

## Estudo

### Direito de patente e mercados secundários - Impressoras e cartuchos de tinta

Karin Grau-Kuntz\*

---

#### I – O direito de patente

##### 1- Introdução

A expressão direito de patente reporta à noção de invenção. Invenção é uma manifestação intelectual e, como tal, caracterizada como conjunto de informações<sup>1</sup> estruturadas de forma criativa e voltadas à resolução de um problema que, tendo em conta peculiaridades determinadas, é adjetivado como técnico. A criatividade exigida na forma de estruturação das informações surge na definição proposta vinculada à noção do novo. Em contraposição à ideia de descoberta, que implica no ato de “tirar a coberta” (“des”cobrir) de algo já existente, mas até então oculto aos nossos olhos – aqui estamos diante de um simples ato de conhecimento – a noção de invenção indica o estruturar informações já existentes de forma nova e útil<sup>2</sup> para, assim, como já mencionado, lograr dar solução a um problema de natureza técnica.

Em sua qualidade de informação a invenção não é passível de ser apropriada por ninguém, posto ser ubíqua<sup>3</sup>.

Em seu estado natural a invenção é caracterizada pela ausência de rivalidade de consumo, o que equivale a dizer que, uma vez exteriorizadas, as informações que lhe dão estrutura atingirão várias pessoas ao mesmo tempo e essas pessoas poderão valer-se delas concomitantemente. A invenção, como manifestação intelectual que é, não está sujeita à lei da escassez e, conseqüentemente, não têm em seu estado natural um preço, ou seja, um valor econômico.

---

\* Dr. Jur. LL.M., IBPI – Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual

<sup>1</sup> A informação, por sua vez, é composta por dados.

<sup>2</sup> “Enquanto uma ‘descoberta’ for simplesmente uma aquisição de conhecimento sem representar uma proposta de uma solução técnica para um problema técnico, não haverá a incidência do sistema de patentes. Esse seria o caso de uma descoberta ‘como tal’. Mas, se apesar de ser denominada ‘descoberta’, a figura resultar em solução para um problema prático e técnico, tal ‘descoberta’, não obstante o apodo que lhe foi dado, vem para o âmbito do sistema patentário e se torna sujeita aos filtros de novidade, etc.” (BARBOSA, Denis Borges. *As hipóteses de incidência patentária do art. 10 do CPI/96*, in Revista Eletrônica do IBPI, Nr. 4, pág 149, à disposição na plataforma do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – IBPI ([www.lbpibrasil.org](http://www.lbpibrasil.org)) ou, ainda no endereço <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/8a6e575f40fc6c7dffff80aeffffefef.pdf>).

<sup>3</sup> Vide quanto a ubiquidade OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *A pretensa “propriedade” intelectual*, in Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Nova Série, ano 10, n.º 20, Jul/Dez 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 243-261.

Aquilo que denominamos direito de patente traduz uma intervenção do legislador no estado natural das informações que dão corpo à invenção. Ao garantir uma prerrogativa exclusiva de exploração da invenção no mercado<sup>4</sup>, exploração cuja extensão determinarei no decorrer deste estudo, ele faz possível agregar a ela um valor econômico. Esta intervenção do legislador, por sua vez, é maculada por um custo social considerável, posto que faz escasso o que é naturalmente livre. A legitimação da intervenção está na pressuposição de que o custo social será posteriormente compensado com um avanço econômico e tecnológico, o que traduzirá ganho social<sup>5</sup>.

O direito de patente – ou ainda o que chamamos de propriedade intelectual em geral – está a ganhar cada vez mais importância na sociedade moderna, que tem a informação no centro do eixo de sua organização econômica<sup>6</sup>. Isto em vista, na mesma medida em que os contornos do chamado direito de patente urgem ser bem compreendidos – direito de patente (e propriedade intelectual em geral) é o meio jurídico de determinação econômica da informação – nota-se uma preocupante e generalizada dificuldade em situar o instituto em adequação ao seu papel estratégico na chamada “sociedade de informação”. Esta dificuldade precisa ser enfrentada e, para cumprir com este fim, ao perseguir o objetivo de determinar o que é direito de patente e se manifestar quanto à sua natureza<sup>7</sup> e finalidade, percorro o caminho das negativas, isto é, indicando aquilo que a figura jurídica em questão não é para, em seguida, concentrando-me no que restou da eliminação pelas negativas, determinar aquilo que ela é.

---

<sup>4</sup> Quando aqui me refiro a mercado tenho em mente a definição proposta por Max Weber, no sentido do espaço onde há pluralidade de interessados que competem por oportunidades de troca. WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, obra em domínio público e de livre acesso no endereço <http://www.zeno.org/Soziologie/M/Weber,+Max/Grundri%C3%9F+der+Soziologie/Wirtschaft+und+Gesellschaft>, Capítulo VI, Die Marktvergesellschaftung: “Von einem Markt soll gesprochen werden, sobald auch nur auf einer Seite eine Mehrheit von Tauschreflektanten um Tauschchancen konkurrieren.”

<sup>5</sup> Neste sentido a letra do Art. 5 XXIX da Constituição brasileira, onde vem disposto a lei assegurar aos autores de inventos industriais o privilégio temporário para sua utilização, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. No que diz respeito ao trecho do inciso em tela “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”, discute a doutrina brasileira o sentido da expressão “tendo em vista”, ora emprestando a ela uma conotação de condição, ou seja, a proteção garantida aos inventos estaria condicionada ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País, ora tomando esta expressão em sentido de descrição finalista, vendo nela uma manifestação dos motivos que justificariam a garantia do direito exclusivo sobre as invenções. Como demonstrarei a seguir, quando se tem claro o que é o direito de patente, a discussão desponta desprovida de qualquer relevância.

<sup>6</sup> Vide aqui GRAU-KUNTZ, Karin. *A interface da propriedade intelectual com o direito antitruste*, publicado na plataforma do IBPI – Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual ([www.ibpibrasil.org](http://www.ibpibrasil.org)), especificamente no endereço <http://www.ibpibrasil.org/40693/64901.html>.

<sup>7</sup> A expressão “natureza do direito” reporta, sob uma perspectiva jurídica, àquilo que o direito é; em outras palavras, determinar a natureza de um direito é determinar o conteúdo deste aplicando um instrumental jurídico de análise.

## 2- Direito de patente não é instrumento de garantia de retorno de investimentos

De plano, direito de patente não é instrumento de garantia – ou de retorno – dos investimentos procedidos pelo agente econômico que desenvolve e introduz a invenção no mercado<sup>8</sup>. O que afirmo resta evidente quando temos em mente que o agente econômico só pode recuperar os investimentos procedidos oferecendo sua invenção aos consumidores, o que leva a constatar que o retorno financeiro dependerá da aceitação ou não da invenção por aqueles.

Em outras palavras, se os consumidores receberem bem a invenção, eles pagarão por ela e o agente econômico recuperará seus investimentos. Se, ao contrário, os consumidores não receberem bem a invenção, então não pagarão por ela e o agente econômico não recuperará investimento algum.

Se o direito de patente fosse um instrumento de garantia de retorno de investimento, seríamos forçados a uma inferência absurda, no sentido de que os consumidores estariam obrigados a receberem bem a invenção, pagando por ela. Aqui é adequado recordar que as liberdades protegidas no mercado não estão limitadas àquelas centradas na pessoa do agente econômico, mas abarcam também as liberdades dos consumidores: ao lado da liberdade de concorrência e de iniciativa, devemos sempre considerar a liberdade de escolhas dos consumidores.

## 3- O direito de patente não é instrumento de proteção contra risco econômico

O direito de patente também não é instrumento de proteção contra risco econômico. O risco está em oposição à certeza. No mercado não há certeza alguma. A certeza de lucro de um agente econômico significará necessariamente que o mecanismo da concorrência não está funcionando.

Risco é a contrapartida de possibilidade de se alcançar lucros altos no mercado. Ele é o preço que se paga pela liberdade de concorrência e iniciativa. Quem decide por correr risco no mercado não está, assim, a prestar um favor à coletividade, mas antes, considerando perspectivas de enriquecimento individual, simplesmente se curvando às regras de um jogo econômico<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> A mero título ilustrativo, posto ser a afirmação comum, de forma que eu poderia ter escolhido outro autor como referência nesta nota, vide BRANCHER, Paulo. *Direito da concorrência e propriedade intelectual. Da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Singular, 2010, pág.19: “Mais ou menos regulada, de forma mais ou menos justa (se é que se pode mensurar), é a propriedade intelectual que permite a garantia (retorno) dos investimentos incorridos pelo inovador, premiando-o pelo seu esforço empreendedor e assim excluindo terceiros que queiram se beneficiar de todo o investimento realizado para o alcance da inovação.” (Grifo nosso). Eu insisto: quem dá o retorno dos investimentos incorridos pelo inovador – se é que o retorno será proporcionado – é o mercado, e não o legislador.

<sup>9</sup> Para a compreensão desta estrutura e sua dinâmica de legitimação é de grande utilidade o trabalho de PRIDDAT, Birger P. *Theoriegeschichte der Wirtschaft*. München: Wilhelm Fink Verlag (2002).

**4- A noção de mercado não pressupõe apenas liberdade (*livre competição por oportunidade de troca*), mas também esforço individual (*livre competição por oportunidade de troca*)**

A ideia de generosidade do agente econômico em relação ao social é fábula: o agente econômico não vai ao mercado movido por razões altruístas, mas por desejo de lucro<sup>10</sup>.

O mercado é campo de dura batalha. O risco, bem como o investimento ou a inovação, são pressupostos de participação nessa luta competitiva. Quem não está disposto a correr risco, quem não está disposto a inovar ou investir, está muito mal aconselhado em ir ao mercado tentar sua sorte<sup>11</sup>. A compensação pelo desgaste na luta está, como acima afirmei, na perspectiva de enriquecimento individual que, por sua vez, implica na legitimação da falta de homogeneidade na distribuição de riqueza.

É um grande – senão até mesmo imperdoável – equívoco crer que a ideia de mercado esteja pautada apenas em liberdades individuais. Concorrência pressupõe, na mesma medida que tem liberdades em conta, que o agente econômico se esforce na competição por possibilidades de trocas, o que culminará na preferência pelo consumidor. Aqueles que aplicam uma dose *maior* de forças, ou ainda que as aplicam de forma *mais* eficiente, sairão vencedores. A tônica da concorrência não se limita assim ao “poder agir livremente”, mas ainda está contida no adjetivo *maior* e no advérbio *mais*.

Urgir por *proteção* contra risco, por *prêmio* em relação a risco assumido ou por garantia de investimento em inovação, é o mesmo que negar o sistema, porque aqui se está a transformar os pressupostos de participação no jogo econômico, condições que modelam o atingir de um fim específico, qual seja o de vencer os concorrentes no mercado, em objeto de proteção.

Em suma, e em alusão a um termo empregado nos jogos infantis, o direito de patente – e a propriedade intelectual em geral – como demonstrarei a seguir com mais vagar, não tem o condão de fazer do titular inventor um jogador “café-com-leite”<sup>12</sup>, que pode aproveitar as vantagens de participar

---

<sup>10</sup> Vale sempre a pena citar aquilo que já Adam SMITH dizia: “*Não é da benevolência do açougueiro, do merceiro ou do padeiro que esperamos aquilo que precisamos para nos alimentar, mas sim do cuidado que dispensam aos seus interesses. Não apelamos ao seu amor à humanidade, mas sim ao seu egoísmo; e nós não mencionamos as nossas necessidades, mas falamos sempre das suas vantagens.*” (Fonte da referência em alemão: „*Nicht vom Wohlwollen des Metzgers, Brauers und Bäckers erwarten wir das, was wir zum Essen brauchen, sondern davon, daß sie ihre eigenen Interessen wahrnehmen. Wir wenden uns nicht an ihre Menschen- sondern an ihre Eigenliebe, und wir erwähnen nicht die eigenen Bedürfnisse, sondern sprechen von ihrem Vorteil.*“ SMITH, Adam. *Der Wohlstand der Nationen*. 9ª ed. München: DTV, 2009, pág. 17).

<sup>11</sup> Sim, sorte, porque, como já disse, no mercado não há certeza alguma, mas antes apenas possibilidades.

<sup>12</sup> No jogo de “queimada”, por exemplo, o jogador café-com-leite não precisa deixar o campo se a bola o acerta. Na verdade esta situação excepcional faz com que o jogador tenha a certeza de usufruir do prazer de participar do jogo, sem precisar se curvar às suas regras.

do jogo econômico desenvolvido nos mercados, que acena com a possibilidade de enriquecimento individual, sem que precise suportar as desvantagens do processo de seleção.

### **5- O direito de patente não se deixa definir como exceção ampla à liberdade de concorrência de terceiros<sup>13</sup>**

O direito de patente proporciona uma vantagem concorrencial determinada ao seu titular, isto é, proteção contra a *concorrência de imitação*. Enquanto limita no âmbito da imitação a liberdade de concorrência de terceiros o direito de patente força, concomitantemente, que estes terceiros devam percorrer os caminhos de superação inovadora para concorrerem com o titular da patente. Aqui o desejado fomento do bem-estar social<sup>14</sup>.

Se o direito de patente traduzisse uma exceção ampla à liberdade de concorrência, então implicaria necessariamente no bloqueio dos caminhos da concorrência de superação inovadora o que, por sua vez, resultaria em não mais poder afirmar que o instituto fomenta o desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

---

<sup>13</sup> O discurso da propriedade intelectual esteve e em certa medida ainda está fortemente impregnado pela ideia de que representaria uma limitação ampla à concorrência. Modernamente, com o crescente questionamento de sua estrutura ideológica, questionamento inevitável frente às transformações na forma de organização político-econômico da sociedade moderna (transição da sociedade industrial para a sociedade de informação – vide infra no corpo do texto), nota-se a tendência de sua revisão, que vem sendo especialmente impulsionada pela discussão sobre a intersecção da propriedade intelectual com o direito da concorrência (no Brasil, direito antitruste). Neste sentido, na contramão à ideia de que o direito de propriedade intelectual estaria em uma relação de oposição ao direito da concorrência, o que pressupõem uma compreensão global do papel excepcional da propriedade intelectual em relação a esta última, a proteção passa a ser entendida em atenção ao âmbito determinado da exceção, no sentido de que o direito de patente comporta um título de proteção temporário contra a concorrência de imitação para que, assim, fomente a concorrência de superação inovadora. Eu não posso reportar essa escolha de definição – vantagem exclusiva contra a concorrência de imitação vinculada ao fomento da concorrência de superação inovadora, que o colega Raul Murad denomina de “virada hermenêutica”, especificamente a nenhum autor (ou autores), mas destaco que não estou tirando-a do nada, mas antes expressando com minhas palavras o que está latente ou ainda expresso em outros termos em trabalhos de outros autores. No que toca à ideia de *concorrência de superação inovadora*, é impossível não reconhecer aqui traços do pensamento de SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism & Democracy*, London/New York: Taylor & Francis, 2003. Já o recurso de se atentar ao âmbito específico da exceção concorrencial (imitação) encontro presente como pressuposto analítico, por exemplo, nos trabalhos de Josef DREXL, como no seguinte artigo: DREXL, Josef. Is there a ‘more economic approach’ to intellectual property and competition law?, in *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*. Org. (o mesmo), Edward Elgar: (2008), págs. 27-53. Ao leitor que se interesse pela leitura do trabalho citado peço que atente à forma como o autor argumenta em relação à propriedade intelectual e, especialmente, à forma como emprega os termos *concorrência de substituição*.

<sup>14</sup> No bem-estar social a legitimação do processo de crescimento baseado no consumo que, por sua vez, tem seu respaldo na máxima de que desejar é moralmente adequado. Vide aqui o excelente trabalho de PRIDDAT, ob. cit., especificamente o último capítulo.

## **6- O que é direito de patente: uma primeira tentativa**

Determinado aquilo que o direito de patente não é e assim afastados os mencionados equívocos em relação a ele, cabe agora determinar pelo caminho das afirmativas o que ele é.

O direito de patente garante ao titular inventor um título que expressa uma vantagem exclusiva e limitada temporalmente contra a concorrência de imitação, de forma que os concorrentes deste titular, para que com ele possam competir, devam seguir pelos caminhos da concorrência de superação inovadora, ao invés de simplesmente imitá-lo.

A definição pressupõe a garantia de uma prerrogativa exclusiva vinculada a um fim concorrencial o que, por sua vez, pressupõe necessariamente um espaço onde haja, frente a uma pluralidade de interessados, competição por possibilidades de troca (mercado). Fora deste escopo – espaço onde uma pluralidade de interessados compete por possibilidades de trocas (mercado) – não poderá haver garantia alguma.

O que acabo de afirmar exige enfrentar a questão da natureza jurídica da vantagem exclusiva, o que faço a seguir.

## **7- O direito de patente não contém uma vantagem imediata para o titular e mediata para a sociedade, porque não é direito individual**

Para enfrentar a questão da natureza jurídica da vantagem contida no direito de patente é necessário tecer algumas considerações sobre a ideia de “propriedade” sobre bens intelectuais.

A noção geral de propriedade, bem sabemos, está vinculada a uma relação ampla<sup>15</sup> de poder de alguém sobre uma coisa o que, a seu turno, pressupõe a possibilidade de sujeição fática desta última pelo sujeito do direito<sup>16</sup>. Além disso, o direito de propriedade em geral vem caracterizado no ordenamento jurídico brasileiro como um direito individual e fundamental.

Isto posto, cabe verificar se é possível adequar propriedade sobre bens intelectuais a estas duas características centrais abarcadas pelo conceito de propriedade em geral e pelo conceito de direito de propriedade, quais sejam,

a) domínio,

b) a qualidade de direito individual e fundamental.

---

<sup>15</sup> Ampla, mas não absoluta.

<sup>16</sup> Aqui o sentido da palavra domínio.

Que o titular da patente não poderá exercer, no que toca à sua invenção, o mesmo tipo de poder amplo (domínio)<sup>17</sup> que o titular de um direito de propriedade exerce sobre uma coisa é óbvio e dispensa grandes explicações. A invenção, como acima já expus, não é “coisa”, mas antes um conjunto de informações estruturadas de uma maneira determinada. Mas apesar disto falamos (e também fala o legislador ordinário brasileiro) em propriedade intelectual. Por que?

O recurso de aproximação da noção de propriedade em geral ao conteúdo da proteção que se quer garantir ao inventor em relação à sua invenção tem sua utilidade porque sugere que esta última, ou melhor, que as informações nela contida, “pertenceriam” àquele<sup>18</sup>, cabendo a ele, inclusive, determinar o destino delas, o que, é sempre bom insistir, é impossível não só fática, mas também legalmente, como a exigência de exploração econômica da invenção deixa deduzir.

Considerando que expressões lançadas a um contexto comunicativo sempre pressupõem o reporte a uma pré-compreensão determinada, é simples assimilar a força persuasiva, senão até mesmo o poder ideológico, do argumento que vincula um direito de propriedade do inventor à sua invenção<sup>19</sup>. A pré-compreensão atrelada ao vocábulo propriedade fomenta então conclusões irrefletidas, no sentido de que a informação poderia ser equiparada a uma coisa. Mas essa equiparação não é possível.

Ao contrário das coisas, que podem ser faticamente apropriadas, a informação, uma vez exteriorizada, e pressuposta sua compreensão pelo destinatário da comunicação, não pode ser controlada<sup>20</sup>. Exatamente por essa razão a exclusividade garantida pelo direito de patente não atinge os

---

<sup>17</sup> Vide DRAHOS, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*. Aldershot, Burlington USA, Singapore, Sidney: Dartmouth: 1996, a respeito da propriedade intelectual e do “proprietaryism”.

<sup>18</sup> Isso vem bem expresso na ideia “se fui eu quem inventou, então a invenção é minha”.

<sup>19</sup> Em outra oportunidade (GRAU-KUNTZ, Karin. *Jusnaturalismo e propriedade intelectual*, in Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, ABPI, Nr. 100, págs 7-13) analisando a teoria do trabalho desenvolvida por John LOCKE, conclui: “Locke viveu em um momento histórico marcado por características que o impeliram a criar uma teoria que justificasse a limitação do poder estatal (no caso, poder absoluto do rei). A propriedade, para ele, era um meio para sustentar ideias liberais frente ao poder estatal absoluto. Em outras palavras, Locke, como muitos outros pensadores de sua época, instrumentalizou a noção de propriedade para legitimar uma dicotomia entre privado e público, dicotomia esta que é inerente ao pensamento liberal. A noção de propriedade como um meio de afirmação da tão almejada individualidade e liberdade dos indivíduos foi pressuposta no pensamento de Locke antes da criação do Estado, para que, desse modo, pudesse vir a servir como argumento para a teoria de que o Estado teria sido criado para proteger e respeitar essa individualidade e liberdade de cada indivíduo. Enfim, porque reconhecia a propriedade como um direito natural, Locke pôde argumentar que o Estado só poderia ter sido formado com o fim de proteger a liberdade dos indivíduos, liberdade que o conceito de propriedade privada pressupõe. Para bem compreender a teoria de Locke é imprescindível, então, não apenas ter em mente a instrumentalidade política da teoria jusnaturalista do direito de propriedade, mas especialmente compreender que, enquanto o trabalho legitima o direito de propriedade, a proibição de desperdício traduz um limitador desse direito.”

<sup>20</sup> Eu já discorri em diferentes oportunidades sobre a impossibilidade de controle da informação expressada e compreendida pelo receptor. Vide, por exemplo, GRAU-KUNTZ, Karin. *Direito de Autor – Um Ensaio Histórico*, Revista da EMARF, nº 13 (a obra intelectual protegida pelo direito de autor e tão informação quanto a

atos de exploração da invenção por terceiros para fins privados. E ainda – é bom frisar – esta conclusão não traduz um ato liberal do legislador, como supõem aqueles que partem do princípio equivocado de que a regra é o privado enquanto o público seria exceção. Pelo menos no que toca à informação, a primazia da regra do privado não poderá ser aplicada, não só em razão de sua natureza, mas também em conta de limitações legais, posto que o controle de exploração privada invadiria necessariamente a seara íntima de terceiros, um âmbito também protegido por lei.

Quando o legislador garante ao titular da patente um direito de propriedade em relação à sua invenção não pode estar, assim, garantindo o mesmo que garante quando se refere ao direito de propriedade em geral. No âmbito das informações o domínio não é possível.

O direito de patente, resta evidente, é tão propriedade quanto são as minhas mãos unidas em forma de concha um copo de cristal da Bohemia. Nada impede que denominemos as coisas dessa ou daquela maneira<sup>21</sup>, mas o nome que damos a elas não tem o poder de fazer delas o que elas não são.

No que toca ao segundo elemento mencionando, e em um primeiro passo centrado-me no qualitativo *individual*, retomo a definição provisória proposta no item anterior, que deixa antever que a razão da garantia da exclusividade contida no direito de patente não repousa em uma preocupação centrada no inventor como indivíduo (pessoa), como ocorre com a garantia do direito de propriedade em geral<sup>22</sup>, mas antes em uma preocupação de *natureza concorrencial*, impregnada e estimulada por reflexões político-econômicas. O legislador não garante o direito de patente como, em primeira linha, um instrumento de determinação patrimonial do inventor, mas como um mecanismo de modelação dos mercados, quando pela proibição da concorrência de imitação força a concorrência de superação

---

invenção). Vide ainda GRAU-KUNTZ, Karin. *Domínio público e direito de autor*, no prelo da Revista Eletrônica do IBPI Nr. 6.

<sup>21</sup> Por certo nada impede que denominemos as coisas assim ou assado, mas se o compromisso é com a boa compreensão do que se quer denominar o melhor seria optar por termos cuja pré-compreensão corresponde àquilo que se quer dizer ou, pela negativa, evitar terminologia que invoque pré-compreensão que não corresponda àquilo que se quer dizer. Isso exigirá muitas vezes um corte radical com o emprego de determinadas expressões. No que toca à questão da *propriedade* intelectual, a doutrina brasileira oferece inúmeros exemplos de autores que, apesar de plenamente conscientes de não se tratar de propriedade, mas antes de um direito concorrencial, não abrem mão da terminologia e, por esta razão, não são claros no transportar suas mensagens. Assim, por exemplo, fala-se em propriedade *sui generis*, o que corresponde a dizer nada, isto é, a dizer que se trata de um gênero de propriedade que concomitantemente não é propriedade. Ou ainda se fala em propriedade concorrencial, o que necessariamente já pressupõe que a palavra propriedade não está reportando ao conteúdo vinculado à propriedade em geral, como já demonstrei em parte até este ponto do item em tela e como continuarei a demonstrar a seguir. E porque há resistência em se abrir mão do termo propriedade, mesmo quando se sabe que não se está a falar de uma propriedade, é comum ver os doutrinadores brasileiros cometerem deslizes deste tipo: aqui se diz não se tratar de propriedade, mas adiante argumenta-se com a *função social da propriedade*, com a reintegração de posse, com *domínio* público (de informações!) etc.

<sup>22</sup> É prudente não se deixar levar pela retórica do mito do inventor e da sua contrapartida maligna na figura do copista. Nem tudo que é relacionado ao inventor traduz uma bênção econômica, da mesma forma que nem toda a cópia gera necessariamente a erosão do sistema. A complexidade que envolve a os direitos intelectuais só pode ser enfrentada com recurso a discursos moderados ou, melhor dizendo, equilibrados.

inovadora. Isto vem bem plasmado, por exemplo, no fato da garantia do direito de patente estar condicionada à exploração econômica da invenção, enquanto o direito de propriedade em geral, por que um direito de natureza individual, é garantido sem sombra de considerações desse tipo.

Nesse contexto a possibilidade de determinação patrimonial do inventor não desponta como uma vantagem imediata da proteção, mas sim como vantagem mediata, isto é, como um elo de um mecanismo ou ainda de um sistema concorrencial<sup>23</sup>. Insistindo, ao contrário de um direito de natureza individual, o direito do inventor, cuja invenção satisfaz os requisitos legais de ser “premiado” com uma vantagem contra a concorrência de imitação, não se justifica ou se esgota no próprio ato que faz jus à premiação, mas antes nos efeitos concorrenciais desejados que gera.

Enquanto a expressão *direito de propriedade* (em geral) tem seu sentido completo na relação entre titular do direito e direito, a compreensão da expressão *direito de patente* exige mais do que a expressão dessa relação entre titular do direito e direito, pedindo ainda a menção da instrumentalidade concorrencial dessa relação. Insistindo, quando falamos em direito de patente não basta dizer ser ele o direito que contém uma prerrogativa do inventor cuja invenção satisfaz os requisitos legais de ser premiado com uma vantagem contra a concorrência de imitação, mas ainda temos de completar a definição dizendo “para que (ou porque) com isso fomenta (fomenta) a concorrência de superação inovadora”.

Essa peculiaridade conceitual desponta ainda mais evidente quando levamos em conta o qualificativo *fundamental*<sup>24</sup>. Concentremo-nos nas técnicas discursivas adotadas no Art.º 5 da Constituição brasileira e notamos que a propriedade em geral é simplesmente garantida no texto daquela carta, enquanto o privilégio temporário de invenção – assim está determinado no texto legal – não só deverá ganhar corpo pela intervenção do legislador ordinário, mas ainda teve o legislador o cuidado de adicionar o trecho “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”, dando expressão aqui a uma preocupação com a legitimação da garantia<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> O direito de patente só traduziria uma vantagem imediata ao titular e mediata para a sociedade se fosse direito individual, o que ele não é. Somente nesse sentido a discussão a respeito do Art. 5 XXIX da Constituição brasileira (vide nota de rodapé 5) faria sentido. Entenda-se o direito de patente como direito de natureza concorrencial e a questão perde automaticamente sua relevância.

<sup>24</sup> Sobre o qualitativo fundamental vide DRAHOS, Peter. ob. cit. págs 199 ss.

<sup>25</sup> Nesse sentido FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Propriedade industrial e defesa da concorrência*, in Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI), Nr. 8, 1993, pág. 10 ss, onde ensina que o inciso XXIX do Art.º 5 da Constituição tem sentido de comando constitucional ao legislador ordinário, e não de *reconhecimento* de um direito fundamental ao inventor. Eu compartilho desse entendimento com ressalva ao emprego da palavra *reconhecimento*. Reconhecer implica em redescobrir o que já se conhecia. O conceito de propriedade não pressupõe apenas o poder direto de alguém sobre algo, mas também um poder latente do proprietário sobre o objeto, que se expressa no respeito dessa relação por terceiros, mesmo quando o objeto não esteja em poder direto do proprietário (o meu carro é meu carro mesmo quando deixo-o estacionado por uma semana no estacionamento do aeroporto e viajo para bem distante). Propriedade (estou aqui a me referir ao direito de propriedade em geral) pressupõe, assim, um ordenamento prévio de regras que, por sua vez, implica em um contexto de socialização. Um comando constitucional só pode *reconhecer* o que existe antes dele ou, pela

O direito de propriedade em geral desponta aqui como *fundamental*, isto é, não só como fundamento da ordem jurídica, mas também como um conceito cuja compreensão e legitimação é pressuposta por todos. Já no que toca ao direito de patente nada é pressuposto.

Acima mencionei uma série de equívocos em relação ao direito de patente e procurei rebater cada um deles por meio de argumentação lógica específica. Agora, depois de procedidas as considerações que levaram-me por concluir pela impossibilidade do direito de patente ser de natureza individual – sua natureza é concorrencial, posto ele não se deixar esgotar na vantagem concorrencial garantida ao inventor, mas por sua definição ainda depender de complementação finalística – posso destacar que os tais argumentos equivocados assim o são porque aqueles que os defendem partem da perspectiva que tomo aqui como incorreta, isto é, como se o direito de patente, de fato, pudesse ser equiparado ao direito de propriedade em geral (direito individual)<sup>26</sup>.

#### **8- O que é direito de patente: uma segunda tentativa**

Sendo o direito de patente um direito de natureza concorrencial, então os limites – intrínsecos, como demonstrarei a seguir – do exercício da exclusividade temporária contra a concorrência de imitação serão necessariamente fornecidos em atenção às regras que dão corpo ao “jogo” econômico pautado na concorrência.

Dizendo de outra maneira, porque o direito de patente não se esgota em si mesmo, porque traduz uma vantagem só dotada de sentido quando inserida no contexto de um processo concorrencial, os limites do seu exercício não são nem estáticos e nem podem ser pré-determinados, mas antes estão sempre a depender dos *efeitos* do exercício da exclusividade no mercado.

Neste ponto é necessário proceder a um breve aparte: a experiência que venho acumulando com o trabalho institucional demonstra que aqueles que vêem o direito de patente – e o direito de propriedade intelectual em geral – como um direito individual têm uma dificuldade sem medida em compreender o raciocínio que apresento<sup>27</sup>. São várias as razões que dificultam a compreensão.

---

negativa, o que persistiria existindo mesmo que não houvesse ordem social e, conseqüentemente, o conjunto de regras institucionalizado.

<sup>26</sup> Quando eu falo em perspectiva “incorreta” não estou a criticar ninguém. Na verdade, apenas excepcionando a geração que está se confrontando atualmente pela primeira vez com a propriedade intelectual, todos nós de alguma forma já entendemos o direito sobre bens intelectuais como propriedade, nos referimos, no que toca ao direito de patente, a proteção de investimento ou ainda vinculamos a proteção a noção de direito individual etc. O direito, eu não canso de repetir, é manifestação cultural e vai se transformando, se desenvolvendo, acompanhando o desenvolvimento da estrutura social. Nesse sentido nada mais natural do que a revisão de posições teóricas.

<sup>27</sup> Compreender, e não concordar: concordar ou não concordar naturalmente pressupõe que o raciocínio tenha sido compreendido. O que noto não é concordância ou discordância, mas vejo a dificuldade antes disso, na própria capacidade de compreensão do raciocínio.

Por um lado temos a ilusão de um determinado tipo de poder que a pré-compreensão do vocábulo “propriedade” invoca.

Por outro lado a informação foi trazida ao centro da estrutura de organização econômico-social moderna em tempo revolucionário<sup>28</sup>, o que muito exige de uma evolução doutrinária que geralmente não ocorre no passo revolucionário. Enquanto a sociedade estava organizada em torno da propriedade privada (sociedade industrial), os efeitos de direitos exclusivos sobre informações não geravam as consequências econômicas que hoje, na sociedade de informação, geram. Naquele momento anterior a preocupação teórica estava centrada na construção de um arcabouço argumentativo que justificasse a intervenção do legislador na natureza livre das informações, e não nos *efeitos* dessa intervenção, porque estes, quando ocorriam, não afetavam sobremaneira o funcionamento dos mercados. Hoje a situação é completamente distinta<sup>29</sup>; os resquícios da tradição argumentativa, porém, ainda persistem.

Por último, é ainda a conhecida dificuldade de compreensão sistêmica do direito que afeta de forma negativa o entender a estrutura do raciocínio exposto<sup>30</sup>. Parece estar esquecido que a garantia de um direito a alguém sempre implicará na determinação de um dever em relação a terceiros<sup>31</sup>, e que

---

<sup>28</sup> Como já disse em outra oportunidade (GRAU-KUNTZ, Karin. *A interface da propriedade intelectual com o direito antitruste*, a disposição para download na plataforma do IBPI – Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual ([www.ibpi.org](http://www.ibpi.org)), especificamente no endereço <http://www.ibpi.org/40693/64901.html>): “*Eu parto aqui do momento histórico de organização industrial, que creio ser corrente a todos, cujo eixo de estruturação girava em torno da propriedade privada. A automatização na produção industrial levou ao barateamento dos produtos industrializados e a um excedente de mão-de-obra que, por sua vez, fomentou o desenvolvimento de um setor de prestação de serviços. Do setor de prestação de serviços, que entre outros é caracterizado por serviços de educação, formação, pesquisas, saúde etc., surgiu uma nova classe de trabalhadores, qual seja, a dos trabalhadores intelectuais. Essa mão-de-obra intelectual levou, a seu turno, ao desenvolvimento fulminante – eu me refiro aqui a três, no máximo quatro décadas – de setores econômicos que exploram a informação, de forma que esta, por fim, passou a instituir o eixo ao redor do qual a sociedade atual se organiza. Por essa razão denominamos nossa forma moderna de organização social de sociedade de informação e não mais de sociedade industrial.*”

<sup>29</sup> Ainda em referência ao trabalho supra mencionado: “*Demonstrar a importância da informação na estrutura econômica moderna não oferece grandes dificuldades. Basta pensarmos nos tratados internacionais de comércio, que abarcam normas relativas à propriedade intelectual, no número crescente de ações ajuizadas que tratam de querelas concernentes à propriedade intelectual, nos inquéritos setoriais que analisam as estratégias de exercício de direitos exclusivos sobre informações em mercados específicos (inquérito do setor farmacêutico na União Europeia, por exemplo), nas diversas representações feitas aos órgãos de controle econômico etc., ou até mesmo no mercado crescente de advogados especialistas em propriedade intelectual.*”

<sup>30</sup> Quanto à compreensão sistêmica, na sempre boa e sólida lição de OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág., 219): “*A noção de sistema ocupa hoje de novo um lugar central no Direito, e conseqüentemente na Ciência do Direito. As soluções jurídicas não são arbitrarias nem desconexas. Integram-se num conjunto, de que participam. O significado de cada elemento só é estabelecido por essa integração no todo. (...)*”. Indo aqui um pouco mais além é ainda importante repelir com muito vigor a ideia de que o jurista não produziria nada que pudesse ser qualificado como “científico”, mas antes que ele seria um mero produtor de “dogmas”. Eu recordo que a dogmática jurídica é uma disciplina altamente sistêmica e formal, vinculada a método e que neste contexto a expressão “dogma” (no contexto jurídico melhor seria falar em “tipos”) em hipótese alguma se deixa confundir com sua conotação geral.

<sup>31</sup> Vide nessa linha de argumentação a lição de ZIPPELIUS, Reinhold. *Das Wesen des Rechtes. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*, 5ª edição, München: C.H.Beck (1997), págs. 38 ss.

estes terceiros, por sua vez, também são titulares de direitos que se refletem em deveres dirigidos a outros. É em parte na falta dessa perspectiva global que encontramos a origem dos equívocos que indiquei acima, no início desse estudo<sup>32</sup>.

Encerrando o aparte e voltando ao direito de patente, a definição acima proposta desponta agora complementada: o direito de patente é um direito de natureza concorrencial que garante, *no âmbito das regras que conformam o jogo econômico desenvolvido nos mercados*, um título de vantagem exclusiva limitado temporalmente contra a concorrência de imitação, com a finalidade precípua de forçar os concorrentes do titular do direito a competirem com ele por meio da concorrência de superação inovadora.

A definição já vai tomando contorno definitivo. Porém, porque mencionei regras de conformação do jogo desenvolvido nos mercados, ainda é necessário considerá-las.

#### **9- As regras de conformação do jogo econômico desenvolvido nos mercados: preservação da estrutura dos mercados e garantia da qualidade da concorrência**

Concorrência em sentido econômico reporta ao comportamento dos agentes nos limites de um determinado mercado<sup>33</sup>, visando à promoção de sua própria empresa (da atividade econômica) e, especialmente, almejando o lucro. Em outras palavras, concorrência é a *luta* dos agentes econômicos pela conquista de um mercado.

Considerando que a expressão *luta* desperta a ideia de aniquilamento de adversários, então, sob essa perspectiva, a concorrência econômica só poderá ter forma de *processo contínuo* se os comportamentos dos agentes econômicos na disputa pelo mercado estiverem condicionados a regras pré-estipuladas<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Por exemplo, a falta de consideração da liberdade de escolha dos consumidores quando se argumenta equivocadamente que o direito de patente traduziria uma garantia de recuperação de investimento.

<sup>33</sup> Na verdade a expressão concorrência é utilizada no âmbito econômico para expressar diferentes conteúdos: para expressar a concorrência entre bens diferentes, mas substituíveis entre si; para expressar os efeitos do aumento de alternativas no mercado; e, por fim, na forma como aqui a emprego no momento, para expressar o *comportamento* dos agentes econômicos no mercado.

<sup>34</sup> Nesse sentido GRAU, Eros Roberto. *Direito conceitos e normas jurídicas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 13. De acordo com o autor, o sistema capitalista pressupõe uma “luta” entre os concorrentes – vencem no mercado os mais competentes. A “luta” não pode ocorrer de forma a por em risco a própria estrutura do mercado. O capitalismo, então, é um jogo que tem como regra primordial a preservação dos adversários pois, se exterminados, desaparecerá a possibilidade de jogar.

Resgato aqui a lição de FORGIONI que, também partindo da noção de mercado proposta por MAX WEBER, no sentido de que há mercado quando há pluralidade de interessados que competem por oportunidades de troca<sup>35</sup>, ensina:

“por força do princípio da livre concorrência, aos agentes econômicos é assegurada a garantia da disputa, ou seja,

[i] que poderão disputar trocas com outros agentes econômicos;

[ii] que não terão suas oportunidades de troca *indevidamente* subtraídas por terceiros.”<sup>36</sup> (grifos no original)

O trecho citado tem por mérito explicar aquilo que o princípio da livre concorrência garante e ainda colocar em evidência os dois elementos essenciais vinculados à compreensão das regras de funcionamento do mercado, o palco da competição por oportunidades de trocas.

Primeiramente, [i] nota-se a necessidade de regras que cuidem de garantir a possibilidade de disputa de trocas entre os agentes econômicos (pluralidade de interessados). Essas regras são aquelas referentes à *preservação das estruturas dos mercados*.

Por outro lado, [ii] resta evidente a importância de regras voltadas à determinação de quando as oportunidades de troca serão subtraídas *indevidamente* por terceiros, posto que nem toda subtração das oportunidades de troca é indesejada. Em outros termos, estas regras não estão centradas no processo seletivo em si considerado – este é pressuposto do sistema de competição – mas vinculadas à adequação do processo seletivo a padrões de valor, daí serem regras voltadas a garantir *qualidade*.

São esses dois grupos de regras – regras voltadas à preservação das estruturas dos mercados e regras voltadas a garantir a qualidade do processo seletivo – que dão a desejada continuidade ao jogo econômico pautado na liberdade de concorrência<sup>37</sup>.

No que toca à segunda categoria de regras, porque calcada em padrões de valores, é necessário tecer algumas considerações sobre o critério a partir do qual um comportamento no mercado será qualificado como desejado ou indesejado.

---

<sup>35</sup> Vide nota de rodapé 4.

<sup>36</sup> FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 208.

<sup>37</sup> Para esclarecer o raciocínio eu lanço mão aqui de um paralelo com a educação: a sociedade em geral só será de fato educada formalmente se houver não só garantia de educação, mas também qualidade de educação. A garantia da educação desprovida de qualidade é, na verdade, mera ilusão de se estar educando. A qualidade é tão meio de viabilização da educação como é a própria garantia de educação.

O padrão valorativo do comportamento dos agentes econômicos no mercado está nas prestações positivas ou, ainda, nos comportamentos dotados de previsibilidade.

Quanto à ideia de comportamentos previsíveis, assim se manifestou o Ministro Eros Grau na ADIn nº 3.512/DF:

“O mercado (...) é uma ordem, no sentido de regularidade e previsibilidade de comportamentos, cujo funcionamento pressupõe a obediência, pelos agentes que nele atuam, de determinadas condutas. Essa uniformidade de condutas permite a cada um desses agentes desenvolver cálculos que irão informar as decisões a serem assumidas, de parte deles, no dinamismo do mercado.”

Transpondo o teor do voto a um cenário ilustrativo, viajo com o leitor pelo tempo até a Idade Média, e lembro que naquele período o ato de guerrear era tido como meio legítimo de fazer política. Isto porém não significava que a violência no campo de batalha não obedecesse a parâmetros de comportamento determinados. Pelo contrário, as batalhas se desenvolviam em atenção à regras uniformes de condutas de cavaleiros.

Pois bem, em 1278, Rodolfo I da Germânia, um Habsburgo, venceu Ottokar II da Boêmia na famosa batalha do Marchfeld, ao lançar mão de uma tática desonrosa: depois de três horas seguidas de batalha corpo a corpo, quando a exaustão já abatia os soldados, Rodolfo I ordenou que uma unidade de sessenta cavaleiros, poupada até então da luta e fora das vistas dos homens no campo de batalha, atacasse de surpresa os soldados de Ottokar II pelo flanco. Por que o código de conduta dos cavaleiros não admitia este tipo armadilha, a princípio ninguém se dispôs a levar a cabo a estratégia pífida. Cedendo à forte pressão Ulrich II acabou por concordar em dirigir os cavaleiros no ataque surpresa, mas não sem antes, como a história é contada, ainda no acampamento se desculpar frente aos seus companheiros<sup>38</sup>.

O código de conduta ordenava os comportamentos dos cavaleiros, dando a eles determinada regularidade e previsibilidade. Esta uniformidade de condutas possibilitava que a luta fosse desenvolvida em um campo mínimo de condições de igualdade. Porque contava com essa uniformidade de conduta Ottokar II jamais poderia imaginar que Rodolfo I deixaria por três horas homens escondidos em um vinhedo para atacar seus homens, quando estes já estivessem exaustos, o que, inclusive, além de desonroso, era ainda considerado como prática anticristã. Porque Rodolfo I não

---

<sup>38</sup> AQUILIN, Julius Caesar. Staat- und Kirchengeschichte des Herzogthum Steyermarkts, pág. 378 ss, a publicação está a disposição no endereço [http://books.google.at/books?id=tJIAAAAcAAJ&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.at/books?id=tJIAAAAcAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

respeitou as regras de conduta, e porque Ottokar II tomou suas decisões contando que seu adversário agisse nos limites dessas regras de conduta, Rodolfo I é até hoje lembrado não só como o primeiro Habsburgo a ser Rei do Sacro Império Romano-Germânico, mas ainda como aquele que lançou mão de estratégia desonrosa para vencer seus inimigos. O que teria acontecido se Rodolfo I tivesse respeitado as regras de conduta dos cavaleiros? Será que teria ganho a batalha contra Ottokar II?

No mesmo sentido o agente econômico que age como o Rodolfo I e que lança mão de estratégias que não estejam em conformidade com padrões de uniformidade de conduta, vencerá seus concorrentes, na disputa pelas oportunidades de troca, de forma *indesejada* ou, usando outra expressão, por meio de *prestações negativas*. Na contra mão, o agente econômico que batalha nos limites dos padrões uniformes de conduta vence seus concorrentes na disputa pelas oportunidades de troca por *prestações positivas*.

O critério de valoração qualitativa dos comportamentos dos agentes econômicos na disputa pelas oportunidades de troca está nos limites da regularidade e previsibilidade das condutas. O comportamento que respeita estes limites é prestação qualificada como positiva, enquanto aquele que os desrespeita é qualificado como negativo<sup>39</sup>.

Por fim, do exposto compreende-se que quando emprego o termo *qualidade* assim o faço em sentido técnico, isto é, respeitando uma racionalidade concorrencial específica. Nesse sentido a eliminação ou o prejuízo de um concorrente, quando alcançados por meio de prestação positivas, estão englobados na noção do qualitativo: qualidade de concorrência pressupõe um processo seletivo dos agentes de econômicos que concorrem por um mesmo mercado<sup>40</sup>.

Tomando agora sob esta perspectiva o direito de patente, o exercício da vantagem contra a concorrência de imitação, ou o emprego do “escudo” (proteção legal) contra a imitação, deverá estar condicionado às regras voltadas à preservação das estruturas dos mercados, bem como às regras voltadas a garantir a qualidade do processo de seleção concorrencial. O titular do direito da patente

---

<sup>39</sup> A expressão “prestações positivas” foi desenvolvida no seio do direito alemão e reporta a LOBES (o mesmo. *Über den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*, in *SächsArchiv* 5 (1895), 59, 63), que usou como paradigma à concorrência econômica a competição esportiva, onde apenas o emprego de forças e recursos determinados é permitido, de modo que o uso de outros meios, que não aqueles, é tido como indesejado. Apesar da comparação proposta ser passível de críticas, no sentido de que a concorrência esportiva, diferentemente daquela que se desenvolve no mercado, não é ilimitadamente aberta, mas antes realiza-se em um sistema mais ou menos fechado, onde apenas determinados esforços de participantes geralmente com um mesmo nível de preparo são comparados entre si, dela sobressai a ideia de que as vantagens alcançadas na concorrência devem ser obtidas com base nas prestações – contribuições – trazidas para (ou em pró do) o mercado, e não de outra maneira (sobre a crítica vide RITTNER, Fritz. *Wettbewerbs- und Kartellrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts für Studium und Praxis*, 6. Ed. Heidelberg: CF Müller, 1999). Posteriormente NIPPERDEY e BÖHM (apud RITTNER, ob.cit) completaram o pensamento de LOBES trazendo à baila o antagonismo entre concorrência de prestação (*Leistungswettbewerb*) e concorrência de não prestação, ou ainda prestação negativa (a chamada “*Nichtleistungswettbewerb*”).

<sup>40</sup> Sobre o “espírito” qualitativo da concorrência vide o delicioso trabalho de FULCHER, James. *Kapitalismus*. Stuttgart: Reclam (2007).

não está autorizado a empregar a vantagem que lhe é conferida de forma a minar as estruturas do mercado, bem como não está autorizado a lançar mão deste título para agir no mercado por meio de prestações negativas, roubando a qualidade do processo seletivo.

Eu destaco aqui que estas condições de exercício da vantagem contra a concorrência de imitação contida no direito de patente não caracterizam limites extrínsecos do direito, mas antes intrínsecos: a natureza do direito de patente é concorrencial e, assim sendo, é expressão do óbvio que não haverá direito de patente além desses limites<sup>41</sup>.

## 10. Sobre os tipos de abusos vinculados ao direito de patente

Porque disse acima que já *ab ovo*, em razão de sua natureza concorrencial, o exercício da vantagem contra a concorrência de imitação contida no direito de patente só pode acontecer em conformidade com a máxima de preservação das estruturas de mercados e pautado em prestações qualificadas como positivas, é necessário enfrentar a questão dos tipos de abusos vinculados ao direito de patente.

Dois são esses tipos: o exercício da vantagem contra a concorrência de imitação de forma a bloquear os caminhos da concorrência de superação inovadora, ou a aplicação no mercado da vantagem contra a concorrência de imitação de modo não qualitativo, isto é, por meio de prestações negativas.

A palavra *abuso* se refere aqui ao exercício do direito além de seus limites e independente de qualquer elemento intencional. Como já expliquei, a vantagem concorrencial que cabe ao inventor não é prerrogativa de natureza individual, mas antes prerrogativa de um direito com conteúdo concorrencial complexo<sup>42</sup>: a vantagem contra a concorrência de imitação só tem sentido em

---

<sup>41</sup> Se assim fosse, e em uma alusão a um dispositivo de construções da engenharia, o direito de patente estaria fazendo na ordem concorrencial vezes de mecanismo automático de autodestruição do sistema.

<sup>42</sup> No sentido de um direito complexo vide também BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*, Tomo I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, especialmente págs. 114 ss. Note porém o leitor que o autor citado não rompe radicalmente com a expressão propriedade, que continua empregando, apesar de dar a ela um sentido distinto daquele que corresponde em geral: “*Em toda esta obra, utiliza-se a palavra “propriedade” em sentido específico. Não se entenda, nunca, que se atribui, em qualquer texto deste livro, a noção genérica de propriedade do Código Civil a qualquer das variedades dos direitos sobre bens incorpóreos resultantes da produção intelectual*”, pág. 79. Em outras passagens do mesmo trabalho ele se refere ainda à propriedade intelectual como um tipo específico de monopólio (ob.cit. pág. 98 ss), como “direito de exclusiva (pág. 78 ss), ou ainda como “propriedade concorrencial”, sem que aqui houvesse uma contradição, posto que adota a expressão propriedade em sentido específico (melhor seria, porém, que a substituísse por outra expressão). Dos autores brasileiros contemporâneos é Barbosa aquele que mais se aproxima da posição que aqui adoto, apesar do seu discurso ainda demonstrar estar aqui ou ali permeado por instrumental expressivo tradicional, que eu procuro conscientemente romper no âmbito deste estudo. Mas que a observação não seja compreendida como crítica: como afirmo na nota 27 *supra*, o momento é de revisão teórica, porque o direito acompanha as transformações sociais; também a letra da doutrina encontra-se em plena transformação.

complementação ao fomento da concorrência de superação inovadora (não canso de repetir: a vantagem concorrencial – o prêmio pela invenção, como muitos querem – não tem por finalidade imediata a satisfação de interesse patrimonial do inventor, mas a viabilização de um processo concorrencial).

Seja em um ou em outro caso, os tipos de exercício abusivo vinculados ao direito de patente não geram consequências antijurídicas apenas em relação aos agentes econômicos diretamente atingidos, mas ainda em relação ao sistema concorrencial como um todo: porque o direito de patente não é direito individual, porque não repousa na pessoa do inventor – a titularidade da vantagem é um efeito mediato de um mecanismo que persegue a finalidade imediata de fomento de um tipo determinado de processo concorrencial, qual seja a de superação inovadora – o conteúdo da prerrogativa de exercício da vantagem concorrencial está intrinsecamente condicionado à preservação das estruturas do mercado e do emprego qualitativo da vantagem em tela.

Quando o exercício da vantagem concorrencial contra a concorrência de imitação implica concomitantemente no bloqueio fático ou potencial dos caminhos da concorrência de superação inovadora estaremos diante de uma questão que pede ser analisada sob a perspectiva do direito antitruste<sup>43</sup>. Já nos casos em que a vantagem contra a concorrência de imitação estiver sendo empregada de forma não qualitativa, isto é, por meio de prestações negativas, que ferem a expectativa de regularidade e previsibilidade das condutas no mercado, a questão será enfrentada pelas regras gerais de direito, que coíbem o exercício de direitos além dos seus limites<sup>44</sup>.

Por certo na prática não é simples identificar qual o instrumental jurídico que deverá ser aplicado a um caso específico, isto é, se a sua solução pede a aplicação do direito antitruste ou das regras gerais de direito. Para estas hipóteses adoto a sugestão de Dimitrios RIZIOTIS, no sentido de que quando uma situação específica depende da determinação de mercados relevantes para ser

---

<sup>43</sup> Eu recorro aqui a letra do Art.º 20 da Lei 8.884/94, onde está disposto constituírem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, mesmo que não venham a ser alcançados: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; c) aumentar arbitrariamente os lucros; d) exercer de forma abusiva posição dominante.

<sup>44</sup> Nesse sentido o Art.º 187 do Código Civil: “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*” Eu peço porém ao leitor não perder de vista que a antijuricidade do abuso do direito é anterior à legislação civil, sendo encontrada na própria compreensão do direito como um sistema ordenador. Por fim, uma vez que lancei mão do dispositivo legal, creio que o Enunciado nº 37 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, bem como as súmulas de jurisprudência dominante já acolhidas (por exemplo, TJRJ <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jspx?idDocumento=000311A91D7B3C63AE7A4EF40A4E8EAB0E9F5C48C3314D2C>) indicam ter sido colocado fim na discussão que versou sobre a necessidade ou não de intenção do agente para caracterizar abuso de um direito: “*para a configuração do abuso de direito é dispensável a prova de culpa*”.

compreendida, então estaremos diante de um caso típico de direito antitruste<sup>45</sup>. Não havendo necessidade de determinação dos mercados relevantes estaremos diante de uma hipótese a ser resolvida pelas regras gerais de direito.

## **11- O que é direito de patente**

Agora é possível oferecer uma definição completa do direito de patente: o direito de patente é um direito de natureza concorrencial, caracterizado por um mecanismo complexo que contém (a) a garantia de uma prerrogativa exclusiva e limitada temporalmente ao inventor de invenção que satisfaça determinados requisitos legais, expressa em uma vantagem exclusiva contra a concorrência de imitação, (b) imediata e necessariamente voltada a fomentar a concorrência de superação inovadora e vinculada concomitante e intrinsecamente a padrões de comportamentos concorrenciais calcados na noção de preservação das estruturas dos mercados e de manutenção da qualidade do processo seletivo.

## **II – O direito de patente e os mercados secundários: a questão dos cartuchos de tinta de impressoras**

### **1- Bem primário e bem secundário, mercado primário e mercados secundários**

O produto chamado de primário é aquele adquirido na expectativa de que venha a ser utilizado por um período relativamente longo e caracterizado pelo fato de necessitar, com determinada frequência, de peças complementares, de reposição, de serviços de manutenção ou, em outras palavras, de produtos ou serviços secundários. Lançando mão da definição proposta por SHAPIIRO<sup>46</sup>, os produtos ou serviços secundários são, a seu turno, aqueles que servem a um outro produto – o chamado produto primário – e que, em ordem temporal, virão a ser utilizados depois daqueles primeiros.

Característico da relação entre produto secundário e produto primário é a complementaridade do primeiro em relação ao segundo ou, ainda, a relação de dependência funcional entre eles: uma impressora é um bem primário, o cartucho de tinta, por sua vez, um bem secundário; sem o cartucho a impressora não cumpre com a sua função de impressora, sem a impressora o cartucho de tinta não tem utilidade prática de impressão.

---

<sup>45</sup> RIZIOTIS, Dimitrios. *Patent Misuse als Schnittstelle zwischen Patentrecht und Kartellrecht. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, in GRUR Int. 2004. Note porém o leitor que o autor em tela estava a trabalhar com um contexto argumentativo diverso daquele que persigo nessa exposição. Em momento algum estou aqui a tratar da figura do direito americano denominada como *patent misuse* e muito menos do mau uso do direito de patente frente ao direito alemão. O estudo em tela versa sobre o direito brasileiro.

<sup>46</sup> SHAPIRO, *apud* WENDENBURG, Albrecht. *Marktmacht auf Sekundärmärkte*. Köln, Berlin, München: Carl Haymanns, 2004. (2004), pág.2.

O mercado primário é aquele espaço de competição que pressupõe pluralidade de interessados que competem por oportunidades de trocas relativas ao bem primário, no caso do presente estudo o espaço onde se compete por oportunidades de trocas referentes a impressoras. Já o mercado secundário, por sua vez, é o espaço que pressupõe pluralidade de interessados que competem por oportunidades de trocas referentes a bens secundários, no caso em tela cartuchos de tinta.

O fato do produto secundário ser funcionalmente dependente do produto primário não implica em dizer que a ele não seja agregado um valor econômico significativo. Muito pelo contrário. Seu valor cresce na proporção em que vem sendo empregado, no âmbito de seu mercado relevante, como objeto de uma estratégia concorrencial muito específica. O que afirmo é simples ilustrar: basta termos em mente a forma como os produtores de impressoras se apresentam aos consumidores, oferecendo no mercado primário as impressoras por preços bastante acessíveis, enquanto os cartuchos de tinta são oferecidos por eles no mercado secundário por um preço que, quando comparado com aquele exigido pela impressora, toma proporções assustadoras.

Neste sentido eu procedi em 2008 ao seguinte cálculo: uma impressora da marca Hewlett-Packard, tipo Photo Smart C6280 da série *all-in-one*, podia ser encontrada no mercado alemão por cerca de 200,- Euros. O litro de tinta preta do cartucho compatível com a impressora mencionada custava naquela época cerca de 1.700,- Euros<sup>47</sup>. Tendo em conta o resultado do cálculo não assombra o narrado por MITCHNER<sup>48</sup>: no primeiro trimestre de 2002 mais da metade dos lucros do setor de impressão da empresa Hewlett-Packard não foi originado da venda de impressoras, mas antes da venda de cartuchos de tintas<sup>49</sup>.

Mas porque o agente econômico oferece no mercado primário a sua impressora por um preço que, tendo em vista o exigido para os cartuchos de tinta, desponta como altamente desproporcional? O lógico não seria que o bem durável custasse mais, enquanto o bem descartável deveria custar menos?

Partindo do princípio de que o agente econômico não seja ingênuo e não esteja agindo no mercado em relação a seu produto primário de forma antieconômica, a estratégia de oferecer aquele produto a preço baixo faz deste um bem atrativo ao consumidor que, depois de adquiri-lo, terá de desembolsar em um segundo momento – no caso em exame conforme for comprando sucessivamente

---

<sup>47</sup> Vide GRAU-KUNTZ, Karin. *O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)*, a disposição para download na plataforma do IBPI – Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual ([www.ibpibrasil.org](http://www.ibpibrasil.org)), no endereço <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/58f41a63eeb4cae8fff8030fffff1.pdf>.

<sup>48</sup> MITCHNER, *apud* WENDENBURG, ob. cit. pág. 3.

<sup>49</sup> Enquanto esses lucros estiverem sendo alcançados por prestações positivas, nada obsta a eles. O problema é quando são alcançados por meio de prestações negativas. A esse respeito a seguir.

os cartuchos de tinta necessários para poder utilizar a impressora, o preço que não precisou pagar no mercado primário pelo produto.

Em outras palavras, ao repassar o preço do produto primário para o mercado secundário os produtores de produtos primários competem nesse mercado específico “mascarados”: o consumidor conta, no momento da decisão de compra do produto primário, com um leque de alternativas atrativas, porque só é capaz de ver preços baixos e conseqüentemente boas oportunidades de compra. O custo real do produto só vem à tona quando, no mercado secundário, a máscara cai.

No que toca à estratégia aplicada a impressoras e cartuchos de tinta, pressupondo que há falta de alternativas no mercado secundário, o consumidor dependerá, a partir do momento em que decidir por comprar esta ou aquela impressora, de um único fabricante de cartuchos de tinta, devendo pagar um altíssimo preço por eles<sup>50</sup>. O consumidor levou gato por lebre: pagou pouco pela impressora, mas só poderá tirar proveito do produto pagando muito pelos cartuchos, posto que aquele é funcionalmente dependente deste.

Por óbvio se encontrarmos no mercado secundário diferentes produtores do produto secundário – diversidade de cartuchos de tinta compatíveis a cada um dos modelo de impressoras oferecidos – e conseqüentemente uma situação de concorrência que forçará o preço deste produto (cartuchos de tinta) para baixo e simultaneamente sua qualidade para cima<sup>51</sup>, o produtor do bem primário – impressora de uma marca e, geralmente, de modelo determinado – será forçado a concorrer no mercado primário com os outros agentes econômicos “desmascarado”, isto é, pedindo pela impressora o preço que ela realmente vale.

---

<sup>50</sup> Quando para um determinado produto primário escolhido entre várias alternativas o mercado só oferecer um único produto secundário compatível, quando o consumidor não puder encontrar alternativas no mercado secundário, encontrando-se assim em uma situação de dependência em relação a um único fabricante do produto secundário, falamos em “efeito *lock-in*”. Partindo de situações deste tipo, WENDENBURG, ob. cit., pág 5, fala em “*posterior exploração do cliente encarcerado*” (“encarcerado” no mercado secundário), exploração esta que iria “*de encontro com as expectativas geradas anteriormente* (no momento da compra do produto primário, nota nossa) *de conformidade concorrencial*”. Este fenômeno é também chamado de “*installed-base opportunism*” (vide aqui SALOP, 7 *Antitrust* 20,21, (1992) *apud* WENDENBURG, ob.cit. pág. 5). Para se livrar dessa situação de encarceramento o consumidor teria de jogar fora a sua impressora e sair a procura não só de um novo produto primário, mas ainda deverá necessariamente agir racionalmente e de forma inteligente, comparando não só os preços de impressoras no mercado primário, mas também procedendo a cálculos comparativos que permitissem prever os possíveis gastos com os cartuchos de tinta. Para isto pressupõem-se necessariamente não só educação do consumidor – educação formal, isto é, capacidade real de proceder cálculos – mas ainda um grau elevado de transparência do mercado. Se o consumidor médio brasileiro teria de fato condições de proceder a estes cálculos e se o mercado é suficientemente transparente eu deixo aqui, apesar de uma forte suspeita de que a resposta seria negativa, em aberto, posto a questão não importar a este estudo. Em relação ao efeito *lock-in* e as teorias relacionadas a ele, vide GRAU-KUNTZ, Karin. *O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)*, a disposição para download na plataforma do IBPI – Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual ([www.ibpi.org](http://www.ibpi.org)), no endereço <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/58f41a63eeb4cae8ffff8030fffff1.pdf>.

<sup>51</sup> Aqui a faceta positiva do modelo econômico escolhido: preços cada vez mais baixos, qualidade cada vez mais superior = fomento do bem-estar social, naquele sentido econômico de riqueza material.

Do exposto desponta evidente que o repasse da fonte do proveito econômico do mercado primário para o mercado secundário só poderá ser vantajoso se a empresa lograr impedir, ou pelo menos dificultar de maneira considerável, a concorrência naquela setor secundário. Valendo-me da afirmação de PENZIAS<sup>52</sup>, quando o produtor do bem primário puder também controlar o mercado secundário vinculado a seus produtos ele terá em mãos uma “*licença para imprimir dinheiro*”<sup>53</sup>.

Aqui entra em cena o direito de patente.

## 2. O direito de patente e os mercados secundários

Como acima já foi definido, ao inventor de invenção que satisfaça determinados requisitos legais será garantida uma vantagem exclusiva limitada temporalmente contra a concorrência de imitação, imediata e necessariamente voltada a fomentar a concorrência de superação inovadora e vinculada concomitante e intrinsecamente a padrões de comportamentos concorrenciais calcados na noção de preservação das estruturas dos mercados e de manutenção da qualidade do processo seletivo.

Tenho então agora em mente o inventor de um determinado mecanismo que satisfaça os requisitos legais de proteção (invenção passível de proteção) e que venha aplicado a cartuchos de tinta para impressora. Imagino ainda que ele também produza impressoras, e que as construa de tal forma que só possam ser utilizada em complementação com aquele cartucho de tinta que contém a tal invenção. Como já foi dito em relação à invenção contida no cartucho de tinta, ao inventor em tela é garantida uma vantagem concorrencial limitada à concorrência de imitação, sem que tal vantagem jamais possa ser aplicada a bloquear os caminhos da superação inovadora.

Penso agora na relação entre mercado primário e mercado secundário.

Digamos que o mecanismo engenhoso no cartucho de tinta – a invenção – exprima alguma vantagem qualitativa no resultado da impressão. Quando o consumidor vai ao mercado à procura de uma impressora ele se deparará com modelos distintos do produto, e entre eles encontrará aquela do nosso produtor que, em combinação com o cartucho de tinta que contém a tal inovação, oferecerá a ele um resultado de maior qualidade. O consumidor do exemplo, digamos, optará então por levar esta impressora para casa, ao invés de uma outra qualquer.

Pois bem, a invenção está no cartucho de tinta, mas isolada da impressora ela não representará elemento de *escolha* para o consumidor do exemplo. Em outras palavras, a invenção só cumprirá com seu papel de *fator de decisão de compra*, isto é, só moverá o consumidor a preferir o produto que a

---

<sup>52</sup> PENZIAS, *apud* WENDENBURG, ob. cit, pág. 3.

<sup>53</sup> Por certo a tal “*licença para imprimir dinheiro*” em si considerada nada tem de negativa. O que o autor citado critica e o que demonstrarei a seguir com mais vagar é o fato dessa licença estar calcada em um controle indesejado de mercado secundário relevante.

contém em detrimento dos produtos dos concorrentes quando em consideração conjunta com a impressora, posto haver entre os dois produtos dependência funcional.

Lembrando que é o consumidor quem decide sobre a possibilidade do inventor de recuperar os investimentos procedidos no desenvolvimento da invenção<sup>54</sup>, resta claro que é *o mercado primário o palco onde o mecanismo da proteção contida no direito de patente irradia seus efeitos*: porque o produto que contém a invenção – no nosso caso um produto complexo formado por impressora e cartucho de tinta, dada a dependência funcional entre ambos – oferece maior vantagem ao consumidor, este escolhe aquele, e o produtor-inventor vê retorno pelo seu esforço inventivo.

Note o leitor que eu não estou aqui a dizer que a invenção plasmada no cartucho de tinta só poderia ser patenteada quando em vinculação com a impressora. Pelo contrário o que afirmo é simplesmente que a invenção patenteada incorporada no cartucho de tinta só irá interagir com o consumidor quando em vinculação com a impressora, posto que fora do âmbito desta vinculação ela não terá utilidade nenhuma para ele. E eu aproveito para recordar que o título de garantia de vantagem concorrencial (o direito de patente) nada é sem a interação com o consumidor (sem que com isto esteja a dizer que o direito de patente protege o consumidor), posto ser este o sujeito que irá possibilitar (se assim entender por bem) o retorno econômico aplicado no desenvolvimento da invenção, e posto estar a relação da invenção com o consumidor ainda pressuposta no ideal da proteção concorrencial, isto é, na máxima do fomento do bem-estar social<sup>55</sup>.

Enquanto, do ponto de vista formal de proteção, a invenção contida no cartucho é completamente independente da impressora, do ponto de vista *funcional* da proteção não há como considerar a invenção plasmada no cartucho de tinta sem considerar concomitantemente sua dependência com a impressora. Eu insisto: o direito de patente garante uma vantagem concorrencial. Ele não é direito individual. E a noção mercado não se esgota nas liberdades dos agentes econômicos, mas engloba também as liberdades dos consumidores<sup>56</sup>.

Voltando a ilustração que vinha desenvolvendo, a invenção incorporada no cartucho, uma invenção que só será fator de decisão de escolha do consumidor quando considerada em conjunto com a impressora, não poderá ser imitada por ninguém nos limites de um período determinado de tempo. Neste sentido, enquanto os concorrentes do inventor não oferecerem ao mercado combinações de impressoras com cartuchos de tinta que culminen em relação aos consumidores em mais qualidade, ou na mesma qualidade por um preço menor, o inventor em questão gozará de uma posição vantajosa no

---

<sup>54</sup> Eu relembro: o direito de patente não é instrumento de garantia de retorno de investimento.

<sup>55</sup> A noção de bem-estar social, em sua acepção econômica, está calcada na ideia de consumidores com acesso a produtos cada vez melhores e mais baratos.

<sup>56</sup> O espaço de WEBER (vide nota 4 *supra*), onde há competição por possibilidade de troca, só faz sentido com a pressuposição do consumidor.

mercado, posição que alcançou por meio de *prestações positivas* (invenção = vantagem concorrencial sendo empregada em respeito aos seus limites, isto é, de forma previsível e sem bloquear os caminhos da concorrência de superação).

Partindo agora da perspectiva do mercado secundário, isto é, do mercado onde são oferecidos cartuchos de tinta isoladamente, como reposição daqueles já consumidos e, portanto, vazios, a situação que se coloca é completamente diversa.

Antes de prosseguir com uma ilustração desenhada a esta perspectiva é necessário, porém, esclarecer porque aqui lanço mão da noção de mercado primário e mercado secundário.

Retomando a definição de mercado proposta por MAX WEBER<sup>57</sup> como o espaço onde, pressupondo pluralidade de interessados, há competição por possibilidade de troca, ressalta-se na definição dois elementos: a) a troca, que traduz um compromisso (retribuição recíproca), e b) a competição, que pressupõe bens ou obrigações substituíveis entre si. Enquanto a impressora não poderá ser substituída por cartucho de tinta definimos dois mercados distintos, o da impressora (que, porém, não tem utilidade prática sem o cartucho de tinta) e o mercado dos cartuchos de tinta (que pressupõe que tenhamos anteriormente adquirido a impressora, ou também este será desprovido de utilidade prática).

Na estrutura do mercado secundário encontramos, por sua vez, ainda outros mercados específicos, que correspondem àqueles onde é comercializado cada tipo de cartuchos de tinta que não pode ser substituído por um outro de modelo distinto: exatamente porque os agentes econômicos sonham evitar competição, a tendência dominante é que, para cada modelo específico de impressora, ou pelo menos para cada série determinada de impressoras, seja desenvolvido um modelo de cartucho de tinta compatível. Ao adotarem esta estratégia, os agentes econômicos logram limitar a concorrência (senão até mesmo eliminá-la completamente, como é o caso do cartucho que contenha uma invenção protegida e essencial) e concomitantemente criam mercados relevantes estreitos, porque limitam as possibilidades de substituição.

Procedido o aparte e retomando a perspectiva a partir do mercado secundário, eu prossigo lançando mão da imagem de um consumidor que entra em uma loja e se depara com uma estante de cartuchos de tinta. O vendedor que vem a seu encontro argumenta com as vantagens deste ou daquele cartucho e, quando tem em mãos o cartucho do nosso produtor o elogia afirmando ter sido nele incorporado um dispositivo inventivo que culmina em melhor qualidade de impressão, posto que, digamos, a tinta adere melhor ao papel impresso. Essa conversa entre vendedor e consumidor só faz sentido se a) o consumidor já adquiriu anteriormente uma impressora compatível com o cartucho, posta a dependência funcional entre os produtos e b) se tem opções em relação aos cartuchos de tinta

---

<sup>57</sup> WEBER, Max, ob.cit., vide nota 4 supra.

que podem ser utilizados em sua impressora. Satisfeitas estas hipóteses ele poderá então optar pelo cartucho que contém a invenção e, até mesmo, decidir por pagar mais por ele.

Mas o que ocorre quando o imitar a invenção contida no cartucho, invenção protegida pelo direito de propriedade intelectual, é essencial para que se produzam cartuchos alternativos voltados a serem oferecidos neste mercado secundário específico?

De plano, nesse caso o vendedor não abordará o consumidor com o discurso acima apresentado. Pelo contrário, ele irá perguntar ao cliente qual o tipo de impressora que ele possui e colocará nas mãos deste o único cartucho compatível com o bem primário existente no mercado secundário. O consumidor, por sua vez, estará diante de duas opções extremas: ou paga o preço exigido pelo cartucho de tinta, ou sua impressora não tem *utilidade prática efetiva* (e também a invenção contida no cartucho não a terá), porque um produto não funciona sem o outro.

Este quadro ilustrativo não implica apenas em um consumidor sem opções de produtos (um consumidor encarcerado<sup>58</sup>), mas, antes, e mais importante no que toca ao estudo que aqui procedo, estaremos diante de um agente econômico que não só emprega seu título exclusivo contra a concorrência de imitação de forma a bloquear os caminhos da concorrência de superação inovadora, mas que ainda, e muito pior, não conta apenas com uma *possibilidade*, mas com uma *certeza* de retorno de investimento.

Partindo a uma abordagem mais detalhada e deixando de lado a questão do consumidor encarcerado no mercado secundário, que é ponto de relevância adjacente aqui, o fato da invenção estar expressa em um mecanismo essencial para que os cartuchos de tinta possam funcionar no modelo da impressora impedem que o concorrente produtor do bem secundário possa se esforçar, nos limites daquele mercado específico, na luta de superação inovadora. A garantia da vantagem contra a concorrência de imitação, que como demonstrei na primeira parte deste trabalho está imediata e necessariamente voltada a fomentar a concorrência de superação inovadora, se esgotaria nesta hipótese em si mesma, sem cumprir com o fim que justifica a intervenção legislativa no estado natural das informações. Mesmo que o título de patente seja formalmente válido, isto é, partindo do pressuposto que não haja discussão sobre a correção da concessão da garantia da vantagem concorrencial pelo órgão competente, o seu *exercício* de forma a bloquear os caminhos de superação inovadora está em desconformidade com seus limites intrínsecos e caracteriza um *abuso*, como acima denominei este tipo de prática.

Por outro lado o querer fazer legítimo o *exercício* da vantagem concorrencial no mercado secundário nestas condições implica, como já destaquei, em *certeza* de retorno de investimento, um fato que poderia descrever como o indicativo máximo de que a vantagem concorrencial contida no

---

<sup>58</sup> Vide nota 51.

direito de patente não está a funcionar como devia, posto ela apenas oferecer *possibilidades* de retorno de investimento, e nada mais do que isto. O inventor que aplica a vantagem concorrencial contra a concorrência de imitação de forma a criar uma situação de *certeza* de lucro está necessariamente a fazer uso dela por meio de *prestações negativas*. Também aqui estamos diante de um abuso.

Por certo haverá quem agora, frente ao exposto, exclame que estou a roubar o direito do inventor. O que suponho ouvir de alguns não corresponde, porém, à verdade. Sempre pela perspectiva de que o direito de patente não é direito individual, que ele não se esgota na pessoa do inventor e que não está voltado de forma precípua ao enriquecimento individual daquele, mas antes que é direito de natureza concorrencial e dirigido ao fomento de uma dinâmica competitiva determinada e desejada, o titular inventor que oferece no mercado primário a invenção plasmada no seu cartucho de tinta em conjunto com a impressora gozará de todo o espaço que lhe cabe para fazer valer por meio de *prestações positivas* a sua vantagem contra a concorrência de imitação e esgotar, então, as suas *possibilidades* de ganhar a atenção do consumidor, visando que este propicie a ele o desejado retorno dos investimentos vinculados ao desenvolvimento da atividade inventiva e, concomitantemente, dando sua contribuição ao fomento do bem-estar social. Tendo em conta esta perspectiva, insisto, fica evidente que não se está a roubar nada do inventor. O que se nega a ele é simplesmente o fazer valer o seu direito de patente nos mercados secundários quando por meio de prestações negativas ou às custas de suas estruturas. Em palavras finais, o que se deve negar a ele no caso específico em tela não é o seu direito, mas antes o *exercício ilegítimo* deste.

### **Conclusões**

Eu iniciei este estudo vinculando o direito de patente à noção de invenção. Chegando ao fim da exposição retomo a noção de invenção inserindo-a então no contexto do *exercício* legítimo do direito de patente.

Sob esta perspectiva – do *exercício* legítimo do direito de patente – não obstante a noção de invenção despontar impregnada por uma aura positiva objetiva, que pressupõe sua *utilidade* na forma de solução a um problema de natureza técnica, como anteriormente definido, do ponto de vista funcional do direito de patente – i.e. do ponto de vista concorrencial – sua *utilidade* está ainda necessariamente vinculada à sua função de “catalisador” de um processo que culmina em um resultado positivo (desejado). Neste contexto a invenção não é *útil* apenas porque soluciona um problema de natureza técnica, mas antes e ainda porque coloca em movimento um processo econômico pautado na concorrência de superação inovadora.

Invenções que não satisfaçam a este último requisito, que, ao contrário do que se almeja, estejam vinculadas a uma estratégia de bloqueio dos caminhos da concorrência de superação

inovadora são, do ponto de vista do *exercício* do direito de patente, e sempre sob a perspectiva do mercado específico, *invenções predatórias*.

Aqueles tipos de invenções contidas em cartuchos de tinta, que têm no âmbito do mercado relevante por condão impedir a concorrência de superação inovadora, fornecem um exemplo clássico de *invenções predatórias*: por mais úteis que possam vir a ser do ponto de vista objetivo<sup>59</sup>, não são dotadas, *nos limites daquele mercado*, de utilidade funcional (concorrencial).

Aqui a prerrogativa de fazer valer a vantagem concorrencial que recai sobre a invenção se esgota (i.e. o exercício do direito de patente), posto não ter sido ela desenhada a legitimar práticas predatórias.

---

<sup>59</sup> Eu insisto não estar aqui pondo em dúvida a essência do direito, mas antes apenas o seu exercício, que está condicionado à noção de preservação das estruturas dos mercados e de manutenção da qualidade do processo seletivo.