica. Devem ser consideradas as demais dimensões visto que é o mercado como um fenômeno poliédrico que conforma a ordem econômica e é sobre esse mercado que são julgadas as condutas como anticompetitivas.

Assim, o abuso do direito de petição, nos casos que envolvam invenções, é anticompetitivo no sentido em que visa uma vantagem indevida no mercado da inovação tecnológica por meio da ludibriação ao Poder Judiciário. Isso porque

uma ação de *sham litigation* “bem-sucedida” pode surtir efeitos anticompetitivos mesmo quando o autor não detiver, a priori, grande participação de mercado: justamente por meio da ação abusiva o agente pode, rapidamente, excluir até mesmo um grande rival e alcançar grande e repentino poder de mercado (CADE, 2015, p. 9).

Por meio da *sham litigation* tem-se óbvia a utilização do Judiciário como um meio de ação anticoncorrencial. Ou seja, o agente vale-se do Poder Judiciário para obter uma vantagem indevida no mercado: clara atuação como *troll*. Não há dúvidas, então, que o abuso do direito de petição conforma a *patent troll* tal como ela se apresenta no cenário nacional.

Esse entendimento tem em mira, principalmente, o abuso do direito de petição no tocante aos litígios fraudulentos. Isso porque estes partem das necessárias inverdades e omissões diante ao Judiciário para que se possa conseguir um provimento que lhe seja favorável em detrimento do concorrente que sofre o dano. Observa-se que uma patente defensiva pode, sem nenhuma dificuldade, denotar uma inverdade ou omissão, visto que, de alguma forma, essa patente ludibria os critérios trazidos na LPI.

Referidos litígios podem ocorrer tanto quando a parte mente sobre fatos quanto quando os omite, destacando-se que há a caracterização de dolo, pois, mesmo no caso de omissão, intenta-se, necessariamente, uma simulação, como se destaca da Nota Técnica nº 241 da SG, respectivamente:

Quando a parte **mente sobre fatos** objetivamente determinados, incontroversos ou notórios, conseguindo, assim, no Poder Judiciário ou em foro administrativo, uma guarida jurídica capaz de lhe conferir poder de mercado. Tal conduta pode representar, ao mesmo tempo, infração ao art. 17, II, do CPC e à Lei Concorrencial. Também, a própria constituição de um título jurídico patentário, por exemplo, pode estar eivada de vícios decorrentes de fatos falsos contados, por exemplo, a órgãos da administração que, por acreditarem na parte, lhe conferem um título, um direito, uma patente ou qualquer outro benefício. A parte poderá ainda mentir sobre fatos que afetem a extensão de seu direito, sem prejuízo de outras formas de enganiosidade ou má-fé (CADE, 2015, p. 27)

[...] há também a possibilidade de haver simulação anticoncorrencial no judiciário decorrente de omissões a respeito de fato que a parte conhece e sabe da sua relevância para a compreensão de seu pleito, mas prefere não reportar tal fato ao Poder Judiciário ou à autoridade administrativa. Desse modo, ao contar várias meias verdades para um ou para vários juízes, é possível que o litigante retire do decisor a possibilidade de conhecer a extensão e as implicações concorrenciais de seu julgamento, podendo ser enganado pelas omissões relevantes do peticionário (CADE, 2015, p. 20).

Tendo explorado todo o cenário da *patent troll* no Brasil, passa-se, então à última parte desse trabalho, na qual se demonstra que essas patentes não só existem como já sofrem repressão no direito pátrio.

4 O AÇAMBARCAMENTO

Grande parte dos objetivos desse trabalho já foram atingidos quando se demonstrou que a *patent troll* se manifesta, sim, no contexto jurídico nacional; contudo, tal se dá por meio de suas características particulares, quais sejam reveladas por via das patentes defensivas. Nesse panorama, tem-se que estas se dão pela ausência tanto da atividade inventiva quanto, expandindo a interpretação, da aplicação industrial, destacando-se que ambas, muitas vezes, se conformam na ação dolosa caracterizada na conduta de *sham litigation*.

Chega-se, agora, ao ápice do que se propôs, a análise do açambarcamento. O caminho percorrido buscou chegar até esse ponto, uma vez que este se destaca por ser a derradeira comprovação de que a *patent troll* não só existe no Brasil, como possui no ordenamento jurídico nacional uma estrutura de repressão.

As noções apresentadas de mercado, ordem econômica e, principalmente concorrência, ganham efetividade ao demonstrar que o açambarcamento, trazido pela lei do CADE, contempla, legalmente, a *patent troll* como uma infração à ordem econômica no direito pátrio.

O artigo 36 da referida lei, abordado no subitem 2.2.1 desse trabalho, expõe quais são os atos que, realizados com ou sem culpa do agente, constituem infração à ordem econômica. Esses atos são os que tenham por objeto ou possam produzir quatro efeitos, mesmo que não alcançados: a limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência ou livre iniciativa; o domínio do mercado relevante de bens ou serviços; o aumento arbitrário dos lucros; e o exercício de forma abusiva de posição dominante.

A esses efeitos potenciais ou efetivos, que caracterizam a infração à ordem econômica, elencados no *caput* do artigo 36 da lei do CADE, se soma a previsão de condutas trazidas no parágrafo terceiro do mesmo artigo. Nesse sentido, Anders, Pagotto e Bagnoli (2012, p. 126):

O § 3º do art. 36 estabelece que as condutas listadas em seus incisos, além de outras condutas que não estejam listadas, serão consideradas como práticas ilegais sob o ponto de vista da Lei de defesa da concorrência se causarem ou se forem capazes de causar os efeitos previstos pelo *caput*.

[...]

As condutas estão previstas nos incisos do § 3º, levando ao entendimento pacífico de que deve, necessariamente, haver relação entre a prática expressa nos incisos do § 3º e o objetivo ou potencialidade de produção dos efeitos do *caput* do art. 36.

São previstas dezenove condutas no referido parágrafo⁴⁹, que atendendo ao *caput*, configuram infração à ordem econômica. Dentre estas se destaca a do inciso XIV, que dispõe a conduta de “açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia” (BRASIL, 2011).

Essa conduta é de relevância para esse trabalho, uma vez que é a única que efetivamente guarda estrita relação com a atividade do *troll* como colocada no âmbito nacional. De modo que se passa agora à análise do dispositivo, para em seguida comprovar, por meio da exploração de um caso prático ainda em andamento nas esferas administrativa e judicial sob a égide do direito pátrio, a facticidade do estudo aqui proposto.

Ao tratar do assunto, Calixto Salomão Filho (2006, p. 18) defende que “a mera concentração de patentes em um só agente econômico, de modo a impedir a concorrência, já é ilícita. Outra vez – e o termo “açambarcar” é bem expressivo nesse sentido – é necessário que haja o efetivo potencial de dominação”.

⁴⁹ *In litteris*: § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca (BRASIL, 2011).

Necessário se faz, então, definir o que seria, literalmente, o açambarcamento. À palavra açambarcar são atribuídos quatro significados⁵⁰. São eles: I) retirar de circulação mercadorias a fim de importar-lhes determinado preço; II) assenhoriar-se, com exclusividade, de um serviço ou situação; III) tomar para si, apoderar-se; e IV) abarcar, monopolizar. Sendo o açambarcamento o ato ou efeito de açambarcar.

Ressalta-se que essa conduta foi prevista, pela primeira vez no decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938⁵¹, que define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego, tendo sido fundamento pela Constituição da República de 1937, a qual estabeleceu o princípio da proteção à economia popular (CARVALHO, LIMA, 2012).

Importa destacar que, segundo Denis Borges Barbosa (2005), a tutela em face do açambarcamento diz respeito ao resguardo da liberdade de concorrência, criminalizando “a utilização dos direitos de propriedade intelectual para dominar o mercado e impedir ou limitar o acesso ou dificultar o funcionamento de fornecedores” (BARBOSA, 2005, p. 9).

A conduta de açambarcar, portanto, diz respeito à criação de dificuldades aos concorrentes. Aliada a esta se tem também tipificada a conduta de impedir a exploração por terceiros, no mercado, de uma propriedade intelectual ou, especificamente, industrial, bem como qualquer tecnologia. Assim, o tipo estabelece que esses atos, independente de dolo ou culpa, se alcançarem os efeitos vedados de qualquer prejuízo à livre concorrência, ou domínio do mercado relevante, aumento arbitrário dos lucros ou ainda exercício abusivo de posição dominante ferem a ordem econômica, sendo criminalizados.

Nesse cenário, depreende-se que o dispositivo em que se insere o açambarcamento visa, por meio da criminalização, vedar, por parte de um agente econômico, a criação de dificuldades de concorrência aos demais agentes do mercado. Nesse sentido,

[...] o produtor que detém a propriedade industrial, intelectual ou de tecnologia de determinado produto ou serviço, naturalmente possui vantagens sobre seus concorrentes. Impedir que outros agentes façam uso desse direito (que, claro, deve ser feito com todas as cautelas e observância das normas regulatórias aplicáveis) praticamente elimina a concorrência e leva a um cenário de monopólio, que obviamente não traz benefícios à ordem econômica como um todo e, especialmente ao consumidor (ANDERS, PAGOTTO, BAGNOLI, 2012, p. 144).

Ou seja, o açambarcamento fere os *objetivos* da proteção à concorrência.

⁵⁰ As definições foram retidas da Grande Enciclopédia Larousse Cultural, volume I, página 35.

⁵¹ In litteris: Art. Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.

Art. 2 São crimes dessa natureza: [...] IV - reter ou açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços (BRASIL, 1938).

Aduz-se que uma patente defensiva nada mais é senão uma estratégia para a criação de impedimento de uso de propriedade intelectual. Seja pela ausência de inventividade ou pela falta de intuito de exploração econômica da tecnologia em si, há um bloqueio a essa exploração por parte do concorrente, denotando o açambarcamento. Como a prática da patente defensiva configura a prática da *patent troll* no Brasil, pode-se concluir que a repressão ao açambarcamento que está vinculado a ela, concretizada pelo direito da concorrência, traduz-se na repressão da *patent troll*.

4.1 O Caso Eli Lilly

Demonstrada não só a ocorrência de *patent troll* no Brasil mas também a existência de previsão legal com o intuito de combater tal prática, realiza-se, enfim, a exploração do Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, por meio da Nota Técnica nº 241 da SG.

Trata-se de representação proposta pela Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos, doravante denominada representante, em face das sociedades Eli Lilly do Brasil Ltda e *Eli Lilly and Company*, quais sejam as representadas.

Observa-se que, tendo em vista aquela ser subsidiária desta, nos moldes do artigo 1.098, do código civil⁵², e, de acordo com o artigo 32 da Lei do CADE⁵³, ambas serem responsáveis solidariamente pelos atos anticoncorrenciais que praticarem, muito embora as patentes internacionais que se referem ao caso estejam em nome da *Eli Lilly and Company* enquanto as vendas relacionadas à patente em questão são realizadas pela Eli Lilly do Brasil Ltda, ambas serão referidas apenas como Eli Lilly “já que seria artificial pensar em práticas separadas para ambas as empresas” (CADE, 2015, p.4).

A representação se iniciou em 2007, quando a Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos noticiou à SDE que as representadas, valendo-se de supostos abusos do direito de petição, buscaram exclusividade na comercialização do medicamento Gemzar. Esse fármaco tem como princípio ativo o cloridrato de gencitabina, é

⁵² Art. 1.098. É controlada: I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas (BRASIL, 2002).

⁵³ Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente (BRASIL, 2011).

indicado para o tratamento de câncer e se relaciona ao pedido de patente nº PI 9302434-7, apresentado ao INPI em 1993.

Diante à representação, ainda em 2007, a fim de se apurar a conduta anticoncorrencial, instaurou-se uma Averiguação Preliminar e, posteriormente, em 2011, iniciou-se o Processo Administrativo em tela, para apurar possível infração à ordem econômica mediante as condutas previstas nos incisos IV, V, X e XVI do artigo 21 da revogada lei 8.884/1994, que correspondem às condutas previstas nos incisos III, IV, XII e XIV da lei do CADE. São estas: a limitação ou impedimento ao acesso de novas empresas ao mercado; a criação dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; a regulação de mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; e, finalmente, o açambarcamento açambarcar ou impedimento da exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia (BRASIL, 2011).

O caso diz respeito a uma possível estratégia abusiva para impedir que genéricos e similares do fármaco cloridrato de gencitabina concorressem no mercado. De modo que o CADE buscou avaliar a prática de *sham litigation* no Judiciário e no INPI relacionadas a pedidos de patentes que envolveriam o fármaco *supra* citado.

Na nota em análise, então, a SG verificou que há uma série de processos⁵⁴ em que o princípio ativo é discutido envolvendo a Eli Lilly, observando que todas as ações dizem respeito ao pedido de patente nº PI 9302434-7, o qual versa sobre uma forma de produção do cloridrato de gencitabina.

Ressalta-se que o composto em questão foi referenciado pela Eli Lilly em uma patente norte-americana em 1983 e o uso desse princípio ativo para o tratamento do câncer está descrito na segunda reivindicação das representadas, em 1986. Além de o cloridrato de gencitabina já ser conhecido desde a década de 1980, seu processo produtivo também foi objeto de patentes, uma depositada em 1989 e outra em 1990, as duas de titularidade da Eli Lilly. Resta claro, assim, que tanto o princípio ativo quanto seu processo produtivo já eram conhecidos pela comunidade científica há quase trinta anos.

Em 1993, a Eli Lilly apresentou ao INPI o pedido de patente em discussão, o qual possui três quadros reivindicatórios. A saber:

⁵⁴ Processos estes judiciais, que tem como objeto o princípio ativo da Gencitabina. Sobre isso, ainda, ver CADE, 2015, p. 48, onde consta a “Tabela 1 – Processos da Eli Lilly e localização nos autos”.

1º. Quadro reivindicatório, depositado em 21 de junho de 1993, a Eli Lilly apresenta um pleito patentário que conteria 13 reivindicações. O título da patente original era patente de “*processo de glicosilação estereoquímico-seletivo para preparar fluornucleosídeos anoméricos de um fluorcarboidrato enriquecido com alfa-anômero com uma nucleobase*”. Houve pedido de exame da referida patente em 06 de fevereiro de 1966 (folha 144 dos autos);

2º. Quadro reivindicatório, conteria 14 reivindicações, além de uma série de modificações em relação ao pedido original. Há informações de que o mesmo teria sido apresentado em 07/04/2005, dez anos após o requerimento o exame original.

3º. Quadro reivindicatório, conteria 16 reivindicações. Conforme laudo pericial (fl. 801 dos autos), neste quadro, houve a adição das reivindicações 15 e 16, em 28/09/2005.

Segundo a reivindicação 15, constante do terceiro quadro reivindicatório, a Eli Lilly buscou patentear a Gencitabina em si (que estava em domínio público a época do pedido) [...] (CADE, 2015, p. 51).

Destaca-se que não há na reivindicação nenhuma observação ou referência de que o produto em tela é tão somente derivado do processo de produção ao qual se refere o pedido de patente. Ao contrário, trata-se de uma pretensão genérica “sobre toda a gencitabina existente” (CADE, 2015, p. 52).

Ou seja,

a Eli Lilly buscou patentear todo e qualquer “composto” equivalente à Gencitabina, por meio desta reivindicação adicional. Modificou, portanto, drasticamente o quadro reivindicatório! O que antes era um pedido de patente RESTRITO a apenas um processo de produção passou a ser um pedido AMPLO sobre o próprio produto “gencitabina” (CADE, 2015, p. 52)

Tem-se claro que, com a reivindicação adicional as representadas transformaram seu pedido de patente num pedido de patente defensiva, o que se deu pela alteração do objeto da patente, anteriormente um processo, posteriormente todo o produto.

Coube ao CADE, portanto, a análise da busca indevida pelo aumento do escopo da patente que “deveria ser restrito a um processo, para englobar todo e qualquer ‘*nucleosídeo anômero beta enriquecido de gencitabina*’” observando-se que a Eli Lilly não poderia se furtar de saber que a gencitabina estava em domínio público (CADE, 2015, p. 53). Restando claro que a tentativa de modificação da natureza da patente, de patente de processo para patente de produto, “é, necessariamente, abusiva e anticompetitiva, na medida em que expandia indevidamente o escopo da patente” (CADE, 2015, p. 55).

Ora, essa constatação, atendendo à premissa construída nesse trabalho, nada mais é do que a prova da existência da prática de *patent troll* no Brasil. Nesse caso, o *troll* é caracterizado pela conduta da patente defensiva por ausência de atividade inventiva por parte da Eli Lilly.

Quanto à discussão acerca da ausência de atividade inventiva, o CADE não adentra nesse mérito, uma vez que, como abordado oportunamente, trata-se do âmbito de atuação do

INPI. Muito embora caiba ressaltar, mais uma vez, que foi esse o meio que permitiu a atuação do *troll*, visto que se buscou a alteração do objeto patenteado a fim de tornar o escopo mais abrangente.

Observa-se, ainda, que

se aceitarmos que a empresa que fez um depósito possa expandir o escopo do seu pleito a qualquer momento incluindo matéria não revelada inicialmente (e em especial após a negativa do INPI), isto abre a possibilidade de um concorrente que fez um pedido amplo de patente possa se apropriar da ideia de outro concorrente que, realmente, seja inovadora, mas não possui um lugar cativo na fila de depósito do INPI. Ter-se-ia aqui uma espécie de depósito patentário “coringa”, que serve apenas para autorizar um *free riding* de ideias, diminuindo o incentivo à inovação, que o sistema patentário busca criar (CADE, 2015, p. 56).

O CADE não diz expressamente que se trata da ação de um *patent troll*, mas é exatamente esse o panorama que ele descreve, como se viu, ao tratar de duas das cinco condutas apresentadas pela Eli Lilly. Essas duas condutas são as que contemplam o pedido de patenteamento com base em fatos que a Eli Lilly sabe não serem verdadeiros (pedido de patente não passível de patenteamento) e a tentativa de aumento do escopo da patente após o pronunciamento do INPI, respectivamente.

Quanto às demais condutas: sobrestamento do processo do INPI deferido por um Juízo (criando demora no INPI) conjugado com ação posterior que reclama monopólio (ou EMR) justamente em razão da demora do INPI; solicitação de EMR intempestivo; e litispendência, destaca-se para esse trabalho apenas a primeira das três, que conforma a argumentação anteriormente trazida de que é por meio do abuso do direito de petição que a *patent troll* ganha concretude no Brasil.

O INPI negou, algumas vezes, o pedido de patente das representadas enquanto estas buscavam alargar o escopo da solicitação. Entretanto, simultaneamente ao processo administrativo no INPI tramitavam duas ações judiciais⁵⁵:

Com efeito, a representada solicitou ao Judiciário Federal do Rio de Janeiro a necessidade de paralisação (sobrestamento) do processo de análise do INPI, para, em um segundo momento, queixar-se a outro juízo (Federal do Distrito Federal) que o INPI estaria demorando muito para proceder à análise de seu pedido patentário e, portanto, lhe era devido EMR, que redundaria em proteção monopolística a seu favor (ainda que obtida artificialmente) (CADE, 2015, p. 57).

A ação proposta em face do INPI no Rio de Janeiro, Processo nº 2005.51. 01. 506948-1 da 39ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, pleiteava, como visto, o sobrestamento do processo administrativo no INPI enquanto esta durasse. Em meio a esse

⁵⁵ Sobre essa descrição pormenorizada, vide Tabela 2 – Fatos ocorridos nos processos impetrados pela representada, CADE, 2015, p. 57-60.

cenário, o INPI já havia negado o pedido por ausência de atividade inventiva e estava para ser analisado o Terceiro Quadro Reivindicatório.

Deferiu-se o sobrestamento do processo do INPI em 13 de outubro de 2005 e em 01 de novembro de 2006 foi ajuizada a ação nº 2006.34.00033456-2, no Distrito Federal, solicitando que lhe fosse garantido o direito de exclusividade de comercialização sobre a gencitabina enquanto o PI 9302434-7 não fosse analisado pela autarquia responsável, omitindo, contudo, que esta análise estava prejudicada dado o sobrestamento do processo em que se insere.

Desta feita, foi garantida judicialmente à Eli Lilly a exclusividade solicitada, via EMR, até que o INPI se pronunciasse acerca da matéria. O que não ocorreria, devido a outra decisão judicial, solicitada também pela representada, que determinava a abstenção do INPI nesse caso. Ressaltando-se, mais uma vez, que as decisões contraditórias foram ocasionadas pela própria conduta da Eli Lilly, que parece manipular o Poder Judiciário e atuar de maneira abusiva.

Em 2011, felizmente, por meio da ação rescisória nº 2007.02.01.009600-2 proposta pelo INPI, o judiciário desconstruiu a decisão que concedeu a exclusividade, sob o argumento de que não havia direito de patente a ser protegido.

Todavia, há que se destacar que, pelos 8 (oito) meses que a Eli Lilly exerceu o domínio desse mercado de fármacos (de 26/07/2007 a 07/03/2008). Sem que houvesse o controle da concorrência, o preço exercido no mercado foi praticamente triplicado⁵⁶. Comprovando-se o dano causado à ordem econômica pelas reclamadas.

Pontua-se, ainda, que referido dano se originou de uma patente defensiva, que teve sua exploração garantida devido a uma conduta de *sham litigation*. Ou seja, um caso de *patent troll*.

Ainda, “dentre as consequências criadas pela litigância abusiva, tem-se em um nível próximo a criação de poder de mercado indevido. Já em um nível remoto, o desinteresse causado em futuros potenciais investidores, o que tende a postergar a duração do poder de mercado indevido” (CADE, 2015, p.73), quais sejam, exatamente, as consequências da *patent troll*.

Diante desse cenário, então, após a análise do caso, a SG apontou que

por meio dessas diversas estratégias abusivas e ardilosas, o fato é que a Eli Lilly, conforme reconhecido pelo próprio judiciário anos depois, logrou gozar, por período

⁵⁶ A Pró Genéricos informou que, sem concorrência, a Secretaria de Saúde de São Paulo adquiriu o cloridrato de gencitabina por R\$589,00 e quando os concorrentes foram novamente inseridos no mercado o preço baixou para R\$189,00 (CADE, 2015).

de tempo razoável, de forma indevida e ilegal, de um monopólio na oferta de um medicamento contra o câncer, com consequências graves aos seus concorrentes e, especialmente, aos consumidores, que diante de situação de saúde grave comprovadamente tiveram limitações de opções de oferta e pagaram preços muitas vezes maiores do que pagariam não fosse pela prática ilegal e anticompetitiva levada a cabo pela empresa.

Tal conduta, e seus resultados deletérios à coletividade, no entender dessa Superintendência, devem ser punidos pelo CADE, na forma da Lei de Defesa da Concorrência (CADE, 2015, p. 75).

Entendeu-se pela condenação das representadas devido à prática de todas as quatro infrações que foram apuradas: limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; e, finalmente, açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia (BRASIL, 2011).

O que permite concluir que foi punido o cerceamento de mercado e o controle abusivo deste nas três primeiras condutas; enquanto a última puniu a garantia de exploração de uma patente ampla conseguida por meio de *sham litigation*. Tem-se, enfim, a comprovação de que a infração à ordem econômica traduzida no açambarcamento é punida pelo direito brasileiro, denotando, portanto que há repressão a *patent troll*, muito embora os seus contornos devam ser examinados criteriosamente, pois a estratégia de negocia observada nos EUA não se encontra perfeitamente nas hipóteses e negócios vistos no Brasil.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou conceituar a *patent troll* e investigar a faceta que esta apresenta diante à ordem econômica brasileira. Partindo-se da premissa de que essa prática comercial diz respeito a uma restrição ao direito de patente não só em face ao concorrente, mas diante toda a comunidade destinatária do produto final, qual seja, os consumidores, propôs-se analisar de que forma isso se dá no direito pátrio.

Objetivou-se apresentar o modelo comercial no qual subsiste a *patent troll*, assentado no panorama norte-americano, a fim de conceituá-lo e, posteriormente, analisá-lo sob o viés do direito brasileiro, averiguando-se tanto a legalidade quanto os efeitos dessa prática sob os ditames norteadores da ordem econômica e do direito de concorrência.

Partiu-se, portanto, da premissa de que a atitude antiempreendedora deve ser punida pelo controle social da livre concorrência e é nesse sentido que devem ser interpretados os casos em que haja incidência de *patent troll* no Brasil. São estes os que se dão por intermédio das patentes defensivas e, nesse cenário, do ato de açambarcar.

Para comprovar referida hipótese, no primeiro capítulo conceituou-se, apresentaram-se dados e demonstraram-se as características da prática da *patent troll* nos EUA. Isso se deu para que fosse possível, posteriormente no trabalho, confrontá-la com o Sistema de Patentes em âmbito nacional, uma vez que somente após delineado esse instituto no cenário norte-americano, onde ele ganhou concretude, é que seria razoável transportá-lo ao panorama nacional, a fim de poder discutir, em analogia, como essa estratégia de negócio se dá no Brasil

Destacou-se que, a despeito das outras nomenclaturas, menos pejorativas, que abarcam a *patent troll*, esta foi escolhida intencionalmente, demonstrando que o entendimento que se quer expressar é o de que os agentes econômicos que se valem dessa estratégia estão se aproveitando de uma possível abertura jurídica no mercado de inovação, vez que é admissível que eles busquem para si uma retribuição econômica que não lhes é efetivamente devida. Observa-se que esses agentes econômicos caracterizados em torno da *patent troll* não estão diretamente envolvidos na projeção de inovação tecnológica, atentando-se apenas aos seus ganhos econômicos.

Patent troll, então, denota as práticas comerciais e, destacadamente, processuais nas quais as patentes são utilizadas como um instrumento comercial em detrimento à efetiva inovação tecnológica. Significa dizer que este é um meio de desvirtuar as finalidades para as quais as patentes são concedidas, pois, como título de propriedade sobre bem imaterial, tem

uma função a ser atingida. Com a prática de um *troll* essas disposições são deixadas de lado para a consecução de uma vantagem econômica, considerada, até mesmo, indevida, por meio de *royalties* e acordos judiciais.

Tendo em vista o cenário da *patent troll* que foi apresentado, inclusive por meio da exposição de dados numéricos do impacto financeiro dessa prática, passou-se à análise do referencial teórico que norteou esse trabalho, com o intuito de se criar um sistema de conceitos que possibilitasse a transfiguração dessas patentes para a realidade brasileira.

Referida investigação conceitual objetivou explorar as noções balizadoras do Direito Econômico da Concorrência, por meio da análise do direito comercial, da ordem econômica, do mercado da inovação e dos parâmetros concorrenciais, sendo esse o referencial teórico da pesquisa aqui proposta.

Apresentou-se, juntamente à trajetória do direito de propriedade intelectual, a trajetória do direito comercial, do ato de comércio à atividade empresária e da atividade a sua conformação no mercado. Isso se deu devido à noção de que a empresa só tem razão de ser quando no mercado e, em consequência, os elementos da empresa, em que se encontra a propriedade industrial como parte do estabelecimento comercial, só podem ser investigados quando voltados para o mercado, qual seja, também, um pressuposto da concorrência.

Em se tratando dessa trajetória, apresentou-se o instituto da empresa como algo voltado para as relações que estabelece no contexto do mercado. Para tanto, foi de grande relevo que se discriminasse então, o que é esse mercado.

Apresentou-se o mercado como fenômeno poliédrico, formado por quatro faces, autônomas, mas interdependentes, são estas: a econômica, a política, a social e a jurídica.

A face econômica trata do mercado como um *locus*, físico ou artificial, que proporciona o encontro (regular) entre comprador e vendedor de uma determinada economia.

A dimensão política dispõe sobre o modo de organização dos recursos na sociedade, ou seja, a política como elemento determinante de qual papel o mercado desempenha na alocação de recursos.

O perfil social diz respeito à importância da função social do mercado, que é derivada das normas constitucionais, para que haja verdadeiro desenvolvimento de toda a sociedade. As dimensões política e econômica do mercado se dão nos limites trazidos pela dimensão social; uma vez que o mercado já é concebido dentro dessas fronteiras, ele somente pode se desenvolver dentro do seu perfil social, o qual reserva ao direito uma outra função além da já explicitada preservação do sistema de produção, a de implementação de políticas

públicas com o escopo de dar concreção aos objetivos sociais constitucionalmente fixados, de onde se denota o controle sobre a força persuasiva do mercado.

Nesse sentido, tem-se a face jurídica, face responsável pela regulação das relações entre os agentes, de modo a trazer mais segurança e previsibilidade a elas. Trata-se do conjunto de regras e princípios que pautam o comportamento dos agentes econômicos, sem se deixar de destacar a importância dos usos e costumes na relação empresarial. O perfil jurídico do mercado é o que funde suas quatro facetas, solidificando os demais perfis.

Foi a partir desse cenário, de mercado como ordem jurídica advinda de um fenômeno poliédrico, que se passou a analisar a estrutura da propriedade intelectual (especificando-se oportunamente as observações em relação às patentes) um instrumento de desenvolvimento econômico da empresa, e o sistema de direito concorrencial em que se inserem.

Apresentou-se, portanto, o referencial central da discussão aqui proposta, os elementos concorrenciais. Partiu-se da delimitação da ideologia constitucionalmente adotada, que, de modo geral comporta elementos tanto sociais quanto liberalizantes, para observar que a forma proposta de se enxergar o direito de propriedade intelectual é como política econômica do mercado de inovação, uma vez que as regulamentações voltadas para esse tipo de propriedade, em suas mais diversas vertentes, compõem os elementos que integraram o conjunto dessa política econômica.

Em sede constitucional, a ordem econômica faz com que o direito passe a funcionar como um instrumento de implementação de política pública. De modo que é a constituição econômica que determina a ordem econômica, sendo esta uma forma de organização e funcionamento da economia.

Tendo em mente que o mercado necessita, para sua existência, da previsibilidade do direito, aduziu-se que é esse sentido de conformação pelo direito posto, sem se deixar de observar que o mercado é uma ordem jurídica a qual se configura numa realidade poliédrica, a partir ideologia da constituição econômica, que o fenômeno da concorrência seria analisado.

Sendo o mercado uma ordem, uma instituição econômica e jurídica, que conforma em si o local de trocas, o meio de alocação dos recursos, a concreção dos objetivos sociais e a regulação da conduta dos agentes econômicos, ele se vincula ao Estado, este como ente promotor de política pública, agente econômico e regulador da economia e detentor do monopólio legislativo, o qual passa a ser responsável pela modernização do mercado, que se dá conforme o desenvolvimento do direito para seguir as inovações. Assim, destacou-se que o Estado brasileiro fez a opção de fomento à inovação atrelada ao desenvolvimento social, de acordo como preceito constitucional que diz que será a assegurada à proteção à propriedade

industrial, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país (inciso XXIX do artigo 5º, CRFB, 1988).

Salientou-se que a promoção da inovação é uma das principais justificativas para a existência de uma política de defesa da concorrência, vez que a estrutura jurídica proporciona que as organizações produtivas se desenvolvam por meio da competição no mercado.

Viu-se, portanto, inclusive pela análise legal das infrações à ordem econômica, que a promoção da inovação requer a promoção da defesa da concorrência tanto na forma da prevenção quanto da repressão de condutas de agentes com poder de mercado. Condutas, estas, que incluem a não introdução de inovações na estrutura mercadológica com o fim de posterior obtenção de vantagem econômica, como se dá pela ação da *patent troll*. Concluiu-se que o exercício de um direito de propriedade intelectual que não vise o desenvolvimento nacional ou tenha o objetivo de proteger uma atividade não empreendedora deve ser reprimido e tal repressão se dá pelo direito da concorrência.

Por essa razão, fez-se necessária a análise da *patent troll* sob esse viés concorrencial, uma vez que esse ramo jurídico carrega a premissa de justificativa da proteção à invenção.

Tendo em vista o sistema de conceitos apresentados, passou-se a analisar o instituto jurídico da propriedade intelectual, sua natureza jurídica e função social, para, enfim, tratar dos requisitos de patenteamento e demonstrar claramente em que conjuntura a *patent troll* foi alocada, para que se realizasse a analogia que permitiu discutir os casos de *patent troll* no Brasil.

Definiu-se a propriedade intelectual como propriedade *sui generis*, isso porque se trata efetivamente de um título de propriedade, entretanto com algumas peculiaridades: quanto ao objeto, protege uma ideia e não uma coisa; quanto à perpetuidade, tem o caráter temporal definido; quanto à origem, decorre de um ato administrativo do Estado; e, ainda, a posse por uma pessoa não impede/esvazia a posse por outra. Além disso foi determinada sua função social, com base nos limites constitucionais mencionados, de desenvolvimento social e econômico, bem como os que deles decorrem: a promoção e manutenção da atividade inovadora e criativa na indústria e a proteção do consumidor como destinatário final dos bens e serviços que envolvam bens intangíveis protegidos.

Delimitando o campo de investigação, passou-se a tratar dos requisitos de patenteamento, por meio de uma análise dos parâmetros legais elencados na LPI. Perquiriu-se os conceitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, os três pressupostos necessários a uma invenção para que ao inventor seja concedida uma patente.

Logo, apresentou-se a natureza jurídica da propriedade intelectual como propriedade *sui generis*, que só passa a existir, no caso das patentes, mediante à proteção de uma invenção, a qual deve receber tutela jurídica apenas quando atendidos os três requisitos legais (novidade, atividade inventiva, aplicação industrial), o que se verifica em procedimento administrativo junto ao INPI.

Confrontou-se, então, os quesitos apresentados com a premissa de que a propriedade intelectual muito embora se origine de uma falha de mercado, não pode ser um instrumento para infrações à ordem econômica, por meio da análise da atividade inventiva e da aplicação industrial. Isso porque a ineficácia de algum desses mecanismos acarreta a existência de uma patente defensiva.

Pedidos que objetivam garantir uma patente de escopo abrangente por meio da ausência de atividade inventiva, são pedidos não se configuram por meio de esforço teórico e prático na concepção de um novo produto tecnológico, de modo que apenas intentam impedir que terceiros venham a realizar P&D na mesma área de atuação. Essa conduta diminui o incentivo à inovação que é o fim precípua do Sistema de Patentes, e, sendo realizado esse registro, a patente em tela caracteriza-se efetivamente como uma *patent troll* no cenário nacional.

Da mesma forma, a ausência de aplicação industrial, diz-se, também decorre de uma patente defensiva, mas neste caso, não defensiva devido a um objeto amplo e sim devido ao objetivo de resguardar mercado. Isso se dá no sentido de que, a despeito de a LPI determinar que a aplicação industrial diz respeito à possibilidade de produção por meio da indústria do invento patentado, o fim último deste é ser colocado no mercado. Assim, não retornar ao mercado uma invenção fere a função social da propriedade intelectual, denotando também uma atitude condenável em relação à proteção recebida, além de clara prática antiempreendedora, qual seja, uma *patent troll*.

Viu-se que, em ambos os casos, a solução se faz a partir de uma análise criteriosa do INPI no procedimento de concessão da patente, demonstrando, assim, que se trata de uma solução voltada para a prevenção de *trolls*.

Entretanto, devido à celeridade dos agentes econômicos e do considerável lapso temporal que vai do depósito do pedido de patente até a decisão do INPI, aliados à prática conformadora da *patent troll*, abordada pelo instituto da *sham litigation*, observou-se que, a curto prazo, a prevenção pode não ser o suficiente, fazendo-se necessária uma prática repressiva.

Destacou-se que a conduta do *sham litigation* conforma a *patent troll*, no sentido de que por intermédio daquela tem-se óbvia a utilização do Judiciário como um meio de consecução de uma prática anticoncorrencial. Ou seja, o agente vale-se do Poder Judiciário para obter uma vantagem indevida no mercado: clara atuação como *troll*.

Muito embora não tenha destaque no cenário nacional a discussão acerca do *patent troll* restou clara que essa estratégia está presente no direito brasileiro. Tão presente que já possui um mecanismo de repressão, qual seja o açambarcamento. Como a prática da patente defensiva configura a prática da *patent troll* no Brasil, pode-se concluir que a repressão ao açambarcamento que está vinculado a ela traduz-se na repressão da *patent troll*.

Tratou-se, primeiramente de definir essa infração à ordem econômica para depois comprovar sua atuação face aos *trolls*, o que se deu por meio da análise do Processo Administrativo n° 08012.011508/2007-91, caso Eli Lilly.

Definiu-se o açambarcamento, em linhas gerais, como a criação de dificuldades à concorrência dos demais agentes no mercado, delimitando-se a origem e as consequências da tipificação dessa conduta.

Posteriormente, descreveu-se o caso Eli Lilly, pontuando-se os elementos referentes à conduta aqui repreendida, que é a *patent troll*. Destacou-se a formulação do pedido de patente defensiva por meio de objeto amplo, transvestido na ausência de atividade inventiva, bem como a atuação por meio do abuso do direito de petição, com consequente condenação pela conduta, dentre outras, de açambarcamento.

Isso permite concluir que há uma postura no CADE de repressão aos *trolls*. O que é bastante positivo à ordem econômica nacional. Entretanto, não basta que seja reprimida essa estratégia negocial. Pelos danos que causa ao Sistema de Patentes, afetando à P&D, e ao mercado de tecnologia, por meio do prejuízo à inovação, além da repressão deve haver um combate preventivo, por meio da cautela na análise dos quesitos de patenteamento, que se dará numa interpretação voltada para o mercado poliédrico e, em reflexo, para ordem econômica que o conforma.

Acredita-se que muito já avançou em relação à discussão da *patent troll* no cenário nacional. Todavia, há ainda um longo caminho a ser percorrido na trajetória de adequação não mais do *troll* à realidade nacional, mas sim, da ordem econômica ao *troll*, destacando-se não mais a vertente administrativa por trás dessa discussão, mas sim as suas proporções judiciais.

REFERÊNCIAS

ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (Org.). *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. *A Transferência de Tecnologia no Brasil (Aspectos Contratuais e Concorrências da Propriedade Industrial)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. Controles Sociais Extrínsecos do Exercício de Direitos de Propriedade Intelectual: Antitruste como tutela de direitos fundamentais. In: XVI ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI/FDC, 2007, Campos dos Goytacazes. Anais Eletrônicos... Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/joao_marcelo_de_lima_assafim.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2015.

BAGATOLLI, Carolina; DAGNINO, Renato Peixoto. Política de estímulo às patentes no Brasil: avançando na contramão? *Revista Economia & Tecnologia (RET)* Volume 9, Número 3, p. 73-86, Jul/Set 2013. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/ret/article/view/33253/21391>>. Acesso em: 09 ago 2015.

BARBOSA, Denis Borges. *O conceito de propriedade intelectual*. Brasília: Revista Jurídica, 2002a. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/trabalhospi.htm>>. Acesso em: 11 jul 2015.

_____. *Tipos de contratos de propriedade industrial e transferência de tecnologia*. [S.l: s.n.], 2002b. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/trabalhospi.htm>>. Acesso em: 15 jul 2015.

_____. *A Propriedade Intelectual e a teoria do market failure*. [S.l: s.n.], 2002c. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#aspectos>>. Acesso em: 14 jul 2015.

_____. *O que é uma patente?* [S.l: s.n.], 2002d. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#patentes>>. Acesso em: 14 jul 2015.

_____. *Os requisitos da patente de invenção*. [S.l: s.n.], 2002e. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#patentes>>. Acesso em 14 jul 2015.

_____. *Abuso de Direitos e Abuso do Poder Econômico*. [S.l: s.n.], 2005. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#patentes>>. Acesso em: 14 jul 2015.

_____. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Tomo I.

_____. *A concorrência desleal, e sua vertente parasitária*. [S.l: s.n.], 2011. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/concorrenca_desleal.pdf>. Acesso em: 12 jul 2015.

_____. *Da noção de atividade inventiva*. [S.l: s.n.], 2012. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/nocao_atividade_inventiva.pdf>. Acesso em: 14 jul 2015.

_____. *Da utilidade industrial como requisitos das patentes*. [S.l: s.n.], 2015. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/utilidade_industrial_jun2015.pdf>. Acesso em: 14 jul 2015.

BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual e Importação Paralela*. São Paulo: Atlas, 2011.

BESSEN, James; FORD, Jeniffer; MEURER, Michael J. *The Private and Social Costs of Patent Trolls*. Boston University School of Law, n. 11-45, 2011. Revision of November 9. Disponível em: <<http://www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/documents/Bessen-Ford-Meurer-no-11-45rev.pdf>>. Acesso em: 01 jul 2015.

BESSEN, James; MEURER, Michael J. *The Direct Costs from NPE Disputes*. Boston University School of Law Working Paper, v. 387, n. 12-34, 2014. Disponível em: <<http://www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/documents/BessenJMeurerM062512rev032615.pdf>>. Acesso em: 01 jul 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun 2015.

_____. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Site do Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 30 jun 2015.

_____. Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Site do Planalto*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em 16 jun 2015.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Site do Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 ago 2015.

_____. Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Site do Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em: 27 jun 2015.

_____. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1º nov 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em 16 jul 2015.

_____. Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em: 16 jul 2015.

_____. DECRETO-LEI Nº 869, de 18 de novembro de 1938. Define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 nov 1938. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 ago 2015.

_____. Tribunal Regional Federal (2. Região). Processo de conhecimento nº 0037510-53.2015.4.02.5101. Autor: ZTE do Brasil, Indústria, Comércio, Serviços e Participações LTDA. Réu: VRINGO Infrastructure INC e Outro. Magistrada: Marcia Maria Nunes de Barros. Rio de Janeiro, 14 de abril de 2015. Disponível em: <<http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>>. Acesso em: 16 jul 2015.

CADE, 2005. Voto do Conselheiro César Costa Alves de Mattos. Processo Administrativo 08012. 004484/2015-51. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000536991975.pdf>. Acesso em: 16 jul 2015.

CADE. 2015 Decisão SG, caso Eli Lilly. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1d1dee39f92fc350a072bf9bb5>>. Acesso em 16 jul 2015.

CARVALHO, Vinícius Marques de; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. A nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. In. *Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE - Escola da Advocacia-Geral da União* Ministro Victor Nunes Leal - Ano IV, n. 19 jul./2012.- Brasília: EAGU – mensal. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/27245097>>. Acesso em: 17 ago 2015.

CASSIOLATO, José Eduardo; LASTRES, Helena Maria Martins. Sistemas de inovação e desenvolvimento: as implicações de política. *São Paulo em Perspectiva*. v.19, n.1, p.34-45. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v19n1/v19n1a03.pdf>>. Acesso em: 10 de Fev. 2013.

CHIEN, Collen V. *Startups and Patent Troll*. Stanford Technology Law Review, Forthcoming. Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper No. 09-12. 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2146251>. Acesso em 01 jul 2015.

COOTER, Robert. Direito e desenvolvimento: inovação, informação e a pobreza das nações. In. TIMM, Luciano Benetti; PARANAGUÁ, Pedro (Org.). *Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento: o caso da transferência de tecnologia e do software*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 9-34.

CURTIS, Drew. *How I Beat a Patent Troll*. TED2012. Disponível em: <http://www.ted.com/talks/drew_curtis_how_i_beat_a_patent_troll>. Acesso em 16 jul 2015.

D'AMBROSIO, Dan. *Patent trolls demand 'infringement' fees*. In USA Today, 2013. Disponível em <<http://www.usatoday.com/story/money/business/2013/11/12/patent-trolls-demand-infringement-fees/3511307/>>. Acesso em 01 jul 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol 4. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 1993.

DUAN, Charles. *Patent trolls are the economy-suffocating exception to the 'no free lunch' rule*. In: Forbes. 15 nov 2013. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/realspin/2013/11/15/patent-trolls-are-the-economy-suffocating-exception-to-the-no-free-lunch-rule/>>. Acesso em 03 ago 2015.

ELETRONICFRONTIER FOUNDATION. *Patent trolls*. Disponível em:
<<https://www.eff.org/issues/resources-patent-troll-victims>>. Acesso em 30 jun 2015.

FERES, Marcos Vinício Chein; CUNHA FILHO, Marcelo de Castro. *Medicamentos Quirais: direito à patente ou pseudo-inovação?*. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI/FMU, 2009, São Paulo. Anais Eletrônicos... Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2049.pdf>. Acesso em 14 jul 2015.

FERES, Marcos Vinício Chein; MÜLLER, Juliana Martins de Sá. Contratos de Cooperação Tecnológica: uma análise íntegra com vistas às determinações legais do estado de Minas Gerais. In: CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do (Org.). *Direito Econômico em Debate*. São Paulo: LTr, 2015. p. 242-264.

FERES, Marcos Vinício Chein; MÜLLER, Juliana Martins de Sá; OLIVEIRA, Ludmila Esteves. Contratos de Cooperação Tecnológica e Inovação: uma análise a partir do Direito como integridade e identidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal ano 50, n 198, p. 265-279, abril/jun. 2013.

FILHO, Calixto Salomão. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. In: *Revista CEJ*, Brasília, n 35, p. 12-19, out./dez., 2006. Disponível em:
<<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/732/912>>. Acesso em 09 ago 2015.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GANBAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUSTIN, Miracy B. S; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

INPI. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/sobre/estrutura>>. Acesso em 16 jul 2015.

INVESTOPEDIA. *Patent Troll*. Disponível em:
<<http://www.investopedia.com/terms/p/patent-troll.asp>>. Acesso em 30 jun 2015.

KOSTYLO, J. (2008). Commentary on the Venetian Statute on Industrial Brevets (1474). In: *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer.

Grande Enciclopédia Larousse Cultural. Nova Cultural Ltda 1998.

MADUREIRA, Amanda Silva. *A Biotecnologia e o sistema internacional de patentes: a proteção do direito à saúde e as doenças negligenciadas*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2011.

MANUAL DE OSLO. Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3ª edição. OECD. Disponível em <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0026/26032.pdf>. Acesso em 12 jul 2015.

MELO, João Osório. Contencioso de patentes é uma área em constante crescimento. *Consultor Jurídico*, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-16/contencioso-patentes-area-constante-crescimento>>. Acesso em 30 jun. 2015.

MENEGATTI, André Luiz. *Pools de Patentes: entre uma possível solução à tragédia dos anticomuns e ameaças à concorrência*. In: *Revista de Defesa da Concorrência*, n 1, 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/45>>. Acesso em: 12 jul.2015.

MIGALHAS. *Survey: patent litigation survey 2010: an unexpected turn*. Disponível em: <http://www.migalhas.com/mostra_noticia.aspx?cod=119921>. Acesso em 01 jul. 2015.

MORAES, Maria Antonieta Lynch. Propriedade Industrial: espécie de propriedade imaterial. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal ano 38, n 153, p. 193-200, jan./mar. 2002.

MÜLLER, Juliana Martins de Sá; TRESSE, Vitor Schetitino. O desenho industrial como instrumento de controle do mercado: o caso das garrafas AMBEV. In: ASSAFIM, João Marcelo de Lima; MORO, Maitê Cecília Fabbri (Org.). *Propriedade Intelectual*. XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE. 2 ed. Florianópolis, 2013. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f3a3cc4e1b8b4b04>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

MÜLLER, Juliana Martins de Sá; PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa. Inovação Tecnológica e Cooperação entre Universidades e Empresas: a Indústria do Petróleo em Perspectiva. In: BARROS, Carla Eugenia Caldas; ASSAFIM, João Marcelo de Lima; PIMENTEL, Luiz Otavio (Org.). *Propriedade Intelectual: XXIII Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=120abfb5a563189d>>. Acesso em 27 jun 2015.

MÜLLER, Juliana Martins de Sá; SOUZA, Murilo Oliveira. Direito do Trabalho e Economia: por uma harmonização do direito. In: GARCIA (Org.). *Direito do Trabalho nos 25 anos da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 285-308.

MÜLLER, Juliana Martins de Sá; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. O Desenvolvimento dos Contratos de Transferência de Tecnologia no Brasil e Seus Impactos na Inovação Nacional. In: DIAS, José Carlos Vaz; MÜLLER, Juliana Martins de Sá; PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa (Org.). *A propriedade intelectual e os dez anos da lei de inovação: conflitos e perspectivas*. Rio de Janeiro: Gramma, 2015, p. 53-70.

RAMELLO, Giovanni B. Intellectual Property and the Markets of Ideas. *Liuc Papers* n. 161, Serie Economia e Impresa, 39, suppl. a dicembre 2004.

SANT'ANNA, Leonardo da Silva; PEREIRA, Angélica Teresa, O princípio da função social da propriedade e sua aplicação no âmbito da propriedade industrial. In: *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, n. 6, p. 181-203.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Inovações e defesa da concorrência: em busca de uma política que minimize os custos de decisões equivocadas. In: TIMM, Luciano Benetti; PARANAGUÁ, Pedro (Org.). *Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento: o caso da transferência de tecnologia e do software*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 35-60.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito econômico*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A Nova Propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 306, p. 74-78, abril./ jun. 1989.

TRESSE, Vitor Schettino; MÜLLER, Juliana Martins de Sá. Patentes “troll” no contexto brasileiro: como alinhar experiências internacionais aos padrões do ordenamento jurídico nacional? In: ASSAFIM, João Marcelo de Lima; BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otavio (Org.). *Propriedade Intelectual, Transferência de Tecnologia e Inovação: XXIII Encontro Nacional do Conpedi*. Florianópolis, 2014. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e863034497096245>>. Acesso em 17 jun 2015.

VAZ E DIAS, José Carlos. Enquadramento e Tratamento da Prática de Preço Predatório no Brasil: Consulta de Revenda de Produtos de Informática. *PIDCC*, Aracaju, Ano III, Edição nº 07/2014, p.249 a 278 Out/2014. Disponível em: <<http://www.pidcc.com.br/artigos/072014/11082014.pdf>>. Acesso em 09 ago 2015.