



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Gustavo Redó Monteiro

**O LIMITE DE ATUAÇÃO DO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE
INDUSTRIAL NO REGISTRO DOS CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE
TECNOLOGIA**

**Belo Horizonte
2014**

Gustavo Redó Monteiro

**O LIMITE DE ATUAÇÃO DO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE
INDUSTRIAL NO REGISTRO DOS CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE
TECNOLOGIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Desenvolvimento e Mercado no contexto da sociedade globalizada.

Orientador: Fabiano Teodoro de Rezende Lara.

Belo Horizonte

2014



Gustavo Redó Monteiro

Universidade Federal de Minas Gerais

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Dissertação intitulada “*O limite de atuação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial no registro dos Contratos de Transferência de Tecnologia*”, de autoria do mestrando **Gustavo Redó Monteiro**, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais - FDUFMG

Prof. Dr. Roberto Luiz Silva
Universidade Federal de Minas Gerais - FDUFMG

Prof. Dr. Daniel Vilas Boas
Universidade FUMEC

Prof. Dr. Leandro Novais e Silva (Suplente)
Universidade Federal de Minas Gerais - FDUFMG

Belo Horizonte, de de 2014.

Nota final: _____

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, exemplos de caráter e honradez, por me ensinarem as responsabilidades e firmezas necessárias à realização de um sonho e irmãos, pelo apoio incondicional por todos esses anos.

À minha amada família – Sheila (esposa) e Maria Eduarda (filha), força primária na busca pelo crescimento e aprimoramento pessoal e profissional, pelas palavras de incentivos e conforto, bem como pela compreensão nos momentos de ausência e dedicação às pesquisas;

Agradecimento especial ao meu orientador, Fabiano Teodoro de Rezende Lara , pela oportunidade de aprofundar os estudos em Direito Econômico e irretocável orientação desenvolvida.

Aos colegas do Departamento Jurídico da Fiat Automóveis, pelos ininterruptos incentivos e pela oportunidade de realização dos estudos.

Aos professores desta grande instituição, pelo conhecimento e exemplos adquiridos, fundamentais às reflexões acadêmicas necessárias à pesquisa proposta.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a legitimidade da intervenção estatal através do Instituto Nacional da Propriedade Industrial quando do registro dos contratos de transferência de tecnologia. A questão central deste estudo é avaliar se tem o INPI legitimidade para intervir na relação entre particulares em transações envolvendo a comercialização de tecnologia. Houve mudança significativa na finalidade do órgão com o advento da Lei 9.279/96, a qual suprimiu de maneira expressa a função do INPI de adotar medidas capazes de regular a transferência de tecnologia. Para fins do presente estudo, importará o conceito de transferência de tecnologia em sentido estrito, qual seja, os contratos que efetivamente envolvam fornecimento de conhecimento técnico (“*know-how*”). Fundamenta-se a necessidade do estudo no fato de que o Brasil é um país que inova muito pouco, com economia baseada na exportação de *commodities* e produtos com baixo índice tecnológico agregado. Desta forma, objetiva-se demonstrar que o caminho ideal, ao menos em um primeiro momento, para que consigamos atingir o emparelhamento tecnológico face aos países industrializados, é o de estimular o intercâmbio tecnológico, mediante a aquisição de tecnologia estrangeira já pronta e testada, diminuindo-se os riscos e os custos envolvidos em processos de inovação tecnológica. Tal política assemelha-se à trajetória tecnológica percorrida por países que obtiveram grande êxito na mudança de paradigma de serem países economicamente subdesenvolvidos em termos tecnológicos para tonarem-se países industrialmente desenvolvidos. A aquisição de tecnologia já pronta e testada proporciona a acumulação de conhecimento, gerando aprendizado e, em última instância, a possibilidade de aperfeiçoamento da tecnologia adquirida. Além disso, pretende-se abordar a insegurança jurídica existente sobre o tema em face à não rara intervenção do INPI em condições contratuais negociadas entre as partes pelo licenciamento de tecnologias, tais como preços acordados – *royalties*. Essa insegurança reflete-se nos poucos julgados (antagonicamente divergentes), existentes sobre o tema até o presente momento. Ao final, busca-se demonstrar que carece o INPI de legitimidade, para intervir na negociação entre particulares na transação econômica de tecnologias, restando legítima a restrita finalidade de analisar o mérito de questões exclusivamente afetas à regulação de direitos e obrigações relativos à propriedade industrial propriamente dita – patentes, desenhos industrial, marcas e indicações geográficas, na forma da Lei.

Palavras-chave: Desenvolvimento econômico. Transferência de tecnologia. Intervenção do INPI. Inovação tecnológica. Desestímulo.

ABSTRACT

This study aims to analyze the legitimacy of state intervention through the Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI (National Institute of Industrial Property) at the moment of the filling technology transfer contracts. The main issue of this study is to assess whether the INPI has standing to intervene of the relationship between individuals, in transactions involving the commercialization of technology. There was a significant change in the purpose of the institution with the enactment of the Law number 9279/96, which expressly suppressed the function of INPI to adopting measures to regulate the technology transfer. For this study's purpose, will matter the of technology transfer in the strict sense, ie, contracts that effectively involve providing technical knowledge (“know-how”). The need of the research is based on the fact that Brazil is a country that is not recognized like a country that innovates, and its economy is based on the export of commodities and products with low technologies content. Thus our objectives is, at first, to demonstrate that the optimal path of the country to reach the technological pairing to industrialized countries, is to stimulate the exchange of technology through the acquisition of ready and testes technologies, decreasing the risks and the costs involved in the process of innovation. This policy resembles the technological trajectory of other countries that have achieved great success in shifting the paradigm from being economically underdeveloped to become industrially developed countries. The acquisition of ready and tested technologies provides the accumulation of knowledge, creates familiarity and ultimately enables improvement of the technology acquired. Additionally, we intend to address the existing legal uncertainty on this subject due to the not uncommon intervention of the INPU in contracts conditions, negotiated between the parties for the licensing of technologies, such as the settlement of prices – royalties. This uncertainty is reflected in the few, but very different, existing adjudicated on the subject to date.. At the end, we seek to demonstrate that the INPI lacks legitimacy to intervene in negotiations made by individuals in economic transactions of technology, leaving the restricted legitimate purpose of analyzing the merits exclusively to impair the regulation of rights and obligations issues related to industrial property itself – patents, industrial designs, trademarks and geographical indications, according to the law.

Keywords: Economic development. Technology transfer. INPI intervention. Technological innovation. Discouragement.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Participação dos diferentes grupos de produtos, segundo intensidade tecnológica, nas exportações brasileiras, 2000 a 2010 (Em %)	100
---	------------

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Número de Certificados de Averbação por Categoria Contratual	88
Tabela 2 – Número de Contratos averbados segundo a Natureza.....	88
Tabela 3 – Entrada e Decisões de Processos	89

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AN – Atos Normativos

BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

BRICS - Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

CE – Comunidade Europeia

CEE - Comunidade Econômica Europeia

CENPES – Centro de Pesquisa Leopoldo Américo Miguez de Mello

CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico

CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

CR – Constituição da República

CTA – Centro Técnico Aeroespacial

CTN - Código Tributário Nacional

CUP – Convenção da União de Paris

DNPI – Departamento Nacional da Propriedade Industrial

EC – Emenda Constitucional

EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária

ENCTI – Estratégia Nacional para Ciência, Tecnologia e Inovação

EUA – Estados Unidos da América

FDI - Foreign Direct Investment

FINEP – Financiadora de Estudos e Projetos

GATT - General Agreement on Tariffs and Trade

INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial

IOF – Impostos sobre Operações Financeiras

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

ISS – Imposto sobre Serviços

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

MF - Ministério da Fazenda

MCTI – Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação

MDIC – Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OMC - Organização Mundial do Comércio

OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual

PDTA – Programa de Desenvolvimento Tecnológico Agropecuário

PDTI - Programa de Desenvolvimento Tecnológico Industrial

P&D – Pesquisa e Desenvolvimento

PIB – Produto Interno Bruto

RDC – Revista de Direito Civil

RDM – Revista de Direito Mercantil

RDPriv – Revista de Direito Privado

RIR – Regulamento do Imposto de Renda

RT – Revista dos Tribunais

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial

SINMENTRO – Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial

SUMOC – Superintendência da Moeda e do Crédito

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TOT CODE – International Code on the Transfer of Technology

TRIPS - Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

TRF - Tribunal Regional Federal

UE - União Europeia

UNCTAD - United Nations Conference on Trade and Development

WIPO - World Intellectual Property Organization

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA	20
2.1 Ordem Econômica de 1988	29
<i>2.1.1 Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.....</i>	<i>32</i>
<i>2.1.2 A função social da propriedade e dos contratos</i>	<i>39</i>
<u>2.1.2.1 A propriedade intelectual como propriedade sui generis</u>	<u>47</u>
3 CONTRATOS	52
3.1. Dirigismo Contratual	54
3.2 O princípio da liberdade contratual	57
3.3 Contratos Internacionais	58
4 PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	62
4.1 O Acordo TRIPs	73
<i>4.1.1 Objetivos e transferência de tecnologia no TRIPs</i>	<i>77</i>
4.2 No Brasil	81
4.3 O Instituto Nacional da Propriedade Industrial.....	86
<i>4.3.1 O Brasil como país iminentemente importador de tecnologia.....</i>	<i>92</i>
<i>4.3.2 O baixo potencial inovador do Brasil</i>	<i>96</i>
5 INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO	102
5.1 Inovação Tecnológica	102
<i>5.1.1 A trajetória Estadunidense</i>	<i>107</i>
<i>5.1.2 A trajetória Sul Coreana</i>	<i>110</i>
5.2 Desenvolvimento Econômico	111
6 A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA.....	117
6.1 A tutela da transferência de tecnologia no ordenamento pátrio	123
<i>6.1.1 Averbação e Registro</i>	<i>127</i>
<i>6.1.2 Funções do Registro</i>	<i>128</i>
<i>6.1.3 Aspecto Cambial</i>	<i>130</i>
<i>6.1.4 Aspecto tributário</i>	<i>131</i>
<i>6.1.5 Aspecto concorrencial</i>	<i>133</i>
<i>6.1.6 Discussões judiciais acerca da intervenção do INPI.....</i>	<i>136</i>
6.2 A tratativa Internacional acerca da Transferência de Tecnologia	140

<i>6.2.1 A transferência de tecnologia na União Europeia (“UE”)</i>	140
<i>6.2.2 O sistema Estadunidense</i>	143
<i>6.2.3 Tratativa em demais países em desenvolvimento</i>	146
7 USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA PELO INPI	148
7.1 Princípio da Legalidade	152
7.2 Discricionariedade Administrativa	155
7.3 Princípio da Eficiência Administrativa	158
7.4 Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica	161
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	164
REFERÊNCIAS	170

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico tem indissociável relação com as inovações tecnológicas. Indubitavelmente as inovações são a base do efetivo desenvolvimento social e econômico dos países, missão prevista na ordem econômica da enorme maioria das cartas magnas dos Estados. O desenvolvimento tem como força motriz a inovação, em especial a inovação tecnológica¹.

O panorama econômico mundial confirma essa assertiva. Pode-se constatar que os países que, ao longo da história, mais investiram em inovação e desenvolvimento de tecnologias alcançaram destaque na economia globalizada. Nos sistemas econômicos hegemônicos mundialmente, busca-se incessantemente o ganho financeiro, através do desenvolvimento de técnicas de aumento de produção e rentabilidade nas transações. Isso é mais facilmente atingido com a diferenciação dos produtos concorrentes.

Desta forma, pode-se afirmar que o meio mais eficiente de se estimular a criação de inovações pelos agentes econômicos é garantindo-lhes adequada proteção aos investimentos dos agentes inovadores, proporcionando a obtenção de ganhos financeiros de suas invenções, as quais, quase que na totalidade, englobam o desenvolvimento de novas tecnologias, ou ao menos o incremento das já existentes.

É fato que nem todos os países inseridos de forma direta na atual economia mundial, e até no bloco econômico europeu, detêm a mesma “força” inovadora e tecnológica. Desta forma, a transferência de tecnologia é elemento fundamental de estímulo e retroalimentação dos processos de desenvolvimento.

Não raro, urge a necessidade de contratação de conhecimento externo para suprir a demanda interna de conhecimento tecnológico, a fim de expandir o volume da produção e possibilitar o suprimento da crescente demanda por novos produtos, garantindo competitividade às economias.

Os países em desenvolvimento que recentemente lograram êxito em crescimento econômico como pilar do bem-estar coletivo e se aproximaram das nações mais desenvolvidas alternaram momentos de ora adoção de medidas protecionistas e ora de incentivos à aquisição de tecnologia estrangeira, como, por exemplo, a Coreia do Sul.

Tal ação se dá mediante a celebração de contratos de transferência de tecnologia, que podem ser definidos como “acordos de transferência de conhecimentos técnicos associados a

¹ Conferir, a respeito: LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Propriedade Intelectual* – Uma abordagem pela análise econômica do Direito. Del Rey, 2010.

determinado *know-how*, celebrados entre um agente detentor do conhecimento e um agente interessado em sua utilização, nomeadamente para fins industriais” (ANTUNES, 1993, p.41). Ao seu turno, tecnologia consiste no complexo de ideias criadas pelo gênio humano com vistas ao bem comum. Portanto, é um bem imaterial, incorpóreo e suscetível de proteção jurídica. A tecnologia pode ser entendida como um conjunto de conhecimentos, ideias criadas pelo saber e criatividade, aplicados para a produção e comercialização de bens ou serviços.

Historicamente, observamos que a economia nacional sempre se baseou basicamente na produção agropecuária voltada para a exportação. Como resultado dos efeitos econômicos mundialmente advindos com a Segunda Guerra Mundial, o governo passou a implementar políticas de substituição de importações com a finalidade de fortalecer a indústria nacional, buscando alteração desse cenário. Contudo, tal processo de industrialização demonstrou-se ineficiente para romper a dependência externa, de maneira geral, dos países da América Latina. Isto porque a necessidade de financiamento para suportar a industrialização através do método de substituição de importações não permitiu a internalização de todas as etapas da cadeia produtiva e a acumulação tecnológica para elevar o desenvolvimento industrial ao patamar necessário de sustentabilidade.

Com efeito, aumentou-se a necessidade de acesso a tecnologias mais avançadas, contidas em países desenvolvidos, por países em desenvolvimento, para que, em ulterior momento, pudessem almejar a evolução de suas economias. Neste sentido, consolidou-se a aquisição de tecnologia estrangeira como uma das principais fontes de inovação para a economia de países em desenvolvimento, ou países economicamente periféricos. A aquisição dessa tecnologia estrangeira se fez primordial para o desenvolvimento da indústria nacional, dando às empresas condições mínimas de competitividade no mercado.

A década de 70 é marcante como época em que o Brasil, visando à expansão do setor industrial nacional, através da substituição de importações, passou a adotar medidas regulatórias da aquisição de tecnologia estrangeira. Desta forma, surgiram os primeiros ordenamentos, que buscavam regular a transferência de tecnologia, sendo então criado, em 1970, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, através de Lei 5.648, de 11 de dezembro de 1970. Nesse contexto, teve o INPI a finalidade precípua de, dentre outras, “adotar, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes, cabendo-lhe ainda pronunciar-se quanto à conveniência da assinatura ou denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre a propriedade industrial” (art. 2º, § único da Lei 5.648/70).

O ápice da intervenção do INPI nos contratos de transferência de tecnologia deu-se com a promulgação do Ato Normativo 15/75, que impunha às partes contratantes um modelo de contrato, limitando a quantia de pagamento pela aquisição da tecnologia (*royalties*) e prazo de duração do contrato, com evidente cerceamento da liberdade das partes em contratar.

Indispensável ao processo de emparelhamento tecnológico de países economicamente periféricos é a instrumentalização da transferência de tecnologia que reflita efetividade ao processo de absorção de conhecimento tecnológico. Indubitavelmente, tal constatação se faz indispensável para países em desenvolvimento, tais como o Brasil.

O fato é que a economia nacional possui baixo potencial inovador e pouco dispõe à pesquisa tecnológica. No ano de 2000, o Brasil investia 1,02% do PIB em Pesquisa e Desenvolvimento - P&D, sendo o investimento atual de 1,2%. Segundo o Ministro da Ciência e Tecnologia Marco Antonio Raupp, o objetivo é chegar a 2%, “mas ser no mínimo 1,5 em 2014”². Ademais, a ínfima participação do setor privado - 0,48% comprova a necessidade de maior respaldo do Estado para que os empresários nacionais invistam na aquisição de tecnologia estrangeira, fato que, ao menos de forma imediata, parece-nos capaz de fomentar o interesse dos agentes nacionais na busca pela inovação tecnológica.

O objetivo dos contratos de transferência de tecnologia consiste em possibilitar ao adquirente a “capacitação tecnológica e o aperfeiçoamento técnico de um processo produtivo ou de um produto final do adquirente, mediante a introdução de uma técnica nova na produção, possibilitada pela transmissão contratual de tecnologia” (ASSAFIM, 2005, p. 106).

Os instrumentos contratuais que envolvem a comercialização de tecnologia podem ser divididos, segundo Barral e Pimentel (2007), nas seguintes espécies: licenciamento de direitos de propriedade industrial (patentes, marcas e desenhos industriais), contratação de serviços de assistência técnica, de “*know-how*” e, ainda, contratos de franquias. Para tais autores, as referidas espécies contratuais baseiam-se em valores que nem sempre se mostram compatíveis, quais sejam “a proteção do progresso tecnológico da entidade receptora e a proteção da propriedade industrial do transmitente” (p. 130).

O presente estudo ganha relevância na medida em que se constata que, com o advento da Lei de Propriedade Industrial, 9.279 de 14 de maio de 1996, pensava-se que nos depararíamos com uma possível mudança na política intervencionista adotada até o momento, vez que, com a supressão do parágrafo único do art. 2º da Lei 5.648/70, alterou-se a finalidade originária do INPI, retirando-lhe, expressamente, a atribuição de “adotar medidas que regulem

² Jornal “O Globo”, entrevista com o Ministro da Ciência e Tecnologia Marco Antonio Raupp, 27/01/2012.

a aquisição de tecnologia, estabelecendo melhores condições de negociação aos nacionais na aquisição de patentes”. Contudo, na prática, contata-se que a postura intervencionista do INPI em transações comerciais, contendo como objeto o fornecimento de tecnologia, ainda permeia as análises do órgão desses instrumentos.

É importante considerar que a análise dos impactos advindos da manutenção da postura intervencionista do INPI constitui assunto pouco explorado na literatura sobre o mesmo. Neste sentido, o presente estudo colocará em evidência a discussão acerca da necessidade de limitação da intervenção estatal na relação entre particulares nas transações envolvendo a comercialização de tecnologia, especificamente no que tange às interferências verificadas nos registros dos contratos de transferência de tecnologia. Para tanto, é fundamental analisar a atuação do INPI, entidade integrante da Administração Pública Federal Indireta, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), responsável pela execução, no âmbito nacional, das normas que regulam a Propriedade Industrial.

A originalidade da pesquisa reside no fato de que foi contemplada na proposta de investigação os números recentes (última década) do INPI, que demonstram a evolução das modalidades de contratos e os números de registros de contratos que efetivamente envolvam transferência de conhecimento registrados no órgão, realizando uma análise comparativa com sistemas internacionais que tutelam o tema, pautados no que a doutrina consolidada acerca de desenvolvimento econômico e inovação tecnológica leciona.

Pretende-se, de forma específica, estudar os contratos de transferência de tecnologia em sentido estrito, denominado pelo INPI contratos de fornecimento de tecnologia, ou transmissão de conhecimento (“*know-how*”) não patenteável, não suscetível de proteção pelos institutos de direitos de propriedade industrial postos em nosso ordenamento.

O objetivo ao final é, por meio de extensa análise doutrinária sobre inovação tecnológica e desenvolvimento econômico; análise da tratativa do tema em ordenamentos internacionais; avaliação da legitimidade de invocação do argumento tributário de limitação de dedução fiscal para justificar os atos intervencionais do INPI e análise jurisprudencial dos julgados do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, avaliar possíveis impactos econômicos resultantes da manutenção da postura intervencionista do INPI e de que forma tal fato reflete na aquisição de tecnologia estrangeira por empresas nacionais.

A metodologia empregada no trabalho envolve o uso do método jurídico-interpretativo, contendo fontes diretas e indiretas, com utilização de dados primários e secundários. Utilizam-se dados extraídos das estatísticas do INPI, de estudos do IPEA, legislação específica e da

jurisprudência sobre o tema, bem como análise e estudo da doutrina especializada, através de livros, artigos e legislações interpretadas acerca do tema, de autoria de pesquisadores que se debruçaram sobre os tópicos que serão abordados no desenvolvimento da pesquisa. Adotaram-se como marco teórico os modelos de desenvolvimento econômico traçados por Joseph Schumpeter (1982) e Rober Solow (1956), economistas que se propuseram a analisar o fenômeno do desenvolvimento econômico e suas principais causas. Para Schumpeter, a economia desenvolve-se mediante um fluxo circular, que tende a funcionar em um patamar de equilíbrio. Quando é este último perturbado, há o exercício de uma “força” que exige o estabelecimento de uma nova organização econômica, resultando em desenvolvimento econômico. Indica ser a inovação tecnológica o principal fator responsável pela ruptura de um modelo existente, capaz de gerar efetivo desenvolvimento econômico. Schumpeter denomina essa teoria de “força destruidora da inovação”. A seu turno, Solow é mais enfático ao considerar o conhecimento tecnológico como propulsor do desenvolvimento econômico. Afirma que o único caminho que possibilita efetivo crescimento e desenvolvimento econômico para uma nação é o investimento constante em tecnologia, resultando em permanente absorção de inovações tecnológicas.

Está, portanto, o presente trabalho dividido em seis partes.

O capítulo 2 visa abordar o instituto da intervenção do Estado na economia, descrevendo a Ordem Econômica instituída pela Constituição da República de 1988, abordando especificamente os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, e o instituto limitador a tais princípios, qual seja a função social da propriedade e dos contratos.

O capítulo 3 destina-se a traçar os contornos do instrumento com o qual operacionaliza-se a comercialização de tecnologia, contrapondo os institutos necessários à abordagem aqui proposta – a liberdade contratual e o dirigismo contratual, permeando-se o princípio de que o que é avençado entre as partes adquire força de lei – *pacta sunt servanda*. Ao final, busca-se analisar a disciplina dos instrumentos contratuais internacionais de acordo com a legislação pátria vigente, descrevendo elementos tais como legislação aplicável e eleição de foro para solução de controvérsias, tanto sob a égide da legislação inerente ao direito internacional privado e do instituto da arbitragem.

Já o capítulo 4 aborda o instituto da propriedade industrial, avaliando-se o histórico e evolução do tratamento internacional conferido ao tema, e a forma de relação do Brasil com as Convenções e Acordos válidos no ordenamento internacional. De forma específica, descrevem-se os objetivos e o tratamento da transferência de tecnologia sob a égide do TRIPs - *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, firmado em 1994 no âmbito da

Organização Mundial do Comércio – OMC. Analisa-se a evolução pátria de regramento da matéria, e de forma específica o surgimento e a finalidade do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, bem como descrevem-se os números encontrados que sustentam a afirmativa de que a Brasil é iminentemente um Estado que importa muita tecnologia e investe pouco em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), sendo, portanto, ainda um país que inova pouco, não figurando na lista dos países tecnologicamente desenvolvidos.

No capítulo 5 encontra-se o marco teórico do presente estudo. Neste, descrevem-se teorias clássicas e modernas acerca da inter-relação entre inovação tecnológica e desenvolvimento econômico. Para tanto, trazemos à baila as trajetórias tecnológicas dos Estados Unidos da América (país economicamente desenvolvido desde o século XIX) e da Coreia do Sul, país que, a partir da década de 1970, vivenciou a transição de um modelo econômico fundado na agricultura de subsistência para se tornar uma economia altamente industrializada, resultando em elevados níveis anuais de crescimento econômico.

Neste sentido, o capítulo 6 pretende confrontar os diversos sistemas de tratamento da transferência de tecnologia, abordando especificamente a abordagem comunitária da União Europeia, o sistema estadunidense e demais sistemas adotados por países em desenvolvimento, além de adentrar nos diversos aspectos inerentes ao sistema pátrio de tutela da aquisição de tecnologia, elencando a evolução legislativa acerca do mesmo e as decisões judiciais recentes sobre o tema, resultante na insegurança jurídica que consiste em elemento fundamentalmente motivador do presente estudo.

O capítulo 7 é essencial ao se analisar os institutos da competência tributária, da discricionariedade administrativa, os princípios da legalidade e da eficiência administrativa e a intervenção econômica estatal sobre o domínio econômico através da utilização de normas tributárias indutoras. Tal análise se mostra fundamental para a constatação da existência ou não de legitimidade ao INPI para que este se utilize de norma especificamente tributária para, sem o devido respaldo legal, se imiscuir na relação particular entre os contratantes. Demonstraremos que a utilização de normas tributárias indutoras é uma forma legítima do Estado intervir sobre o domínio econômico, regulando e direcionando as ações dos particulares.

Por fim, as Considerações Finais pretendem consolidar os posicionamentos apresentados neste trabalho e definir, de modo a não exaurir futuros estudos, as linhas gerais acerca da consideração de que a implementação de políticas públicas que visem ao desenvolvimento econômico através da busca pelo progresso tecnológico, através do intercâmbio tecnológico - estímulo à aquisição de tecnologia estrangeira (pronta e testada),

mostra-se um caminho mais rápido para almejarmos o necessário salto tecnológico para nos firmarmos como uma economia tecnologicamente industrializada.

2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Para iniciarmos a presente pesquisa proposta, faz-se mister analisarmos o instituto da intervenção do Estado na economia, considerando-se que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, autarquia federal criada com a finalidade de tutelar os direitos de propriedade industrial no ordenamento jurídico pátrio vigente, é um dos entes estatais designados para atuar nessa esfera econômica e jurídica.

Deve o Estado, ao definir a forma de atuação na economia, seja assumindo posição de agente ou de fomentador de políticas públicas econômicas, pautar-se na necessidade de realizar o contraponto entre a liberdade individual pela busca de acúmulo de riquezas e ganhos particulares, frente à necessidade de zelar e buscar o bem coletivo e social.

Conforme preconiza Fonseca (2001), é clara a finalidade diversa do Estado ao dirigir ou promover a atividade econômica daquela objetivada pelos indivíduos e particulares. Esses, indubitavelmente, sempre buscarão a obtenção do maior lucro possível, com o fim último de atingir o seu bem-estar social, a partir da reunião do maior número possível de recursos e bens. Por outro lado, o Estado, ao priorizar precipuamente o alcance da vantagem para a coletividade, deve almejar a criação de um ambiente propício e condicionante à “prossecução do bem-estar individual” (FONSECA, 2001, p. 33).

Analisando os pensadores que adentraram na discussão acerca da base filosófica dos modelos econômicos surgidos ao longo da história, Fonseca indica que o comportamento individualista do particular foi primeiramente abordado por Epicuro (1973), pensador que desenvolveu seu raciocínio a partir da premissa de que todo o ser humano deve procurar sempre o maior prazer possível. Acatando a premissa estabelecida por Epicuro, Bentham (1948) indicou que todo agir do homem é orientado pelo interesse, reduzindo a moral do homem a um criterioso cálculo dos seus interesses pessoais. Corroborando esse viés utilitarista na análise do comportamento humano, Mill (2000) questiona a legitimação da intervenção estatal em relação aos interesses dos particulares, apontando como critério definidor do limite da atuação estatal o “princípio da maior felicidade”, conceituado por Mill a partir de uma concepção liberal, partindo do pressuposto de que cabe somente ao próprio indivíduo opinar acerca de seus próprios interesses e dos meios para alcançá-los.

Para Grau (2010), da análise do vocábulo intervenção, em seu aspecto mais vigoroso, denota-se a ideia de atuação em área de outrem e, sob o viés econômico aqui proposto, expressa a atuação estatal em área de titularidade do setor privado. Faz então diferenciação entre o que seria intervenção estatal e atuação estatal. Àquela encarrega a atuação direta do Estado, e a esta reserva um significado mais amplo, indicando a atuação do Estado “tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado”. (GRAU, 2010, p. 92).

Antes de adentrarmos na análise dos pressupostos e no formato da intervenção do Estado no domínio econômico, resultantes dos ditames constitucionais estabelecidos pelo diploma de 1988, é importante apontar sucinta evolução histórica do instituto.

Fonseca (2001) observa o crescimento do papel estatal, ao longo deste século, no relacionamento entre os domínios econômicos e jurídicos. Coloca em cheque o escopo da atuação do Estado na economia, frente à concepção desenvolvimentista abarcada pelo conceito de economia de mercado, que consiste em um sistema econômico em que os agentes econômicos podem atuar com pouca interferência governamental – característica inerente ao modelo capitalista – liberdade estipulação de preços, fundada nos ideais da livre iniciativa e livre concorrência.

Aponta Fonseca (2001, p. 214) que, ao analisarmos os momentos históricos de alternância entre momentos de primazia entre intervenção e liberdade, nos depararemos com formas peculiares da relação entre o direito e a economia, pautada na imposição de princípios destinados a reger a interação humana. Assevera que com o surgimento do mercantilismo, no século XIII, surge a ideia de nacionalidade, buscando o Estado a firmação e solidificação do seu poder frente às nações estrangeiras, nascendo então o comércio internacional, impulsionado pela busca de riquezas, necessárias à assunção das despesas públicas.

Ao analisarmos os apontamentos de Smith (1983) acerca do sistema econômico mercantilista, concluiremos que ele destaca que tal sistema se pautou, basicamente, em dois instrumentos necessários ao enriquecimento das nações, quais sejam “o encorajamento à exportação e o desencorajamento à importação”, tendo como fim último “enriquecer o país através de uma balança comercial favorável” (SMITH, 1983, p.217).

Fonseca aponta o mercantilismo como o berço do capitalismo, definindo este como:

um sistema econômico baseado na propriedade privada dos meios de produção, propiciadora de acúmulo de poupança com finalidade de investimento de grandes massas monetárias, dentro de uma organização de livre mercado, através de uma organização permanente e racional. (FONSECA, 2001, p. 217).

Divide em três diferentes prismas a visão acerca do sistema capitalista, quais sejam o político - consubstanciado na ideologia de livre empresa; o jurídico – através da adoção do princípio da propriedade privada dos bens de produção, e, no sentido econômico, adota a apropriação privada dos bens de produção, dando assim origem “à economia de empresa e de mercado”. (FONSECA, 2001, p. 217).

Resultado adverso do sistema mercantilista foi a centralização exacerbada de poderes nas mãos dos soberanos, através do fortalecimento econômico dos Estados, conferindo a estes o poder absoluto frente aos seus tutelados. Surge então, como revolta contra esse fenômeno, os ideais de liberdade e valorização do indivíduo, precursores do liberalismo econômico. Para Fonseca, considerando-se as diversas conotações que podem ser atribuídas ao liberalismo, o que se sucedeu ao mercantilismo foi pautado no princípio “segundo o qual o desenvolvimento econômico deveria fazer-se em conformidade com as leis naturais do mercado” (FONSECA, 2001, p. 218).

Surge então a teoria exteriorizada por Smith, que tem como cerne o conceito de não intervenção do Estado no mercado, pois que este, sujeito às leis naturais inerentes a ele, será conduzido a uma situação de equilíbrio entre os seus integrantes e, na medida em que estes se tornem mais ricos, involuntariamente darão frutos positivos à sociedade, que se tornará rica:

Cada indivíduo esforça-se continuamente por encontrar o emprego mais vantajoso para aquele que seja o capital que detém. Na verdade, aquilo que tem em vista é o seu próprio benefício e não o da sociedade. Mas o juízo da sua própria vantagem leva-o, naturalmente, ou melhor, necessariamente, a preferir o emprego mais vantajoso para a sociedade. (SMITH, 1983, p. 755).

Tal resultado seria atingido através de mecanismo que denominou “mão invisível”, fundado no pressuposto de que não deve o governante, de forma alguma, interferir nesse processo natural de desenvolvimento da economia. Assevera que:

[...] cada indivíduo tenta, tanto quanto possível, aplicar o seu capital no apoio a indústria interna e, por consequência, dirigir essa indústria de modo a que a sua produção tenha o máximo valor, cada um trabalha, necessariamente, para que o crédito anual da sociedade seja o maior possível. Na realidade, ele não pretende, normalmente, promover o bem público, nem sabe até que ponto o está a fazer. Ao preferir apoiar a indústria interna em vez da externa, só está a pensar no seu próprio ganho, e, neste caso como em muitos outros casos, está a ser guiado por uma mão invisível a atingir um fim que não fazia parte das suas intenções. (SMITH, 1983, pp. 757-758).

Fonseca indica que foi esse espírito liberalista que impregnou o que denomina “constitucionalismo do século XIX”, apontando que as Constituições nacionais promulgadas em 1824 e 1891 pautaram-se, no aspecto econômico, no princípio da propriedade individual dos bens de produção, símbolo do sistema econômico capitalista. Denota-se total afastamento da intervenção do Estado na economia, o qual deve ter a única e fundamental função de ser o “garantidor da liberdade de mercado”. (FONSECA, 2001, p. 220).

Ocorre que o sistema capitalista sofre significativa alteração nos meados do século XIX, com o surgimento do fenômeno da criação de grandes grupos econômicos, erigindo o que é denominado por Fonseca como *Estado Industrial*. Concomitantemente a esse novo paradigma industrial, nascem os primeiros questionamentos sobre o absolutismo da liberdade de comércio, dando-se novo enfoque e relevância à atuação do Estado na economia. (FONSECA, 2001, p. 221).

Seguindo essa linha de raciocínio, Salomão Filho (2013) indica que a sociedade norte-americana era o expoente dessa nova modalidade industrial, concluindo que não por acaso nesse cenário surgiu o que, no contexto econômico, é ainda tido como um marco para a intervenção do Estado na economia – o *Sherman Act*, de 1890. De sua análise, depreende que três eram os fatores que influenciavam a vida econômico-social dos Estados Unidos, quais sejam: (i) fenômeno de grande concentração comercial, mormente nos segmentos de telégrafos e estradas de ferro, resultado direto da Guerra Civil ocorrida, fruto da maior tolerância dos Estados face às indústrias diretamente ou indiretamente relacionadas ao esforço bélico; (ii) descontentamento dos empresários do setor agrário, fundando em animosidades regionais entre as regiões norte e oeste do território americano e (iii) a rápida transformação da economia americana, observada a partir do ano de 1865, em que a concentração de capitais, para realização de investimentos fixos e elevados, se fez necessária para suportar o novo ideal de produção em massa. (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 68-70).

Insistindo na análise exposta, Salomão Filho indica que o fenômeno naturalmente resultante dessa busca pela grandeza das empresas norte-americanas ensejou a limitação do número de empresas propícias a atuar de forma efetiva no mercado, bem como estimulou o uso de práticas desleais para com os concorrentes e, o ponto mais grave, imputou aos consumidores efeitos econômicos negativos. Define então o viés do *Sherman Act*, indicando que o ato “é uma lei promulgada em um contexto político-econômico de proteção do consumidor contra o excessivo poder econômico no mercado”. (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 74).

Com o advento do *Sherman Act*, muda-se a ideia até então prevalecente acerca da forma de o Estado tutelar o desenvolvimento da atividade econômica por seus tutelados. De uma postura pautada fortemente no liberalismo, surgido como repulsa natural ao absolutismo do poder estatal do mercantilismo, constata-se que o Estado deve, a fim de evitar distorções na economia que imputarão malefícios - em última ordem, ao consumidor e à sociedade em geral, atuar nessa seara, garantindo a liberdade, leal, na concorrência entre os agentes. Resta, portanto, nos atermos à análise de quando e como deve se dar a atuação estatal na economia, vislumbrando o equilíbrio necessário à criação de condições favoráveis ao crescimento econômico-social do país, com base nos ditames constitucionais da ordem econômica.

Farjat (1982, p. 141, 143), corroborando a mudança no paradigma capitalista exteriorizada, aponta o período entre os anos de 1850 a 1880 como o nascedouro de um novo tipo de capitalismo, o qual denomina capitalismo de grupo, oligopolístico, como “novo Estado industrial”. Conclui que a intervenção do Estado é fruto do fenômeno de concentração de empresas, apontando que tal fenômeno não vem a impactar exclusivamente o ramo do Direito Econômico, mas também o direito do trabalho e do direito social.

Fonseca (2010, p. 193), ao prosseguir na análise histórica do intervencionismo estatal nos diplomas constitucionais nacionais, aponta que a Constituição de 1934 é o marco inicial da disposição de “um título configurador da nova postura do Estados dentro da ordem liberal”. É então atribuída ao Estado duas funções precípuas: a de promover o fomento da economia popular (art. 137) e a de atuar no mercado, através da possibilidade de desenvolvimento monopolista de determinada atividade econômica, mediante lei autorizativa, externado o interesse público naquele setor industrial.

Mas é no diploma de 1937 que surge, pela primeira vez no ordenamento pátrio, a expressão *intervenção do Estado no domínio econômico*, conferindo-a legitimidade na medida em que vise suprir as *deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado* (art. 135). É importante destacar a opção pela supremacia da iniciativa individual no desenvolvimento de atividade econômica, cabendo ao Estado a função de coordenação e fiscalização.

O arcabouço de 1946 instaura, nos dizeres de Fonseca (2010, p. 194, “os pilares da ordem econômica liberal”, através da liberdade de iniciativa e valorização do trabalho humano, designando à intervenção estatal o título de “princípio propulsor do interesse público”, o qual deveria se ater aos limites impostos pela imperiosa observância dos direitos

fundamentais. Tal conclusão é extraída da literal leitura do art. 146 daquela Constituição, que lecionava:

A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

A ideia de *desenvolvimento econômico* como elemento fundante da intervenção estatal na economia surgiu, em nosso ordenamento, na Constituição de 1967. Foi inserido como um dos princípios da ordem econômica, paralelamente aos anteriormente trazidos pelo diploma anterior, quais sejam a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano. Depreende-se desse fato uma alteração da postura do Estado, passando a figurar “não mais como regulador da atividade econômica a ser desenvolvida pelos particulares (titulares da liberdade de iniciativa), mas como um ator, como empresa a competir com a iniciativa privada”. Contudo, limitou o Estado a sua própria liberdade de iniciativa, atribuindo à sua atuação a indispensabilidade, “a ser revelada quer pela exigência da segurança nacional, quer pela inexistência de eficiência do setor privado”, conceito que foi acrescido com a Emenda Constitucional de 1969, com as ideias de preferencialidade e de complementaridade (art. 170). (FONSECA, 2010, p. 195).

Ao analisarmos a trajetória do presente instituto, é importante nos valermos da obra de Ortiz (1993), que ao analisar as razões que determinaram a intervenção estatal na economia, destaca: a *garantia da livre competição*, que se fez necessária após o fracasso da ideia da tendência de um ajuste natural do mercado, o qual, sem a assunção de tarefas pelo Estado, convergiria para a existência de monopólios naturais e estruturas de mercados não competitivas (abuso de posição dominante, monopólio de fato), tendo o Estado que intervir para recriar condições propícias à livre concorrência e *necessidade de eliminação das desigualdades resultantes do capitalismo*, assumindo o Estado o papel de atuar na justiça distributiva, com base na dignidade da pessoa humana. Ortiz indica quatro modalidades da atuação estatal na esfera econômica, quais sejam: (i) regulação econômica – função normativa; (ii) atuação fiscal e financeira – edição de medidas de fomento e dissuasão aos particulares; (iii) iniciativa pública – atuação direta, em iguais condições aos agentes particulares e (iv) reserva exclusiva de alguns setores da economia.

Após abordamos os principais pressupostos conceituais por nós admitidos para o desenvolvimento do presente estudo quanto ao instituto da intervenção do Estado na economia, bem como apontar o percurso histórico do instituto, resta-nos adentrar na análise

do mesmo e face à Ordem Econômica instituída com o advento da CR/88, carta Magna do nosso ordenamento.

Observa Fonseca (2010) que a atribuição empreendedora concedida ao Estado, resultando no baixo índice de eficiência constatada, dá lugar, notadamente nos países ocidentais, ao que denomina “movimento de reprivatização da atividade econômica”, surgindo a principal indagação que ainda inflige os estudiosos das formas e modelos necessários à consecução do desenvolvimento econômico. Faz-se necessária a redefinição do papel estatal frente às exigências dos tempos modernos. Tal questionamento reflete alteração na base da estrutura filosófica que permeou o desenvolvimento da atividade econômica – a qual alternou momentos de soberania de poder estatal, franco liberalismo individual, e intervenção direta e ativa do Estado (assunção de atividades), sendo “preciso compreender que o Estado não tem mais uma postura de dirigente ou impulsionador da economia, mas incumbe-lhe assumir o papel de *facilitador* da atuação da empresa”(FONSECA, 2010, p. 197).

Neste sentido, assevera Merino (1962, p. 45) que “las medidas de intervención estatal son el conjunto de recursos o instrumentos com que cuenta o puede contar el Estado en su misión de orientar y regular el processo econômico”.

Corroborando essa tendência, indica como marco dessa nova concepção abarcada pelo diploma de 1988 o artigo 173, que restringe a exploração direta da atividade econômica pelo Estado a uma medida de exceção, assumindo a regra de não atuação do Estado, de forma direta, no domínio econômico e, ademais, condicionando a exceção a dois fatores imperativos: a segurança nacional e o relevante interesse coletivo (FONSECA, 2010, p. 199). Nos termos do artigo 173 da Constituição: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, *conforme definidos em Lei.*”

Fonseca funda o instituto da intervenção, na forma como disposta na nova ordem econômica constitucional, no princípio da subsidiariedade, “no que tange a deixar aos indivíduos a tarefa de regulamentar a própria atividade, ou de não criar regras que dificultem, em lugar de viabilizar, a atividade econômica” (FONSCECA, 2010, p. 201). Parece-nos assertiva esta aferição, na medida em que, ao analisarmos o art. 174, é expressa a função normativa e reguladora do Estado perante a atividade econômica:

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.

Conforme Oliveira (2008, p. 46-47):

[...] não por ideologia, mas por análise do que dispõe nosso texto constitucional, assevera-se que o Estado não pode explorar diretamente a atividade econômica. Não pode ingressar livremente no mercado para produzir riquezas (pode e deve reservar para si parte delas, por vias obrigatórias e legais, a fim de perseguir seus objetivos”. Não é essa, por definição constitucional, sua missão. Uma vez instituído o Estado, traça ele, no ordenamento jurídico, quais as finalidades que deve alcançar. Fixa, pois, os limites de sua atividade. Apenas por lei específica e tendo em vista “imperativos de segurança nacional” ou atendendo a “relevante interesse coletivo”, tal como a lei definir, é que pode ingressar no processo de produção.

Imperativo, para a hipótese aqui proposta, nos valermos de trecho do Anteprojeto da Comissão de Sistematização da CR/88, apontado por Reale (1989), que leciona que neste instrumento havia sido originariamente atribuída ao Estado, paralelamente às funções de fiscalização, incentivo e planejamento, a função de *controle*, suprimida na submissão do mesmo ao Plenário, ratificando-se, assim, a excepcionalidade da intervenção estatal.

Com efeito, deve ser o Estado guiado pelo objetivo último de conceder a segurança necessária à participação de todos no mercado, quer como empresas ou consumidores, objetivando, mediante a assunção de prudentes políticas públicas e sólido direcionamento normativo-jurídico, propiciar o equilíbrio necessário à efetivação de uma economia de mercado, que deve primar pela observância do princípio da livre iniciativa no campo econômico.

Coaduna desse entendimento o constitucionalista José Afonso da Silva, ao asseverar que a ordem econômica introduzida pelo diploma de 1988, “fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista”. (SILVA, 2010, p.788)

Incumbe-nos neste momento, após traçados os fundamentos constitucionais da intervenção estatal no domínio econômico, adentrar nas modalidades de intervenção do Estado na economia nacional. Para tanto, nos valeremos da distinção realizada por Grau (2010, p. 147): “intervenção por *absorção* ou *participação* (a); intervenção por *direção* (b) e intervenção por *indução* (c).” No primeiro caso, o Estado equipara-se ao particular e desenvolve a atividade econômica como sujeito econômico e, fazendo-o por *absorção*,

assume de forma integral o controle dos meios produtivos de determinado setor, atuando em “regime de monopólio”; agindo por *participação*, o Estado assume parcela dos meios produtivos, atuando em posição de igualdade competitiva frente aos particulares, não existindo aqui a modalidade do monopólio estatal. Tem-se assim que, neste caso, o Estado intervém *no* domínio econômico. Passando para a segunda hipótese, de intervenção por *direção*, tem-se que o Estado “exerce pressão na economia” (GRAU, 2010, p. 147), criando normas compulsórias para os agentes da atividade econômica, comandos imperativos e impositivos de determinados comportamentos a serem necessariamente observados pelos agentes econômicos. Por sua vez, ao intervir por *indução*, a atuação estatal pauta-se na manipulação dos mecanismos de intervenção, através da edição de preceitos prescritivos (ausente, portanto, a característica cogente da *direção*), sempre em conformidade com as leis que regem os mercados (i.e: oneração de setores e sobretaxa importações). Nas duas últimas hipóteses, Grau preconiza que o Estado desenvolve ação economicamente reguladora, intervindo *sobre* o domínio econômico. (GRAU, 2010, p. 147).

Fonseca (2010) aponta, ao realizar análise crítica acerca da intervenção do Estado à luz da ordem econômica instituída em 1988, que nosso atual diploma constitucional atual surgiu imbuído por conceitos econômicos diferenciados, oriundos dos sustentáculos do atual cenário economicamente globalizado. O Estado nacional, com o advento da CR/88, rompe com a tendência francamente intervencionista assumida nas Constituições imediatamente anteriores (1967/1969), mas – critica o autor – ainda se deixou “impregnar de ideias protecionistas originadas de um tradicionalismo incoerente com a moderna tendência da atuação estatal”. (FONSECA, 2010. p. 199).

Reale (1988) já enfatizava os liames da intervenção estatal em 1988 - em artigo intitulado “Inconstitucionalidade de Congelamentos”, dispondo que, da conjugação dos fundamentos e princípios da ordem econômica posta na Constituição vigente, pode-se inferir duas consequências básicas: “a) a livre concorrência deve ser a regra ou diretriz básica da ordem econômica; b) o Estado só deve intervir na vida econômica para evitar a eliminação da concorrência, reprimindo o abuso econômico que vise à obtenção de lucros ilícitos”.

Fonseca (2010, p. 26), avaliando a finalidade, o mote de uma política econômica, indica que a atuação estatal nessa seara “deve ser pautar-se pelo princípio da eficiência”, o qual teve seu conceito e abordagem intensamente correlacionados com a atividade econômica com o advento da Análise Econômica do Direito, mormente com Posner (1998), na escola de Chicago. Posner parte do pressuposto de que a economia está impregnada de valores abarcados pela moral, pela política e pelo direito, estando, portanto, instituída de uma *escala*

desses valores. Considerando que, pautado nos ideais utilitaristas, Posner considera o homem como um maximizador racional de seus interesses e suas satisfações, entende ser a *eficiência* o cerne dessa escala de valores, a qual, em última instância, é também um dos sentidos da ideia de justiça.

Eficiência, como um dos sentidos da justiça, é definida por Posner em obra de sua autoria denominada *Economic Analysis of Law*, como

a utilização dos recursos econômicos de modo que o valor, ou seja, a satisfação humana, em confronto com a vontade de pagar por produtos ou serviços, alcance o nível máximo, através da maximização da diferença entre os custos e as vantagens. (POSNER, 1998, p. 11-15).

Pelo exposto, pode-se afirmar que o domínio econômico, ou o desempenho de atividade econômica, é ambiente inerente à iniciativa privada, restando ao Estado intervir somente em condições especialíssimas e em conformidade com estrita previsão legal. Passemos então à análise mais detida da Ordem Econômica instituída pela Constituição de 1988 e dos fundamentos e princípios que a compõem.

2.1 Ordem Econômica de 1988

Antes de adentrarmos no seio da ordem econômica instituída pela Constituição da República de 1988, é importante nos debruçarmos um pouco acerca do conceito de constituição econômica.

Fonseca, aponta que, historicamente, o conceito de constituição econômica surge após a 1ª Grande Guerra. Diante do estado de guerra que foi instaurado nos países envolvidos, o Estado se viu obrigado a direcionar a política econômica, exercendo seu poder intervencionista, buscando a racionalização do consumo de bens alimentícios, freando a exportação de capitais e estabilizando os preços. (FONSECA, 2001, p. 53).

Acresce ao acontecimento exposto como fatores de surgimento do conceito de Constituição Econômica a crise do capitalismo de 1929 e a 2ª Guerra Mundial. Consolidam-se assim as ideias de regulação das relações econômicas pelo Estado (FONSECA, 2001, p. 53).

Para Grau, ganha corpo o conceito a partir das considerações acerca da “vida econômica” trazidas pela Constituição alemã conhecida como Weimar, no século passado, em 11.08.1919. (GRAU, 2010, p. 77).

Apontados os pontos históricos do instituto, fato é que, como posto por João Bosco, “Constituição econômica se corporifica no modo pelo qual o Direito pretende relacionar-se

com a Economia, a forma pela qual o jurídico entra em interação com o econômico” (FONSECA, 2001, p. 50).

Aprofundando-se à essencialidade e entendimento de uma Constituição Econômica e, até mesmo do conceito de ordem econômica, Fonseca adota a relevância da diferenciação de conceito entre *sistema* econômico e *regime* econômico. Para tanto, adota, no que se refere a *sistema* econômico, o conceito de “um conjunto coerente de estruturas econômicas, políticas, culturais e jurídicas, caracterizando no plano teórico ou ideal o espírito, a forma e a técnica da atividade econômica de uma nação – a base econômica. Já quanto a *regime* econômico, estabelece que este se constitui a partir da aplicação concreta do sistema adotado (FONSECA, 2001, p. 52).

Tanto Fonseca quanto Grau, ao conceituarem Constituição Econômica, valem-se do conceito posto por Moreira, qual seja:

O conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e, constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica [...]. (MOREIRA, 1979, p. 69-70).

Grau acresce ao conceito posto a ideia de que a constituição econômica aborda a essencialidade e os princípios gerais do Direito da Economia, que definem e garantem a estrutura econômica nacional e a organização e o funcionamento dessa estrutura. (GRAU, 2010, p. 78.).

Desta forma, o autor estabelece como finalidade de uma Constituição econômica a “consagração de um determinado sistema econômico”, institucionalizando a ordem econômica, vez que, caso assim não o seja, não se pode falar em constituição econômica (GRAU, 2010, p. 79).

Do conceito de Vital já indicado, Fonseca infere que se pode, então:

extrair todos os elementos que levam a conceituar o papel do Estado na edição de normas destinadas a reger o fenômeno econômico, bem como, especificamente, a sua função de ordenador dos mecanismos de mercado. (FONSECA, 2001, p. 54).

A Constituição da República de 1988, refletindo o espírito da ordem econômica mundial surgida após os acontecimentos apontados, e no ensejo de consolidar o Brasil como um país em que vige a economia de mercado, prima pela intervenção estatal na manutenção de um ambiente concorrencial favorável ao desenvolvimento e crescimento econômico ou na regulação de serviços públicos essenciais, mesmo que prestados na forma de concessão.

Assim, estabelece como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Este último, qual seja a livre iniciativa, é indicada, inclusive, em nossa Carta Magna como um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso IV), ao lado da soberania, cidadania, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político. Neste sentido, colocou o Estado como ente subsidiário, transferindo aos agentes econômicos a função de controlar e atuar na economia nacional. (RAGAZZO, 2005, p.21).

Para Fonseca, o artigo 170 da CR/88 “traça a estrutura geral do ordenamento jurídico econômico”, apontando a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da república. Assevera ainda que tais fundamentos aqui estabelecidos pelo constituinte eram tratados, nos diplomas de 1967-1969, como princípios, tendo sido elevados à condição de fundamento da República em nosso diploma constitucional vigente (FONSECA, 2001, p. 87-88).

O modelo econômico então adotado pelo legislador constituinte se baseia no desempenho da atividade econômica pelos particulares, optando pela política de intervenção mínima, na promoção do desenvolvimento socioeconômico, bem como no bem-estar social. (RAGAZZO, 2005, p.21).

Com efeito, foi a livre iniciativa elevada ao posto de fundamento da República com o objetivo de ser um instrumento que deve ter como pressuposto a garantia de existência digna dos cidadãos, condicionando a sua interpretação ou o seu exercício a alguns princípios informadores, como o princípio da livre concorrência (artigo 170, inciso IV) e o da defesa do consumidor (artigo 170, inciso V).

No entendimento de Ragazzo, assim o fez o legislador com o intuito de afastar a interpretação liberal clássica de absoluta liberdade de comércio, ou da livre iniciativa. Considerando o legislador que há, na prática, a possibilidade de distorções mercadológicas, motivadas pelo abuso do poder econômico por certos agentes, deixou claro “que a presença do Estado (na sua vertente fiscalizadora) assegura a liberdade dos e entre os agentes econômicos”. (RAGAZZO, 2005, p.21).

Aponta Ragazzo como núcleo dessa nova ordem a função social, para a qual o princípio da livre concorrência se torna extremamente relevante, por transparecer a função de limitador da livre iniciativa, assumindo aquela posição de destaque e observância na análise e exercício da atividade econômica instaurada sob a égide da Constituição de 1988.

Observa Grau que a CR/88, ao dispor nos artigos 170 e seguintes acerca da Ordem Econômica, implantou nova ordem, ao estabelecer “diretrizes, programas e fins que enuncia”, a serem realizados tanto pelo Estado quanto pela sociedade. (GRAU, 2010, p.174).

Com efeito, nota-se uma mudança de postura do Estado brasileiro em face às relações econômicas, primando pela livre iniciativa, delimitando sua intervenção à esfera condicionada à autorização, prévia, mediante Lei, que autorize a mitigação da liberdade dos particulares. Nos dizeres de Vidigal (1988), ao analisar o Projeto que restou convertido no diploma constitucional de 1988, “evidencia-se repulsa à posição estadista do Constituição de 1967/69”, asseverando que a nova ordem econômica proposta:

[...] peculiarizava-se pelo conjunto das normas que, reduzindo os excessivos poderes que se havia conferido ao Estado, amplia, mais do que proporcionalmente, faculdades dos que exercem trabalho e fortalecem seu poder compensatório. (VIDIGAL, 1988, p.383).

Para referido autor, a única justificativa para a presença do Estado na economia é a fiscalização, o exercício ostensivo do seu poder de polícia. (VIDIGAL, 1988, p.401).

O escopo da atuação estatal deve, portanto, ser definido em leis que visem coibir abusos e afastar interferências na livre concorrência nos mercados. Na pesquisa aqui proposta, tentaremos demonstrar que, sob a égide dos fundamentos trazidos pela Constituição de 88, e considerando-se que não há, em nosso ordenamento infraconstitucional vigente, lei que autorize ou determine que o INPI se infira em condições contratuais e comerciais entabuladas pelas partes, torna-se totalmente descabível a interferência que não seja única e exclusivamente pautada na finalidade de examinar o preenchimento dos requisitos formais necessários à averbação dos contratos de transferência de tecnologia.

2.1.1 Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência

Nos dizeres de Ragazzo, no século XVIII vigorou o modelo conhecido como liberalismo clássico, cabendo ao Estado uma interferência mínima no mercado, assumindo uma posição de “mero garantidor das liberdades individuais”. Ainda segundo o autor, o desenvolvimento econômico e o bem-estar social eram tidos como fruto da conjugação dos interesses sociais. (RAGAZZO, 2005, p.17)

Desta forma, sustenta Ragazzo (2005) que a estrutura de mercado que preponderava à época era atomizada, o que significa dizer não existiam condições que induzissem os agentes a obterem vantajoso poder de mercado, de forma a, unilateralmente, conseguirem afetar de forma significativa a formação de preços (controle oferta e demanda dos produtos). Neste sentido, assevera que os mercados eram competitivos, inexistindo então maiores razões para

que o Estado se preocupasse em intervir na economia para buscar a manutenção de um ambiente concorrencialmente saudável.

Carlos Ragazzo aponta que tal situação tem como momento de ruptura a Revolução Industrial, que transpareceu mudança na utilização de mão de obra iminentemente braçal por um sistema de aperfeiçoamento de técnicas de produção e distribuição, mediante a introdução de maquinários capazes de maximizar a exploração da atividade industrial, permitindo assim o aumento do poder econômico de agentes e concentração dos mesmos. Sustenta ainda ter, acompanhando a alteração econômica descrita, surgido o fenômeno de operações societárias mais próximas das hoje ainda praticadas, resultando na diminuição no número de agentes de mercado em função do fenômeno de aglomeração de empresas.

Observa-se assim uma alteração profunda na estrutura do mercado, seja através do aumento de poder de mercado fruto de concentração de agentes, ou de crescimento próprio advindo da mudança de modo e ganhos de eficiência produtiva, surgindo assim as figuras conhecidas como oligopólios e monopólios. (RAGAZZO, 2005 p.17).

Tais figuras constituem formas de manifestação de poder de mercado, potencialmente malélicas a uma estrutura competitivamente saudável e desejável à consecução do interesse social, na medida em que um agente ou um grupo de agentes passa a deter condições suficientes para desequilibrar o sistema de oferta de bens ou serviços e controle de preços praticados (SALOMÃO FILHO, 2007, p.92).

Salomão Filho faz importante ressalva ao indicar que não é correto afirmar que a teoria do monopólio aplica-se somente às empresas que detêm a totalidade do mercado em análise, mas também a situações em que o agente detém parcela substancial do mesmo, ao passo que seus concorrentes atuem em situação de tamanha equivalência que não possuam condições de exercer qualquer influência sobre os preços do mercado. Aponta como efeitos malélicos dessa estrutura: **(i)** *dead-weight loss*, que consiste na exclusão de um número de consumidores do produto como resultado do aumento de preços praticados pelo agente, ocasionando então o desperdício do montante dos recursos que não ficam nem com os consumidores e nem transferidos aos agentes (empresas); **(ii)** destinação dos recursos transferidos, vez que o monopolista, ao obter faturamento adicional como resultado direto da prática de preços elevados (monopolistas), estará mais disposto a reinvestir parte desse montante na manutenção de sua posição, transformando-se em última instância em perdas sociais e; **(iii)** desestímulo à inovação tecnológica, consequência direta do ato de obter posição que não mais demande um constante investimento no aprimoramento dos seus produtos ou métodos de produção (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 144-146).

Já quanto à figura do oligopólio, o autor afirma que para sua configuração é necessária a existência de dois elementos básicos, quais sejam o comportamento *paralelo* e *intencional*. Quanto ao comportamento *paralelo*, caracteriza-o como resultado da movimentação paralela de preços; formação comum de estoques ou manutenção da participação de mercado. Aponta a dificuldade da constatação de tal elemento pelo fato de que um comportamento paralelo de concorrentes pode ser decorrente de fatores mercadológicos naturais e não necessariamente fruto de ações coordenadas e intencionais, elencando como tais hipóteses a pressão de custos sofrida por diversos agentes ou uma consequência direta da concorrência, considerando-se um elevado índice de substituíbilidade dos produtos, propício à migração em massa de consumidores para o produto de seus concorrentes, consistindo ambas as situações em comportamentos determinados “(a) pelas circunstâncias do momento ou (b) pela racionalidade de agentes que atuam como verdadeiros concorrentes”. (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 153).

Quanto à *intencionalidade* do comportamento, Salomão Filho afirma que pode ser indicada pela “reação imediata dos agentes econômicos aos movimentos de seus pares”, com um rápido aumento de preços no mercado, demonstrando que tal fenômeno não é decorrente de uma pressão de demanda, mas sim “de um bem-estruturado sistema de troca intencional de informações”. Para o autor, elemento fundamental para possibilitar o comportamento paralelo e intencional é a existência de um número não tão elevado de agentes e a detenção, por estes, de uma participação de mercado relativamente alta e não tão dispare. (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 155).

Aflora assim o fenômeno econômico conhecido como concentração de capital e descrito por Ragazzo (2005) como a capacidade de manipulação de preços e quantidade de produto por um agente, com o objetivo de aumento de lucro. Aumenta-se então de forma significativa o poder de certas empresas ou grupos, e não tarda a sociedade a reagir a tal fenômeno, tendo tal reação como causa pressões populares que objetivaram a diminuição desta liberdade de concentração.

O referido autor indica o fenômeno descrito como o mote para o surgimento de leis de defesa da concorrência, fruto então das alterações nas estruturas vigentes até a Revolução Industrial, em que o mercado podia ser considerado competitivo e atomizado, preponderando uma equivalência entre os agentes econômicos. Descreve ainda que o surgimento do direito da concorrência se deu “primeiro no Canadá e, logo após, nos Estados Unidos”. (RAGAZZO, 2005, p.17).

Tais legislações surgem então com a preocupação do Estado com a manutenção da liberdade e igualdade dos agentes nos mercados de bens e serviços, vislumbrando-se evitar os efetivos e potenciais abusos dos agentes econômicos, que conseguiram atingir poder de mercado. (RAGAZZO, 2005, p.17).

No Brasil, os primeiros diplomas constitucionais (1824 e 1891), influenciados pela concepção clássica do liberalismo econômico, não dispuseram acerca de regras que possibilitavam ao Estado intervir na economia, não legitimando a este um papel maior nessa seara. Observa-se uma alteração de cenário a partir da Constituição de 1934, ao introduzir a prerrogativa do Estado em estabelecer regras acerca da organização econômica, limitando, contudo, suas atribuições a meras garantidoras da liberdade de mercado. Apesar da timidez de tal normativa, tal liberdade já deveria ser precedida da observância da necessidade de se garantir a existência digna de todos os cidadãos, através da consecução dos princípios da justiça. (RAGAZZO, 2005, p.19).

A primeira lei de Defesa da Concorrência em nosso ordenamento foi promulgada em 1962, após um período de 14 anos de arrastamento do projeto inicial, datado de 1948. Foi promulgada sob a égide da vigência da Constituição de 1946, em 10 de setembro de 1962, sob o nº 4.137, e regulamentava então o Artigo 148 daquele diploma, o qual estabelecia a repressão a qualquer forma de abuso de poder econômico, com o fim de domínio de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros. Criou o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica –, implementado assim o primeiro tribunal de defesa da concorrência no país. A aplicação da lei restou prejudicada pela assunção ao poder, pouco tempo depois, do regime militar, consubstanciado num intervencionismo exacerbado em todos os setores políticos e sociais, e também o econômico. (RAGAZZO, 2005, p.20).

Para o autor, durante o período militar, não pode se dizer que houve sequer um modelo econômico no qual existisse concorrência, não podendo se cogitar a efetividade de um sistema que visasse à defesa desse instituto. Tal situação de afirmação de um sistema concorrencial efetivo, primando pela iniciativa baseada na livre concorrência, veio a ser alterada com o advento da CR/88, com o advento da chamada Ordem Econômica de 1988, em que nos debruçamos no item 1.1 (RAGAZZO, 2005, p.20)

Sob a égide do Direito Econômico e do exercício da atividade econômica, segundo Ragazzo, a regra geral era e permanece sendo a de se primar pela livre iniciativa. O que ocorreu foi que, resultante da alteração de cenário apontada, observou-se que a limitação da livre iniciativa por vezes se faz necessária, em “razão de que preços e quantidade, além de outras condições mercadológicas, poderiam ser alterados de modo artificial (e, portanto,

prejudicial) por agentes dotados de grande poder de mercado” (RAGAZZO, 2005 p.18), fato este que passa então a ameaçar o alcance do bem-estar, exigindo então do Estado uma postura mais interventiva.

Nesse sentido, aponta Ragazzo a necessária diferenciação entre a livre iniciativa e a livre concorrência. Destaca que nem toda forma de competição é lícita e, portanto, desejável e benéfica para a manutenção de um mercado competitivo. Cabe assim ao Estado impedir e coibir a prática de condutas anticompetitivas, potencialmente maléficas aos consumidores e à sociedade de maneira geral.

Opina que as liberdades, nem mesmo a livre iniciativa, são absolutas, prestando então o princípio da livre concorrência a ser utilizado como fundamento que busca impedir que agentes econômicos possam “desvirtuar as prerrogativas de liberdade de iniciativa, prejudicando a sociedade e os mercados”. (RAGAZZO, 2005, p.18). A intervenção estatal na economia, limitando a exacerbação da livre iniciativa pelos agentes econômicos com fulcro no princípio da livre concorrência, faz-se necessária à preservação da liberdade e igualdade econômicas.

Sustenta ter ocorrido o que denominou destronamento do lema *laissez-faire*, necessária aos ditames da socialização do Direito. Com efeito, o Estado afasta a postura de intervenção mínima na economia para obrigar que os particulares, no desempenho das atividades industriais e econômicas, o auxiliem na consecução da função social, atribuindo-a como requisito a ser considerado na relação entre particulares. Aponta assim o princípio da livre concorrência como uma baliza do princípio da livre iniciativa.

Tal assertiva não configura, para o mesmo autor, a ideia de que um Estado intervencionista traduz um maior benefício para a economia nacional. Ragazzo indica que o Brasil ainda não integrou a livre concorrência como um valor na sua cultura econômica. Aponta como razão o fato de que tivemos um longo período em que vigorou uma política econômica de controle de preços, implementada na época de governança pelo controle ditatorial, ocasionando assim “a perspectiva de que a figura de um Estado intervencionista, fixando condições de mercado, seria a melhor solução para maximizar o bem-estar social.” (RAGAZZO, 2005, p.24). Indica que primar por um modelo econômico que se baseie na livre iniciativa é sempre mais interessante, pois a opção por se tornar uma economia de mercado seria um interessante caminho para o crescimento e desenvolvimento econômico, restando ao Estado a função de garantir a livre concorrência, devendo, portanto, intervir na relação entre particulares somente quanto extremamente necessário para sanar e/ou evitar distorções de

mercado, tanto sob o aspecto de correção de falhas de mercado como em virtude da essencialidade dos serviços (saneamento, telecomunicações etc.).

Aponta então a opção do legislador nacional de adotar a regra de economia de mercado quando da promulgação da Constituição da República de 1988, condicionando de forma expressa o exercício da livre iniciativa aos limites do princípio da livre concorrência, como “a grande salvaguarda da igualdade de competição entre os agentes econômicos.” (RAGAZZO, 2005, p.24).

Com efeito, define o escopo do princípio da livre concorrência como aquele que:

impõe obrigações positivas e negativas aos agentes econômicos. Se de um lado permite a adoção de quaisquer técnicas lícitas de conquista de mercado – para o que conta com a neutralidade do Estado – de outro proíbe (e pune, se for o caso) a utilização de meios que falseiem a livre competição. (RAGAZZO, 2005, p.24).

Corroborando tal entendimento Fonseca, afirmando que a Constituição Federal de 1988, ao assumir a postura ideológica de transformar a República brasileira em uma economia de mercado, garante a livre concorrência como meio de se atingir o equilíbrio entre o direito de pequenas empresas entrarem e permanecerem nos mercados, e o dos grandes grupos econômicos o fazerem. Completa ainda sua assertiva indicando que houve um abandono da conotação repressiva do abuso do poder por um aspecto positivo de adoção do princípio que visa assegurar a liberdade da concorrência. (FONSECA, 2001, p. 90).

Tal mudança de direcionamento foi ratificada com a promulgação da Lei 8.884/94, que pode ser igualmente identificada na Lei 12.529/11 (Nova Lei da Concorrência), a qual, com pequena alteração em relação à lei de 1994, em seu artigo 1º, dispõe que:

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

Clareando esse novo direcionamento embutido em nosso ordenamento pela nova ordem constitucional, Vaz aponta que o Constituinte, dispondo o princípio da livre concorrência no inciso 4º do art. 170, claramente afastou eventual regime penal ao tratar da matéria, vez que “procurou adotar, predominantemente, um princípio garantidor da livre ação concorrencial” (VAZ, 1992, p.10).

Também nesse sentido, Grau retira da livre iniciativa o seu caráter individualista, considerando-a como um fundamento da República brasileira na medida do “quanto expressa de socialmente valioso”, apontando que sua análise é necessariamente complementada através da ponderação sobre esta exercida pelo princípio da livre concorrência. (GRAU, 2010, p. 202/203).

Critica a amplitude dada à livre iniciativa, pois, ao considerá-la como expressão de desdobramento da liberdade, torna seu conceito “extremamente amplo”, estabelecendo então que não podemos visualizar no princípio da livre iniciativa “tão-somente uma afirmação do capitalismo”. Sustenta tal entendimento no fato de que o princípio, nem mesmo em sua origem, dada na concepção ideal de um Estado extremamente liberal e não intervencionista na iniciativa econômica privada, detinha a dotação de caráter absoluto, indicando que:

O princípio da liberdade de iniciativa econômica – originariamente postulado no édito de Turgot, de 09 de fevereiro de 1776 – inscreve-se plenamente no Decreto d’Allarde, de 2-17 de março de 1791, cujo art. 7º determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma “patente” (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis. (GRAU, 2010, p. 205).

Grau atribui ao princípio da livre iniciativa uma “dupla face”, dividindo-o enquanto (i) liberdade de comércio e indústria e (ii) liberdade de concorrência. Naquele sentido, atribui a ele a faculdade de exploração de uma atividade econômica não sujeita à intervenção estatal senão em virtude de lei e, neste, a faculdade de conquista de clientela desde que não exercidas práticas desleais de concorrência e proibição de práticas maléficas que deteriore a concorrência. (GRAU, 2010, p. 206).

Atribui ao conceito de livre iniciativa, como posto pela CR/88, não somente a liberdade de exercício de atividade empresária, mas também ao trabalho, conjugando-a com a valorização do trabalho humano, atribuindo a ambos, como fundamento, a liberdade. (GRAU, 2010, p. 208).

Desta forma, Grau enfatiza que o princípio da livre iniciativa, desde o seu surgimento, sempre foi relativizado e transpõe uma garantia da legalidade na medida em que o conceitua da seguinte forma: “**liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei**”. (grifo nosso).

Fundamental então que o Estado, observando os ditames inseridos pela Ordem Econômica de 1988, prime pela intervenção mínima na relação entre particulares. A complementariedade entre os princípios aqui tratados é inegável, mas também se faz fundamental termos em mente a distinção essencial entre ambos os conceitos. Conforme Reale, ainda em 1988 em artigo intitulado “Inconstitucionalidade de Congelamentos”, a livre iniciativa é, além de liberdade de escolha de profissões e desenvolvimento de atividades econômicas, a autonomia de escolha, pelos particulares, dos processos e meios que, em suas respectivas concepções, se tornem mais adequados para a consecução dos objetivos.

Em que pese explorarmos esse ponto em momento futuro deste estudo, adiantamos que, diante do exposto, na celebração de Contratos de Transferência de Tecnologia, estão ali as partes externando a comum intenção de escolha daquele meio para a consecução dos respectivos objetivos (do cedente, em fruir do seu direito como detentor da tecnologia; do receptor, de buscar a inovação de seu produtivo e propiciar futuros avanços a partir da absorção da tecnologia escolhida), desde que presentes os respectivos formais estabelecidos pela legislação atinente ao tema vigente, não nos parece plausível e legítimo que o INPI intervenha na livre pactuação das partes, únicas cientes de seus objetivos e necessidades econômicas.

2.1.2 A função social da propriedade e dos contratos

Avançando na análise da ordem constitucional econômica institucionalizada em 1988, após termos tratado do fundamento da ordem econômica vigente em nosso ordenamento – a livre iniciativa, sob a ótica da efetividade do princípio da livre concorrência, incumbe-nos, agora, partir para a análise do princípio da função social da propriedade, considerando sua relevância para a presente pesquisa. Tal princípio foi inserido pelo legislador na ordem econômica de 1988 como um dos requisitos a serem observados no exercício da atividade econômica pelos agentes econômicos.

Neste momento trataremos tão-somente do conceito da função social da propriedade e dos contratos, vez que adentraremos no conceito e características da propriedade no item seguinte, quando abordaremos as perspectivas estática e dinâmica deste instituto, diferenciação que se faz necessária para explorarmos as diferenças e similitudes inerentes à propriedade material (Direito Civil) e à propriedade intelectual.

A função social também foi expressamente inserida em nosso direito contratual, considerando-se a premissa de consistir o contrato em instrumento que possibilita a circulação

de riquezas, através da formalização de transações comerciais e econômicas celebradas entre agentes econômicos.

Nos dizeres de Salomão Filho, contata-se na sociedade uma prevalência de aspectos políticos e econômicos que norteiam a vida social, resultando assim que a função social “aparece como sendo uma função política e social”. Fica evidente então a alteração substancial no conceito tradicional de contrato, resultante do fenômeno da industrialização. Antes, aplicava-se tão-somente o princípio da liberdade das partes (tendo como núcleo a autonomia da vontade), consistindo na liberdade plena de contratação (com quem e o quê), conjugado com a força vinculante obrigatória dos instrumentos (*pacta sunt servanda*). Com a decadência do individualismo, ficou o direito dos contratos obrigado a se adaptar às mudanças sociais experimentadas, ganhando, assim, nova função: “a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual”. (SALOMÃO FILHO. RT 823/67).

Para Marques (2006, p. 166-167), surge assim um elemento básico para a sociedade como um todo, qual seja o *interesse social*, núcleo da função social do contrato e limitador da autonomia privada, que, por vezes, foi a causa da externalidade de desproporção de prestações contratuais e até mesmo fator de aviltamento da dignidade da pessoa humana.

Com a atribuição da função social ao contrato, passa o fenômeno da contratação a ser mero instrumento de exercício particular de autodeterminação privada para se tornar um interesse que deve também zelar pelos interesses da coletividade. O sentido de atribuir ao contrato uma função social está em reconhecer que este, ainda que ato realizado entre particulares, é “instrumento de organização social e econômica, devendo, portanto, levar em conta os interesses institucionais que o cercam”. Exige-se uma ponderação na análise do resultado depreendido da declaração de vontade das partes, a qual deve ser observada com o olhar fundado no interesse social da coletividade. (NERY, 2010, p. 65).

Desta forma, além das funções *econômica*, de promover a circulação de riquezas na sociedade, e *jurídica*, de tutelar e regular as relações entabuladas pelos contratantes, passa a incorporar a função de promoção dos valores da justiça social, da livre iniciativa e do princípio da dignidade da pessoa humana, descabível, portanto, que sirva de instrumento que seja potencialmente prejudicial à coletividade social. Deve o contrato, portanto, não ser compreendido apenas sob o ponto de vista de sua base subjetiva – expressão máxima da liberdade contratual; mas, agora, principalmente, sob o ponto de vista de sua base objetiva – de sua função social. (NERY, 2010, p. 66).

Nosso ordenamento jurídico vigente dispõe de forma expressa acerca da função social do contrato. Indica o art. 421 do Código Civil que: “A *liberdade de contratar será exercida*

em razão e nos limites da função social do contrato”. Como posto, optou o legislador a vincular, de forma expressa, a eficácia do negócio jurídico à observância do princípio da função social, ou seja, à análise dos benefícios resultantes do negócio do mundo dos fatos.

Santos (RDPriv 13/99) indica como requisito para a efetividade da função social do contrato a adequada ponderação entre três princípios que considera basilares ao direito contratual, quais sejam a autonomia privada, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual. Entende que se esses princípios não estiverem presentes na relação contratual, não há como avocar o cumprimento da função social do instrumento contratual, resumindo-se assim à mera imposição da vontade de uma das partes sobre a outra (inobservância do princípio da autonomia privada das partes), ou a um contrato abusivo e desleal (inexistência boa-fé contratual) ou ainda se configurará como um contrato injusto, se não consignar o princípio do equilíbrio contratual.

Para Waldman (RDC 59/127), atribuir função social a um contrato é contribuir para a realização do bem comum, criando-se condições para que todos os membros da sociedade possam encontrar seu pleno desenvolvimento. Cumprirá o contrato sua função social quando for justo e útil, estando as partes contraentes pautadas em valores sociais.

Lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Nery que, sempre que em um instrumento contratual a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, existindo vantagem excessiva a uma em detrimento da outra parte, estaremos diante de um ato que desatende, por completo, à sua função social. (NERY; NERY, 2004, p. 531, coment. 14 CC 421).

Neste sentido, assevera Salomão Filho que, em havendo desrespeito à função social do contrato, a obrigação principal torna-se inexecutável, não sendo possível, ainda, atribuir eficácia relativa, por se tornar o instrumento um contrato antissocial. (SALOMÃO FILHO. RT 823/67).

A ideia de propriedade como direito primário, subjetivo e absoluto permeou os diplomas legais e as políticas empregadas nos modelos governamentais da grande maioria dos países acerca do instituto num passado recente. É comum a visão, tanto para governantes como para cidadãos e até acadêmicos, de que os limites à propriedade encontram-se apenas no direito de terceiros e no interesse público, fundada no pressuposto de que quem é proprietário pode usar, gozar dos benefícios e dispor do seu bem da maneira como lhe convier. Tais pressupostos tornam-se então imprescindíveis para o exercício da autonomia individual pelos indivíduos, configurando-se a autonomia individual e propriedade institutos entrelaçados,

núcleo da ideia do conceito liberal clássico acerca da propriedade. (FOSTER; BONILLA. 2011. p. 101.).

O referido conceito liberal clássico, por exacerbar a autonomia privada na conceituação de propriedade, é alvo de críticas, aplicadas pelas perspectivas teóricas do liberalismo igualitário, do socialismo e do comunismo. De maneira geral, convergem tais críticas para a ideia nerval de ser a teoria liberal clássica incompleta e injusta – desconsidera as conexões e obrigações que os sujeitos (proprietários) possuem com a comunidade e enfatizam os malefícios que esse direito (absoluto) tem na distribuição de riquezas. (FOSTER; BONILLA. 2011. p. 101).

Surge então no universo jurídico, segundo Foster e Bonilla, no século XX, a ideia de relativização da propriedade, ou conceito alternativo de propriedade, o qual vem a ser denominado *função social da propriedade*. Tal forma de entendimento acerca da propriedade foi paradigmaticamente articulado por *León Duguit*, o qual sustenta não consistir a propriedade em um direito por si só, mas, antes, em uma função social. Não pode o proprietário dispor e usufruir como quiser de seus bens; é ele obrigado a torná-los produtivos, fazendo com que a riqueza por ele controlada seja posta a serviço da sociedade através da realização de transações econômicas. Caso o proprietário não aja desta forma, deve então o Estado intervir de forma a encorajá-lo a buscar o exercício da função social pelos seus bens ou puni-lo, mediante, por exemplo, o emprego da taxaçoão ou expropriaçoão. (FOSTER; BONILLA. 2011. p. 103.).

Geiger (2013, p. 7) indica que a ideia de função social da propriedade foi concebida por filósofos em época consideravelmente longínqua, citando que Thomas de Aquino considerou que a propriedade privada seria justa na medida e extensão em que servisse a interesses gerais, passando a ser inserida no campo legal no século XX.

A base da função social da propriedade assenta-se no pressuposto de que uma realidade social ideal reconhece a solidariedade como um dos seus fundamentos primários. Para *Leon Duguit*, a raiz da fraqueza da teoria liberal clássica está na total dissociação do indivíduo para com a sociedade na qual está inserido – os indivíduos são essencialmente autônomos e racionais. Para ele, tal conceito de sociedade é inaceitável diante do contexto atual da realidade social, em que a interdependência entre os seus membros é latente e passa a ser a principal característica da definição de sociedade. Segundo *Duguit*, a solidariedade, portanto, não constitui um princípio ou um ideal, mas sim um fato social atual. Com efeito, desafia as teorias individualista e natural metafísica contidas no conceito liberal do direito de propriedade, apontado como documentos políticos-legais mais representativos desse conceito

a “*Declaration of the rights of the man of 1789*” e o “código napoleônico”. (FOSTER; BONILLA, 2011. p. 104.).

Duguit baseia sua crítica ao modelo liberal clássico de conceituação de propriedade em três componentes: (i) a suposição de partida do liberalismo clássico – existência de indivíduos isolados, o que não corresponde com a natureza do ser humano e a realizada social hoje experimentada; (ii) a existência de uma inconsistência, no seu ponto de vista, acerca da ideia de indivíduos isolados e o direito de propriedade – se as pessoas vivem de forma independente e separada na sociedade, não haveria que se falar em um direito que impõe obrigações negativas e restritivas a terceiros, vez que os cidadãos não se correlacionam e (iii) a assunção da ideia liberal clássica de que a propriedade possui o fim único de servir aos interesses individuais dos proprietários. Foster e Bonilla ressaltam que *Duguit* não construiu sua teoria fundado na teoria socialista e de forma opositora ao capitalismo (que tem a propriedade e a fruição dos bens como núcleo). O que ele propõe é o conceito de consistir a propriedade em um instituto que, independentemente da fruição e gozo por parte do proprietário, deve ser colocado a serviço da comunidade, não podendo a riqueza concentrada na propriedade permanecer improdutiva. Foster e Bonilla denominam a ideia de *Duguit* acerca da função social da propriedade de “*regra da produtividade*”. (FOSTER; BONILLA. 2011. p. 105).

A relativização do conceito de propriedade, tratado de forma absoluta e individualista pelo liberalismo clássico, através do advento da ideia da função social da propriedade, foi incorporada à suprema maioria dos sistemas legais europeus e americanos, tonando-se poderoso instrumento para a instituição de políticas de distribuição de terras. (FOSTER; BONILLA. 2011. p. 106).

No ordenamento jurídico brasileiro, a função social da propriedade surge como princípio constitucional a partir da Constituição de 1934 (ausente na Constituição de 1937), texto este que, como já comentado, rompeu com o direcionamento liberal contido nos textos constitucionais anteriores de 1824 e 1891, “em que se garantia o direito de propriedade em toda a sua plenitude”. (FONSECA, 2005, p. 89).

Para Rosa Nery, desempenha o direito diversas funções na sociedade: pacificadora, de equilíbrio, de segurança e de justiça, fundadas no objetivo comum da humanidade, que é a formação de uma comunidade solidária e fraterna, capaz de preservar a estrutura social e de suportar as fraquezas do homem perante a vida. Atribui ao direito a necessidade de o analisarmos com uma visão sistemática, possibilitando o alcance da justiça através de

institutos que preservem a paz e o equilíbrio social sem comprometer a “certeza do direito”, componente ético da segurança social. (NERY, Rosa. 2008, p. 248).

Assevera Comparato (RDM 63/73) que a propriedade sempre foi justificada como modo de o indivíduo se proteger e à sua família contra as necessidades materiais de subsistência. Partindo dessa premissa, Grau observa que propriedade, vista com esse enfoque, consiste em um direito individual, cumprindo, exclusivamente, uma função individual. A esta não seria imputável a função social, cabendo como forma repressão a eventuais abusos decorrentes de seu exercício a disposição do poder de polícia pelo Estado. (GRAU, 2010. p. 240).

Ainda analisando o instituto da propriedade, Grau sustenta que esta, como posta no texto constitucional vigente (arts. 5º, inciso XXII do art.; no art. 170, inciso III e art. 184), não constitui um instituto jurídico, mas sim um conjunto de institutos jurídicos relacionados, cada qual com seu perfil – subjetivo, objetivo, estático e dinâmico – *i.e.* propriedade industrial, propriedade do solo. (GRAU, 2010. p. 241). Indica que sua função social incide “pronunciadamente sobre a propriedade dos bens de produção”, resultado da observação de que a legislação econômica considera o instituto da propriedade como elemento que se insere no processo produtivo, “ao qual converge um feixe de outros interesses que concorrem com aqueles do proprietário e, de modo diverso, o condicionam e por ele são condicionados”. (GRAU, 2010. p. 242).

Transposta a fase de exacerbação do individualismo, que imperou no século XIX, afirma Ross que, no presente, a liberdade de ação do indivíduo proprietário está muito mais circunscrita por regras sociais, condicionando a validade do instituto da propriedade ao exercício da função social. (ROSS, 2000, p. 211).

A função social da propriedade não pode ser interpretada como restrição à propriedade, instituto básico do sistema capitalista, servível ao retorno financeiro necessário à manutenção do ciclo desenvolvimentista almejado pela ordem econômica nacional. A retroalimentação desse processo é a busca incessante da inovação, elemento de ruptura do ciclo econômico capaz de gerar o sobressalto necessário ao desenvolvimento econômico e social, conforme teoria que desenvolveremos pormenorizadamente adiante, por consistir no marco teórico da presente pesquisa. Deve ser empregada contra o uso indevido da propriedade. (SCHUMPETER, 1934).

Não é, portanto, limitação do direito de propriedade. Tal ponto de vista é assim apontado por Lara:

Ora, se o texto constitucional afirma, ao tratar da propriedade privada, que ela atenderá a sua função social, não estabelece limitação daquele instituto, senão apresenta-lhe um conteúdo necessário, que é o da produção de riqueza social. A função social é um conteúdo necessário da propriedade privada. (LARA, 2010, p. 52).

O que se deseja trazer à discussão neste trabalho é a indefinição existente em nosso ordenamento quanto à interação coesa entre os conceitos, indefinição esta que configura em insegurança jurídica que cerceia as liberdades relativas à propriedade privada. (PINHEIRO; SADDI. 2005, p. 97).

Tal situação pode ser encontrada na seara da propriedade rural. A regulamentação mais detalhada que temos hoje acerca da função social da propriedade encontra-se nesse ramo, qual seja na Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, conhecida como Lei da Reforma Agrária. O referido diploma fixa o conceito de propriedade produtiva, o qual deve ser perquirido pelo proprietário a fim de afastarem o advento da desapropriação de terras pelo Estado. Sem intencionar adentrarmos minuciosamente nessa análise, nos valeremos do tema a fim de ilustrar a obscuridade que circunda a conceituação e configuração da função social da propriedade na análise de casos concretos pelo Estado, no exercício de suas funções administrativas e judiciárias. (VERA, 2012, p. 213).

Surge, então, a necessidade de maior elucidação acerca do conceito de produtividade, sobre o qual deve se ocupar de forma semelhante o Direito e a Economia, principalmente se considerarmos a área de conhecimento que norteia o presente estudo. Ao analisarmos a legislação indicada, constatamos que esta aplica tal conceito sob o enfoque único de fator de produção por quantidade de terra (hectare), prevendo índices para conceituação do que vem a ser produtividade das propriedades. Ocorre que, da forma como posto, o conceito exclui outros fatores de produção que devem ser considerados para uma análise completa do instituto, tais como emprego de capital humano, benfeitorias, maquinário e tecnologia. Para conceituarmos produtividade, devemos incluir todos os fatores de produção, bem como adentrarmos na análise da alocação ótima de recursos ao compararmos o exercício de duas ou mais atividades econômicas – *i.e.*: uma propriedade X poderá ser declarada mais produtiva do que a propriedade Y com base nos índices legais estipulados pela Lei 8.692/93, mas produzir com custos de produção bem mais elevados e certamente terá menor retorno lucrativo por hectare. (VERA, 2012, p. 214).

Necessária então se faz a realização de uma análise criteriosa por parte dos administradores e operadores do Direito na avocação do princípio da função social da propriedade como limitador da autonomia das partes e da liberdade contratual, afastando

então prejuízos para a sociedade e para a economia nacional, não resultando, em análise, como fator de desestímulo ao empresário individual no exercício de suas atividades e na exploração e fruição dos seus recursos financeiros. Ilustrando a presente ponderação, nos valem dos dizeres de Lopes, que asseverou: “O jurista em geral não é treinado para compreender o que é uma estrutura: assim, está mais apto a perceber uma árvore (as partes) do que uma floresta (a sociedade)”. (LOPES, 1994).

É fato que no contexto social atual o instituto da função social, tanto da propriedade como dos contratos, vez que pautadas no mesmo pressuposto – circulação de riquezas e coletividade, é inerente a qualquer regra jurídica. Ao que se refere à área de conhecimento a ser explorada na presente pesquisa, é inegável admitirmos que os direitos de propriedade industrial, por estarem contidos no amplo sistema legal nacional, devem também ser postos em contexto com outros direitos de valores equivalentes contidos de interesses coletivos (GEIGER, 2013, p.1). Segundo Geiger, refletir acerca dos direitos de propriedade intelectual tornou-se, nos dias atuais, uma necessidade, constatada da permanente expansão desses direitos, resultante de uma alteração no modelo econômico, hoje fortemente fundado em ativos intangíveis e produtos fruto de conhecimento (inovação). Os atores econômicos inseridos neste novo modelo tendem a supervalorizar os direitos de propriedade, por terem neste constatados o seu efeito competitivo – possibilidade de eliminação temporária de competição. (GEIGER, 2013, p. 2)

É importante pontuarmos que a inclusão da proteção aos direitos de propriedade intelectual ao nível constitucional estende a necessidade de observância da função social também a esse universo, necessidade sobre a qual julgamos não haver discussão acerca da sua efetivação e constatação. Contudo, como apontado por Geiger, surge o principal questionamento sobre o qual os operadores do direito esbarram: o que vem a ser, exatamente, o interesse geral ou social? Indica que na maioria das vezes tal concepção se aproxima da doutrina utilitarista, mas pondera que mesmo esta possui diferentes facetas, sob o enfoque filosófico. (GEIGER, 2013, p. 10).

O autor menciona, em conferência realizada no ano de 2006 em Bruxelas, que pôde constatar que, de fato, a noção de interesse geral “*is not easily circumscribed*”. Cita o que considera ser excelente contribuição conferida por Mireille Buydens, que aponta três diferentes concepções filosóficas acerca do conceito de interesse geral: (i) interesse da Nação – algo que o Estado defina como interesse que deve ser refletido através das leis – Aristóteles, Hegel e Fichte; (ii) exatamente com viés oposto à primeira, consiste em que da soma dos interesses dos indivíduos, agindo a partir dos seus particulares interesses, eclode o interesse

social – maximização maioria indivíduos – Jeremy Bentham, Adam Smith, John Stuart Mill e (iii) inspiração cristã – o interesse geral é definido como “*good of mankind*”, no qual o propósito de uma sociedade é criar condições para o desenvolvimento humano. Cita a referência ao conceito de interesse geral realizada na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que no art. 52, I, disciplina que: (GEIGER, 2013, p. 11)

Art. 52, I - any limitation on the exercise of the rights and freedoms are recognized by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognized by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others.

Antes de passarmos à análise do instituto da propriedade sob o viés da propriedade intelectual, destacando as nuances relativas a essa modalidade, cumpre-nos finalmente destacar as finalidades dos direitos de propriedade intelectual que devem sempre ser consideradas na aplicação do conceito da função social da propriedade, como limitador a eventuais abusos que podem vir a ocorrer da exploração desses direitos. Geiger, ao definir propriedade intelectual, indica a existência do que denomina “contrato social” entre o autor/inventor e a sociedade, na medida em que propriedade intelectual é instrumento para que a sociedade assegure o seu desenvolvimento tecnológico, econômico e cultural, possibilitando, assim, o progresso social, garantindo ao inventor “recompensa” por seu invento ou criação, através da exploração temporariamente exclusiva dos seus resultados. Como retorno, o inventor, fornecendo o acesso de sua criação ao público, auxilia no enriquecimento da comunidade.

A seu turno, Lara define a ideia de função social da propriedade como “um direito-dever consistente na dinamização do objeto da propriedade, de forma a gerar riquezas não apenas para o seu titular, mas também para a sociedade”. (LARA, 2010, p. 53).

Passemos então à análise das características que compõem o instituto da propriedade intelectual e de que forma estas exercem função social.

2.1.2.1 A propriedade intelectual como propriedade *sui generis*

Considerando que para a análise do problema proposto na presente pesquisa se faz imprescindível avaliarmos a função social dos direitos de propriedade intelectual, como realizamos no item anterior, incumbe-nos, neste momento, realizar um comparativo acerca

das características e faculdades da propriedade corpórea e da propriedade intelectual (bens intangíveis), a fim de constatarmos diferenças e similitudes entre tais institutos.

Para tanto, conforme indicado por Lara, faz-se necessária a observação do instituto da propriedade sob duas perspectivas distintas: a *estática* e a *dinâmica*. Contudo, ressalta o próprio autor que a análise da propriedade sob esse prisma não significa analisarmos as suas respectivas características, mas sim a realização de “estudo de objetos” (LARA, 2010, p. 37).

Com efeito, Lara (2010) assevera que a análise pura das características da propriedade se faz de forma estanque no tempo e espaço, desvinculando-a do contexto em que o instituto se insere, avaliando-se os direitos e prerrogativas que compõem a propriedade. De modo inverso, se considerarmos na análise a interação da propriedade no contexto espacial-temporal no qual está inserida (mercado), nos depararemos com a análise da propriedade sob a perspectiva dinâmica. (LARA, 2010, p.38).

Neste sentido, Fonseca indica que a diferenciação de tais perspectiva se faz importante na medida em que tem a “finalidade de fornecer uma visão de conjunto, uma abordagem que revela um *corte* na linha do tempo e outra que revela uma *sequência* na linha do tempo.” (FONSECA, 2005, p.100).

De forma tradicional, os civilistas debruçam-se na análise da propriedade sob a perspectiva estática, constituindo tal instituto, para Washington de Barros, “a pedra fundamental de todo o direito privado”. (MONTEIRO, 1966, p. 89). Orlando Gomes conceitua propriedade como “o mais amplo dos direitos”, apresentando-se como um direito que, ainda que unitário, complexo, na medida em que representa a conjunção de direitos que transparecem as faculdades de uso, gozo, disposição e reivindicação da coisa. (GOMES, 1969, p. 107).

Tais faculdades estão expressas em nosso ordenamento jurídico vigente, dispostas no artigo 1.128 do Código Civil: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” O direito de *uso* refere-se ao direito de destinação do bem, conforme entendimento de quem o detenha. Para Washington de Barros, tal direito “compreende o de exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lhe a substância”. (MONTEIRO, 1966, p. 92). Já Rodrigues indica que “implica a possibilidade de usar a coisa de acordo com a vontade do proprietário e a de excluir estranhos de igual uso”. (RODRIGUES, 2003, p. 77). Inclui dessa forma a consequência excludente do uso da coisa por seu proprietário. O *gozo* consiste no direito do proprietário de perceber frutos da exploração econômica do bem. Indica Washington de Barros configurar o direito de “fazer frutificar a coisa e auferir-lhe os

produtos”. (MONTEIRO, 1966, p. 92). O direito de *dispor* resulta do fato de ter o proprietário o poder de transferir a coisa para domínio de terceiro, ou mesmo de consumi-la. Para Caio Mario, “é a mais viva expressão dominial, pela largueza que espelha” (PEREIRA, 2005, p. 94). Neste sentido, afirma Washington de Barros consistir na mais relevante das faculdades da propriedade. A *reivindicação* consiste na possibilidade de invocação do poder sancionador estatal para comportamentos de terceiros que atentem quaisquer dos direitos anteriormente indicados. Para Lara, “é porque pode invocar a tutela estatal, excluindo o poder de terceiro, que o proprietário tem poder sobre a coisa”. (LARA, 2010, p. 43). Referido autor indica ainda que, se presentes os direitos asseverados, dir-se-á que a propriedade é plena.

Analisadas as faculdades e direitos decorrentes da propriedade, cabe-nos agora avançar para a análise das características desse instituto, necessária à comparação entre os institutos da propriedade corpórea e da propriedade intelectual que pretendemos realizar. Como características da propriedade, indicam os civilistas ser ela um direito absoluto, exclusivo e perpétuo (PEREIRA, 1956; MONTEIRO, 1966; GOMES, 1969). *Absoluto*, como decorrência da faculdade de disposição da coisa, podendo o proprietário dela dispor da forma como melhor entender ou lhe convier, optando por usá-la, aliená-la, abandoná-la ou mesmo destruí-la (MONTEIRO, 1966, p. 90), contendo ainda a prerrogativa de oponibilidade *erga omnes*. Por ser *exclusivo*, é um direito que concede ao proprietário a prerrogativa de exclusão do exercício do direito e ação de terceiros (MONTEIRO, 1966, p. 91). A característica de *perpetuidade* (irrevogabilidade) decorre dos outros dois anteriores. Por ser absoluto e exclusivo, é a propriedade um direito que só pode ser perdido “senão pela vontade do proprietário”, subsistindo até que haja causa legal extintiva, independentemente de seu exercício efetivo. (MONTEIRO, 1966, p. 91), tendo “duração ilimitada” (GOMES, 1969, p. 108).

Contudo, como assevera Lara (2010), analisar a propriedade apenas sob a perspectiva descrita (estática), definindo-a como um conjunto de direitos que congregam as faculdades de uso, gozo, disposição e reivindicação do objeto, “não guarda relação com o fenômeno social e econômico que se vê na realidade” (LARA, 2010, p. 43). Tal assertiva se faz ainda mais latente quando analisamos a propriedade sob a luz do Direito Econômico, ramo do direito que prescinde de uma análise da conjuntura espaço-temporal dos fenômenos (mercado), considerando-se o contexto econômico e social das normas, institutos e indivíduos. É esse o paradigma proposto por Ronald Coase (1960), pressupondo uma abordagem dos bens de produção como direitos e vice-versa. Para o Direito Econômico, a propriedade deve ser

entendida como um meio de produção de riquezas, e não um fim em si mesmo. Remonta-se nessa constatação a perspectiva dinâmica de análise da propriedade. Para Vaz:

(...) retirar o capital, os bens de produção do estado de ócio (aspecto estático), consiste, pois, em utilizá-los em qualquer empresa proveitosa a si e à comunidade. É dinamizá-los para produzirem novas riquezas, gerando empregos e sustento aos cooperadores da empresa e à comunidade. (VAZ, 1992, p. 155).

Lara (2010) indica que a propriedade, analisada sob a perspectiva dinâmica, assume funções, e não faculdades (uso, gozo, fruição, reivindicação). Tais funções são as *política*, *econômica* e *social*. A função *política* estabelece um vínculo entre o proprietário e a coisa, e entre a sociedade e a coisa, e por seu intermédio estabelecem-se “as esferas de poderes políticos do indivíduo e da sociedade e relação ao objeto da propriedade” (2010, p. 45). A função *econômica* assenta-se no fato de poder o indivíduo apropriar-se dos resultados da exploração econômica do objeto que detém, através da organização econômica do mesmo. Na função *social* reside a interação entre as funções política e econômica, considerando-se estarem a coisa e o indivíduo inseridos em contexto social, e não deste apartado, em separado.

Adentrando na análise comparativa entre a propriedade corpórea e a propriedade, após termos elucidado a necessidade de consideração das duas perspectivas indicadas, Lara (2010) aponta que, sob a perspectiva estática, nota-se alguma incompatibilidade entre os institutos. Tais incompatibilidades podem ser observadas nas faculdades de *uso* e *gozo*. Considerando-se a predeterminação da invenção indicada pelo modelo de registro que será submetido ao INPI, infere-se que não há liberdade para o inventor destinar sua invenção da forma como lhe convier, posto que lhe é exigida a descrição do objeto para enquadramento em modelo legalmente definido. Não podem os direitos de propriedade intelectual se prestarem a outro fim que não o legalmente determinado quando de sua criação. Diz-se assim que o direito de *uso*, como entendido face à propriedade corpórea, não se aplica à propriedade intelectual – aqui também existe, mas não de forma livre como na propriedade corpórea. Observa que a *exclusividade do direito de gozo* também não existe na propriedade intelectual tal como na corpórea. O que há é o direito de exploração econômica exclusiva da ideia. Exemplifica Lara (2010, p. 55-56): “o inventor de uma máquina tem titularidade do desenho da máquina, e não do que se produz com a máquina”, e “o laboratório farmacêutico tem titularidade da fórmula, mas não dos efeitos da fórmula”.

Quanto às características dos institutos (propriedade corpórea e propriedade intelectual), Lara indica duas principais diferenças: a *exclusividade* (não exclusividade do gozo, como indicado), bem como pelo fato de recair sobre a propriedade intelectual o pressuposto da publicidade – publicação da inovação. Assim, afasta-se o conceito de exclusividade contido na propriedade corpórea, dando-se lugar à eventual indenização a ser aferida pela utilização indevida do direito por terceiro. Ademais, ausente na propriedade intelectual a característica de *perpetuidade* – há limitação temporal estabelecida por lei para os diversos institutos da propriedade intelectual, como veremos adiante. (LARA, 2010, p. 57-58).

Em contrapartida, o referido autor aponta como semelhanças entre os institutos, sob a perspectiva estática, a (i) oponibilidade *erga omnes*; (ii) a disponibilidade do objeto da proteção – possibilidade disposição total ou parcial dos bens imateriais e (iii) reivindicação – poder de perseguir a coisa nas mãos de quem indevidamente a detenha ou explore. A seu turno, sob a perspectiva dinâmica, assevera Lara (2010, p. 59) haver “poderes de gestão similares ao da propriedade corpórea”. Indica ter a propriedade intelectual, assim como a propriedade corpórea, as funções *política* – inter-relações entre os diferentes sujeitos de mercado; *econômica* – geração de riqueza e produção de valor, pousada no requisito de aplicação industrial da invenção e *social* – promoção de desenvolvimento, vez que o cerne da propriedade intelectual é o desenvolvimento econômico, tendo como pressuposto impulsionar, viabilizar o desenvolvimento econômico.

3 CONTRATOS

Considerando que a hipótese a ser desenvolvida na presente pesquisa recai acerca dos contratos de transferência de tecnologia e sua interface com o desenvolvimento econômico e tecnológico, faz-se necessário, ainda que superficialmente, trazermos alguns apontamentos gerais acerca do instituto dos Contratos.

Segundo Maria Helena Diniz (2006), com fulcro na teoria clássica, consiste o Contrato em um acordo de duas ou mais vontades, estando abrangidos nesse conceito os negócios jurídicos resultantes do comum acordo de vontades, bilaterais ou plurilaterais. Para a autora, a fonte das obrigações contratuais remonta-se no fato jurídico, o qual, em sentido amplo, dá origem aos direitos subjetivos das pessoas, dentre eles os obrigacionais. Neste sentido, resulta uma obrigação ou de uma imposição legal ou da exteriorização da vontade humana em instrumentos contratuais.

Neste sentido, indica ser o fundamento de um contrato a vontade humana, condicionada à conformidade ao ordenamento jurídico posto. É fato querido pelos contraentes que, validado pela ordem jurídica, adquire as condições para resultar os efeitos jurídicos intentados pelas partes envolvidas.

Monteiro (1982, p. 5) define contrato como:

(...) acordo entre a manifestação de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesse entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

A forma inicial de relação contratual foi posta em debate pelos operadores e doutrinadores do Direito Civil. A teoria do *pacta sunt servanda*, surgida no Direito Romano, e reafirmada na França liberalista, preceitua que o contrato faz lei entre as partes, assentada no princípio da liberdade contratual. Nesta, o contrato era compreendido como um vínculo obrigacional entre as partes, fruto da vontade e necessidade das partes celebrantes. Inicialmente, havia a necessidade de ato solene para sua formalização, seguindo-se a ideia de formalismo inerente à enorme maioria dos atos realizados na sociedade romana. Num segundo momento, o formalismo é abrandado, motivado pelo grande aumento no número de negócios realizados, acentuando-se os pontos negativos dessa modalidade, tais como a morosidade das transações e o apego excessivo ao que havia sido escrito na estipulação de obrigação das partes envolvidas.

É a força obrigatória dos contratos, fundada na segurança jurídica dos negócios, tendo como pressupostos a vontade e a liberdade das partes, considerando-se que, ao contratar, as partes exteriorizavam suas respectivas liberdades em iguais condições de negociação. Tal preceito sobrepunha-se, inclusive, à possibilidade de atuação e intervenção do poder judiciário, vez que o Juiz via-se vinculado à negociação entabulada, devendo se ater a fazer com que o pacto fosse respeitado.

Uma vez que resulta do acordo entre as partes, Diniz (2006) indica ser o contrato fruto do exercício da autonomia privada, servível a regulamentar interesses privados, alcançando a conotação de *norma* estabelecida entre as partes. A autora indica como requisitos de validade do contrato: *subjetivos*, que consistem na capacidade dos contraentes, na legitimação (aptidão) de cada parte para contratar e no consentimento das vontades de cada contraente; e como requisitos *objetivos* os afetos ao objeto contratado – licitude e possibilidade física ou jurídica.

Têm os contratos a função de promover o bem comum, através do progresso econômico e o bem-estar social. Atualmente, segundo Rizzardo (2011), a obrigatoriedade contratual encontra-se basilada na Teoria Preceptiva, que estabelece que as obrigações oriundas da convenção entre particulares não os obrigam somente porque compactuaram suas vontades, mas também porque o contrato impactará a economia e o interesse social, realizando um valor de utilidade social. O contrato passa então a ter uma concepção social, para a qual não somente a vontade das partes contratantes passa a ter relevância, mas também devem-se considerar os efeitos que serão gerados pelos contratos.

Nesse sentido, surge uma nova principiologia que norteia os contratos, dentre os quais, para o presente projeto de pesquisa, destacaremos o da Dignidade Humana, Função Social e Autonomia Privada.

O princípio da *dignidade humana*, conforme definição estabelecida por Fiuza (2007), consiste no fato de que os contratos, enquanto meio de geração e circulação de riquezas e movimentação da cadeia de produção, devem perseguir a promoção da dignidade do ser humano.

A *função social dos contratos* (abordada de forma mais contundente no item 2.1.2.) consiste na ideia de que, vez que tais instrumentos são eficazes meios de geração e circulação de riquezas, resultam na geração de empregos, alcançando-se, assim, a dignidade humana abarcada na Constituição da República de 1988 (art. 170, *caput.*).

A *autonomia privada*, também na Teoria Preceptiva, reitera a liberdade dos particulares em regular os seus interesses, desde que respeitados os limites legais, sendo a vontade das partes motivadas por necessidades externas, resultando na fonte da obrigação contratual. Como

subprincípio da autonomia da privada, interessa-nos o da liberdade contratual, que será abordado no item 3.2, que traduz a autonomia das partes em estabelecer o conteúdo contrato – objeto, preço e vigência.

3.1. Dirigismo Contratual

A intervenção estatal nos contratos é doutrinariamente chamada de “dirigismo contratual”, que consiste na intervenção do Estado no domínio econômico, fundamentada nos bons costumes (condição de moralidade social, variável no tempo e espaço) e na ordem pública (conjunto de normas que sustentam a estrutura social, política e econômica do País), prevalecendo a exigência social sobre a liberdade contratual das partes.

Para Diniz (2006, p. 80), é a “intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual”. Para tal autora, pauta-se nos princípios da boa fé contratual, inserida expressamente em nosso ordenamento com o advento do Código Civil de 2002 (artigos 113,187 e 422), e da supremacia do interesse coletivo sobre os interesses privados.

Como exposto, ao avaliarmos a história econômica recente, podemos identificar de forma bastante clara uma alternância entre períodos em que se primou por uma maior intervenção do Estado na economia e na relação entre os seus tutelados e outros em que prevaleceu uma maior flexibilização de regras regulatórias primando-se por uma maior liberdade. Na Idade Média identifica-se o reforço da ideia de obrigatoriedade dos contratos, época em que os contratos, inspirados em práticas e ideais religiosos, incorporam tais aspectos em suas formas. A concepção de consenso nos contratos ressurgiu na idade moderna.

O Liberalismo atingiu o seu ápice no século XIX, sob a influência dos princípios e ideais inseridos pela Revolução Francesa, sob a égide da filosofia do *laissez-faire, laissez-aller, laissez-passer*, expressão símbolo da forma mais pura do capitalismo, preceituando que o mercado deve funcionar de forma totalmente livre, sem qualquer interferência do Estado.

No século XIX, surge a fase de primazia do individualismo, fruto das ideias e concepções liberalistas e, a partir da evolução da teoria de Kant, adquire o contrato a característica de acordo de vontades. Assim, passa o contrato a ser capaz de produzir os seus efeitos jurídicos pela simples vontade das partes em acordar uma negociação. Tal teoria dos contratos, denominada teoria clássica, pode ser observada em diversos ordenamentos jurídicos, tais como o Código de Napoleão (1804), o Código Italiano (1865), o alemão (1896) e o Código Civil brasileiro de 1916.

É importante ressaltar que tal intervenção é legítima quando se dá por meio de legislação específica, pois, conforme indicado por Gomes (1979), uma excessiva intervenção estatal na esfera econômica privada pode resultar em distorções a longo prazo. Agindo dessa forma, o Estado passaria a ser o motivador de insegurança jurídica no setor econômico. Nesta linha, Nery Junior (2004) esclarece o caráter relativo da intervenção estatal, afirmando que a intervenção não se dá em qualquer situação, mas somente nas relações jurídicas merecedoras de controle estatal, com vistas à manutenção do desejado equilíbrio econômico entre as partes contratantes.

No contexto proposto, demos relevância ao dirigismo executado na imposição ou proibição de determinadas cláusulas, que, através de Lei específica, serão consideradas como cláusulas abusivas, que prevejam e estipulem qual a visão do Estado sobre o tema em determinado ramo do Direito. Ademais, é importante salientar que a mitigação do princípio da autonomia das partes “não somente impõe aos particulares contratações coativas, mas, por vezes, obriga-os a abster-se de contratar.” (GRAU, 2010, p. 99).

Contudo, tal rigidez se tornou incompatível com a realidade econômica surgida no século XX, transparecendo a prevalência do capitalismo, resultando então na sobreposição do poderio econômico dos mais fortes sobre os mais fracos, possibilitando a imposição de obrigações e condições a estes últimos, fazendo surgir a preocupação acerca da ideia de desequilíbrio dos contratos.

Prevalecia o conceito de que o contrato era o negócio jurídico mais relevante a ser praticado entre os particulares, fruto da acentuação do liberalismo, elevando ao máximo os princípios do *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade. Contudo, constatou-se que tal exacerbação consistia numa falsa impressão de liberdade contratual, com a constatação do desequilíbrio econômico resultante desses ideais, infringindo a igualdade entre as partes bem como os conceitos de justiça e ética.

Assim, exigiu-se que o contrato passasse a exercer uma função social, voltando-se o foco para a análise dos efeitos resultantes das disposições contratuais, sobremaneira os econômicos, tanto para as partes envolvidas quanto na sociedade, afastando-se a análise exclusiva ao momento de negociação das partes (liberdade e autonomia). Fato é que, como indica Grau (2010), são os contratos instrumentos intrínsecos à circulação e geração de riquezas, atingindo, como fim, a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento econômico e social.

Com efeito, o dirigismo contratual consiste em uma das formas em que o Estado pode, valendo-se de suas atribuições regulatória e fiscalizatória, intervir no domínio econômico. Ao

analisar tal modalidade de intervenção, presta-nos analisar a busca pela manutenção da “ordem pública”. Por ordem pública entende-se o conjunto de normas e regramentos que almejam a manutenção da estrutura econômica, política e nacional de uma nação. (FONSECA, 2010).

Nery (2004) indica cinco diferentes modalidades de dirigismo contratual, as quais, sucintamente, consistem em: (i) imposição de contratação – contratos necessários à execução de determinadas comerciais; (ii) imposição ou proibição de determinadas cláusulas, através de Lei que regule a matéria; (iii) possibilidade de revisão judicial de cláusulas; (iv) possibilidade de concessão judicial de abrandamento de cláusula contratuais e (v) possibilidade de dilação, mediante previsão legal, do prazo de vencimento da obrigação.

Claro é que o dirigismo limita a liberdade contratual das partes, impondo a estipulação de obrigações e prestações à observância de preceitos legais, sempre que o Estado opte por exercer a supremacia do seu poder sobre as individualidades, assumindo assim a posição de regulador legal do contrato, com prevalência de razões morais e econômicas.

Segundo leciona o jurista Gomes (1979):

No século XIX, a disciplina do contrato concentrava-se na manifestação de vontades, no exame dos vícios de consentimento. O que importava era verificar se o consentimento era livre. No contrato de nossa época, a lei prende-se mais à contratação coletiva, visando impedir que as cláusulas contratuais sejam injustas para uma das partes. Assim a lei procurou dar aos mais fracos uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica. Nem sempre o Estado se mostrou bem-sucedido na tarefa. A excessiva intervenção na ordem econômica privada ocasiona distorções a longo prazo.

Ocorre então uma prevalência da exigência social sobre a liberdade contratual das partes, através de determinações cogentes quanto às cláusulas que deverão ou são proibidas, ou ainda passíveis de serem consideradas abusivas, nos contratos privados. Atua o Estado, através do dirigismo contratual, em duas esferas: *pública*, exercício direto, e *privada*, estabelecendo condições gerais e diretrizes contratuais.

Entretanto, parece-nos fundamental esclarecer que a intervenção estatal na seara particular, no que se refere à mitigação da liberdade contratual e autonomia da vontade, pode ser considerada legítima quando e tão-somente através de legislação específica que trate da matéria em apreço, mitigando-se, assim, o risco de instauração de insegurança jurídica em setores da economia.

Como exposto, independentemente das esferas de operacionalização do dirigismo contratual, faz-se necessário, para a análise da hipótese a ser pesquisada, tecermos algumas considerações acerca do princípio da Legalidade, o qual, como exposto, norteia o instituto do dirigismo contratual eventualmente adotado pelo Estado.

Neste momento, contudo, se faz importante já pontuarmos que, como indica Ana Luiza Nery (2010), agindo de forma diversa, qual seja o Estado intervir sem o necessário aparato legal, o Estado passaria a ser o motivador de insegurança jurídica no setor econômico.

Como o Direito cuidou de restringir o excesso de individualismo nas relações comerciais entre os particulares, também o fez quanto à liberdade do Estado de intervir no domínio econômico. Para este, o Direito atribui o dever de se ater ao princípio da Legalidade, inserido no ordenamento jurídico com a finalidade primária de garantir o Estado Democrático de Direito. Assim, nossa carta magna dispõe, no artigo que trata das garantias fundamentais, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II da CR/88).

Como já exposto, trabalharemos à frente de forma mais aprofundada o conceito e as implicações do Princípio da Legalidade, atendo-nos, neste momento, a utilizá-los como instituto limitador, norteador da intervenção estatal na economia na esfera particular.

3.2 O princípio da liberdade contratual

Seguindo a concepção clássica de contrato apontada no início do item anterior, toma-se como pressuposto a ideia de que o ato de contratar consiste na livre discussão e negociação entre duas ou mais pessoas, em igualdade de condições, conceituando os contratos como a extrapolação de um fenômeno da autonomia privada. É dado às partes estabelecerem “leis” que regerão seus próprios comportamentos.

O princípio em tela decorre da autonomia da vontade, inerente à personalidade humana, no sentido de livremente contrair direitos e deveres. Faculta aos indivíduos liberdade de contratar, transbordando seus interesses pessoais na estipulação de condições comerciais, inerentes ao desenvolvimento de suas respectivas atividades econômicas.

Nesse sentido, Grau (2010, p. 175) indica que: “A liberdade contratual é corolário da propriedade privada dos bens de produção, viabilizando a realização das virtualidades desta última”. À luz do princípio, cabe ao Estado a função de garantir a liberdade das partes e de seus tutelados para contratar, ajustando as condições que lhes convierem, desde que calcadas em objetos lícitos. Assim, infere-se que, na celebração de um contrato, cada indivíduo exerce

não apenas o seu livre desejo, mas também a sua necessidade momentânea e correlata ao objeto, constituída por sua vontade.

Nos dizeres de Pereira (2005), existem *quatro* momentos fundamentais que expressam a liberdade de se contratar um indivíduo, quais sejam: (i) faculdade de contratar; (ii) escolha de quem contratar; (iii) poder fixar o conteúdo e as condições do contrato e (iv) autorizar para que qualquer uma das partes mobilize o Estado (judiciário) para fazer cumprir o que foi acordado.

A seu turno, Diniz (2006) segrega a liberdade contratual em: (i) liberdade de criação do contrato; (ii) liberdade de contratar ou não contratar (constituir obrigação); (iii) liberdade de escolha da outra parte contraente e (iv) liberdade de fixação do conteúdo do contrato.

Como indica a referida autora, principalmente após a nova fase contratual explicitada no 3.1 anterior (dirigismo contratual), a liberdade contratual é passível de limitações, desde que calcadas na supremacia da ordem pública, que será traduzida na proibição de “convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo”. (DINIZ, 2006, p. 78).

Com efeito, não nos parece cabível que o INPI, carecendo da necessária autorização legislativa para tanto, infira nas condições comerciais firmadas pelas partes, no momento de celebração de contratos que tenham como objeto a transferência de tecnologia.

Isto porque, fundadas no presente princípio as cláusulas ali dispostas, tais como prazo de duração, exclusividade e forma de retribuição pecuniária, transparecem exclusivamente os interesses e necessidades de cada parte, sabidas a conscientemente da condição comercial ali posta, visando ao desenvolvimento e ao aprimoramento de eficiência nos seus negócios.

3.3 Contratos Internacionais

Segundo Haddad (2004), contrato internacional é o acordo de vontades que se sujeita potencialmente a um ou mais sistemas jurídicos. Nos respectivos sistemas legais de cada país, disciplina-se a aplicação de critérios para a caracterização de um contrato como um instrumento internacional.

Viegas (2007) destaca que, em nosso ordenamento, é o domicílio o elemento determinante de tal fato, não importando para tanto a nacionalidade das partes. Neste sentido, para efeito de aplicação legal, são considerados contratos internacionais tanto os instrumentos firmados entre uma empresa brasileira e uma subsidiária e com sede no exterior quanto entre cidadãos brasileiros domiciliados em países diferentes.

Para Rodas (2002), os elementos de conexão, tais como capacidade das partes, obrigações contratuais e aspectos extrínsecos das mesmas, a serem interpretados na análise jurídica de contratos internacionais, estão dispostos, em nosso ordenamento, na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), promulgada em 1917 e alterada através do Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942 – mantida integralmente na promulgação do Novo Código Civil.

Ponto nerval inerente também a contratos internacionais é a capacidade dos contraentes. Viegas (2007), ao analisar o tema, segrega a capacidade entre capacidade de *direito* (aptidão para se tornar sujeito de direitos) e de *fato* (capacidade de agir por si próprio no caso concreto). A autora indica diversos sistemas distintos para a aferição de capacidade, quais sejam: (i) territorialidade (*ius fori*), no qual se aplica a lei do território onde foi constituída a obrigação, não importando a nacionalidade e domicílio das partes envolvidas; (ii) do lugar onde se concretizou o ato (*ius loci actus*), prevalecendo a legislação de onde foi o ato executado – muito semelhante ao primeiro; (iii) do negócio (*ius causae*), no qual se aplica a mesma lei que rege o negócio jurídico objeto da contratação; (iv) da nacionalidade (*ius patriae*), costumeiramente adotado em países onde existem altos níveis de emigração, vez que se busca proteger os cidadãos do Estado onde quer que se encontrem e (v) do domicílio (*ius domicilli*), usualmente prevalente em países com altos índices de imigração, vez que a aplicação de diversas leis (de cada imigrante) é ato extremamente sensível e complicado.

Indica Castro (1995) que, em nosso ordenamento, adotou-se o sistema *ius patriae* (nacionalidade) até a alteração na LICC realizada em 1942, passando-se a adotar a legislação do lugar onde o indivíduo é domiciliado (*lex domicilli*), para a aferição de capacidade tanto de fato como de direito das partes contraentes. Corroborando tal assertiva, assim dispõe o artigo 7º da LICC: “A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.”

Nos dizeres de Castro (1995), a atual vertente doutrinária indica que o sistema *ius domicilli* se demonstra mais eficiente, vez que enaltece o direito inerente ao meio social em que vive efetivamente o indivíduo.

Considerando que para a presente pesquisa importa-nos a análise do instituto sob o viés da pessoa jurídica (costumeiramente figurante como parte em contratos de transferência de tecnologia – fornecimento de *kno-how*), destacamos o que leciona o artigo 11 da LICC: “A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.” Com efeito, indica Viegas (2007,

p. 18) que, na apuração da capacidade das pessoas jurídicas em contratos internacionais, “a lei do local de sua constituição prevalecerá, adotando-se, neste caso, a *lex patriae*”.

Contudo, a LICC também tutela o funcionamento de sociedade estrangeira no território brasileiro, dispondo no § 1º do artigo 11 que: “Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.”

Acerca da capacidade das partes na celebração de contratos internacionais, o ordenamento interno pátrio é harmônico em face ao que dispõe o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul – Acordo de Buenos Aires (artigo 7º - “a capacidade das partes da convenção arbitral se regerá pelo direito de seus respectivos domicílios”) e a Convenção Interamericana sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado (artigo 2º).

Considerando o fato de que as partes figurantes em um contrato internacional quase na totalidade das vezes possuem domicílios distintos, o instituto da representação de poderes necessários a contratar ganha relevância nesses instrumentos. Para Viegas (2007), ela pode dar-se de três formas distintas: (i) judicial, através de nomeação do poder judiciário; (ii) legal, através de definição estipulada por norma jurídica, e (iii) convencional, mediante mandato ou constituição de poderes por meio de instrumento de procuração.

Quanto à legitimidade, no que tange a contratos que envolvam tanto o fornecimento de tecnologia como a cessão/licenciamentos de direitos de propriedade industrial, deve-se aferir a titularidade da parte cedente/fornecedora, garantindo, contratualmente, a assunção de responsabilidade deste em face a eventuais perturbações a direitos de terceiros.

Já quanto aos aspectos extrínsecos dos contratos internacionais, Castro (1995) indica que prevalece, de maneira geral em diversos ordenamentos, a norma de que a determinação da forma extrínseca do contrato será regulada pela legislação do local de celebração do contrato (*locus regit actum*). Para o autor, tal regra é “(...) das mais antigas, aceita por todas as escolas estatutárias, por todas as doutrinas modernas e por todos os sistemas positivos do direito internacional privado”.

Em consonância com os dispositivos vigentes em nosso ordenamento, para que na hipótese de um contrato internacional consigamos definir qual legislação será aplicável ao mesmo, para Viegas (2007), devemos recorrer, na busca para solução de eventual conflito ou controvérsia, ao Judiciário - à LICC, para se aferir o tratamento conferido pelo direito internacional privado interno ou arbitramento de disputas - Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996), caso contenha disposição expressa de aplicação dessa modalidade.

Na seara da LICC, o artigo 9º segrega o sistema de aplicação a duas situações distintas: contratos celebrados entre *presentes* e contratos celebrados entre *ausentes*. Na primeira hipótese, aplica-se o sistema *lex loci contractus* – local de constituição da obrigação; na segunda, quando uma das partes assinar o instrumento contratual sem seu respectivo país e em momentos diferentes, prevalecerá o local de residência da parte proponente do contrato (§ 2º artigo 9º LICC).

Discute-se na doutrina a incidência da autonomia da vontade das partes na escolha da legislação aplicável em contratos internacionais. Neste sentido, Viegas indica:

(...) o fato é que, na prática, existe hoje a flexibilidade das partes escolherem o local onde o contrato será assinado por ambas, ou de reconhecerem expressamente, para fins de determinação da lei de regência, qual das partes é a proponente do negócio em questão (...) (2007, p. 27).

Tal discussão ganhou corpo com o advento da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), que estabeleceu expressamente a possibilidade de escolha quanto à legislação aplicável (artigo 11, inciso IV), e não faz distinção quanto a contratos internos ou internacionais, limitando-se a vincular tal escolha ao respeito aos princípios da ordem pública e aos bons costumes.

Neste sentido, afirma Tiburcio (2003, p. 93): “o Brasil, quanto à escolha da lei – objeto do presente estudo -, não distingue entre arbitragem interna e internacional, admitindo que as partes decidam sobre a lei aplicável mesmo na hipótese de arbitragem doméstica”.

Buscamos abordar tal instituto tanto sob o enfoque da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe regras acerca do direito internacional privado pátrio, bem como sob o enfoque da legislação arbitral, instituto costumeiramente empregado pelas partes quando da celebração de contratos de transferência de tecnologia, considerando, com peso, o fato de que envolvem objetos cuja especificidade não é de conhecimento geral dos magistrados.

Tecidos necessários apontamentos acerca do instituto dos contratos, passemos a analisar o instituto da Propriedade Industrial.

4 PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Adentrando no cerne do objeto da presente pesquisa, passaremos agora a analisar o instituto da Propriedade Industrial, onde se dá a celebração de Contratos de Transferência de Tecnologia. A propriedade industrial é espécie do gênero propriedade intelectual. Esta última é subdividida em direitos de autor (Lei 9.610/98), programas de computador (Lei 9.609/98) e propriedade industrial (Lei 9.279/96). A propriedade industrial é tutelada no Brasil sob os ditames gerais da Convenção de Paris de 1883 (“CUP”), e os direitos autorais sob a influência da Convenção de Berna (1886).

Para Michael Lehman, a propriedade industrial confere ao seu titular direitos exclusivos fundados no objetivo de incentivar o desenvolvimento de inovações que servirão ao progresso econômico e tecnológico da sociedade, ideia semelhante à apontada por Fabiano Lara ao indicar a função social da propriedade intelectual. (LEHMAN, 1985, p. 525).

Nos dizeres de Brancher, trata-se, portanto, de um direito excludente, vez que serve para garantir o retorno dos investimentos realizados pelo agente inovador como forma de premiação aos esforços dispendidos na criação, possibilitando a exclusão de terceiros em relação aos benefícios totais da inovação. (BRANCHER, 2010, p. 19).

Para Adersen e Howells (2000, p. 2-3), os direitos de propriedade intelectual fundam-se, basicamente, em aspectos *econômicos* e *morais*. Neste último, através da garantia dos direitos humanos e manutenção da ética na celebração de negócios. Sob o aspecto econômico, apontam que se dá de duas formas distintas: a primeira cuida do incentivo à criatividade, à criação de novos mercados, ao aumento da competição e à preservação de investimentos e; na segunda forma, tutela, através da regulação, a organização da ciência, da criatividade e da tecnologia, visando ao aumento da informação disponível e à uniformização da proteção. A lógica econômica da exclusividade inerente a tais direitos decorre do fato de que o criador, titular do direito, é o agente econômico que suporta os custos de investigação e desenvolvimento das inovações. (MOURA e SILVA, 2003, p. 56). Erich Kaufner (1989) indica o pressuposto de tal raciocínio, qual seja o de que a disciplina de mercado, por si só, levaria a um nível de inovação inferior ao desejável devido a dois aspectos principais: a aversão natural ao risco por alguns agentes econômicos (*risk averseness*) e a apropriação dos benefícios da inovação por terceiros (*appropriability*).

A seu turno, Hugenholtz (2000) divide a fundamentação da propriedade intelectual em cinco prismas: (i) personalidade, considerando que marca pessoal do criador está contida no trabalho autoral; (ii) razão jusnaturalista, vez que para o autor o direito de propriedade

intelectual reflete a noção de justiça natural; (iii) aspecto econômico, no sentido de que a proteção do direito promove a eficiência econômica – otimização e utilização de recursos através do mecanismo de alocação de preços; (iv) razões sociais e culturais, no sentido de estimularem a criação e o intelecto humano, inclusive de obras e inventos que servem a um propósito social e cultural e (v) a liberdade de expressão, pois os direitos de propriedade intelectual libertam os indivíduos de subsídios e do Estado para externarem suas ideias e criações (HUGENHOLTZ, 2000, p.1).

Como o objeto proposto para a presente pesquisa recai sobre os direitos de propriedade industrial e o conhecimento técnico não protegível como propriedade industrial, após termos trazido fundamentos de garantia do gênero propriedade intelectual, a partir deste momento trataremos o instituto sob o enfoque dessa espécie, adotando, inclusive, tal nomenclatura para referência ao mesmo.

A CUP define propriedade industrial como o conjunto de direitos que compreendem as patentes de invenção, de modelo de utilidade, os desenhos industriais, as marcas de fábrica e comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão à concorrência desleal. Para Cerqueira, (1982), o referido instrumento assevera o dever de compreendermos a propriedade industrial no mais amplo sentido, não restringindo sua aplicação à indústria e ao comércio, mas, igualmente, às indústrias agrícolas e extrativistas. (CERQUEIRA, 1982, v. 1, p. 55).

Em nosso ordenamento, a propriedade industrial é regulada pela Lei 9.279/96, que tutela as patentes de invenção e modelo de utilidade, o desenho industrial, a marca, as indicações geográficas e a repressão à concorrência desleal. O art. 2º da referida norma assim dispõe:

Art. 2º. A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; concessão de registro de desenho industrial; concessão de registro de marca; repressão às falsas indicações geográficas; e repressão à concorrência desleal.

A referida lei disciplina a propriedade industrial em nosso ordenamento pátrio em oito títulos, cabendo aos quatro primeiros a tutela das patentes – Título I; os desenhos industriais – Título II; as marcas – Título III; e as indicações geográficas – Título IV. Aos demais coube a disciplina dos crimes contra a propriedade industrial – Título V; da transferência de

tecnologia e da franquia – Título VI; as disposições gerais – Título VII; e as disposições transitórias e finais – Título VIII.

Lara (2010) afasta a proteção incondicional e absoluta aos direitos de propriedade industrial, apontando a ressalva expressa contida no dispositivo indicado, que estabelece o dever normativa à proteção do “interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”, exteriorizando seu entendimento de ser a propriedade industrial “instituto de política econômica e de desenvolvimento”. (LARA, 2010, p. 17).

Brancher destaca dois fundamentos dentre os que compõem os “ativos intelectuais”, quais sejam o *jurídico* – servível a conferir segurança nas transações comerciais de bens desta natureza, permitindo assim o desenvolvimento econômico, conferindo eficiência aos mercados, e *econômico* – possibilita a maximização do bem-estar pela sociedade, sob o prisma da teoria utilitarista. (BRANCHER, 2010, p. 48-49).

Sem dúvida o aspecto econômico é o cerne dos direitos de propriedade industrial, pois, como constatou Brancher, é ele quem melhor explica “o mecanismo social criado para incentivar inovações tecnológicas e viabilizar, no pensamento de Schumpeter, o desenvolvimento do processo de destruição criativa, tão essencial para o desenvolvimento econômico de um Estado”. (BRANCHER, 2010, p. 49).

Sob o pressuposto de que o direito de propriedade industrial é um direito exclusivista, Schroeder (2004) aponta que tal característica resulta da junção de três elementos constitutivos desse direito, quais sejam a *posse*, a *fruição* e a *disponibilidade*. Pontua, como já tratamos em item anterior, no capítulo 1, que a *posse* não pode ser compreendida como na propriedade corpórea, e indica que, para o direito de propriedade industrial, é esse identificável através dos títulos públicos emitidos pelos Estados (no Brasil, pelos certificados conferidos pelo INPI), indicando a espécie do direito, sua natureza e característica, titular e vigência. Quanto à *fruição*, indica que o direito de propriedade industrial permite a sua exploração e aproveitamento material e econômico, carregando um valor intrínseco – utilização pelo próprio criador no processo industrial e, outro, extrínseco – percepção de frutos em transações com terceiros. Como *disponibilidade*, indica ser a forma que permite a alocação do bem imaterial em consonância com a vontade do titular, afastando a eternização do aspecto patrimonial do direito junto ao inventor, através do licenciamento de tecnologias, permitindo também dessa forma a disseminação das inovações. Com efeito, o direito de propriedade industrial impede que quem não detenha a sua titularidade possua, usufrua a transacione (perceba frutos) a criação legalmente protegida.

Segundo Brancher (2010, p. 51), a decorrência natural da exclusionariedade dos direitos de propriedade industrial é encontrar o limite dessa restrição da liberdade de terceiros inerentes a tais direitos, surgindo assim o seguinte questionamento: “excluir o quê, de quem, por quanto tempo?”. Aponta que cada um dos itens constantes desta questão – *objeto, oponibilidade e duração* – refletirão os limites dos direitos de propriedade industrial. Indica como fatores para tal delimitação a *natureza* da obra intelectual – patente, marca, desenho industrial, direito autoral; a *territorialidade* – abrangência nacional ou internacional do direito, dependente da ratificação de tratados internacionais sobre o tem, e *existência de transações* entre as partes acerca de tais direitos.

Neste sentido, é importante anotarmos a existência de teóricos, dos quais destacamos Plant (1934), que defendem ser a propriedade intelectual prejudicial em termos sociais, vez que impõe o “emparcelamento de ideais”:

Is is peculiarity ok property rights in patents (and copyrights) that they do not arise out of the scarcity of the objects which become appropriated. They are not a consequence of scarcity. They are the deliberate creation of statue law; and whereas in general the institution of private property makes for the preservation of scarce goods, tending to lead us to ‘make the most of them’, property rights in patents and copyright make possible the creation of a scarcity of the products appropriated which could not otherwise be maintained. (v. 1, p. 31).

Tal tese possui aspectos concorrenciais que devem ser destacados, na medida em que, da forma como a propriedade industrial é atualmente tutelada e posta na maioria dos ordenamentos jurídicos, possibilita o surgimento do fenômeno de “patentes dependentes”, considerando-se que, se determinada invenção tem por base outra invenção patenteada, a sua exploração depende da obtenção de licença por parte do primeiro inventor para possibilitar assim o surgimento das demais.

Entretanto, para Moura e Silva (2003, p. 59), há duas razões principais que nos possibilitam concluir não ser a propriedade intelectual socialmente prejudicial. A *primeira* diz respeito ao fato de que os sistemas de proteção usualmente vigentes procuram filtrar “senão as inovações que seriam desenvolvidas na ausência deste sistema, pelo menos daquelas que, à partida, são mais imediatamente acessíveis”. Exemplifica seu raciocínio com o requisito da atividade inventiva, inerente às patentes. Indica como *segundo* motivo o fato da necessidade de consideração da questão de incentivos *ex-ante* - a escassez que motiva os direitos de propriedade intelectual não é preponderantemente de ideias, mas sim de recursos necessários à investigação e desenvolvimentos dessas ideias.

Ponto nevrálgico dos direitos da propriedade industrial, para identificação do seu escopo e demais elementos inerentes a tal direito é a natureza do mesmo – patentes, marcas, desenhos industriais e indicações geográficas. Silbey (2008) aponta que os Estados, de maneira geral e em consonância com os Tratados Internacionais acerca da matéria, adotam os requisitos da novidade, não obviedade e utilidade – no Brasil, o art. 8º da Lei 9.279/96 aponta os requisitos da novidade, atividade inventiva (não obviedade) e aplicação industrial (utilidade). Para o jurista argentino Pardo (1992), novidade reflete a ideia de ineditismo, desconhecido do público – só passa a ser do conhecimento humano a partir da sua publicação.

Soares (1997) define estado da técnica (“state of art”), intrínseco ao conceito de *novidade*, como “tudo”, vez que muitas coisas são facilmente encontráveis e podem denunciar a novidade de uma invenção, conferindo assim o sentido de novidade absoluta inerente a uma invenção. Nossa legislação vigente tratou de conceituar o estado de técnica, e assim o fez no parágrafo primeiro art. 11 da Lei 9.279/96: “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...”. Silbey (2008) assevera que o estabelecimento do critério da *não obviedade* para a concessão de uma patente transparece o benefício social almejado pelo Estado na tutela desses direitos, representando ao menos um avanço mínimo em relação a tudo o que já é conhecido ou foi produzido, possibilitando assim o desenvolvimento econômico. De forma contrária, prestaria a patente somente à pura exclusão de potenciais concorrentes, elevando-se os custos de licenciamento de pesquisa, sem acarretar benefício algum para a sociedade. Como *utilidade*, Brancher considera “o resultado natural do produto ou processo criado, a ponto de servir no processo industrial”, representado o que determina o princípio básico de qualquer invenção, qual seja o “*princípio da repetição*, que pode se dar em escala industrial”. (BRANCHER, 2010, p. 53).

Sem adentrarmos na seara dos direitos do autor, umas três espécies dos direitos da propriedade intelectual, como apontado, é importante trazermos a lição de Newton Silveira (1998) apenas para pontuarmos que o objetivo da proteção dos direitos autorais não são as criações técnicas, possuindo como único requisito, portanto, a originalidade. Para Denis Barbosa (2003), a definição do objeto do direito autoral não é claramente precisa, vez que tanto a legislação nacional quanto as leis estrangeiras e tratados referem-se a este como “criações do espírito” ou “obras literárias, científicas e artísticas”, podendo-se, assim, concluir tratar-se de tudo o que representa uma forma de expressão de uma criação intelectual humana.

Brancher questiona os limites aos direitos de propriedade intelectual (e industrial), indicando a *duração* e a *oponibilidade* de tais direitos como fatores naturalmente limitantes.

Fato é que a estipulação dos prazos de vigência dos prazos de direitos de propriedade industrial não tem quase nenhum cunho jurídico, mas sim político e econômico. Tal ato, segundo esse autor, é constituído a partir de duas indagações antagônicas básicas: (i) qual o prazo viável para possibilitar a recuperação hipotética dos investimentos realizados pelo inventor e permitir o aferimento de lucros razoáveis – manutenção de incentivos da inovação e (ii) qual o prazo-limite em que a sociedade suportará a exclusividade do direito protegido sem culminar em desestímulo à criação e resultar em ambiente de menor desenvolvimento tecnológico. (BRANCHER, 2010, p. 57).

Tal questão é objeto de estudo por diversos economistas, dentre os quais destacamos Shapiro (2005) e Gallini (2011), que traçaram modelos econométricos no intuito de avaliarem qual seria o prazo suficiente para a propriedade industrial que sirva aos interesses das partes inerentes ao instituto – criador e a sociedade. Para Gallini, o desafio aos reguladores do tema é desenhar o que vem a ser uma patente em nível ótimo. Segundo a autora, tal conceito pode ser trabalhado a partir da estipulação do prazo de duração desse instituto ou através da determinação de seu escopo - i.e.: o custo de investimento necessário a produzir uma inovação. Neste sentido, Scherer e Ross (1990, p. 624) indicam:

The patent system makes a deliberate tradeoff, accepting during the patent grant's life dead-weight surplus losses in order to ensure that new products and processes, along with the surpluses they create, will not be discouraged by fear of rapid imitation. Only after the patent expires, when competitive imitation can run its full course, are consumers able to have their new product along with the extra surplus competitive pricing brings.

O prazo de duração dos direitos de propriedade intelectual (e industrial) é o limite temporal imposto à exclusividade desses direitos, transparecendo vantagem adicional para os seus titulares, possibilitando a recuperação dos custos dos investimentos realizados. (MOURA e SILVA, 2003, p. 60). A harmonização de tais prazos é objetivo dos tratados internacionais inerentes à propriedade industrial. Contudo, assevera Brancher que não podemos refutar as forças políticas incidentes nesses atos e que acabam por influenciar a elaboração desses instrumentos. Aponta como exemplo dessa situação o “*Sonny Bono Copyright Term Extension Act*”, legislação norte-americana promulgada em 1999, que estendeu o prazo de duração dos direitos autorais em território estadunidense de 50 para 70 anos, contados a partir da morte do autor – a legislação brasileira tem prazo idêntico (arts. 41, 43, 44 e 96 da Lei 9.610/98). Pelo fato de ter sido o ato a décima primeira legislação norte-americana a disciplinar a matéria, foi alvo de muita controvérsia e críticas, de que resultou forte influência da Disney, interessada

em evitar a caída em domínio público de alguns de seus principais desenhos animados. (BRANCHER, 2010, p. 58). É importante asseverar que, uma vez que os direitos de autor não implicam, de maneira geral, limitação significativa de acessibilidade às obras literária e artísticas pela sociedade, possuem períodos de proteção significativamente maiores que os direitos de propriedade industrial. (MOURA e SILVA, 2003, p. 60).

Por fim, Brancher apresenta ao menos três aspectos que devem ser considerados quando nos referimos à oponibilidade: o *primeiro* refere-se à política interna de cada Estado ao tutelar a propriedade industrial, indicando o alcance desses direitos (ser oponível ou não a todos indistintamente – *erga omnes*), com base no interesse almejado para incentivo da inovação tecnológica; o *segundo* é inerente aos tratados internacionais, cuja racionalidade está centrada na uniformização do alcance pelos países signatários, buscando o fim último de possibilitar a disseminação do conhecimento e tecnologia a países menos desenvolvidos, mediante remuneração ao investimento dos detentores da tecnologia e, como *terceiro*, aponta as transações de natureza privada, que podem disciplinar a regra de exceção e escopo da proteção, mediante contraprestação pecuniária (ex.: contratos de transferência de tecnologia, mediante estipulação de *royalties*). Para Risch (2007, p.11), é esse aspecto que possibilita a existência do segredo industrial, que consiste em um ativo que pode atingir alto valor comercial, passível de ser protegido e transacionado através da celebração de instrumentos contratuais, ainda que não seja protegido como propriedade industrial e, portanto, não publicitado.

Sem termos a pretensão de esgotarmos o tema, julgamos fundamental apontar breves considerações acerca da forma adotada pelo nosso legislador para a tutela dos direitos de propriedade industrial em nosso ordenamento. Como dito, tais direitos subdividem-se em (i) patentes de invenção e modelo de utilidade; (ii) desenhos industriais; (iii) marcas e (iv) repressão às falsas indicações geográficas.

Quanto às patentes, subdividem-se em patentes de invenção e modelos de utilidade. Possuem prazos de vigência distintos, sendo que para as patentes de invenção a lei confere proteção por 20 anos (contados do depósito) para as invenções e 15 anos (contados do depósito) para os modelos de utilidade, garantindo, considerando o prazo de análise meritória para a concessão dos registros definitivos, o prazo mínimo de proteção de 10 anos (contados da data da concessão) para as invenções e 07 anos (contados da data da concessão) para os modelos de utilidade. Para Lara, patente “não é em si o direito de propriedade” (2010, p. 19), consistindo em ato estatal que visa garantir a proteção da propriedade. Sobre as patentes de *invenção*, recaem os requisitos legais da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial

(art. 8º Lei 9.279/96). Para Lara (2010, p. 18), a novidade transparece a necessidade de algo que não existe ou tenha existido, fruto de “atividade inovadora que não implique mera conjugação de conhecimentos acessíveis”. Para o mesmo autor, o objeto da proteção legal não é o invento, mas sim a invenção, a atividade humana inventiva, a intervenção humana criativa, que resulte em “solução técnica para um problema técnico” (2010, p. 19). Serão dotados de atividade inventiva os inventos e modelos de utilidades sempre que para um *expert* no assunto o objeto não resultar de maneira evidente ou óbvia ou do estado da técnica, como o conceituamos. A aplicação industrial recai sobre a necessidade de o produto patenteável representar relevância econômica a uma atividade. (LARA, 2010). Corroborando o entendimento de não ser a patente uma propriedade *in natura*, Barbosa (1998, p. 128) constata ser “um direito, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia”.

Ponto fundamental à patente de *invenção* é o estado de técnica, que compreende as informações públicas, para as quais inexistiram o “esforço inventivo, a inovação ou a novidade” (LARA, 2010, p. 20). É constituído do elemento fundamental da *anterioridade*. Neste ponto, é importante apresentarmos a diferença apontada por Lara (2010, p. 20) quanto a sua disciplina nos países signatários da CUP e nos Estados Unidos. Naqueles, o ponto de partida para proteção considerado é a data do depósito do pedido de patente, enquanto que neste é considerada a data da invenção, desde quando é conferida a proteção legal. O referido autor atribui ao instituto da anterioridade as características de ser *suficiente* – passível de produção por um *home* de ofício após a publicidade dos dados técnicos; *total* – descrição do invento em sua completude e *pública* – o segredo não assegura a avocação da anterioridade por um inventor.

A seu turno, consiste a patente de *modelo de utilidade* em uma melhoria funcional na utilização ou no fabrico de um produto, recaindo sobre essa modalidade os requisitos legais da atividade inventiva (nos moldes exigidos para a patente de invenção), a nova forma ou disposição, a existência de melhoria funcional e a possibilidade de aplicação industrial do objeto da patente.

O *desenho industrial* possui como objeto de proteção a obra de arte aplicada a um produto, capaz de ser explorada industrialmente. Recai sobre as partes externas “a forma plástica ornamental de um objeto” (art. 95, da Lei 9.279/96), que proporcione um aspecto visual novo e original. Tem como requisitos a novidade e a originalidade, aplicando-se também a esse instituto a figura da não proteção, se presente no invento o estado da técnica. É importante frisar que o requisito da originalidade, tal como disposta no art. 97 da Lei

9.279/96, pode decorrer da mera combinação de elementos já conhecidos, se tal combinação resultar em um aspecto visual novo e original. O registro de desenho industrial vige por 10 anos, passível de prorrogação por três períodos sucessivos de cinco anos. No que se refere ao desenho industrial, é fundamental pontuarmos o ponto indicado por Lara, que vem a ser a principal crítica quanto a esse instituto, que é o fato de que o deferimento do pedido de registro dessa modalidade de propriedade industrial prescinde de qualquer análise técnica e meritória por examinadores do INPI, sendo a sua concessão automática efetivada com a publicação do pedido, sistema este totalmente inverso ao aplicado na concessão de patentes. (LARA, 2010, p. 25).

As *marcas* consistem em sinais distintivos visualmente perceptíveis (art. 122, da Lei 9.279/96). São divididas em marcas de serviços e de produtos, devem ser distintivas, verdadeiras e relativamente novas. Para Lara (2010, p. 27), as marcas são símbolos voltados a um fim específico, qual seja o de proteger o significado da marca, tendo como objeto a “relação significante-significado”. Não há razão de existência da marca em si; ela existe para vincular o significado de um serviço ou produto, capaz de identificá-los e distingui-los no mercado. Sua propriedade é assegurada pelo registro, utilizando o mesmo critério de anterioridade, para fins de eventual necessidade de comprovação, aplicado aos demais direitos de propriedade industrial aqui mencionados. A vigência de um registro de marca é de 10 anos, podendo ser indefinidamente prorrogado por períodos sucessivos, mediante solicitação do seu titular. No regime de tutela das marcas, a legislação pátria incorporou a teoria do “fair use”, vez que o artigo 132 da Lei 9.279/96 dispõe que o titular da marca não pode impedir que comerciantes ou distribuidores utilizem sobre o produto as marcas e sinais que lhes são próprios, no desempenho de suas respectivas atividades econômicas e publicidade de seus produtos. (LARA, 2010, p. 27-28).

Exaurindo as quatro modalidades de proteção de direitos de propriedade industrial em nosso ordenamento vigente, consiste a indicação geográfica nas *denominações de procedência* – nome geográfico do país, cidade, região ou localidade que tenha se tornado referência como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou prestação de serviço (art. 177, da Lei 9.279/96); e *denominações de origem* - nome geográfico do país, cidade, região ou localidade que designe produtos ou serviços cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, considerados os fatores naturais e humanos da localidade (art. 178, da Lei 9.279/96). O objeto da proteção é a veracidade na indicação de procedência de produtos ou serviços, restringindo a associação da

denominação à marca dos produtores e prestadores de serviços que efetivamente provenham daquela localidade. (LARA, 2010, p. 28).

Considerando que para a pesquisa aqui proposta analisaremos o instituto da transferência e fornecimento de tecnologia no direito comparado, necessário também se faz, excluindo uma análise aprofundada, tecermos observações acerca da tratativa da propriedade intelectual nos Estados Unidos e na União Europeia.

Nos Estados Unidos da América, sob a prevalência do sistema federalista, no qual os Estados, de maneira geral, possuem ampla autonomia legislativa, a propriedade intelectual é direito iminentemente federal, consagrado em nível constitucional. Nesse sentido, Miller e Davis 1990, p. 7) indicam:

By the time of the Revolution, virtually all of the colonies had granted patents. During the period of the Articles of Confederation, well-established state patent practices developed. Lacking a national procedure, there was, though, a serious problem because of the number of different states in which an inventor had to secure patents to achieve meaningful protection.

Para Moura e Silva (2003), os conflitos sobre o tema situam-se de forma geral em torno da aplicação das leis estaduais sobre concorrência desleal (*unfair competition*) – a existência de um sistema federal de proteção de patentes implica a inconstitucionalidade de leis estaduais que concedam equivalente a patentes a título de concorrência desleal (ver caso *Sears Roebuck & Co. v. Stiffel Co.* 1964); e sobre a proteção de segredos comerciais (*trade secret*) – o âmbito de leis estaduais é mais amplo, considerando os menores índices de conflitos quanto a este tema, as quais se limitam de forma geral a proibir a divulgação não autorizada de segredos industriais. As patentes são tuteladas pelo *Patent Act*, de 1952, codificado no título 35 do *United States Code*. Tal norma contempla também a tratativa dos desenhos industriais (*design patents*). É importante destacar que a disciplina das patentes no sistema norte-americano não impõe a exploração da patente pelo seu titular, de forma direta ou mediante concessão de licenças. Os direitos de autor são disciplinados pelo *Copyright Act*, de 1976, codificado no título 17 do *United States Code*. Os Estados Unidos da América, assim como os países anglo-saxões, adotam o sistema de *copyright* (direito de cópia), com influência utilitarista – o sistema brasileiro espelhou-se no sistema francês, dualístico não utilitário, que circunscreve os universos morais e patrimoniais da criação à pessoa do criador. O regime de *copyright* não considera os direitos morais do autor, vez que protege o direito de reproduzir a obra, a criatura (direito de cópia). Não há vinculação do autor à obra, há sim a tutela da criação intelectual, não o seu criador, e surgiu com o estatuto da Rainha Ana (1702-

1707), na Inglaterra, através da edição do *Rights of Copy*, que objetivava, à época, proteger os editores de obras literária (Roberto Correa de Melo. Entrevista). Em sentido oposto ao regime de unificação vigente para as patentes, desenhos industriais e direitos de autor está o sistema de marcas (*trademarks*). Em nível federal, as marcas são reguladas pelo *Lanham Act*, de 1945, que enfatiza a “*interstate commerce clause*”. Para Miller e Davis (1990, p. 149): “for the most part, federal laws do not create new rights nor do they even codify the common law of trademark: instead they merely provide a structure within which the common law of trademark can be enforced at the federal level”.

Por sua vez, na União Europeia, como indica Moura e Silva (2003, p. 109), a estrutura regulatória da propriedade intelectual é “consideravelmente mais complexa”. Via de regra, as legislações dos estados-membros prevalecem sobre as regras do direito comunitário. Naturalmente, constata-se a não rara existência de conflitos entre as regras comunitárias que estabelecem a liberdade de circulação de mercadorias e serviços (princípio basilar do direito comunitário europeu) e as normas nacionais que concedem direitos exclusivos de propriedade intelectual. Tais conflitos, segundo o autor, foram inicialmente solucionados pelo Tribunal de Justiça com a aplicação das regras de concorrência – tendência do sistema comunitário também existente na tutela da transferência de tecnologia, como veremos em item posterior, buscando-se impedir uma repartição geográfica de mercados no território europeu. Para Moura e Silva, o Tribunal desempenha a função de compatibilização entre a proteção conferida pelo ordenamento nacional dos estados-membros com os objetivos da União Europeia, fundamentando-se, precipuamente, em três “fórmulas”, quais sejam: (i) distinção entre existência e exercício de direitos de propriedade intelectual; (ii) análise específica objeto do direito e (iii) análise da função essencial do direito. (MOURA e SILVA, 2003, p. 110). Tal autor aponta o caso *Magill* como paradigma quanto à possibilidade de o Tribunal de Primeira Instância analisar o mérito de proteção concedida pelos estados-membros da comunidade, invocando a imposição de licença compulsória dos direitos de propriedade intelectual quando o seu exercício resultar na exclusão de concorrentes.

No âmbito da União Europeia, os direitos de autor, inerentes aos programas de computador, são tutelados pela Diretiva 91/250/CE, e aspectos relativos ao prazo de proteção ao direito de autor pela Diretiva 93/98/CE. Quanto às marcas e desenhos industriais, é possível constatar um esforço maior no sentido de harmonização de tais direitos, reflexo da criação dos institutos das marcas comunitárias e do desenho industrial comunitário (Regulamento do Conselho 06/2002/CE) bem como das indicações geográficas (Regulamento do Conselho 2100/94). As demais espécies de direitos, mais específicas, também já são

comunitariamente reguladas, tais como produtos fitofarmacêuticos, variedades vegetais e certificados complementares de proteção de medicamentos. (MOURA e SILVA, 2003, p. 113).

Em que pese observarmos forte tendência na harmonização de disciplina dos direitos de propriedade intelectual na União Europeia, ainda prevalece a supremacia dos ordenamentos nacionais dos estados-membros quanto à disciplina matéria. No ordenamento comunitário, Moura e Silva (2003) aponta existir uma tendência de prevalência do direito da concorrência em face aos direitos de propriedade intelectual na existência de eventuais conflitos (situação inversa à observada no ordenamento estadunidense). Tal cenário funda-se no fato de que o objetivo maior da comunidade é a integração econômica entre os estados-membros, situação que se sobrepõe aos direitos de propriedade intelectual nas hipóteses em que possam vir a impactar negativamente o livre comércio entre os Estados. (MOURA e SILVA, 2003, p. 114).

Pelo exposto, observa-se então o surgimento do que Moura e Silva (2003) aponta como uma *dicotomia* entre os direitos da propriedade intelectual – preocupação centrada na defesa dos direitos dos criadores e o direito da concorrência – capaz de introduzir ajustes que permitam salvaguardar um ambiente concorrencialmente, protegendo, em ulterior análise, os direitos dos consumidores. O referido autor segrega essa dicotomia em dois campos distintos: (i) os inventores, que buscam o exercício da exclusividade dos direitos da propriedade intelectual como necessários à recuperação dos custos com pesquisa e desenvolvimento e elemento fomentador da inovação e desenvolvimento econômico e (ii) os concorrentes (imitadores), que buscam manter livre o acesso às principais inovações do setor em que atuam, valendo-se, para tanto, de forma geral, da invocação das regras de concorrência.

Passemos a analisar o principal Tratado internacional vigente acerca dos direitos de propriedade industrial.

4.1 O Acordo TRIPs

Assumindo a premissa de que a propriedade industrial é instituto que, conclusivamente, não pode ser visto somente sob a ótica interna, em virtude da impossibilidade de dissociá-lo da prática comercial internacional, cabe-nos então analisar a tratativa internacional do mesmo.

A década de 90 é tida como um marco no fortalecimento da globalização mundial. Tal fato pode ser imputado à criação da Organização Mundial do Comércio, OMC, no ano de

1994, em que se deu a conclusão das negociações da Rodada do Uruguai. A partir de então, observa-se o fortalecimento da integração econômica, social, cultural e política entre os países signatários, dentre eles o Brasil.

Dentre os acordos assinados nessa Rodada, importa-nos destacar, para o estudo aqui proposto, o denominado *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* – TRIPs (Acordo Relativo aos Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio). Tal acordo pode ser considerado como um mecanismo que visa à globalização da propriedade industrial, vez que todos os países signatários se comprometeram, paulatinamente, a promover adequações necessárias à harmonização de suas respectivas leis nacionais com as diretrizes e finalidades do acordo. (CARVALHO, 2013, p. 38).

A busca pela internacionalização de mecanismos que proporcionassem proteção aos direitos relativos à propriedade intelectual remonta ao século XIX, buscando-se algum tipo de regulação do comércio transfronteiriço de tecnologia, pelos países desenvolvidos. O primeiro acordo que objetivou o direito de exploração de direitos de propriedade industrial foi assinado em Paris no ano de 1883, contendo a dupla finalidade de proteção aos inventores e o estabelecimento de regras mínimas para a criação de sistemas nacionais de proteção, tais direitos dos países signatários. (BRANCHER, 2010, p. 200). Para Sell (1989, p.408), tal acordo, que restou denominado Convenção da União de Paris (CUP), foi desenvolvido como resposta ao aumento do fluxo do comércio internacional, principalmente de tecnologia. Tal fato aflorou problemas práticos que ensejaram mínima harmonização das legislações nacionais. Transcorridos três anos, em 1886, foi celebrada a Convenção de Berna, que foi instituída com o objetivo de tutelar os direitos relativos às obras artísticas e literárias. As versões atuais de ambos os instrumentos datam de 1979 (WIPO-ADMINISTERED TREATIES).

Na visão de Brancher (2010, p. 201), ambas as convenções foram estratégicas para os países desenvolvidos, vez que lhes possibilitaram impor o nível de proteção desejada aos seus direitos de propriedade industrial aos países menos desenvolvidos, que, ao aderirem a tais instrumentos, se comprometeram a observar condições mínimas de proteção em seus respectivos ordenamentos. Contudo, aponta que, embora tenham sido objeto de adequações ao longo do século XX, não atingiram o nível de serem considerados mecanismos eficientes para solucionar a situação de ausência de ordenamentos voltados à proteção específica dos direitos de propriedade industrial e de autor no âmbito interno dos signatários. Persistia assim o conflito entre os países desenvolvidos e os menos desenvolvidos, o que servia como impeditivo para a efetiva relação comercial entre estes.

Até a assinatura do TRIPs, celebrado no âmbito da OMC, as Convenções de Paris e de Berna foram os principais instrumentos internacionais que tutelaram a propriedade intelectual internacionalmente.

O Acordo TRIPs é dividido em sete partes, sendo que a segunda e a terceira são subdivididas em seções, conforme exposto a seguir. A *primeira* parte dispõe sobre as disposições gerais e princípios básicos regentes do Acordo, importando-nos destacar a inserção dos princípios básicos do GATT/OMC, quais sejam: do *tratamento nacional* (artigo 3) – “cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção da propriedade intelectual...” e *tratamento da nação mais favorecida* (artigo 4), que estabelece que “toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade que um Membro conceda aos nacionais de qualquer outro país será outorgada imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os demais membros”. Ainda nesta parte, é importante destacar o estabelecimento dos objetivos do Acordo, dispostos no artigo 7, quais sejam:

a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

A *segunda* parte, que trata dos padrões relativos a existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual, contém a disciplina geral dos institutos de propriedade intelectual internacionalmente existentes, assim dispostos: a seção 01 incumbe-se de tutelar o direito do autor e direitos conexos; a Seção 02 as marcas; a Seção 03 as indicações geográficas; a Seção 04 os desenhos industriais; a Seção 05 as patentes; a Seção 06 as topografias de circuitos integrados; a Seção 07 disciplina a proteção de informação confidencial, e a Seção 08 dispõe acerca do controle de práticas de concorrência desleal em contrato de licença.

A *terceira* parte do TRIPs dispõe acerca da aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, agrupando-as em cinco seções distintas: (1) trata das obrigações gerais dos Membros; (2) elenca os procedimentos e remédios civis e administrativos a serem utilizados pelos Membros na defesa de seus respectivos direitos; (3) institui e disciplina o regime de medidas cautelares a serem eventualmente adotadas pelos Membros; (4) estabelece o regime de exigências especiais relativas a medidas de fronteira e (5) procedimentos penais.

A *quarta* parte estabelece a modalidade de aquisição e manutenção de direitos de propriedade intelectual e procedimentos interpartes conexos, autorizando os Membros a exigirem o cumprimento de procedimentos e formalidades razoáveis como condicionantes à aquisição e manutenção das espécies de direitos de propriedade intelectual dispostos nas seções 01 a 06 da parte II do Tratado.

A *quinta* parte do TRIPs estabelece procedimentos de prevenção e solução de controvérsias entre os Membros, pautados na obrigatoriedade de publicação de leis, regulamentos e decisões administrativas finais de aplicação geral, pelos respectivos estados Membros, asseverando desta forma o princípio da transparência.

A *sexta* parte contém as disposições transitórias do Acordo, importando-nos, para o presente estudo, as contidas no artigo 66, voltado aos países Membros com menor desenvolvimento relativo. Assim, ciente da diferença tecnológica e econômica entre os seus signatários, foi concedido um prazo adicional de carência de 10 anos, contados do prazo de carência geral de 01 ano da entrada em vigor do Acordo constitutivo concedida a todos os signatários, para o cumprimento de suas disposições pelos países menos desenvolvidos, exceto quanto às obrigações elencadas nos artigos 3 (princípio do tratamento nacional), 4 (princípio do tratamento da nação mais favorecida) e 5 (disposição acerca de acordos multilaterais sobre obtenção ou manutenção da proteção – exceção à observância dos princípios anteriormente mencionados, em procedimentos previstos em acordos multilaterais concluídos sob a égide da Organização Mundial da Propriedade Intelectual). Ademais, o artigo 66 dedica a integralidade do seu inciso II para tratar da transferência de tecnologia no âmbito do TRIPs, dispendo:

Artigo 66, 2. Os países Membros desenvolvidos concederão incentivos a empresas e instituições de seus territórios com o objetivo de promover e estimular a transferência de tecnologia aos países Membros de menor desenvolvimento relativo, a fim de habilitá-los a estabelecer uma base tecnológica sólida e viável.

Por fim, a *sétima* parte elenca as disposições institucionais e finais do Acordo, disciplinando a cooperação internacional acordada entre os signatários acerca do objeto, bem como instituindo a criação de um Conselho destinado à supervisão a aplicação do Acordo, denominado Conselho TRIPs.

4.1.1 Objetivos e transferência de tecnologia no TRIPs

Antes de adentrarmos nas diretrizes e objetivos do principal acordo de regência da propriedade industrial em âmbito internacional, faz-se necessário mencionarmos o cenário em que foi firmado o instrumento.

Como assevera Homere (2004), as sucessivas tentativas de negociação entre os países signatários das Convenções de Paris e Berna acirraram o debate Norte-Sul (como exposto no item anterior) e fizeram com que os anseios por uma tratativa mais moderna e adequada da propriedade industrial se voltasse para a Rodada Uruguai do GATT, direcionando o assunto para o âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC.

Prazeres (2003, p. 40-41) indica que a Rodada do Uruguai, além de ter instituído TRIPs, teve como um dos principais resultados a constituição da Organização Mundial do Comércio - OMC, entidade que veio a substituir o antigo GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*, que figurou como o principal instrumento normativo das relações comerciais até o início da década de 90. A constituição da OMC ocorreu através da celebração do Acordo de Marraqueche, celebrado em 1994 e aprovado pelo Brasil através do Decreto Legislativo 30/1994 e promulgado pelo Decreto Executivo 1355/1994. Foi subscrito inicialmente por 129 países e hoje conta com 156 membros, tendo como propósito a constituição de um quadro institucional comum entre os estados membros, não somente para a condução de suas relações comerciais baseadas em acordos já celebrados, mas também para as futuras negociações multilaterais. Neste sentido, em que pese ser a OMC resultante de complexa base de Acordos, é a organização norteada (bem como seus principais Acordos, dentre eles o TRIPs) por dois princípios básicos, elementares às relações comerciais e econômicas atuais, quais sejam: **(i) princípio da cláusula da nação mais favorecida**, segundo o qual uma vantagem comercial concedida a qualquer Estado-Membro da OMC deve ser imediatamente estendida a todos os outros Membros e **(ii) princípio do tratamento nacional**, que consiste na vedação da discriminação entre entidades ou agentes nacionais e estrangeiros, exigindo tratamento isonômico entre as relações comerciais que envolvam bens, serviços ou direitos de propriedade intelectual.

Ambos os princípios mencionados estão textualmente reproduzidos no texto do TRIPs, nos artigos 3 (tratamento nacional) e 4 (tratamento da nação mais favorecida). Especificamente no âmbito do TRIPs, tais princípios indicam que cada Membro não poderá conceder aos nacionais de outros Estados tratamento menos favorável que o outorgado aos seus nacionais acerca dos direitos de propriedade intelectual; e que toda vantagem,

favorecimento, privilégio ou imunidade que seja concedida a um Membro sobre o tema deverá ser imediatamente estendida a todos os demais países Membros.

Para Homere (2004, p. 281), a Rodada do Uruguai consistiu em oportunidade dos países desenvolvidos, liderados pelos Estados Unidos da América, de conferirem aos direitos de propriedade industrial a conotação de obrigatoriedade de cumprimento, na medida em que eventuais violações aos mesmos pudessem ser consideradas como infração às regras da OMC. Até a celebração da TRIPs, infrações a tratados que tutelavam a propriedade intelectual eram, de maneira geral, julgadas pela Corte Internacional de Justiça.

Segundo Brancher (2010, p. 204), a Rodada do Uruguai foi a oportunidade para que os países desenvolvidos congregassem esforços na busca do estabelecimento de medidas protetivas mais efetivas pelos países membros da OMC, vez que “até então, os esforços de persuasão para o estabelecimento de regras mais robustas de proteção à propriedade intelectual eram feitos de maneira unilateral, com grande desgaste político”.

Abbott (1996, p. 387), ao descrever o cenário de celebração do TRIPs, indica que o mesmo resultou de barganha realizada entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento. Àqueles interessava a adoção de regras mais rígidas de proteção aos direitos de propriedade intelectual pelos países subdesenvolvidos e os em desenvolvimento, e a estes importava o aumento do fluxo comercial com os desenvolvidos. Assim, constitui a barganha principalmente em negociações voltadas ao intercâmbio comercial de produtos agrícolas. Para o autor, além da concessão em subsídios agrícolas, “os países industrializados fizeram concessões significativas no que se refere à importação de produtos tropicais, bem como concordaram na eliminação gradual da imposição de quotas em produtos têxteis (tradução livre)”.

O próprio Acordo indica em seu preâmbulo a sua finalidade precípua de reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional, mediante o estabelecimento, pelos países signatários, de padrões e princípios adequados à proteção e aos exercícios dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, bem como o estabelecimento de meios eficazes e apropriados para a aplicação de normas protetivas a esses direitos. Ele é dividido em três partes principais, consistindo a *primeira* em regras-padrões relativas à existência, abrangência e exercícios das diversas modalidades dos direitos de propriedade intelectual; a *segunda* na disposição de normas (administrativas e judiciais) extensivas a todos os signatários, e a *terceira* dispendo acerca da prevenção e solução de controvérsias. Com efeito, constata-se que duas são as razões fundamentais da inclusão do TRIPs no GATT – sanar as deficiências do sistema de proteção da propriedade intelectual na Organização Mundial da

Propriedade Intelectual – OMPI e a necessidade de vinculação definitiva do tema ao comércio internacional. Nesse sentido, Matsushita, Schoenbaum e Mavroids (2004) asseveram que o TRIPs estabeleceu um sistema privado de livre mercado, viabilizando assim a transferência dos direitos de propriedade intelectual.

Para Brancher (2010, p. 217), o objetivo principal do TRIPs é evitar que as regras comerciais que envolvam propriedade intelectual não sejam elaboradas ou aplicadas pelos signatários de forma a possibilitar restrição ao comércio internacional, prevendo situações em que é possível que os países Membros controlem eventuais abusos praticados pelos detentores de tais direitos. Tal finalidade é prevista na Seção 08 do Acordo, que disciplina o controle de práticas anticoncorrenciais nos contratos de licença que tenham como objeto direitos de propriedade intelectual. Como exemplo, o artigo 40 (2) cita as práticas de retrolicenciamento exclusivo e as cláusulas que impeçam o questionamento de licenciamento de pacotes (venda casada).

O artigo 07 do Tratado assim dispõe acerca dos objetivos do instrumento:

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão da tecnologia, em benefício mútuo dos produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações. (grifo nosso)

Com efeito, assevera Ricolfi (2006, p. 311) que a matéria do exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual, assim como posta no TRIPs, não versa exclusivamente sobre abuso de direito, mas de abuso de poder econômico, na medida em que tais contratos podem impactar o comércio internacional e a transferência de tecnologia

Fato é que, conforme indica Brancher (2010, p. 205), considerando que o TRIPs não dispõe apenas acerca da regulação material da propriedade intelectual, mas também estabelece que a não observância de suas disposições pelos signatários enseja a possibilidade de estes serem julgados pelo Órgão de Soluções de Controvérsias da OMC, isso fez com o que o TRIPs se tornasse “o principal acordo de regência dos direitos de propriedade intelectual em âmbito internacional...”, sob “o mantra da proteção robusta para o desenvolvimento econômico multilateral”.

Considerando que a transferência e a difusão de tecnologia entre os países signatários é objetivo textualmente expresso no texto do Tratado, observa-se que este, através da padronização de normas relativas à proteção de direitos de propriedade intelectual, imbuíu nos

signatários o compromisso de intercâmbio tecnológico dos países desenvolvidos com os em desenvolvimento.

Com o advento do intercâmbio comercial entre os países, o resultado natural foi que países industrializados passassem a comercializar suas respectivas tecnologias aos países desenvolvidos. Brancher (2010, p. 199) então indica haver duas categorias distintas de países nesse cenário – os países fornecedores de tecnologia e os países consumidores de tecnologia. Como tentaremos demonstrar no item 4.3.1, o Brasil ainda figura como país consumidor e importador de tecnologia.

Homere (2004, p. 277) apresenta-nos uma classificação interessante baseada no aproveitamento da propriedade intelectual: (i) países desenvolvidos, desenvolvedores e exportadores de propriedade industrial, que objetivam a percepção financeira deste direito, mediante o recebimento de *royalties* dos inventos e tecnologia, e para tanto buscam proteção internacional mais rígida para tais direitos; (ii) países recém-desenvolvidos tecnologicamente, que também buscam o aperfeiçoamento da legislação internacional sobre o tema, bem como aprimorar suas respectivas legislações nacionais como forma de incentivo à inovação e industrialização de seus agentes econômicos. São desenvolvedores e exportadores de tecnologia em setores específicos de suas economias. e (iii) países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, puramente consumidores das duas anteriores categorias.

Relembrando a divisão Norte-Sul proposta por Bawa (1997), para os países exportadores de tecnologia, a propriedade intelectual, rigidamente instituída e tutelada, é considerada como o principal caminho para o desenvolvimento econômico e tecnológico; em contrapartida, para países importadores de tecnologia, sustenta o autor que o desenvolvimento depende intrinsecamente de maior flexibilidade normativa, que viabilize a aquisição de tecnologia dos países exportadores, vez que a apropriação das mesmas é o caminho que permite a disseminação do conhecimento.

Corroborando a afirmação de que a aquisição e absorção de tecnologia estrangeira é elemento necessário e fundamental ao desenvolvimento econômico e tecnológico dos países em desenvolvimento. O fato é que o próprio TRIPs assim trata a transferência de tecnologia, dispondo em seu artigo 66 (2), contido na Parte VI:

Os países desenvolvidos Membros concederão incentivos a empresas e instituições de seus territórios com o objetivo de promover e estimular a transferência de tecnologia aos países de menor desenvolvimento relativo, a fim de habilitá-los a estabelecer uma base tecnológica sólida e viável.

Como indica o próprio artigo 7º do Tratado, a transferência internacional de tecnologia é necessária ao bem-estar econômico e à criação de ambiente propício à inovação. Ocorre que tal interpretação é alvo de críticas por estudiosos da matéria, como, por exemplo, Brancher, que indica que do Tratado “percebe-se que de seus 73 artigos apenas uma parte ínfima e pouco detalhada impõe a obrigação de auxílios aos países menos desenvolvidos” (2010, p. 206).

Neste sentido, Maskus (2005, p. 224) conclui:

[...] nações importadoras de tecnologia devem interpretar o artigo 7 no sentido de que seus próprios sistemas de propriedade intelectual devem encorajar uma visão mais abrangente da transferência de tecnologia enquanto permanecer consistente no TRIPs.

Com efeito, depreendemos que doutrinadores do tema indicam que os países ainda em desenvolvimento não devem esperar incentivos diretos dos países industrializados para desenvolverem tecnologicamente seus respectivos setores econômicos, mas sim propiciar, mediante o estabelecimento de ordenamentos e ações governamentais, ambiente propício e estimulador da aquisição de tecnologia, aguçando o interesse inovador de seus agentes através do mecanismo de absorção de tecnologias.

Posto isso, após termos adentrado nas disposições e objetivos do TRIPs, abordando de forma mais específica a relevância da transferência internacional de tecnologia e o grau de relevância de tal instrumento para o desenvolvimento do comércio internacional e desenvolvimento econômico dos países com menor grau de industrialização e desenvolvimento, passemos a analisar a tratativa da propriedade industrial em nosso ordenamento pátrio.

4.2 No Brasil

No que tange à legislação pátria acerca da matéria, é importante traçarmos breve histórico dos instrumentos legais que visaram à disciplina da Propriedade Intelectual em nosso ordenamento.

O primeiro ato concessivo de privilégio temporário data do ano de 1809, quando, em 28 de abril deste ano, foi promulgado pelo Príncipe Regente Alvará que previa o privilégio aos introdutores de alguma nova máquina e invenção nas artes. Para Soares (1981), consistiu o primeiro passo para a proteção de privilégio de invenção na história de nosso país, em que

pese não ter se ocupado de estabelecer os requisitos necessários para tanto, limitando-se a indicar a duração do privilégio pelo prazo de 14 anos, ao fim do qual seria a invenção publicada com a finalidade de gozo pela sociedade.

A primeira lei específica acerca do tema foi promulgada em 1830 (Lei de 28 de agosto de 1830), por Dom Pedro I, instrumento este que também concedia ao descobridor ou inventor a exploração exclusiva da invenção. A inovação trazida por esse diploma recaiu sobre o fato de que se tornou possível a concessão de patente de melhoramento, cujo objeto consistia na melhora de descoberta ou invenção.

A proteção a sinais distintivos de produtos de fabricantes e comerciantes surge em nosso ordenamento através do Decreto n. 2862 de 1875, que serviu à disciplina da proteção das marcas de indústria e de comércio. Transcorridos dois anos, foi promulgado o Decreto nº 3346/1887, que estabeleceu as regras básicas para o registro de marcas de fábrica e de comércio, bem como introduziu penas a terceiros que utilizassem e reproduzissem indevidamente tais sinais.

A congregação da proteção às patentes de invenção de novos produtos industriais, de novos meios ou processos de aplicação e do aperfeiçoamento e melhoramento das invenções, com as marcas de indústria e comércio se deu através do Decreto nº 16264/1923, oportunidade em que foi instituída a Diretoria Geral da Propriedade Industrial.

O reconhecimento do Desenho Industrial como modalidade de direito de propriedade industrial em nosso ordenamento se deu no ano de 1934, através do Decreto nº 24507/1934.

A compilação da proteção às diversas modalidades dos direitos de propriedade intelectual em único diploma legal deu-se com o advento do Decreto-Lei 7903/1945, o qual, além de revogar todos os decretos referenciados, cada qual destinado à proteção de uma modalidade de direito, estabeleceu o privilégio a: (i) invenções, (ii) modelos de utilidade, (iii) desenhos ou modelos industriais, (iv) marcas de indústria e comércio, (v) variedades de novas plantas, (vi) nomes comerciais, (vii) títulos de estabelecimentos, (viii) insígnias comerciais ou profissionais e (ix) expressões e sinais de propaganda, bem como estabeleceu a repressão à concorrência desleal, através da utilização indevida desses direitos por terceiros não autorizados pelos respectivos titulares.

Em 1970, através da Lei 5.648/70, foi criado o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), já naquela oportunidade como autarquia federal vinculada ao Ministério da Indústria e do Comércio, substituindo o até então existente Departamento Nacional da Propriedade Industrial. A par de outras atribuições, foi nesta oportunidade estabelecida como finalidade do INPI a:

adoção, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, de medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação de patentes, cabendo-lhe, ainda, pronunciar-se quanto à conveniência da assinatura, ratificação ou de denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre Propriedade Industrial. (art. 2º)

No ano seguinte, foi promulgada a Lei 5.772/71, que instituiu o Código da Propriedade Industrial em nosso ordenamento, organizado em 04 títulos (I – dos privilégios – invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais; II – das marcas de indústria, de comércio e de serviço e das expressões ou sinais de propaganda; III – dos técnicos credenciados e IV – disposições gerais), cada qual dividido em capítulos. Esse instrumento vigorou até 1996, quando então foi substituído pela Lei de Propriedade Industrial – LPI.

Em sede Constitucional, a proteção aos direitos de Propriedade Intelectual se fez presente quase que na totalidade de nossas Cartas Magnas, consistindo as variações quanto à forma e à abordagem atribuídas a tais direitos, como, por exemplo, a relativização dos direitos de propriedade intelectual e a possibilidade de apropriação pública das descobertas (LARA, 2010).

A referida proteção surge em nosso ordenamento na primeira Constituição, ainda Imperial, no ano de 1824, tendo já nessa oportunidade recebido o *status* de garantia fundamental, como exposto no art. 179, inciso XXVI, do referido diploma:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de sofrer pela vulgarização.

Para Lara (2010, p.7, a Constituição de 1824 não atribuiu absolutismo e amplitude a tal proteção, na medida em que ressaltou, “expressamente, a possibilidade de apropriação pública das descobertas e produções”.

Na Constituição Republicana de 1891 foi expressamente inserida a proteção, além de inventos industriais, aos autores de obras literárias e artísticas e à propriedade de marcas de fábrica (art. 72, §§ 25, 26 e 27). No que tange à possibilidade de vulgarização fundada no interesse comum, repetiu a disposição contida da Carta antecessora. Merece destaque apenas a

forma prevista para que o Estado indenizasse o inventor em tal hipótese, vez que no texto de 1824 foi estabelecido o ressarcimento do prejuízo sofrido pelo inventor, ao passo que, na norma Republicana (1891), restou definido o estabelecimento de prêmio razoável. Segundo Lara (2010, p. 8), a natureza indenizatória se diferenciou no sentido de que na norma Imperial “o valor seria definido em função do investimento realizado pelo inventor”, ao passo de que a norma Republicana, ao estabelecer o prêmio razoável, “levaria ao entendimento de que seria devido o ressarcimento pelo lucro perdido”. Assevera ainda que é nesse ordenamento que surge, constitucionalmente, o primeiro tratamento de desenvolvimento científico, nos termos do art. 35, § 2º:

Art. 35. Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:
2º) animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e o comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais.

O diploma de 1934 ratificou a natureza de garantia fundamental dos direitos de propriedade intelectual, no artigo 113, incisos XVIII, XIX e XX. Nessa oportunidade já constou como dever dos entes federados a obrigação de “favorecer e animar o desenvolvimento das ciências” (art. 148), e ainda repetiu a possibilidade de apropriação pública das inovações científicas, mediante reparação ao inventor.

A Constituição de 1937 não dispensou tratamento específico aos direitos de propriedade intelectual, como o fizeram os diplomas anteriores, limitando-se a determinar que o tema seria tutelado através de Lei Federal (art. 16, inciso XXI). No que se refere ao desenvolvimento econômico, inovou quanto aos fundamentos da riqueza e da prosperidade nacional, basilando-os na iniciativa individual e no poder de criação, organização e invenção dos cidadãos. Cuidou de limitar a iniciativa individual aos limites do bem público e regulou a intervenção do Estado no domínio econômico (art. 135).

No texto da Constituição de 1946, os direitos de propriedade intelectual ressurgem como garantia fundamental dos cidadãos, (art. 141, §§ 17, 18 e 19), preservando também a possibilidade de apropriação pública dos mesmos. A inovação introduzida por tal diploma ficou a cargo da inserção do dever do Estado em criar institutos de pesquisas, preferencialmente em institutos de ensino superior (art. 174, parágrafo único). Nos dizeres de Lara, tal fato “evidenciou a preocupação do Estado como fomentador deste núcleo de promoção do desenvolvimento”. (2010, p. 11).

A Constituição de 1967, ao estabelecer a Ordem Econômica, indicou o desenvolvimento econômico como princípio basilar:

Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
 (...)

 V – desenvolvimento econômico.

Estabeleceu-se assim o dever estatal de incentivar a pesquisa científica e tecnológica, expressamente disposto no art. 171, parágrafo único. Para Lara (2010, p. 11), tal fato constituiu “óbvio reconhecimento da influência da inovação tecnológica no desenvolvimento”. No mesmo diploma, o artigo 150, §§ 24 e 25 estabeleceu o direito de propriedade intelectual como garantia fundamental. A novidade acerca do tema recai sobre o fato de não mais ser ressalvada, de forma expressa, a possibilidade de apropriação de tais direitos pelo Estado. Com efeito, o autor indica a conclusão de que, neste sentido, foi conferido caráter absolutista a tais direitos.

No mesmo diapasão, a Carta Magna vigente (CR/88) mantém o *status* de garantia fundamental dos direitos de propriedade intelectual, nos termos do artigo 5º, inciso XXIX. Também estabelece a relativização de tais direitos, na medida em que os condiciona ao “interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país”. A garantia do desenvolvimento nacional foi estabelecida como objetivo fundamental da República brasileira (art. 3º, inciso II). Corroborando a relevância ao tema de pesquisa e desenvolvimento na Constituição de 88, dedicou-se capítulo especial ao mesmo – Capítulo IV, Título VII (da ordem social). Ademais, no artigo 218, § 1º, determinou a Constituição da República que à pesquisa científica básica seja dispensado tratamento prioritário, “tendo em vista o bem público e o progresso da ciência”, indicando como funções estatais a promoção e o incentivo ao desenvolvimento tecnológico.

Para Lara (2010, p. 13), o ordenamento magno vigente “estatui os fundamentos institucionais de uma política econômica de desenvolvimento tecnológico, dentre os quais se identifica o instituto da propriedade intelectual”.

Atualmente, ao lado das disposições da Constituição da República de 1988 acerca da garantia e proteção da propriedade intelectual, estão vigentes, em sede infraconstitucional, os respectivos diplomas legais: Lei 9.279/96 – Lei da Propriedade Industrial; Lei 9.610/98 – Direitos autorais e, ainda, leis que tutelam bens específicos afetos à propriedade intelectual, em função da especificidade dos objetos tratados – em que pese não abordarem de forma

diversa as regras de políticas econômicas de desenvolvimento, tais como a Lei 9.456/97 – Lei de proteção a cultivares; Lei 9.609/98, que dispõe sobre os direitos autorais dos programas de computador e Lei 11.484/07, que tutela os direitos inerentes às topografias de circuitos integrados.

Com efeito, é importante mencionar que, em âmbito internacional, é o Brasil signatário de relevantes tratados acerca da matéria: (i) TRIPs, sendo sua adesão formalizada através do Decreto 1.355/94. Atendendo ao anseio de harmonização estabelecida pelo Tratado, alteramos a legislação pátria acerca da propriedade industrial, publicando a Lei 9.279/96 – Lei da Propriedade Industrial, em substituição à Lei 5.772/71 e (ii) Convenções de Paris e de Berna, tendo aderido, respectivamente, à Convenção da União de Paris em 1975, através do Decreto 75.572/75. Quanto à Convenção de Berna, aderiu em 1922, após a revisão de Berlim, através do Decreto 4.541/22, ratificando sua adesão ao texto atual com a promulgação do Decreto 75.699, de 06 de maio de 1975.

Para fins da presente pesquisa, das legislações indicadas, nos importará a análise da Lei 9.279/96, especificamente no que tange ao registro e averbação dos contratos de transferência de tecnologia e seus efeitos e, não obstante, os ditames constitucionais acerca da ordem econômica instituída em 1988, já abordados no início da presente dissertação.

4.3 O Instituto Nacional da Propriedade Industrial

O Brasil é ainda um país dependente de tecnologia estrangeira. Tal afirmativa resulta da situação ainda deficitária do Brasil quanto ao potencial inovador do seu parque industrial, refletido na modesta posição que ocupa no “ranking tecnológico mundial”. Neste momento, cabe-nos abordar o surgimento, as finalidades e a estrutura atual do órgão nacional responsável por tutelar a propriedade industrial em nosso ordenamento.

Como já abordado, é o INPI responsável pela concessão de registros das modalidades de direitos de propriedade industrial, quais sejam as patentes (de invenção e modelos de utilidade), as marcas, os desenhos industriais, as indicações geográficas e, ainda, pela averbação e registro dos contratos de transferência de tecnologia.

Fruto da política econômica das décadas de 60 e 70, nas quais o Brasil realizou investimentos visando à criação de uma estrutura tecnológica e científica, foi em 1970, através da promulgação da Lei 5.648, de 11.12.1970, criado o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Desde a sua criação, foi o instituto destinado à composição da Administração Pública Federal Indireta, e foi atribuída ao INPI a natureza de autarquia

federal, vinculada ao Ministério da Indústria e do Comércio, com sede e foro no Distrito Federal (artigo 1º Lei 5.648/70).

Com efeito, para Soares (1981, p.10), a substituição do antigo Departamento Nacional da Propriedade Industrial pelo INPI foi realizada com o objetivo de “dinamizar a propriedade industrial no Brasil”. Corroborando tal assertiva, no ano seguinte à criação do INPI, foi promulgada a Lei 5.772/1971, que instituiu o Código da Propriedade Industrial no ordenamento pátrio.

Neste sentido, julgamos necessário elencar alguns dados acerca da atuação recente do INPI – especificamente em Contratos, no último período analisado pelo instituto, qual seja o compreendido entre os anos 2000 a 2012. Importa frisar que, para fins estatísticos acerca da transferência de tecnologia, o INPI considera cinco categorias contratuais, quais sejam: (i) uso de marcas; (ii) exploração de patentes; (iii) fornecimento de tecnologia; (iv) franquia e (v) serviços de assistência técnica.

Em que pese conceituarmos as diferentes categorias de transferência de tecnologia no capítulo 06, demonstra-se na Tabela 1 que o número de averbações de contratos cujo objeto consiste na prestação de serviços de assistência técnica representa, anualmente, mais da metade do total averbado pelo INPI. Importa destacar que tal espécie não necessariamente envolve o fornecimento de tecnologia, ou seja, não possibilita ao importador alcançar o efetivo aprendizado tecnológico. O fenômeno do aprendizado é indispensável ao desenvolvimento futuro de novas tecnologias (aperfeiçoamento). As únicas categorias capazes de efetivamente possibilitar o aprendizado, aperfeiçoamento e futuro desenvolvimento de novas tecnologias são as de *exploração de patentes* e *fornecimento de tecnologia*. Contudo, ao analisarmos a tabela, facilmente percebe-se que ambas as categorias, somadas, não correspondem nem mesmo a 25% (vinte e cinco por cento) da categoria anteriormente mencionada. Em suma, a maioria maciça dos contratos que está sendo levada a registro no INPI não possibilita, de forma efetiva, o aprendizado e o desenvolvimento tecnológico das empresas nacionais contratantes.

Tabela 1 – Número de Certificados de Averbação por Categoria Contratual

Ano	Uso de Marcas	Exploração de Patente	Fornecimento de Tecnologia	Franquia	Serviços de Assistência Técnica	Outros (duas ou mais categorias)	Total
2000	226	34	214	51	1.077	85	1.687
2001	320	39	269	72	1.213	107	2.020
2002	261	39	200	52	1.280	12	1.944
2003	234	39	181	41	1.082	95	1.672
2004	247	31	202	27	938	78	1.523
2005	237	53	186	73	828	91	1.468
2006	253	45	179	79	929	74	1.559
2007	243	46	197	73	841	86	1.486
2008	239	46	262	64	777	80	1.468
2009	385	40	204	135	870	105	1.739
2010	372	49	208	117	800	87	1.633
2011	388	57	229	98	874	107	1.753
2012	442	63	237	153	957	83	1.935

Fonte: INPI, 2013.

Na Tabela 2, comprova-se que aproximadamente 95% (noventa e cinco por cento) dos contratos levados a registro no INPI nos últimos 12 anos analisados correspondem à importação de tecnologia, corroborando a afirmativa de que o Brasil é um país importador e dependente de tecnologia estrangeira, ainda distante dos países desenvolvidos tecnologicamente.

Tabela 2 – Número de Contratos averbados segundo a Natureza

Natureza/Ano	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Total
Importação	1.122	1.284	1.282	1.039	937	930	964	928	882	955	896	1.017	1.139	13.375
Interno	79	63	56	50	47	52	77	63	85	57	76	100	92	897
Exportação	-	1	1	2	1	2	-	1	1	1	3	-	3	16
Externo	11	11	12	21	7	11	8	13	11	13	12	14	4	148
Total	1.212	1.359	1.351	1.112	992	995	1.049	1.005	797	1.026	987	1.131	1.238	14.436

Fonte: INPI, 2013.

Após termos apresentado números que demonstram a dependência por tecnologia estrangeira de nossa economia e o baixo volume de contratos averbados pelo INPI que efetivamente envolvam transferência de tecnologia – impedindo o desenvolvimento de uma

trajetória tecnológica pelo Brasil nos moldes alcançados por países que obtiveram êxito no emparelhamento tecnológico: acúmulo de conhecimento, aperfeiçoamento e desenvolvimento de novas tecnologias –, demonstraremos com a Tabela 3 que o INPI ainda interfere muito em processos de análise e averbação de contratos de transferência de tecnologia, conduta que não mais encontra guarida ou respaldo legal, como será demonstrado logo a seguir.

Tabela 3 – Entrada e Decisões de Processos

Discriminação	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
ENTRADAS	2.999	3.463	3.173	2.794	2.658	2.617	2.722	2.780	2.616	2.832	2.624	2.660	2.741
Consulta simples	367	344	302	240	210	211	200	148	120	126	103	95	77
Contratos novos	901	1.000	985	778	739	789	751	786	813	764	767	876	920
Faturas novas	471	517	447	392	385	330	381	284	291	296	248	318	398
Petições	1.260	1.602	1.439	1.384	1.327	1.287	1.390	1.562	1.392	1.646	1.506	1.317	1.346
SAÍDAS	2.728	3.099	2.981	2.592	2.380	2.337	2.542	2.821	1.225	2.850	2.648	2.679	2.700
Consultas Respondidas	360	338	308	246	205	181	187	115	109	116	97	94	77
Averbados	1.687	2.020	1.944	1.672	1.523	1.468	1.559	1.486	1.468	1.739	1.633	1.753	1.935
Deferidos	154	122	28	36	38	26	34	88	220	185	286	321	207
Indeferidos	82	154	106	90	70	69	74	90	90	65	76	71	55
Arquivados	27	31	30	41	33	52	39	247	167	76	85	65	70
Exigências	418	434	565	507	511	541	649	795	639	669	471	375	356

Fonte: INPI, 2013.

Constata-se que, no período entre 2001 e 2007, o número de processos indeferidos, anualmente, superava o número de processos deferidos; entre 2007 a 2009 a proporção de processos indeferidos representava cerca da metade de processos que eram deferidos, anualmente; entre 2009 a 2012 proporção de processos indeferidos representava cerca da 25% (vinte e cinco por cento) dos processos que eram deferidos. Ademais, comparando o volume de entrada de contratos novos, por ano, em face ao volume de exigências realizadas pelo INPI, durante todo o período analisado, nota-se que, quando o INPI menos interviu nos processos, o índice de intervenção fixou-se em cerca da metade (50%) do volume total dos processos que deram entrada no INPI.

O ponto central da presente pesquisa recai sobre o artigo 2º Parágrafo único da Lei criadora do INPI, o qual dispõe acerca da **finalidade** do instituto:

Art. 2º. O Instituto tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica.

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras atribuições que lhe forem cometidas, o Instituto adotará, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes, cabendo-lhe ainda pronunciar-se quanto à conveniência da assinatura, ratificação ou denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial. (grifo nosso).

Tal disposição indica de forma clara e direta a postura do Estado adotada em face aos contratos de transferência de tecnologia quando da criação do INPI – possibilidade de intervenção direta e proteção à indústria nacional. A adoção de uma política intervencionista é fato intrínseco aos países em desenvolvimento, como o Brasil, no início da década de 70, os quais, em que pese serem extremamente dependentes de tecnologias estrangeiras, passaram a enxergar a transferência de tecnologia como um entrave ao desenvolvimento de suas indústrias internas, e como forma de evasão de divisas do capital nacional.

Neste sentido, foram então editadas legislações que tinham o objetivo de possibilitar ao Estado controlar os preços praticados em referidas transações, além de direcionar os objetos (tecnologias) a serem contratados, bem como impedir contratações que se demonstrassem demasiadamente desvantajosas aos receptores locais. Tais legislações estipulavam a exigência de submissão dos contratos de transferência de tecnologia ao exame e aprovação de órgão da administração pública - o artigo 2º Parágrafo único da Lei 5.648/70, anteriormente referenciado.

Com efeito, para Soares (1981, p.10), a substituição do antigo Departamento Nacional da Propriedade Industrial pelo INPI foi realizada com o objetivo de “dinamizar a propriedade industrial no Brasil” Corroborando tal assertiva, no ano seguinte à criação do INPI, foi promulgada a Lei 5.772/1971, que instituiu o Código da Propriedade Industrial no ordenamento pátrio.

Viegas (2007) destaca que em nível internacional, durante a década de 80 até meados da década de 90 (especificamente até a promulgação do TRIPs), transcorreu um período em que se buscou a estipulação, mediante negociações, de normas que tivessem o cunho de regular o fluxo internacional de tecnologia. Surge daí a dicotomia entre países desenvolvidos, que de um lado buscavam harmonizar a tratativa internacional no sentido de obterem condições mais vantajosas para os investimentos de suas empresas; e, de outro, países em desenvolvimento, que buscavam proteção contra pressões comerciais de agentes multinacionais, através da aprovação internacional das respectivas políticas internas. A autora

destaca três tentativas mais efusivas acerca do tema: (i) implementação do Código Internacional de Conduta para a Transferência de Tecnologia (*International Code of Conduct on the Transfer of Technology*), sob a égide da UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Deveelopment; (ii) revisão da CUP – Convenção da União de Paris, coordenada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI e (iii) estabelecimento de princípios e regras tutelares do Controle de Práticas Negociais Restritivas (*The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Controlo of Restrictive Business Practices*) - UNCTAD.

A tentativa de criação de um ordenamento internacional que regulasse especificamente o comércio internacional de tecnologia, segundo Sell (1989, p. 7) falhou, basicamente, por duas razões: (i) discrepância da visão do tema entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento, principalmente acerca da função do Estado na análise e aprovação dos instrumentos contratuais – nível de intervenção e (ii) crise econômica que assolou os países em desenvolvimento na década de 80 – denominada por analistas “década perdida”, resultando na flexibilização normativa “forçada” para os países em desenvolvimento, que sentiram a necessidade de atrair investimentos estrangeiros.

Em que pese a harmonização não tenha sido efetivada da forma como um dos blocos desejava, ela ocorreu, segundo Viegas (2007, p.10), na Rodada Uruguai do GATT, com a promulgação do TRIPs, o qual “permite que os países-membros especifiquem em suas legislações internas quais são as condições ou práticas de licenciamento que possam constituir abuso dos direitos de propriedade intelectual com efeitos adversos à livre concorrência”.

Em nosso ordenamento, a promulgação da Lei 9.279/1996, que substituiu o antigo Código da Propriedade Industrial, assumindo a regulação dos direitos e obrigações relativos à propriedade industrial no Brasil, resultou em profunda alteração na tratativa referente à transferência de tecnologia em nosso ordenamento, através da alteração realizada na redação do artigo 2º da Lei 5.648/70 descrito. Percebe-se que, por opção do legislador pátrio, foi retirada do INPI a atribuição de “adotar medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes”, persistindo a sua competência para registrar os contratos de transferência de tecnologia.

O artigo 2º da Lei 5.648/1970, com nova redação dada pela Lei 9.279/1996, atualmente assim dispõe:

Art. 2º. O INPI tem por finalidade executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à

conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

Em que pese existir a finalidade do INPI em buscar a regulação da propriedade intelectual com fulcro na função social, econômica e jurídica e técnica, não nos parece plausível que o instituto mantenha uma postura intervencionista em face ao objeto e às condições comerciais estipuladas entre as partes pactuantes em contratos que disponham acerca do fornecimento de tecnologia. Tal conduta desestimula, afasta a intenção de diversos agentes de mercado em buscar a importação de tecnologias, vez que não raramente esbarra-se na limitação, descabida, do preço (*royalties*) a ser pago pelo importador.

É, ao menos num momento imediato, a importação de tecnologia estrangeira instrumento essencial para que o Brasil alcance a solidez no cenário tecnológico mundial, um dos pressupostos para que de fato possa alcançar o desenvolvimento social e econômico preconizado na Ordem Econômica de 1988 (em semelhança ao caminho traçado pela Coreia do Sul, como aqui abordado). Tanto assim que o próprio instituto adota como missão “criar um sistema de propriedade intelectual que estimule a inovação, promova a competitividade e favoreça os desenvolvimentos tecnológicos, econômico e social”. Cremos que, à luz do INPI, sua função social recaia em criar mecanismos que facilitem, favoreçam e estimulem que as empresas nacionais possam buscar o acesso a tecnologias estrangeiras e, assim, tornarem-se efetivamente empresas inovadoras e desenvolvedoras de novas tecnologias.

4.3.1 O Brasil como país iminente importador de tecnologia

Antes de adentrar especificamente no cenário nacional, é importante que seja citado o conceito estabelecido por Maskus (2005, p.230) acerca da comercialização de tecnologia. Tal autor segrega em 03 (três) o que denominou “canais de comercialização de tecnologia” (ou *marketing channels*). O primeiro seria a *própria venda* do produto patentado, tecnologia ou serviços. O segundo consiste nos mecanismos de *licenciamento* dos bens descritos na categoria anterior e, por sua vez, o terceiro, o *investimento estrangeiro direto* (*Foreign Direct Investment – FDI*), o qual consiste no processo em que o titular de um direito de propriedade industrial desenvolve a própria tecnologia no país receptor de seus investimentos, a partir do desejo expresso por esse país não somente em virtude do investimento direto a ser realizado como também pelas externalidades positivas potencialmente existentes – geração de empregos diretos e indiretos, recolhimento de tributos e capacitação humana e tecnológica. (MASKUS, 2005, p. 219-241).

Freeman (1986) identifica uma mudança no conceito de Inovação, ocorrida no período pós-Guerra (2ª Guerra Mundial), resultante da sistematização e expansão da Pesquisa e Desenvolvimento (“P&D”), que passou a ser realizada dentro de grandes corporações, e não mais apenas em universidades. Neste sentido, Florida (1991) assevera ter ocorrido assim uma “especialização” na busca pela Inovação, através de grupos de tecnólogos e pesquisadores, trabalhando em sinergia e com horizontes de longo prazo, com rateio dos custos envolvidos.

Surge assim, no conceito de Inovação, um período em que se busca mais do que o acesso a matéria-prima baratas ou mão de obra de baixo custo, pois a competitividade econômica recai de forma inequívoca sobre o grau de capacitação tecnológica alcançada pelos agentes de mercado, bem como a capacidade destes em realizar as transformações necessárias – ideias em novos processos, produtos ou estruturas organizacionais, de forma ágil, capaz de acompanhar o fluxo recorrente de inovações na economia global. (AUREA; GALVÃO, 1998, p.8).

Homere (2004) assevera que o resultado natural do surgimento de transações internacionais cujo objeto recaia sobre a comercialização de tecnologia é o surgimento de dois grupos: o de países fornecedores de tecnologia e o de países consumidores de tecnologia. Neste sentido, o referido autor classifica os países em três diferentes categorias acerca do aproveitamento de direitos de propriedade intelectual: (i) países desenvolvidos – desenvolvedores e exportadores de propriedade intelectual, que via de regra visam a uma proteção robusta desses direitos em nível internacional, vez que resulta na percepção de retorno econômico (*royalties*); (ii) países recém-desenvolvidos em termos tecnológicos, que se tornam exportadores e desenvolvedores de propriedade intelectual em determinados setores de suas economias, que se beneficiam de uma harmonização legislativa internacional como meio de incentivo à industrialização interna – países emergentes, como os asiáticos, e (iii) países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos tecnologicamente, importadores e consumidores dos países contidos nas categorias acima no que se refere a direitos de propriedade intelectual. (HOMERE, 2004, p. 280).

Ao analisarmos a história da economia nacional, constata-se que ocorreram diversas transformações a partir da década de 90, com uma política agressiva de abertura de mercado, buscando-se uma inserção definitiva na globalização econômica.

Para Aurea e Galvão (1998, p.7), um dos recursos fundamentais para almejar tal objetivo foi a importação de tecnologia estrangeira, tendo tal característica prevalecido no acesso aos insumos necessários ao novo período econômico. Passou-se assim a se buscar tecnologias que pudessem agregar conhecimento aos diversos setores da economia, tendo-se

como fim último o fenômeno de absorção e aprendizado a partir das tecnologias importadas. Tais autores destacam que os meios comumente utilizados para tal prática são os contratos explícitos de transferência de tecnologia ou prestação de serviços técnicos.

Os autores indicam a existência de três formas básicas de internalização de inovações, quais sejam: *importação de bens ou serviços* – é o recurso mais utilizado por países “periféricos na corrida tecnológica mundial”. Importam-se bens de capital para propiciar o acesso ao que é moderno, desenvolvido, em determinado setor da economia. O cerne desse ponto remonta no fato de que tal forma de internalização dificulta ou retarda a capacitação tecnológica de um país, afetando, portanto, o desenvolvimento do mesmo nessa seara. A segunda forma consiste na *importação explícita de tecnologia*, que já pressupõe a existência de um processo industrial do país importador que reflita um estágio relativo de desenvolvimento tecnológico, ao menos em certos segmentos da base produtiva primária, permitindo assim a absorção da tecnologia mais avançada adquirida, incorporando-a ao setor específico de aplicação. Tal forma abre, portanto, caminho para que a base produtiva do país consiga, no campo tecnológico, alcançar resultantes expressivos de desenvolvimento e aperfeiçoamento. Com efeito, amplia a realização de P&D de forma efetiva e eficaz, ainda que mais D (desenvolvimento), do que P (pesquisa). Elencam três diversos meios através dos quais se aplica essa forma, quais sejam: a) criação de parcerias (*joint ventures*) com empresas detentoras da tecnologia almejada; b) licenciamento direto de direitos de propriedade intelectual (patentes) e c) estabelecimento de contratos de transferência de tecnologia. Como terceira e última forma de internalização de inovações, indicam a *geração autônoma de inovações*, inerentes a países tecnologicamente desenvolvidos, e residência do foco central das estruturas e agentes inovadores dos países que figuram como líderes na corrida tecnológica mundial. Em tal modalidade, embora os riscos e as incertezas se façam presentes em escala significativa, se alcançados, os benefícios das inovações originais são satisfatoriamente maximizados (AUREA; GALVÃO, 1998, p. 9-11).

Para Katz (1976), a importação de tecnologia é a matéria-prima para o que denominou “processo de aprendizagem tecnológica”, na medida em que possibilita a conjunção de adaptações e inserção de inovações ao pacote tecnológico objeto da aquisição. (cap. VII).

É a importação explícita de tecnologia uma etapa mais avançada na trajetória de desenvolvimento tecnológico de um país, em face à modalidade de internalização de conhecimento mediante a importação de bens ou produtos, e tende aquela modalidade a ser preponderante em países em vias de desenvolvimento, tal como o Brasil. Aqui, observa-se o desenvolvimento de infraestrutura tecnológica e científica durante as décadas de 50,60 e 70,

através da criação de instituições divididas, basicamente, em 03 (três grupos): (i) capacitação de pessoal – CNPq – Conselho Nacional de Pesquisa (1951) e CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (1951); (ii) legal-estrutural e laboratorial: CTA – Centro Técnico Aeroespacial (1954); CENPES - Centro de Pesquisas Leopoldo Américo Miguez de Mello (1963); INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial (1970). EMPRABA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (1972) e SINMETRO - Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (1973) E; (iii) instrumentos financeiros para a promoção de atividades de desenvolvimento, produção e comercialização de produtos constituídos de cunho tecnológico: BNDE (1958) - hoje BNDES – Banco Nacional Desenvolvimento Econômico e Social, e FINEP – Financiadora de Estudos e Projetos (1967). (AUREA; GALVÃO, 1998, p.13).

Em 1956, com a implementação do programa governamental denominado Programa de Metas (1956-60), cujo objetivo era fomentar a criação de indústrias de insumos e de bens de consumo não duráveis, através da substituição do modelo de importações destes, atinge a importação de tecnologia patamar relevante, alcançando forma expressiva na busca pela capacitação da indústria nacional.

Neste cenário é que a importação de tecnologia encontra solo fértil para se firmar como a forma preponderante de internalização de inovações na economia brasileira. Aurea e Galvão (1998) avaliaram os dados acerca de transferência de tecnologia no período entre 1956 a 1996. Identificaram que em meados da década de 60 essa forma adquire maior relevância, atingindo seu pico nos anos de 1979-81 e 1996: remessa de cerca de US\$ 400.000,00 (quatrocentos mil dólares) no primeiro e o dobro da quantia em 1996. Durante esse período, bens de serviço, bens intermediários e bens de capital (incluía a indústria automobilística) lideraram, alternadamente, como setores mais representativos na importação de tecnologia. A partir de 1993, o setor de bens de consumo não duráveis representou aumento na média de remessas de capital, o que indica a sua inserção como um setor representativo nessa seara – passagem de um histórico de 2% de representatividade para 12%, porque é a partir da década de 90 que se constata profundas mudanças nos processos que regulam o processo de tecnologia (trataremos a evolução legislativa acerca da matéria no item 4.3 adiante), com a adoção da política de abertura comercial. Nesse período, a indústria eletroeletrônica assume a liderança na importação de tecnologia, a qual é mantida até os dias atuais. (AUREA; GALVÃO, 1998).

Regionalmente, a região Sudeste concentra os índices de remessas que refletem a maior realização de importação de tecnologias estrangeiras. Rio de Janeiro e São Paulo, com Minas Gerais figurando em menor escala, são estados que lideram esse *ranking*. Investimentos em

projetos específicos com relevante significado nacional incluem o polo petroquímico de Camaçari – Bahia e o complexo de Carajás, nesse cenário. (AUREA; GALVÃO, 1998).

4.3.2 O baixo potencial inovador do Brasil

Em que pese o Brasil ocupar o 7º lugar no ranking das maiores economias globais atualmente (BANCO MUNDIAL, 2014), ainda estamos muito aquém de outros países que ocupam posições bem menos significativas no que se refere ao ranqueamento de inovação e/ou investimento em pesquisa e desenvolvimento.

Nesse sentido, em janeiro de 2014, a *Bloomberg*, um dos mais relevantes provedores mundiais de informações financeiras, publicou um estudo realizado por Wei Lu e Marcus Chan, denominado “*Most Innovative Countries*”, no qual o Brasil alcançou a 45ª posição dentre 50 países avaliados. Tal estudo foi realizado através do emprego de metodologia que buscou avaliar a capacidade inovadora de cada país, através da análise de sete fatores: *R&D intensity, productivity, high-tech density, researcher concentration, manufacturing capability, tertiary efficiency and patent activity*. Nas análises individuais de cada fator estudado, o Brasil não figurou entre os 10 primeiros em nenhum deles. (BLOOMBERG, 2014).

Em outro estudo, denominado *Global Innovation Index 2013*, copublicado pela *Cornell University*, *INSEAD – The Business School for the World*, e *WIPO – World Intellectual Property Organization*, o Brasil ocupa somente a 64ª posição no ranking de países inovadores. (GLOBAL INNOVATION INDEX, 2013).

Avaliando indicadores internos, podemos compreender a modesta participação do Brasil no cenário de países inovadores e exportadores de tecnologia:

O Brasil tem uma massa crítica de cerca de sessenta mil cientistas, isto é, um para cada três mil habitantes e representa 20% do que o País precisaria para atender às demandas de ciência e tecnologia (C&T). Nos Estados Unidos existe um milhão de cientistas, isto é, um cientista para cada trezentos habitantes. (SENAC).

Referindo-se especificamente ao investimento público em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), no ano de 2000 o Brasil investia 1,02% do Produto Interno Bruto (“PIB”) nesse setor, sendo o investimento atual em torno de 1,2% do PIB. Segundo o Ministro da Ciência e Tecnologia Marco Antonio Raupp, o objetivo era chegar a 2%, “mas ser no mínimo 1,5 em 2014” (O GLOBO, 2012).

Recentes dados demonstram que o objetivo para 2014 ainda não foi atingido. Segundo dados trazidos por Versana Carvalho, constata-se que o investimento permaneceu estagnado ou reduziu. A quantia total de investimento em P&D no Brasil gira em torno de U\$ 24,2 bilhões por ano. Em que pese transparecer a impressão de expressividade da quantia investida, tal montante representa cerca de 1,1% do PIB total da economia nacional. Tal porcentagem, em comparação com o investimento médio realizado pelos Estados Unidos da América, por exemplo, representa menos que a metade do que os 2,7% do PIB – cerca de U\$ 398,2 bilhões, dispendidos por esse país no setor. (AGÊNCIA SEBRAE DE NOTÍCIAS DO ESTADO DE GOIÁS).

No que se refere à fundamental participação do setor privado na cooperação com o Estado no fomento de P&D, dados do Governo Federal demonstram que ainda estamos muito distantes do ideal, considerando o persistente desinteresse resultante do desestímulo à participação privada, fruto de uma conjunção de fatores (falta de estrutura e morosidade dos atos do INPI – tempo de análise e pedidos de patentes; intervenção do INPI em contratos de fornecimento de tecnologia; insegurança jurídica acerca da matéria). Nota-se grande diferença entre o Brasil e os outros países quanto ao volume de investimento em P&D aportado pela iniciativa privada. Ao se comparar o volume de investimento do Brasil com os números de países membros da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e de outros países da América Latina e do **Brics** (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), percebe-se que o Brasil só está acima de México, Argentina, Chile, África do Sul e Rússia, ficando muito distante de China e Coreia do Sul, por exemplo, nações que iniciaram muito recentemente o salto de desenvolvimento industrial. No Brasil, cerca 0,55% do PIB refere-se à participação privada, número este bem distante dos 2,68% investidos pelo setor privado da Coreia do Sul ou dos 1,22% da China, por exemplo. (SENADO FEDERAL, 2014).

Outro ponto que deve ser destacado no rol de elementos que clareiam o entendimento acerca do baixo potencial inovador do Brasil, principalmente em tecnologias de ponta que envolvam alta complexidade empregado, é o fato de que o Brasil permanece sustentando a base de sua economia na exportação de *commodities*.

Indicadores recentes apontam que a matriz de exportação brasileira é composta, quase em sua metade, por produtos primários. 48% (quarenta e oito por cento) da exportação brasileira compõe-se de produtos *in natura* (principalmente produtos agropecuários, minérios, petróleo, gás e madeira). Ao mesmo tempo em que o país é beneficiado por essa produção, contrapõe-se o fato de que essa característica da exportação nacional é muito vulnerável a variações nos preços internacionais e ao padrão de consumo desses produtos por outros

países, via de regra, com altos índices de industrialização e economicamente desenvolvidos. (SENADO FEDERAL, 2014).

Ao se analisar as matrizes de exportação de outros países que participam ativamente do comércio internacional, como a China (onde a participação dos produtos intensivos em recursos naturais é de apenas 9,3%), Estados Unidos (15%), México (23%) ou Índia (29%), percebe-se que há um equilíbrio entre esses produtos e os de valor agregado em tecnologia. Só para se ter uma ideia, a participação de *commodities* em todo o comércio mundial é de apenas 26%, média bastante inferior ao percentual do Brasil. (SENADO FEDERAL, 2014).

A chamada “reprimarização” da pauta de exportação do Brasil já é um fato, de acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Entre 2007 e 2010, a participação de *commodities* na pauta de exportações brasileiras saltou de 41% para 51%, depois de ficar em torno dos 40% durante todos os anos 1990. Os dados são do estudo *A Primarização da Pauta de Exportações no Brasil: ainda um dilema*, dos pesquisadores Fernanda De Negri e Gustavo Varela Alvarenga. (IPEA, 2014).

Hoje, segundo o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), mais de 60% das exportações brasileiras são constituídas de produtos não industriais ou de relativamente baixa intensidade tecnológica (*commodities*, produtos intensivos em mão de obra e recursos naturais) e menos de 30% são produtos de maior conteúdo em tecnologia. Há sete anos o país detinha a exportação de 3,77% de todas as *commodities* negociadas no mundo. Em 2009, a participação subiu para 4,66%, índice bastante superior à participação do Brasil no total do comércio internacional, estimado em cerca de 1,5%. (SENADO FEDERAL, 2014).

Ou seja, desde 2005 vem caindo a participação do país nas exportações mundiais em todas as demais categorias. Enquanto em 2005 o país detinha 0,94% do total da exportação mundial de produtos de média intensidade tecnológica, em 2009 o percentual caiu para 0,74%. Já a contribuição do Brasil para o total de exportações mundiais de produtos de alta tecnologia foi de 0,5% para 0,49% no mesmo período, segundo o estudo do Ipea. Como se vê, índice bastante inferior à participação nacional nas relações comerciais internacionais. (SENADO FEDERAL, 2014). Consequentemente, o déficit na balança comercial de produtos dos segmentos de média-alta e alta tecnologia, segundo o MCTI, passou de US\$ 10,1 bilhões, em 2007, para US\$ 28,4 bilhões em 2010, um aumento de 184%. Os componentes eletrônicos, por exemplo, em especial os semicondutores e *displays* (optoeletrônicos), com um mercado mundial estimado, em 2010, em US\$ 410 bilhões, têm participação de cerca de 80% das importações de componentes eletrônicos (cerca de US\$ 6 bilhões em 2010). Outro

setor que importa muito é o da saúde, responsável por um déficit de US\$ 10 bilhões na balança comercial do Brasil em 2010. (SENADO FEDERAL, 2014).

Por outro lado, no mercado de produtos de alta tecnologia, Índia, Indonésia, Malásia, Filipinas, Cingapura, Coreia do Sul, Taiwan e Tailândia, na Ásia, alcançaram exportação de mais de US\$ 550 (quinhentos e cinquenta bilhões), no período 1998–2010, enquanto a China, sozinha, vendeu ao resto do mundo mais de US\$ 450 (quatrocentos e cinquenta bilhões) no mesmo período. (SENADO FEDERAL, 2014).

Nos últimos nove anos, o Brasil manteve a proporção de investimento em pesquisa e desenvolvimento (P&D), em relação ao produto interno bruto (PIB), em torno de 1%, apesar de o governo ter prometido, em 2003, aumentar o gasto para 2%, nível próximo ao da média dos países da **OCDE**, que é de 2,3%. Quatro anos mais tarde, no esforço para chegar lá, o Plano de Ação 2007–2010 para Ciência, Tecnologia e Inovação (Pacti) fixou uma meta de 1,5% ao final do período, que, porém, não foi alcançada: o investimento total ficou em 1,22% do PIB em 2010. (SENADO FEDERAL, 2014).

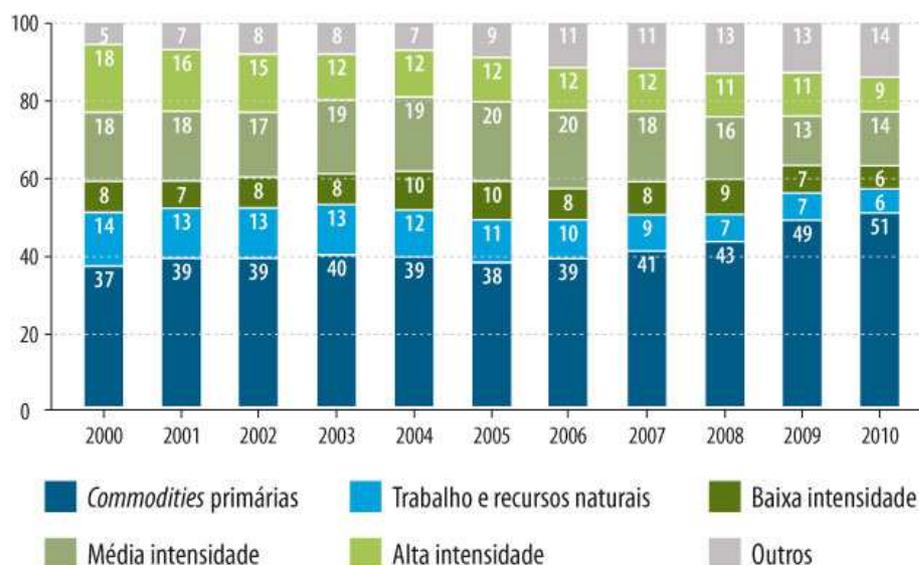
A nova meta da recém-lançada Estratégia Nacional para Ciência, Tecnologia e Inovação (Encti) para o período de 2012-2015 é chegar a 2014 destinando 1,8% do PIB para investimento em pesquisa e desenvolvimento. Para isso, os investimentos terão que mudar de comportamento, já que, no Brasil, vêm mantendo média próxima a 1% anualmente desde o início do século. Nesse período, houve queda pronunciada em 2004 e ligeira recuperação a partir de 2009. (SENADO FEDERAL, 2014).

Dados contidos no Gráfico 1 corroboram as afirmativas de que o Brasil persiste como um país iminentemente exportador de *commodities* primárias, ou produtos que possuem baixa intensidade tecnológica. Para melhor compreensão do Gráfico 1, é importante pontuar que o IPEA classifica os níveis de intensidade tecnológica da indústria em quatro grupos de setores industriais: (i) alta intensidade tecnológica: aeroespacial, farmacêutico, informática, eletrônica, telecomunicações e instrumentos; (ii) média-alta intensidade tecnológica: material elétrico, veículos automotores, química – exceto setor farmacêutico, ferroviário e de equipamentos de transporte, máquinas e equipamentos; (iii) média-baixa intensidade tecnológica: construção naval, borracha e produtos plásticos, coque, produtos refinados de petróleo, combustíveis nucleares, outros produtos não metálicos, metalurgia básica e produtos metálicos e (iv) baixa intensidade tecnológica: outros setores e de reciclagem, madeira, papel e celulose, editorial e gráfica, alimentos, bebidas, fumo, têxtil e de confecções, couro e calçados. (CAVALCANTE; DE NEGRI, 2011).

Gráfico 1 – Participação dos diferentes grupos de produtos, segundo intensidade tecnológica, nas exportações brasileiras, 2000 a 2010 (Em %)

Índice de produtos complexos nas exportações é baixo

Brasil vende poucos produtos de alta tecnologia: entre 2005 e 2009, a participação oscilou de 0,5% para 0,49% do total exportado no mundo



Fonte: A Primarização da Pauta de Exportações no Brasil: ainda um dilema, Fernando de Negri e Gustavo Varela alvarenga, Ipea, 2010

Os números referentes a pedidos de Patentes corroboram a afirmativa de que o Brasil é um país atrasado na produção inventiva em face aos países considerados como referência em inovação tecnológica. Em relatório publicado pela OMPI em 2012, indicando levantamento realizado entre os 20 maiores escritórios mundiais de concessão de patentes, o Brasil ocupou a 19ª posição. Naquele ano, enquanto o crescimento médio de pedidos de patentes cresceu 9,2%, no Brasil o aumento foi de 5,1%. O Brasil, atualmente, conta com 41.453 patentes válidas, enquanto países como os Estados Unidos da América detêm cerca de 2,2 milhões de patentes válidas. (PORTAL DAS INDÚSTRIAS, 2014).

A longa espera pela análise e concessão de patentes no Brasil é outro fator desestimulante no cenário nacional. No período compreendido entre 2003 e 2013, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI –, concedeu em média 3.108 patentes por ano. Além de o número ser extremamente modesto, incorreu-se no fato de que o tempo de espera pela análise de mérito dos pedidos pelo INPI passou de cerca de 06 (seis) anos, em 2003, para 11 (onze) anos, em 2013. (PORTAL DAS INDÚSTRIAS, 2014).

Outro fato que também demonstra que ainda não temos uma economia tecnologicamente desenvolvida, e ainda incapaz de competir com países desenvolvidos, é de que, além de não figurarmos entre os países que mais depositam patentes no Mundo (criadores de novas tecnologias), o número de depósitos realizados por não residentes (países estrangeiros) junto ao INPI é extremamente elevado. Segundo Zucoloto (2013, p.33), “as patentes de não residentes têm dominado historicamente os depósitos no Brasil...” Corroborando tal assertiva, a autora afirma que países economicamente desenvolvidos, como Estados Unidos, Japão e Alemanha respondem, conjuntamente, por cerca de 50,6% dos depósitos de não residentes realizados no Brasil. (ZUCOLOTO, 2013).

Apontada a realidade econômica nacional em face ao baixo poder inovador da indústria interna e à dependência de tecnologia estrangeira para desenvolvimento de produtos mais elaborados, passemos a analisar os institutos da Inovação Tecnológica e Desenvolvimento Econômico, avaliando as características dos mesmos e analisando a trajetória do que a doutrina atual considera como modelos referentes a serem seguidos na busca pelo desenvolvimento tecnológico.

5 INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

O desenvolvimento econômico tem indissociável relação com as inovações tecnológicas. Indubitavelmente, as inovações são a base do efetivo desenvolvimento social e econômico dos países, missão prevista na ordem econômica da enorme maioria das cartas magnas dos Estados. O desenvolvimento tem como força motriz a inovação, em especial a inovação tecnológica.

O panorama econômico mundial confirma essa assertiva. Pode-se constatar que os países que, ao longo da história, mais investiram em inovação e desenvolvimento de tecnologias alcançaram destaque na economia globalizada.

Nos sistemas econômicos hegemônicos, mundialmente, busca-se incessantemente o ganho financeiro, através do desenvolvimento de técnicas de aumento de produção e rentabilidade nas transações. Isso é mais facilmente atingido com a diferenciação dos produtos concorrentes.

Desta forma, pode-se afirmar que o meio mais eficiente de se estimular a criação de inovações pelos agentes econômicos é garantindo-lhes adequada proteção aos investimentos dos agentes inovadores, proporcionando a obtenção de ganhos financeiros de suas invenções, as quais, quase que na totalidade, englobam o desenvolvimento de novas tecnologias, ou ao menos o incremento das já existentes.

5.1 Inovação Tecnológica

Inovação pode ser compreendida como “fazer as coisas diferentemente na esfera da vida econômica”. (SWEEZY, 1943, p. 93).

Para estudarmos o instituto de desenvolvimento econômico, incumbe-nos, primeiramente, analisar a inter-relação entre a propriedade industrial e a inovação tecnológica. Para tanto, propõe-se avaliar o conceito de inovação tecnológica, enriquecendo-o com breve descrição de trajetórias seguidas por um país desenvolvido industrialmente desde o século XX e outro que obteve êxito na busca da transição de um país importador de tecnologia estrangeira para o patamar de uma nação tecnologicamente avançada, as quais serão apresentadas nos subitens 5.1.1 e 5.1.2.

Kim (2005, p. 30) define inovação como “atividade pioneira, baseada principalmente nas competências internas de uma empresa de desenvolver e introduzir um novo produto no mercado”. Entretanto, importante dissecação do conceito realizou Schumpeter (1934), ao

distinguir a “inovação” da “imitação criativa”. Para esse autor, inovação consiste na comercialização de um invento, realizado em uma descoberta ou num processo de criação. Por sua vez, a difusão de uma inovação é uma imitação, ainda que criativa, se fruto de aprimoramento.

É importante já trazeremos um efeito econômico da inovação percebido por Kuznets (1959), o qual consiste no fato de que a inovação tecnológica propicia a criação de novas indústrias, dedicadas à produção de novos bens, e que possuem, de maneira geral, rápido crescimento em suas fases iniciais, tendendo a experimentar um retardo em suas respectivas taxas de crescimento no momento em que o mercado atinge a sua saturação. Com efeito, tal autor indica que, para se obter um crescimento econômico sustentado, é necessária a existência de uma interação entre o deslocamento contínuo do produto da economia de um país e o deslocamento de sua composição setorial:

Uma alta taxa de crescimento sustentado depende do contínuo surgimento de novas invenções e inovações, proporcionando as bases para novos ramos cujas altas taxas de crescimento compensam a inevitável diminuição de velocidade das taxas de invenção e inovação, e dos efeitos econômicos de ambas, que retardam as taxas de crescimento dos ramos mais antigos. Uma elevada taxa de crescimento agregado da economia é assim necessariamente acompanhada por um considerável deslocamento de importância relativa entre os vários ramos, pois, enquanto os antigos se desvalorizam, os novos aumentam seus pesos relativos no produto nacional. (KUZNETS, 1959, p. 33).

Para Kim (2005), os benefícios da inovação podem ser efetivamente percebidos vez que, ao se estabelecer de forma precípua num mercado, a empresa torna-se a primeira a oferecer o produto, destacando-se assim que empresas que não possuem o conhecimento tecnológico necessário ao ato inventivo limitam-se à prática da imitação.

Com efeito, a busca pela inovação tecnológica, para que possibilite a manutenção do crescimento econômico, deve ser contínua e pulverizada em diversos setores da economia de um Estado. Nesse sentido, Mowery e Rosenberg (2005, p.14) indicam que raramente as contribuições trazidas pelas inovações tecnológicas ao crescimento econômico são independentes de investimento, vez que “a maior parte das novas tecnologias precisa estar incorporada aos bens de capital, que são os veículos para sua introdução”.

Alberthany e Utterback (1978) estabeleceram três estágios em que é desenvolvida a trajetória tecnológica de países e empresas sediadas em países tecnologicamente avançados, que obtiveram sucesso na transformação industrial perseguida: fluido, transitório e específico. O primeiro estágio a ser superado é o *fluido*, no sentido de que, numa fase inicial de inovação,

uma mudança tanto no produto objeto da invenção como no mercado em que o mesmo se situa são frequentes, existindo, portanto, a necessidade de uma estrutura fluida e flexível apta a responder com agilidade e eficácia às mudanças tecnológica e mercadológica nos setores em que se situam. Refere-se ao desenvolvimento de novas tecnologias e à integração destas a um setor industrial Superado tal estágio, incorre-se no segundo, qual seja, o *transitório*, na medida em que, após mais bem compreendidas as necessidades do mercado, inicia-se uma fase de transição para um processo e método de produção em série de um produto já mais bem delineado, o que tais autores denominam “produto dominante”. Nesse estágio, para os autores, a capacidade e a escala de produção do produto inovador assumem relevância na disputa pela obtenção de vantagens econômicas resultantes do mesmo. Num terceiro momento, no qual ocorre o amadurecimento do mercado e do ramo do produto inovador, cuja consequência natural é o incremento da concorrência por preço, atinge-se um patamar em que o produto torna-se altamente padronizado, fruto da automatização e sistematização do processo produtivo, o que dita, em uma análise, a *especificidade* da inovação inserida no mercado, momento em que surge a tendência de transferência das tecnologias para países necessitados da importação de tecnologia, em processo de desenvolvimento.

Corroborando a ideia dos estágios de um processo de inovação descrito, Lara (2010, p.38) indica a impossibilidade de determinação *ex-ante* de uma trajetória tecnológica, vez que “não se sabe, e não é possível saber, o resultado de um investimento em tecnologia, porque ainda não foi submetido ao teste seletivo de mercado [...]”.

Existe uma trajetória natural a ser seguida pelos países que atingiram um nível de maturidade tecnológica e o patamar de países desenvolvidos – momento inicial de importação de tecnologia estrangeira, a qual possibilita o aprendizado, domínio e consequente criação de incrementos ou novas tecnologias, para um segundo momento de alcance de desenvolvimento que permite a transição para um modelo de exportação de tecnologias.

Nesse sentido, Kim (2005) indica três passos fundamentais para uma transformação tecnológica de países em desenvolvimento, quais sejam: (i) a aquisição de tecnologia estrangeira, fato que poderá efetivar a necessária (ii) assimilação do conhecimento e (iii) posterior aprimoramento das tecnologias adquiridas. Para o autor, num processo de industrialização de um país em desenvolvimento, o que denomina “processo de *catching-up*”, a:

Transferência de tecnologias estrangeiras é fundamental para a aceleração do aprendizado tecnológico, pois fornece níveis mais altos de conhecimento

tácito e explícito, além de promover um efetivo aprendizado por meio da interação ativa com fornecedores estrangeiros. (KIM, 2005, p. 298).

Com efeito, Kim (2005, p.141) estabeleceu o que denomina “trajetória tecnológica”, observada em países que obtiveram êxito no processo de transição aqui abordada – importadores de tecnologia para exportadores após atingido o avanço necessário para tanto. O modelo desenvolvido pelo autor difere do indicado por Alberthany e Utterback (1978), que desenvolveram a análise da trajetória tecnológica de países desenvolvidos. A trajetória traçada por Kim (países em desenvolvimento) contém três fases: aquisição, assimilação e aperfeiçoamento: Numa fase inicial, fundamental é a *aquisição* de tecnologias estrangeiras de países desenvolvidas, já prontas e maduras para uso e produção imediatos, vez que a capacidade interna ainda é extremamente carente e reduzida. Tais aquisições, via de regra, referem-se a processos de montagem, “know-how”, processos produtivos e especificações de peças, bem como componentes ou produtos já prontos. Nessa fase, a operação interna resume-se a “uma operação de montagem de insumos estrangeiros para fabricar bens padronizados e uniformes” (KIM, 2005, p. 143). Após esse momento, ocorre a difusão das tecnologias de produção e dos projetos de produtos, iniciando-se, assim a fase de *assimilação* da tecnologia importada. Tal fase, para Kim, é impulsionada pelo aumento da concorrência resultante da entrada de novos agentes nos mercados, fato que vem estimular a busca pelo aprimoramento técnico necessário ao alcance de diferenciação no mercado. Uma vez assimilados os conhecimentos envolvidos em tecnologias importadas, surge a possibilidade de as empresas nacionais produzirem produtos afins, através da imitação (engenharia reversa), sem a necessidade precípua de novas aquisições estrangeiras daquela tecnologia. Atravessando o processo de assimilação de forma satisfatória, Kim observa que é natural ocorrer uma inversão, enfatizando-se a promoção da exportação como consequência do aprimoramento da capacidade pessoal e industrial, levando-se a um “*aperfeiçoamento* gradual da tecnologia”. (2005, p. 143) (grifo nosso).

Em consonância com a ideia de fundamental relevância da assimilação e aperfeiçoamento de tecnologias na transformação tecnológica a ser experimentada por um país, Dosi (2006) aponta que os processos inovadores, de maneira geral, possuem três características fundamentais, quais sejam: (i) oportunidade tecnológica; (ii) cumulatividade das capacidades tecnológicas e (iii) apropriação privada das vantagens decorrentes da inovação. A *primeira* refere-se ao fluxo intenso do surgimento de novos produtos e novos processos produtivos e visa garantir a possibilidade de incorporar os avanços obtidos em ritmo intenso, propiciante a reagir rapidamente às incessantes mudanças mercadológicas. A

cumulatividade das capacidades tecnológicas é indispensável ao processo de aprendizado resultante da inserção de uma inovação no mercado. Propicia o aprendizado com o resultado presente da inovação, gerando, assim, a assimetria de informações no processo de desenvolvimento de inovações. Através da cumulatividade, o agente inovador acumula o conhecimento do processo inventivo por ele desenvolvido, capacitando a geração de futuras e contínuas inovações. Ao seu turno, a *apropriação* dos resultados pelo agente inovador faz-se a razão de ser da inovação. É ela quem possibilita o retorno financeiro do investimento dispendido pelo inventor em sua descoberta ou aprimoramento, e ainda garante a este a lucratividade da invenção. É sobre esta última que surge a importância do Direito no estabelecimento de uma política pública voltada ao contínuo estímulo à inovação, com o fim ulterior de alcançar-se o desenvolvimento econômico e tecnológico do país. Deve o Direito estabelecer mecanismos legais e instituições que propiciem a proteção adequada aos inventores para que possam gozar da lucratividade, através da exclusão de terceiros concorrentes ao acesso à invenção, propiciando a segurança jurídica necessária ao risco inerente a uma invenção.

Ao estabelecer a “trajetória tecnológica” apontada, Kim (2005) identificou cinco fatores contributivos ao avanço tecnológico de países em desenvolvimento, que em ulterior análise contribuem para uma natural transposição das fases de aquisição, assimilação e aperfeiçoamento de tecnologias. Em primeiro lugar, indica o *ambiente de mercado e tecnológico*, o qual afeta as interações existentes entre fornecedor, consumidores e os entes responsáveis pela adoção de políticas públicas. Em nível interno, para obter um diferencial competitivo, interessa às empresas buscarem o desenvolvimento de sua capacidade tecnológica; por sua vez, em nível externo, deve-se intensificar suas atividades na finalidade de fortalecer o aprendizado propiciado pelas fontes estrangeiras (tecnologias maduras). Para Kim (2005), é o *Estado* o segundo fator, por exercer um papel fundamental e impactante no processo de aprendizado das empresas, atuando em três esferas distintas: (i) compete a ele estabelecer medidas diretas e indiretas com vistas a regular a aquisição de tecnologia estrangeira, incentivando ou não a interação de empresas nacionais com a comunidade internacional; (ii) influencia a interação entre empresas nacionais através da criação e aumento do escopo de instituições de apoio e entidades educacionais na área de P&D e (iii) afeta a interação entre as empresas e o mercado, na modelação de organizações industriais, definindo ambientes macroeconômicos de atuação das empresas. O terceiro fator é a *estrutura e a qualidade do sistema educacional*, que influencia diretamente a capacidade tecnológica das empresas sediadas em território nacional, vez que proporciona ingresso contínuo de

elevada capacidade humana nas mesmas. O quarto fator elencado por Kim é o *ambiente sociocultural* do país, defendendo que deve ser criado pelo Estado um ambiente capaz de estimular, de forma positiva, o comportamento das pessoas interessadas na produção de P&D. Por fim, elenca como o quinto fator a *organização e a administração das empresas*, os quais devem ser estimulados ao investimento em P&D, através de incentivos internos aos respectivos funcionários envolvidos nas funções de aprimoramento e desenvolvimento de tecnologias. Tal fator foi enfatizado por Kim (1980, p.236), asseverando que “as propriedades das organizações são muito mais importantes do que as características de seus participantes na previsão da adoção de mudanças”.

Ao encontro do modelo desenvolvido por Kim, no qual o investimento na estrutura e qualidade de criação de um sistema educacional favorável é fator elementar para avanços tecnológicos, a importância do desenvolvimento de capital humano para alcançarem-se níveis satisfatórios de crescimento econômico também foi objeto de estudo de Romer (1990). Este asseverou que a transformação tecnológica é um elemento endógeno, concluindo que a existência de um estoque maior de capital humano é uma implicação positiva a um modelo de sistema que propicie taxas maiores de crescimento.

5.1.1 A trajetória Estadunidense

Ao avaliarmos a história tecnológica dos países desenvolvidos (no presente estudo nos ateremos à trajetória estadunidense), identifica-se um consenso entre diversos autores que se dedicaram a estudar tal tema: é o século XX o marco do desenvolvimento tecnológico e, conseqüentemente, do crescimento econômico desses países (MOWERY; ROSENBERG, 2005; WHITEHEAD, 1925; ABRAMOVITZ, 1956; SOLOW, 1957).

Whitehead (1925) destaca que a característica essencial do século XX foi a institucionalização do processo inventivo, transformando-o em um processo muito mais sistemático se comparado ao empregado ao longo do século XIX. Para Mowery e Rosenberg (2005, p. 12), “essa institucionalização da atividade inventiva significou que a inovação ocorreu numa crescente proximidade com a pesquisa organizada do século XX”. Com efeito, tais autores indicam que o resultado da reorganização exigida a partir da institucionalização da invenção no século XX foi a exigência por refinamentos e melhorias nos produtos aos quais os processos produtivos estavam incorporados.

Pontuam Mowery e Rosenberg (2005) que as invenções demandam certo tempo, o que por vezes não se faz breve, para adquirirem a sua forma final, apta à difusão da mesma.

Assim, uma invenção, quando inicialmente introduzida no mercado e, mesmo ainda que protegida através de uma patente, demanda aprimoramentos e refinamentos para possibilitar a oferta ininterrupta e contínua daquele produto. Citam como exemplo o computador digital eletrônico – Eniac, introduzido no mercado em 1945, e que à época tinha 30 metros de comprimento e exigia o funcionamento simultâneo de 18 mil túbuos de vácuo. Esse produto, nos dias atuais, possui tamanho suficiente para se carregar em bolsos ou nas mãos, e, ainda, capacidade muito superior ao produto primogênito.

A compreensão, por parte dos economistas, da extensão do crescimento econômico advindo da inovação tecnológica, para Mowery e Rosenberg (2005, p.13), se deu somente a partir da segunda metade do século XX. Explicam tal demora pelo fato de que a realização de um estudo econômico efetivo acerca de um fenômeno só se faz possível a partir do momento em que “certas magnitudes tenham sido reduzidas a uma expressão quantitativa”.

A busca pela constatação dos impactos econômicos na economia estadunidense advindos da inovação tecnológica iniciaram-se nas décadas de 1930 e 1940, sendo efetivamente possível analisar-se os impactos da mudança tecnológica naquele país a partir da década de 50. Dessa década datam dois dos mais influentes estudos realizados, quais sejam os de Abramovitz (1956) e Solow (1957). Mowery e Rosenberg (2005, p.14) asseveram que tais estudos “empregaram dois métodos diferentes, examinaram dois períodos diferentes e mediram o produto da economia de modos diferentes”. Contudo, para tais autores, ambos os estudos convergiram para uma mesma e relevante conclusão, que foi a constatação de que não mais do que 15% do crescimento econômico auferido no produto norte-americano no final do século XIX e na primeira metade do século XX podia ser atribuído ao incremento de insumos medidos através de capital e trabalho. Os demais 85%, porcentagem extremamente significativa, sugeriram que o crescimento econômico do século XX “resultou predominantemente da extração de mais produto de cada unidade de insumo na atividade econômica, ao invés de mero uso de mais insumo”. Tal resultado indica que a mudança tecnológica (inovação) observada nos EUA nesse período foi a causa principal do crescimento econômico.

Mowery e Rosenberg (2005, p.16) indicam três características inerentes ao processo de crescimento econômico vivenciado pelo estado norte-americano. A *primeira*, denominada *fluxo intersetorial de novas tecnologias*, é considerada pelos autores como fundamental para a inovação tecnológica constatada nos EUA na segunda metade do século XX, vez que muitos setores já antigos da economia norte-americana experimentaram significativo crescimento de

produtividade em decorrência dessa característica, a qual resulta, em última análise, em “incentivos adicionais para aumentos de escala e eficiência”

Destaca-se que, em que pese a relevância do intercâmbio intersetorial na economia interna estadunidense como elemento fundamental ao salto tecnológico observado no século XX, deve também ser destacada a relevância do fluxo internacional de tecnologia em tal situação. Para Mowery e Rosenberg (2005, p. 16), “nenhuma abordagem da mudança tecnológica nos Estados Unidos do século XX pode negligenciar a importância das importações e exportações de tecnologia dessa economia” (grifo nosso). É necessário ainda mencionarmos relevante destaque feito por Rosenberg (1972) de que a economia norte-americana, durante o seu processo de fortalecimento e crescimento, alterou de um momento inicial em que era predominantemente importadora de tecnologia estrangeira para um momento posterior, por volta de 1900, em que se firmou como considerável exportadora de tecnologia.

É o investimento em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) a *segunda* característica da inovação econômica norte-americana no século XX constatada por Mowery e Rosenberg (2005). Apontam que, já no final do século XIX, foi notável o fato de que várias indústrias passaram a criar sistemáticos e organizados programas internos de P&D, ao passo que, paralelamente, ocorreram reestruturações significativas nas disciplinas, principalmente de engenharia e ciências aplicadas, nas universidades. Assim, asseveram como outro fator fundamental ao desenvolvimento tecnológico da economia norte-americana uma “divisão de trabalho mutável entre as empresas privadas, as universidades e o governo no que se refere ao financiamento e à realização da P&D” (2005, p. 20).

Neste sentido, indicam tais autores uma mudança significativa e elementar para a consolidação da inovação nos EUA, composta basicamente por dois elementos distintos e complementares: (i) rápida absorção de tecnologia estrangeira pelas empresas americanas, propiciando o que denominam “invenção da arte de inventar” (p. 24) e (ii) a conjunção da indústria, governo e universidade no papel de realizadores e financiadores de P&D.

A *terceira* e última característica elencada por Mowery e Rosenberg (2005) na análise da trajetória da inovação norte-americana, com seu ápice no século XX, é a contribuição conferida pela política antitruste vigente naquele país desde o fim do século XIX, com a promulgação do *Sherman Act*, em 1890. O efeito imediato dessa legislação foi o desencorajamento de fusões horizontais entre grandes agentes econômicos atuantes no mesmo setor, considerando o extenso rol de ilegalidades com fins de controle de mercado, preços e produção, abarcados pelo *Sherman Act*. Por outro lado, tal situação não afetou a disposição

das empresas norte-americanas de continuarem a realizar o intercâmbio de tecnologia estrangeira, fato que indubitavelmente proporciona, a partir da absorção da tecnologia, inovações dos produtos e processos produtivos.

5.1.2 A trajetória Sul Coreana

Nos últimos 30 anos, a economia sul coreana deixou de ser basicamente fundada na agricultura de subsistência para uma economia moderna e altamente industrializada, integrando o denominado bloco dos “tigres asiáticos”.

Kim (2005) dedicou grande parte de sua trajetória acadêmica à análise da trajetória tecnológica experimentada pela Coreia do Sul. O autor indica que, a partir do ano de 1962, a economia sul coreana iniciou um crescimento médio de 9% ao ano, chegando a ocupar, em 1995, o 11º lugar como potência econômica mundial, em termos de Produto Nacional Bruto – PNB. Na década de 1980, intensificou suas atividades em P&D locais, visando ao fortalecimento de sua competitividade através da imitação criativa de tecnologias estrangeiras avançadas, atingindo o nível de competição satisfatória com os países desenvolvidos na década de 90. Aumentou suas exportações de US\$ 40MM em 1963 para US\$ 96 bilhões em 1994, elevando para 92% a participação de produtos industrializados em tal cenário, ocupando em 1994 o 13º lugar no *ranking* mundial de países exportadores de produtos industrializados. Referente ao tema da presente pesquisa, Kim (2005) elenca a política de transferência de tecnologia adotada pela Coreia do Sul como um dos elementos fundamentais do avanço tecnológico obtido. No cenário analisado pelo autor, asseverou:

O governo aos poucos foi afrouxando as restrições aos investimentos estrangeiros diretos e ao licenciamento de tecnologias estrangeiras na década de 1970, à medida que as indústrias coreanas avançavam na absorção de tecnologias cada vez mais completas. (KIM, 2005, p. 299).

O autor assevera que, como observado em outros países que apresentaram rápido e significativo salto tecnológico em suas economias, transformando-se em países exportadores de *commodities* ou produtos agrícolas para países exportadores de produtos industrializados, a *imitação* é uma característica que também se fez presente no cenário sul coreano. Para Kim (2005, p.27), a imitação “não implica necessariamente em falsificação ou clonagem de mercadorias importadas” e são excelentes alternativas ao impulso inicial em busca do desenvolvimento tecnológico por requererem baixo investimento especializado e baixo nível

de aprendizagem. Schnaars (1994) incumbiu-se de classificar as diversas formas de imitação existentes no setor de pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Para ele, imitação pode consistir em: (i) falsificações ou piratarias; (ii) cópias ou clonagens; (iii) cópias de *designs* e (iv) adaptações criativas e adaptações a outros ramos de atividades. Confirmando tal assertiva, Mansfield (1984) demonstrou que cerca de 60% de inovação protegida através de patentes são legalmente imitadas em um período de 04 anos após a inserção do produto no mercado.

Contudo, é imprescindível que, para resultar em efetivo desenvolvimento econômico, o momento inicial de imitação transforme-se em um sistema de inovação contínua. Foi essa a trajetória desenvolvida pela Coreia do Sul que, na década de 90, através da aprendizagem adquirida com a prática da engenharia reversa sobre produtos cuja tecnologia foi importada, intensificou seus programas em P&D e na busca por parcerias estratégicas (KIM, 2005).

Após termos estudado as necessidades, trajetórias e elementos fundamentais de políticas públicas efetivas de transformação tecnológica, valendo-nos de dois exemplos: (i) a trajetória seguida por um país que iniciou seu desenvolvimento industrial desde o final do século XIX (Estados Unidos da América) e (ii) de outro que obteve relevante êxito na transformação de sua economia, atingindo o patamar de uma país exportador de tecnologia, por ter alcançado o patamar de avanço tecnológico necessário para tanto (Coreia do Sul), incube-nos aferir, a partir do instituto da inovação tecnológica, o conceito de desenvolvimento econômico.

5.2 Desenvolvimento Econômico

Diversos teóricos econômicos já abordaram a interface entre o desenvolvimento econômico e a criação de inovações. No presente estudo, julgamos importante destacar os entendimentos de Schumpeter e Solow.

Na visão de Schumpeter, a economia se descreve através de um fluxo circular, através de uma corrente de bens continuamente renovada, alimentada, em sentido inverso, por uma corrente contínua de dinheiro. Com efeito, o desenvolvimento econômico surge quando ocorre uma perturbação do equilíbrio desse fluxo, perturbação que leva, inevitavelmente, ao estabelecimento de uma nova forma de organização econômica. Nos seus dizeres, desenvolvimento é “uma mudança espontânea e descontínua dos canais do fluxo, perturbação do equilíbrio que altera e desloca para sempre o estado de equilíbrio previamente existente”. (SCHUMPETER, 1982, p.47).

Ao identificar as razões que causariam esse desequilíbrio no fluxo circular, o autor destaca a inovação como o principal fator de ruptura em um modelo econômico já existente, vez que perturba tal ambiente ao possibilitar a adoção de novas tecnologias para o incremento do modelo previamente estabelecido. Essa ideia é referida pelo autor como a força destruidora da inovação, que, ao estabelecer novas regras de relação mercadológica, força o estabelecimento de nova organização, a qual resultaria em desenvolvimento econômico.

Por sua vez, Solow é mais enfático ao considerar o conhecimento tecnológico como propulsor do desenvolvimento econômico. Conforme o “modelo de Solow”, não há desenvolvimento sem progresso tecnológico. Para ele, a fonte do crescimento per capita de uma sociedade é o progresso tecnológico. Para Solow, somente o investimento constante em tecnologia, ou seja, permanente absorção de inovações tecnológicas, possibilita o crescimento e o desenvolvimento econômico de uma nação.

Ao se analisarem essas representações modelares, bem como as considerações de Romer (1990) acerca da relevância da cumulatividade das inovações para se alcançar o contínuo desenvolvimento, pode-se inferir que este tem como causas diretas a introdução e o investimento constantes em inovações.

Para fins do presente estudo, adotaremos a ideia de desenvolvimento econômico desenvolvida por Robert Solow, economista que com a publicação, em 1956, de artigo de sua autoria, denominado “*A contribution to the theory of Economic Growth*”, a qual abordou os conceitos de desenvolvimento, crescimento e tecnologia, o autor alcançou o Prêmio Nobel de Economia no ano de 1987. Nesse trabalho, Solow criticou a análise estática do fenômeno do crescimento econômico. Em outras palavras, Lara (2010, p.27) indica que Solow criticou “o uso de ferramentas de estudo de curto prazo para o estudo de um fenômeno de longo prazo”. À teoria de Solow foi atribuída a denominação “teoria econômica neoclássica”.

Para Moura e Silva (2003), Solow demonstrou, a partir de estudo do crescimento econômico experimentado pelos Estados Unidos da América após a segunda década do século XX, que desenvolvimento econômico não deveria ser explicado como simples constatação de acúmulo dos fatores de trabalho e capital. Para Solow, em sua análise, cerca de três quartos do crescimento real obtido no período avaliado deveria ser atribuído ao que denominou “progresso tecnológico”.

No modelo de Solow, o investimento contínuo em conhecimento técnico é a única forma de uma nação obter um crescimento estável e sustentado. Afirma não haver desenvolvimento econômico sem progresso tecnológico. O simples aumento do volume de produção não é suficiente para impulsionar um crescimento econômico, vez que não se

alcançará o aumento de riqueza por indivíduo, se não estiver presente o progresso tecnológico da economia de uma maneira geral. Com o simples aumento da capacidade produtiva, chegar-se-á a um estado estacionário na economia (constância do produto por número de trabalhadores), ao passo em que o produto interno de uma economia ficaria invariavelmente atrelado ao crescimento da população. Nesse sentido, Solow indica que, ao se adotar a concepção de crescimento por aumento produtivo, a questão fundamental das desigualdades econômicas entre os países residiria na carência de crescimento de produção per capita.

Com efeito, afirmou Solow que o investimento contínuo em tecnologia (progresso tecnológico) é a melhor forma de se alcançar o aumento de produtividade, ou riqueza, de cada indivíduo. Existe, portanto, uma dependência entre uma taxa constante de investimento em novos métodos de produção e novas tecnologias e um crescimento econômico contínuo e sustentável. Para Lara (2010, p.27), “o modelo de Solow revela que o progresso tecnológico é a fonte de crescimento per capita sustentado”.

A teoria de Solow funda-se na análise da relação entre os fatores de produção – capital e trabalho, e a inovação. Indica que quanto maior for a acumulação de capital, maior será a contribuição do progresso tecnológico para o aumento da produtividade. Nesse sentido, interpreta o fator “capital” como “the whole collection of accumulatable factors of production, one of which might be labelled human capital or even the stock of knowledge” (SOLOW, 1994, p. 49).

Solow, no desenvolvimento de seu modelo econômico, conclui que a resposta às diferenças de riquezas entre as nações é explicada pelas diferenças nas taxas de investimentos em tecnologia dispendido por cada país, taxa que indicará, em última análise, o nível de progresso tecnológico de cada um. Considera ainda que o elemento principal do progresso tecnológico é a capacidade permanente de absorção das inovações tecnológicas (adoção e desenvolvimento de novas tecnologias) de cada nação.

Lara (2010, p.28) indica que “o elemento significativo do pensamento de Solow é a apresentação do desenvolvimento tecnológico como elemento-chave do desenvolvimento econômico”.

Denison (1985) e Abramovitz (1992) também reconhecem a evolução tecnológica como elemento propulsor do crescimento econômico, por ser capaz de elevar diretamente ao aumento da produtividade de um setor econômico. Considerando-se que tal evolução propicia a introdução de novas tecnologias e novos produtos no mercado, concluem ser a inovação tecnológica fator crucial à economia, tanto de países industrializados quanto de países em desenvolvimento.

Do contributo de Solow acerca do estudo do desenvolvimento econômico surgiu, a partir dos estudos de Landau, Taylor e Wright (1996) o que se denomina “Nova Teoria do Crescimento Econômico”. Nesta, buscou-se a introdução de melhoramentos no modelo desenvolvido por Solow, sobretudo no que se refere à atribuição de maior relevância aos seus efeitos em uma análise microeconômica. Para tais autores:

events at microeconomic level affect the long-term growth and behavior of the macroeconomic system. Instead of viewing technology as a sort of magic, or relying on assumptions of perfectly competitive markets, it is now possible to explore the incentives and implications behind technological change. (LANDAU; TAYLOR; WRIGHT, 1996, p.4).

Os autores destacaram *três* aspectos fundamentais dessa nova corrente doutrinária, quais sejam: **(i)** substituição do modelo de concorrência perfeita preconizado por autores neoclássicos por um modelo de concorrência monopolística, privilegiando-se a inovação – modelo Schumpeteriano, que será analisado a seguir. Nesse sentido, a Nova Teoria absorve o conceito da análise econômica do Direito, em especial no que tange à análise dos direitos de propriedade intelectual (não será nosso objetivo aprofundar no estudo da análise econômica do Direito na presente pesquisa). É necessário pontuarmos que esse aspecto também é considerado por Solow no desenvolvimento de sua teoria – neoclássica do crescimento econômico: “*Anyway, I register the opinion that the incorporation of monopolistic competition into growth theory is an unambiguously good thing, for which the new growth theory can take a bow*” (SOLOW, 1994, p. 297); **(ii)** ênfase às diferenças de organização empresarial, destacando a organização e estratégia empresariais na busca pelo desenvolvimento econômico, em alusão à diversidade de sistemas, também demonstrado por Schumpeter. Tais autores indicam que: “(...) the empirical evidence, indeed the entire business literature, suggests that firms do persistently differ in their characteristics, behavior, performance, and problem-solving abilities strategies. In a capitalist economy, what firms do vis-à-vis their competitors is where dynamic comparative advantage really occurs”. (p. 4-5) e **(iii)** necessidade de maior precisão na conceituação de progresso tecnológico. Indicam que em tal definição devem-se considerar os subconceitos de *congruência tecnológica* e *capacidade social*. *Congruência tecnológica* consiste na capacidade de assimilação de inovações tecnológicas passadas para que possam ser criadas as condições necessárias ao acompanhamento do progresso tecnológico. É a capacidade de aprendizado e aperfeiçoamento, características da inovação tratadas no item 5.1 anterior. Tal aspecto relaciona-se de forma direta com os problemas advindos do que se denomina *path dependence*

(dependência de escolhas passadas). Abramovitz (1992) explica tal fenômeno econômico indicando que na medida em que um país, num dado momento, opta pela adoção de determinada tecnologia, e após constata-se que tal escolha foi “errada” do ponto de vista das inovações em curso em um setor naquele momento, pode ficar “preso” a uma trajetória tecnológica que se mostrará obsoleta em curto prazo. Por sua vez, o conceito de *capacidade social*, para o referido autor, é a congregação de uma série de fatores que consistem desde o nível de educação e formação profissional da mão de obra ao estímulo social das atividades econômicas, permeando os modelos de financiamentos dos agentes econômicos e da organização empresarial. Tais fatores, mesmo que não estáticos, são indicados por Abramovitz como limitadores da capacidade dos países em usufruir as oportunidades geradas a partir de um progresso tecnológico.

Para Moura e Silva (2003, p.38), Abramovitz “destaca a interação entre os conceitos de congruência tecnológica e capacidade social” na conceituação de progresso tecnológico. Em artigo de autoria conjunta de Abramovitz e David (1996, p.33), tais autores asseveraram que:

In the short run, a country’s ability to exploit the opportunities afforded by currently prevailing best practice techniques will remain limited by its current social capabilities. Over the long term, however, social capabilities tend to undergo transformations that render them more complementary to the more salient among the emerging technological trajectories.

Em nossa Carta Magna, o desenvolvimento nacional (econômico, social e tecnológico) é elencado como um dos objetivos fundamentais da República (artigo 3º, inciso II). Em outras palavras, a Constituição da República norteia as medidas a serem adotadas pelos operadores de políticas públicas, as quais devem visar, dentre outros objetivos, ao desenvolvimento nacional.

Assertivamente, Lara (2010, p.14) indica que tal objetivo deve ser interpretado em simbiose com os demais, não se podendo afirmar que o desenvolvimento nacional se resume em desenvolvimento de mercado. Com efeito, o autor indica a existência do que denomina dupla acepção da garantia ao desenvolvimento nacional, qual seja: (i) o desenvolvimento do mercado de forma sustentável e; (ii) a garantia do desenvolvimento individual de cada cidadão.

Nesse sentido, Fonseca (2005, p.63) refere-se a uma perspectiva humanística, intrínseca ao conceito de desenvolvimento nacional. Para o autor, é o homem o centro de convergência do desenvolvimento, de modo que o Estado deve buscar o progresso

tecnológico e econômico, com o pressuposto de manter “as condições necessárias à subsistência das futuras gerações”.

Identifica Lara (2010) um aparente conflito entre direitos na conceituação de desenvolvimento econômico: o *direito do desenvolvimento*, ligado ao Direito Econômico – que recai sobre a necessidade de proteção aos investimentos (por exemplo, propriedade intelectual), de forma a manter estímulos à busca por inovações e ao crescimento econômico e *direito ao desenvolvimento*, ligado a garantias individuais e sociais – postulação ao acesso aos benefícios (das inovações, por exemplo) pelos indivíduos mais pobres da sociedade.

Valendo-se do explanado acerca do desenvolvimento econômico para o estudo de que aqui se propõe, nos caberá, ao final, avaliar se, num primeiro momento, considerando a situação do País no cenário industrial – capacidade tecnológica, é factível estimular o direito do desenvolvimento, proporcionando-se o alcance ao patamar tecnológico suficiente a garantir o efetivo acesso da sociedade aos frutos e benefícios desse desenvolvimento.

6 A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Cimoli, Dosi, Nelson e Stiglitz (2007) asseveram que a experiência histórica demonstra que os países que alcançaram o bem-estar social através do crescimento econômico sustentado atingiram tais objetivos valendo-se de estruturas construídas com base em um conjunto de instituições complementares à adoção de políticas públicas voltadas ao crescimento tecnológico. Ao seu turno, países em desenvolvimento, que ao longo dos séculos XIX e XX obtiveram relativo sucesso na busca pela equiparação aos países líderes tecnologicamente, utilizaram-se de característica fundamental que denominam “emparelhamento tecnológico” (*catching up*). Tal característica, para referidos autores, possui dependência intrínseca com um ativo apoio governamental, através da implementação de medidas que em análise ulterior reflitam subsídios, diretos e indiretos, que possibilitem tal emparelhamento.

Mister se faz, como etapa anterior, definirmos o que vem a ser transferência de tecnologia e abordarmos o conceito de tecnologia. Em análise etimológica do termo, constata-se que tecnologia é uma palavra derivada de dois radicais: *techné/tekhno* (arte, destreza, ofício, ciência, habilidade) e *logía/logos* (ensinamento, razão, palavra, conhecimento, linguagem). Como definição de senso comum de tecnologia, o Dicionário da Língua Portuguesa define tecnologia como “conjunto de conhecimento, especialmente princípios científicos, que se aplicam a um determinado ramo de atividade” (HOLANDA. DICIONÁRIO. SÉCULO XXI, 1999). Viegas (2007, p.147) a conceitua como: “o conjunto de conhecimentos técnicos, científicos, comerciais, administrativos, financeiros ou de outra natureza, de caráter e utilidade práticos, para uso empresarial ou profissional”. Segundo Franco (2010, p. 19), juridicamente não encontramos definição de tecnologia em nosso ordenamento. Ele afirma que tal conceito, importado de definições do campo da Economia, resulta que “tecnologia constitui a totalidade dos conhecimentos utilizados para a produção e comércio de bens e serviços”. Para Leonardos, sob um ponto de vista econômico, tecnologia “pode ser entendida simplesmente como o conjunto de informações, escritas ou não, que se prestem a um fim empresarial”. (LEONARDOS, 1997, p.67). Fróes assim dispõe: “Tecnologia pode ser conceituado como o conjunto ordenado e sistemático de conhecimentos técnicos, patenteados ou não, capazes de levar à prática uma ideia no plano industrial”. (FRÓES, 1796, p. 123).

Sob a ótica do *TOT Code* (Código Internacional de Conduta em Transferência de Tecnologia), elaborado pela Convenção das Nações Unidas em 1974 e *draft* atualizado em

1985, para estarmos diante de efetiva transferência de tecnologia, sobrepõe a necessidade de sistematização da informação, da técnica, quem ao abstrair-se do seu inventor, adquire o formato de corpo sistematizado, dotado de independência e unicidade. Em seu item 1.2, capítulo 1, dispõe: “Transferência de tecnologia sobre este código é a transferência de conhecimento sistematizado para a fabricação de um produto, para a aplicação de um processo ou para a prestação de serviços e não se estende a transações envolvendo a mera compra ou mera locação de bens” (UNCTAD, 2014. Tradução livre)

Corroborando a importância desse instituto como uma fase no processo desenvolvimentista, Correa (2005) afirma ser a transferência de tecnologia um dos principais mecanismos que pode ser utilizado por países em desenvolvimento para obterem avanços em seus respectivos processos e industrialização e desenvolvimento tecnológico, necessários ao fim último do crescimento econômico sustentado. Rodrik (2004, p.10) define a relevância da transferência de tecnologia como elemento de adaptação de tecnologias estrangeiras às condições locais de países adquirentes, através da experimentação, processo que denomina “autodescobrimto de produtor nacional” – “*self Discovery*”.

Para Viegas (2007, p. 146), a aquisição de tecnologia de estrangeiros torna-se atraente aos empresários na medida em que, uma vez testada, essa tecnologia encontra-se desenvolvida e menos cara, garantindo potenciais melhores resultados na implementação da estrutura de um processo de P&D. Via de regra, desenvolver novas tecnologias traduz um processo com maiores níveis de incerteza, demandando maiores prazos de maturação e aplicação de recursos financeiros impassíveis de previsibilidade.

Corroborando tal assertiva a partir da análise do cenário nacional, Teixeira (2005, p.07) afirma que o processo de industrialização adotado pelo Brasil com fundamento na política de substituição de importações, mas permanecendo dependente de financiamento internacional através de empréstimos ou investimentos diretos de multinacionais, não se demonstrou capaz de internalizar as fases inerentes ao processo de acumulação de tecnologia pelas empresas nacionais.

Relevante diferenciação conceitual entre *inovação* e *tecnologia* realiza Viegas (2007). Para a autora, tais institutos não possuem o mesmo objeto. Vale-se do conceito trazido pela legislação pátria acerca de incentivos fiscais ofertados pelo Estado a empreendimentos que possibilitem o alcance de resultados inovadores, em diversos setores da economia, para conceituar inovação tecnológica. A Lei 11.196/2005 assim dispõe no parágrafo primeiro do artigo 17:

Art. 17.(...)

§ 1º Considera-se inovação tecnológica a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a *agregação de novas funcionalidades ou características* ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo *ganho de qualidade ou produtividade*, resultando maior competitividade no mercado. (grifo nosso)

É importante destacar que a legislação, ao indicar o quem vem a ser inovação tecnológica, faz expressa menção ao fenômeno de *melhoramento* em tecnologias, produtos e conhecimentos que venham a ser adquiridos de terceiros. Ao se buscar a aquisição de tecnologia externa, pode-se intentar tanto a realização de reais inovações tecnológicas quanto simplesmente estar à procura de conhecimento que ainda não domine, para prestação de novos serviços ou para a fabricação de novos produtos.

Delmanto (1975), Leonardos (1997) e Correa (1997) diferenciam o conceito de *tecnologia não patenteada* de *segredo industrial*. O segredo industrial é assim mantido desde que em sigilo. O *know-how* objeto de um contrato de fornecimento de tecnologia pode ser secreto, mas perde a característica do sigilo em seu sentido amplo (aquilo que não foi divulgado). Labrunie (2000, p. 87) assim leciona: “o *know-how* é gênero, do qual a espécie é o segredo. Nem todo *know-how* é secreto, mas todo segredo de negócio constitui um tipo de *know-how*”. Em contrapartida, Assafim (2005, p. 199) se opõe a tal diferenciação, indicando conterem tecnologia e segredo empresarial o mesmo objeto: “Assim sendo, esteja ou não vinculado à tecnologia protegida por um direito de propriedade industrial, deve-se considerar que o *know-how*, em seu sentido técnico-jurídico, é aquele que tem por objeto conhecimentos-técnicos industriais secretos”.

Para Franco (2010, p. 28-29), a escolha em se buscar ou não a tutela estatal sob determinada tecnologia, mediante sua proteção ou não como um direito de propriedade industrial, ou manter o conhecimento sob a égide do segredo industrial, reside em quatro fatores principais: (i) publicidade inerente ao sistema de patentes – o Estado exige do inventor, para concessão do privilégio temporário, a publicidade da invenção para a sociedade; (ii) a determinação do prazo de proteção; (iii) não raro, para garantir a exclusividade de tais direitos através da oposição perante terceiros, incide a necessidade de acionamento do aparato judiciário, o que acarreta custos, prazos e certezas imensuráveis e (iv) um processo de patenteamento envolve custos relevantes em fase anterior à de exata noção sobre os resultados que serão encontrados. Neste sentido, Fekete (2003) acrescenta recair sobre a proteção concedida pelo Estado o fato de que este impõe ao titular de um direito de

propriedade industrial a obrigação de exploração, utilização efetiva desse direito, sob pena de licenciamento compulsório ou extinção do mesmo.

A *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), centro internacional voltado ao comércio e desenvolvimento econômico sustentável, reconhece na transferência de tecnologia que efetivamente importe em fornecimento de conhecimento um importante fator na difusão e geração de novas tecnologias:

Transnational companies tend to centralize their research and development (R&D) facilities in their home countries and a few other industrially advanced countries. On the whole, developing countries continue to attract only marginal portions of foreign affiliate research, and much of what they get relate to adaption and technical support rather than information. (UNCTAD, 2001, p. 11-12).

Postas essas duas observações, antes de adentrarmos na análise específica da tratativa da transferência de tecnologia no Brasil e apontar o tratamento do instituto nos Estados Unidos da América e na União Europeia, com o intuito de realizarmos um comparativo entre tais sistemas e apontar eventuais características que possam indicar o motivo da disparidade tecnológica entre a maioria das nações europeias e a estadunidense em face à situação nacional, temos que realizar fundamental premissa, qual seja, aprofundar no conceito de contratos de transferência de tecnologia.

Para tanto, nos valeremos da diferenciação realizada pela jurista Juliana Viegas (2007). A autora indica que existem dois sentidos na conceituação de transferência de tecnologia: o primeiro denomina *sentido amplo*, o qual engloba diversos tipos contratuais que envolvam outorga de direitos de propriedade intelectual. Seriam estes o licenciamento ou cessão definitiva de patentes, marcas, desenhos industriais, franquias e o efetivo fornecimento de tecnologia. Em contraponto, indica como *sentido estrito* do conceito aquele que consiste na transmissão de conhecimentos técnicos não patenteados, qual seja o *know-how* – palavra de origem anglo-saxônica, que consiste na abreviação de “*know how to do it*”, ou, em nossa língua pátria, “saber como fazer”. (VIEGAS, 2007, p. 145). A transmissão deste último (conhecimentos não patenteados) pode dar-se também por diversas maneiras, quais sejam: celebração de contratos específicos de fornecimento de tecnologia e de assistência técnica (não raro contratos de fornecimento de tecnologia contemplam, cumulativamente, o objeto de prestação de assistência técnica pelo fornecedor da tecnologia); importação de produtos e equipamentos com alta tecnologia agregada; aquisição de empresas com a finalidade de investimentos diretos ou com um fim comum; contratos de licença de patentes e acesso a

bancos de dados de patentes já decaídas em domínio público e, portanto, sem a incidência de exclusividade para o inventor.

Mccarthy, Schechter e Franklyn (2005, p.330) definem *know-how* como:

any information that enables one to accomplish a particular task or to operate a particular device or process; usually denotes a particular kind of technological information that enables the possessor of the information to accomplish a given task.

Na presente pesquisa, importar-nos-á a transferência de tecnologia em *sentido estrito*, aquela que envolva o efetivo fornecimento de tecnologia, propícia à absorção para melhorias e desenvolvimento de novas tecnologias pelo adquirente, cujo objeto consiste na comunicação e transferência efetiva do *know-how*. Esse consiste em bem imaterial, contido de informação, em tecnologia não protegida por um direito de propriedade industrial em sentido estrito – exclusividade temporária conferida pelo Estado, sob o imperativo da publicidade, tal como uma patente ou desenho industrial.

Neste sentido, debruçaremos sobre os contratos internacionais de transferência de tecnologia propriamente ditos ou, valendo-se de definição do INPI, sobre os contratos de fornecimento de tecnologia industrial: “Contratos que objetivam a aquisição de conhecimentos e técnicas não amparados por direitos de propriedade industrial, destinados à produção de bens industriais e serviços.” (INPI, 2014). Com efeito, excluiremos: (a) contratos referentes a licenças de tecnologias patenteadas e as protegidas através de desenho industrial em nosso ordenamento e (b) os contratos de serviço técnico (definidos na Instrução Normativa 252, de 03-12-2002 da Secretaria da Receita Federal), os quais não necessariamente envolvem o fornecimento efetivo de tecnologia ao adquirente e nem sempre contêm a obrigatoriedade de serem levados a registro perante o INPI, para que possam gerar seus efeitos (trataremos de forma específica este ponto no item 6.1). Entretanto, reconhecemos a possibilidade de existir uma efetiva transferência de tecnologia nesses tipos de contratos; mas *indireta* – por meio de pessoas (técnicos) que prestam o serviço e potencialmente repassam o conhecimento para o proveito da parte adquirente, através de leituras de relatório, acompanhamento dos serviços ou mesmo pela natureza do serviço objeto da prestação. Com efeito, nos determos à análise dos contratos que envolvam apenas a transferência *direta* de tecnologia – fornecimento de *know-how* (entrega de manuais, plantas, desenhos, documentos e outros). No intuito de clarear tal assertiva, além do conceito do INPI, nos valeremos da definição contida no “*TOT Code*”, especificamente a contida no item (b):

(...)

(b) O fornecimento de *know-how* e expertise técnica na forma de estudos de viabilidade, planos, diagramas, modelos, instruções, guias, fórmulas, desenhos de engenharia básica ou detalhada, especificações e equipamentos para treinamento, serviços envolvendo pessoal de assessoria técnica ou administrativa, e treinamento de pessoal. (INPI, 2014, p. 6). (Tradução livre).

Para Franco (2010, p. 30), “Um contrato de transferência de tecnologia não precisa conter conhecimentos protegidos por propriedade intelectual, pois a caracterização de transferência de tecnologia e a caracterização da propriedade intelectual da informação nela contida são assuntos distintos”.

No que tange à natureza jurídica da comercialização da tecnologia, historicamente posiciona-se o INPI, desde a sua criação, no sentido de que a transmissão pressupõe transferência definitiva – análoga a uma compra e venda do conhecimento técnico ou científico contratado entre as partes. No entanto, juristas brasileiros, ao escreverem sobre o tema, posicionam-se de forma diversa, à luz do argumento de que o seu titular detém a prerrogativa de dispô-la da forma como achar mais conveniente – característica também inerente à propriedade intelectual sob o ponto de vista *estático*. Ao integrar de forma legítima o patrimônio do titular, possui este a prerrogativa de cedê-la, temporária ou definitivamente, bem como doá-la. Assafim afirma:

Em termos gerais, pode-se definir a licença de *know-how* como um contrato pelo qual o controlador deste (licenciante) autoriza um terceiro (licenciado) a utilizar e explorar os conhecimentos técnicos em que consiste o segredo industrial. Sob este ponto de vista, cabe afirmar que, em virtude do contrato de licença de *know-how*, não é feita a transmissão de direito algum sobre os conhecimentos técnicos secretos que formam o *know-how* (...) Neste sentido, deve ser assinalado que a utilização de *know-how* pelo licenciado após a extinção do contrato constitui um caso de violação que deve merecer reprimenda. (ASSAFIM, 2005, p. 210, 212, 2106).

Fato é que nessa esfera entende o INPI possuir a transferência de tecnologia à natureza de cessão definitiva. Entendemos que tal entendimento é o mais correto, na medida em que não nos parece possível extinguir o conhecimento, a técnica ou o saber fazer após findo o prazo do contrato. Nesse sentido, também se enquadra melhor o conceito da relevância dos contratos de fornecimento de tecnologia na viabilização do acúmulo do conhecimento, fomentador do aprendizado de desenvolvimento de melhorias.

No intuito de se constatar a efetiva existência de transferência de tecnologia em uma determinada operação, Franco (2010, p. 22) indica a necessidade de se aferir a real intenção

de fornecimento do conhecimento por seu detentor. Inexistente tal intenção, estar-se-á diante de *difusão* de tecnologia (o que consiste em benefício adicional uma economia receptora que adquira uma efetiva transferência), e não de real transferência desse conhecimento.

Abordados tais aspectos acerca de transferência de tecnologia, passemos a analisar a tratativa conferida pelo ordenamento pátrio.

6.1 A tutela da transferência de tecnologia no ordenamento pátrio

Até 1970, os contratos cujo objeto envolvessem o licenciamento de marcas e patentes em nosso ordenamento sujeitavam-se à averbação junto ao Departamento Nacional da Propriedade Industrial (DNPI), restando sob a égide da Superintendência da Moeda e do Crédito – SUMOC, entidade antecessora do Banco Central do Brasil, a competência para a averbação dos contratos de transferência de tecnologia.

Atualmente, a tutela da transferência de tecnologia no Brasil é realizada pelo INPI. É ele o órgão responsável por avaliar os pedidos de registros realizados pelas partes e emitir os necessários certificados para que tal ato gere efetivamente os efeitos a este inerentes.

Após a criação do órgão em 1970 (Lei 5.648/1970), atribuindo-lhe a finalidade expressa, atribuída por lei, de regular a transferência de tecnologia, adveio a promulgação do Código da Propriedade Industrial (Lei n. 5.772, de 21-12-1971), a qual estabeleceu a obrigatoriedade de averbação, junto ao INPI, dos contratos de licença de patentes e marcas, bem como dos que envolvessem transferência de tecnologia (artigos 30, 90 e 126), herdando, portanto, da SUMOC, o dever e o ônus de analisar os contratos de transferência de tecnologia. Para Viegas (2007, p.65), o Código atribui também ao INPI “o poder discricionário de outorgar ou denegar aprovação a esses contratos”.

Corroborando a política de atribuir ao INPI a prerrogativa de um amplo controle acerca das negociações envolvendo o fornecimento de tecnologia, o governo editou o Decreto N. 68.104, de 22/01/1971, com o objetivo de regulamentar a Lei 5.648/1970 – criadora do INPI, que acrescentou ao órgão as funções de “criar melhores condições de absorção, adaptação ou desenvolvimento de ciência ou tecnologia, através do pleno aproveitamento das informações acumuladas e de ampla divulgação nos setores industriais ou de pesquisa” (art. 3º, inciso III).

Com o advento do Ato Normativo n. 15, de 11/09/1975, cuja finalidade foi instituir de forma transparente as normas acerca de contratos de transferência de tecnologia, com a indicação de cláusulas obrigatórias e proibidas, o INPI afirmou a política restritiva a tais

instrumentos, com claros cerceamentos à liberdade das partes contratantes. O Ato vigeu por cerca de 15 anos, e diante do cenário de alterações das políticas nacionais em face às circunstâncias políticas internacionais, foram estabelecidos atos complementares acerca de transferência de tecnologia. Destacamos os seguintes indicados por Viegas (2007, p. 68): *AN n. 32/78* – estipulou que todos os contratos de transferência de tecnologia, mesmo que em sentido amplo, fossem submetidos à prévia revisão pelo INPI; *AN n. 55/81* – definiu detalhadamente as modalidades de serviços que poderiam ser pagas a entes externos; *AN 64/83* – estabeleceu a obrigatoriedade de investimento em P&D pelas empresas nacionais adquirentes de tecnologia externa; *AN n. 93/88* – estabeleceu a análise simplificada dos contratos na hipótese de que a parte nacional juntasse ao processo, para fins de obtenção de inventivos fiscais, Plano de Desenvolvimento Técnico-Industrial – PDTI.

Arruda (1984, pp. 223-224), segregou em duas fases a atuação do INPI em face ao registro e averbação dos contratos de transferência de tecnologia: a primeira baseou-se na regulação de capital estrangeiro, perdurando durante a década de 70. Num segundo momento, visou-se ao filtro da tecnologia objeto da contratação, restringindo a importação de tecnologia estrangeira às hipóteses de inexistência de tecnologia similar disponível internamente. Para Viegas (2007, p.69), o pronunciamento proferido por Mauro Arruda “reflete claramente que o propósito dos controles implementados pelo INPI na época não era o de facilitar o ingresso de tecnologia estrangeira no Brasil, mas, ao contrário, tentar estimular o desenvolvimento tecnológico nacional, dificultando a aquisição de tecnologia estrangeira”

Leonardos (1997) constata um processo de flexibilização, informal, nas averbações dos contratos pelo INPI, iniciado no fim da década de 80, fruto da constatação de que a política governamental até então adotada resultou no afugentamento de tecnologia estrangeira no Brasil, privando os agentes nacionais do acesso às mesmas. Neste sentido, Viegas (2007) indica que o empresariado nacional valia-se basicamente de duas estratégias no intuito de afastar os entraves estipulados pelo INPI: (i) elaboração de cartas paralelas, contidas disposições complementares ao texto contratual que fosse submetido ao INPI e (ii) celebração de contratos de gaveta, com conseqüente inobservância das normas cambiais e fiscais – evasão de divisas.

Especificamente na década de 90, o Brasil passou a se tornar um país mais atraente a investimentos estrangeiros, primeiro com a eliminação do Imposto Suplementar de Renda sobre remessa de lucros para o exterior (Lei 8.383, de 30/12/1991), e depois pela promulgação da Resolução n. 01/2013 do INPI, que cancelou diversos Atos Normativos referentes à transferência de tecnologia, dentre eles o Ato 15/75. A referida Resolução não mais elencava

cláusulas obrigatórias e proibidas em tais contratos, transparecendo em maior flexibilidade, especificamente quanto aos *royalties* e taxas de assistência técnica estipulados entre as partes (desde que independentes), na medida em que não os limitava aos percentuais permitidos para fins de dedutibilidade fiscal (5% - Portaria n. 436/58 Ministério da Fazenda). A fase liberal do INPI em face aos contratos de transferência de tecnologia culminou com a edição do Ato Normativo n. 120/1993, o qual determinou que o INPI passaria a cumprir tão-somente a função de averbar e registrar tais instrumentos, sem realizar qualquer ingerência sob os mesmos.

Ocorre que, logo após a promulgação da Lei 9.279/1996, Lei da Propriedade Industrial, foi editado pelo INPI o Ato Normativo n. 135/97, o qual disciplinou os contratos de transferência de tecnologia e, em que pese não conter restrições expressas, asseverou a possibilidade de uma postura intervencionista pelo órgão, na medida em que condicionou a averbação de tais instrumentos à observância das Leis de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96); Lei de Capitais Estrangeiros (Lei 4.131/1962); legislação sobre o Imposto de Renda (Lei 4.506/64); lei de software (atual Lei 9.609/1998); legislação antitruste (atual Lei 12.529/2011); lei de franquias (Lei nº 8.955/1994) e as disposições do TRIPs.

Com efeito, com a assunção de cumprimento das diversas exigências legais apontadas:

o INPI volta a exercer ingerência no conteúdo dos contratos submetidos à apreciação e registro, proibindo determinadas cláusulas ou exigindo alterações no texto de outras; uma volta, pois, ao passado intervencionista que, como vimos, já havia produzido resultados desalentadores nas décadas de 1970 e 1980. (VIEGAS, 2007, p. 73).

Diniz (2002, p.10) também sustenta a ilegalidade na manutenção de uma postura intervencionista do INPI, na medida em que, havendo limitação legal expressa para tanto. o artigo 240 da Lei 9.279/96 suprimiu de forma expressa o Parágrafo Único do artigo 2º da Lei 5.648/70, retirando assim a atribuição do INPI de “acelerar e regular a transferência de tecnologia e estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes”. Com efeito, ao INPI intervir nos contratos, deparamos com a ofensa ao princípio da legalidade dos atos administrativos:

no processo de averbação, o INPI limitará sua análise aos requisitos exigidos por Lei à verificação da situação das marcas e patentes licenciadas e à informação quanto aos limites aplicáveis, conforme a lei fiscal e cambial vigente, de dedutibilidade fiscal para fins de apuração de Imposto de Renda e de remissão em moeda estrangeira dos pagamentos contratuais.

Não serão objetos de análise do INPI as questões alusivas a preço, condições de pagamento, tipo de transferência de tecnologia, prazos contratuais, limitações de uso, acumulação de objetos contratuais, legislação aplicável e foro competente. (DINIZ, 2002, p. 3-43).

Em sentido contrário, Barbosa (2003, p.983) é um dos juristas que defendem, em que pese a ausência de determinação legal expressa na Lei de Propriedade Industrial para tanto, uma postura intervencionista do INPI, sempre que necessário para o cumprimento das legislações cambial, fiscal e concorrencial:

No entanto, persistem, na forma da legislação tributária e cambial, as competências delegadas ao INPI de atuar como assessor, *ex-ante*, da Receita Federal e do Banco Central na análise das questões atinentes àquelas autoridades, relativas aos contratos que importem em transferência de tecnologia.

É necessário apontarmos que o próprio INPI tratou de indicar o seu entendimento acerca do conceito de transferência de tecnologia, através da promulgação do Ato Normativo n. 135, de 15/04/1997, que no item 2 estabelece:

O INPI averbará ou registrará, conforme o caso, os contratos que impliquem transferência de tecnologia, assim entendidos os de licença de direitos (exploração de patentes ou uso de marcas) e os de aquisição de serviços tecnológicos (fornecimento de tecnologia e prestação de serviços de assistência técnica e científica), e os contratos de franquia.

Desta forma, o INPI delimitou os tipos de contratos que deverão ser submetidos à sua análise. É importante frisar que, como já dito, excluiu do rol dos instrumentos que devem ser levados ao seu conhecimento os contratos de Prestação de Serviços Técnicos, os quais, via de regra, não envolvem a transferência de tecnologia ou comunicação da informação detida pelo prestador de serviço.

Considerando a relação intrínseca entre o tema e seus aspectos cambiais e fiscais, como será especificamente tratado nos itens 6.1.3 e 6.1.4, outras legislações esparsas também conceituam o que vem a ser transferência de tecnologia. Um exemplo a ser destacado é a conceituação ampla trazida pela Lei 10.168/2000, instituidora da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE sobre o pagamento de *royalties*, que no parágrafo primeiro do artigo 2º dispõe que: “Consideram-se, para fins desta Lei, contratos de transferência de tecnologia os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica”.

Através da promulgação da Resolução 01/2013, o INPI revogou todos os Atos Normativos editados até 31/12/2012 e editou a normalização para a averbação e registro dos contratos de transferência de tecnologia e de franquia através da publicação da Instrução Normativa PR nº 16/2013, a qual revogou, expressamente, o Ato Normativo n. 135/97. De toda maneira, a nova normatização trazida pela Res. 16/2013 não trouxe nenhuma alteração substancial ao texto do antigo AN 135/97, na medida em que manteve a disposição acerca das competências complementares descritas (artigo 1º), as quais outorgam ao órgão a discricionariedade de intervir no pacto particular, e limitou-se a incluir os contratos de licenciamento compulsório para exploração de patentes no rol de definição de contratos de transferência de tecnologia, incluindo também um parágrafo a este artigo 2º, o qual restou com a seguinte redação (os grifos indicam de forma exata as inclusões realizadas):

Art. 2º. O INPI averbará ou registrará, conforme o caso, os contratos que impliquem transferência de tecnologia, assim entendidos os de licença de direitos de propriedade industrial (exploração de patentes, exploração de desenho industrial ou uso de marcas), os de aquisição de conhecimentos tecnológicos (fornecimento de tecnologia e de prestação de serviços de assistência técnica e científica), os de franquia e os de licença compulsória para exploração de patente.

Parágrafo único. O INPI averbará, também, os contratos de cessão de direitos de propriedade industrial (exploração de patentes exploração de desenho industrial ou uso de marcas), quando o titular desse direito for domiciliado no exterior, conforme disposto no artigo 3º do anexo III, da Resolução BACEN nº 3.844, de 23/03/2010 (dispõe sobre o capital estrangeiro no país). (grifo nosso)

6.1.1 Averbação e Registro

A obrigatoriedade de registro dos contratos de transferência de tecnologia está expressamente prevista no artigo 211 da Lei 9.279/96: “Art. 211. O INPI fará o **registro** dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros” (grifo nosso). A Lei vale-se da nomenclatura “averbação” ao tratar contratos de licença de marcas, patentes e desenhos industriais. Em outras palavras, quando nos deparamos com direitos de propriedade industrial propriamente ditos, condicionados a registro prévio pelo INPI para que sejam válidos. Neste sentido, Viegas (2007) aponta tênue, mas existente, diferença entre os conceitos de “averbação” e “registro”, razão pela qual a Lei 9.279/96 evolui na inserção de referida diferenciação.

Um registro objetiva conferir autenticidade a um documento, ratificando a validade e segurança de um ato jurídico, afastando a dúvida e riscos que eventualmente incidam sobre o mesmo. Com efeito, garante a assunção dos respectivos direitos contra terceiros, “mas não entre as partes, pois que o registro do ato jurídico não tem o condão de afetar-lhe a existência” (FRANCO, 2010, p. 88). Considerando que não há que se falar em averbação de tecnologia sobre a qual não incide patente, acertadamente o legislador denominou a anotação desses contratos no órgão de *registro* (artigo 211 da Lei 9.279/96 – “O INPI fará o registro dos contratos”). Ao seu turno, denominou averbação a anotação dos contratos que envolvam licença de marcas e patentes, vez que, por definição, consiste averbação no ato de realizar “anotação à margem de um assentamento pré-existente”. (VIEGAS, 2007, p. 75).

Como termo inicial da averbação, entende o INPI ser a data do protocolo do pedido de averbação ou registro perante o órgão. Na prática, tal entendimento resulta no fato de que a empresa licenciada fica impossibilitada de realizar a remessa dos pagamentos no período entre a data de início da vigência contratual e da apresentação do instrumento perante o INPI (IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual – Comentários à Lei de Propriedade Industrial, p. 449).

6.1.2 Funções do Registro

Em que pese o artigo 211 da Lei 9.279/96 prever a necessidade de registro dos contratos de transferência de tecnologia (em sentido amplo) perante o INPI para que ocorra a geração de efeitos perante terceiros, veremos que existem mais dois relevantes efeitos resultantes do ato do registro.

O INPI, ao realizar o registro e a averbação de contratos de transferência de tecnologia em sentido amplo (tanto os que envolvam tecnologia não patenteada como os de licenciamento de direitos de propriedade industrial), nos dizeres de Viegas (2007), exerce duas funções distintas: *função legal e política*. A *função legal* resulta em três efeitos distintos: (i) produção de efeitos perante terceiros, a partir da data da publicação do registro ou averbação pelo órgão, conferindo publicidade ao instrumento, tornando-o oponível *erga omnes*; (ii) possibilitar dedução fiscal, referente ao Imposto de Renda. A tratativa desse tema em nosso ordenamento existe desde 1958 (Lei 3.470/1958), que dispõe que a dedutibilidade dos valores inerentes ao pagamento de *royalties* pelas diversas modalidades de transferência de tecnologia (sentido amplo), sujeita-se à prévia averbação e registro dos respectivos contratos perante a autoridade competente. A Lei 4.131/1962 (Lei dos capitais estrangeiros),

ainda vigente indica, em seu artigo 12, a possibilidade de dedução de até 5% (cinco por cento) da receita bruta do produto fabricado ou vendido, referente a somas das quantias devidas a títulos de *royalties*, desde que o contrato que contenha tal objeto esteja regularmente registrado no país, de acordo com o Código de Propriedade Industrial. Por sua vez, o Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99) exige como premissa para a dedução permitida o registro do contrato perante o Banco Central do Brasil, ato este que pressupõe a averbação e o registro perante o INPI e (iii) permitir a remessa da capital para o exterior – pagamento dos *royalties*, em moeda estrangeira. Tal efeito é tutelado pela Lei 4.131/62, que em sua redação original dispõe que as pessoas físicas e jurídicas, ao intentarem realizar transferências de valores para o exterior como forma de pagamento de *royalties*, deverão submeter aos órgãos competentes (à época Superintendência da Moeda e do Crédito – atual Banco Central do Brasil) os contratos e documentos justificativos do pagamento. A seu turno, o Banco Central do Brasil vale-se de instituto denominado Registro Declaratório Eletrônico (RDE) para efetuar as operações que consistem em remuneração por transferência de tecnologia (e também para pagamento de *royalties*), exigindo para tanto a demonstração do Certificado de Averbação/Registro do contrato emitido pelo INPI.

A *função política* é aquela dotada iminentemente de cunho político, sujeita às variações inerentes às alterações circunstanciais observadas nessa esfera. Com efeito, reveste-se o INPI do caráter de órgão instrumental na realização de políticas públicas, em virtude das políticas de desenvolvimento tecnológico a serem adotadas pelo Governo Federal. Para Comparato (1983, p. 429), função política de destaque do INPI, no que tange a contratos de transferência de tecnologia, é a proteção aos licenciados ou receptores de tecnologias nacionais, mediante a objeção de cláusulas lesivas à concorrência (o autor entende existir competência do INPI para atuar nessa seara). Ponto central quanto à função política do INPI reside no fato de potencialmente resultar em considerável insegurança jurídica, na medida em que as políticas tecnológicas adotadas pelo Governo podem ser alteradas a qualquer tempo por ato do Poder Executivo, não estando alijadas em Leis. Viegas (2007, p.89) indica que:

(...) a experiência demonstra que, lamentavelmente, o excesso de intervenção estatal no conteúdo dos contratos de transferência de tecnologia e o cerceamento da liberdade contratual das partes em nome de uma política governamental desestimulam a aquisição de tecnologia estrangeira e criam insegurança nos potenciais fornecedores de tecnologia, sem, necessariamente, produzir o resultado desejado de estimular a pesquisa e desenvolvimento de tecnologia autóctone nacional.

Veremos abaixo os dois aspectos sobre os quais se valem os examinadores do INPI para se imiscuírem nas condições pactuadas entre os particulares, em que pese haver, ao máximo, uma determinação de cooperação pelo INPI em face aos órgãos intrínsecos a cada aspecto, no sentido de informar aos contratantes as determinações e normas adotadas por esses entes.

Os aspectos cambiais e fiscais acerca da aquisição de tecnologia estrangeira estão intrinsecamente ligados, mas os trataremos de forma separada no intuito de clarear a diferenciação da base legal de cada.

6.1.3 Aspecto Cambial

Acerca desse aspecto, referente ao terceiro efeito da função legal do registro dos contratos de transferência de tecnologia perante o INPI – permitir a remessa da remuneração devida ao exterior, avaliaremos a legislação pátria vigente. Através do Comunicado Firce n. 19, de 16/02/1972, o INPI recebeu a incumbência de auxiliar o Banco Central do Brasil no controle cambial referente à saída de divisas em face ao pagamento de *royalties* e pagamento de taxas de assistência técnica – exigência registro prévio do contrato junto ao INPI. Contudo, para Viegas (2007, p. 76), deve o INPI “ater-se à estrita observância das normas cambiais vigentes”.

Acerca da possibilidade de dedução fiscal de parte da quantia referente à remuneração sobre tecnologia adquirida, a Portaria nº 436/1958 do Ministério da Fazenda estabeleceu os limites que permanecem válidos até o presente momento. Tais limites variam de 1% (um por cento) a 5% (cinco por cento), sobre o preço líquido de venda dos produtos ou serviços comercializados pelo adquirente da tecnologia. A variação é inerente à tecnologia envolvida na negociação (INPI).

É importante frisarmos alguns aspectos acerca dessa legislação: (i) os percentuais foram estipulados na década de 1950, privilegiando setores importantes naquela época, não mais refletindo as necessidades e relevâncias econômicas atuais (IDS, 2005, p. 450) e (ii) em que pesem os limites incidirem tão-somente sobre a dedução, não proibindo a estipulação de pagamentos fixados em percentuais maiores, o INPI utiliza tais limites como parâmetro para a remuneração fixada entre as partes no instrumento contratual. (CARVALHO, 2014, p. 38).

A permissão de remessa de capital para o exterior deu-se em nosso ordenamento através da Lei 4.131/1962, dispondo em seu artigo 9º que:

Art. 9º. As pessoas físicas e jurídicas que desejarem fazer transferências para o exterior a título de lucros, dividendos, juros, amortizações, royalties assistência técnica científica, administrativa e semelhantes, deverão submeter aos órgãos competentes da SUMOC e da Divisão do Impôsto sôbre a Renda, os contratos e documentos que forem considerados necessários para justificar a remessa. (Redação dada pela Lei 4.390, de 29 de agosto de 1964).

Avaliando as normas cambiais acerca da transferência de tecnologia, Franco (2010, p.123) conclui: “Não há qualquer redação nos normativos citados no sentido de uma delegação ao INPI para aplicação da legislação cambial relativamente a esses contratos; uma delegação para tanto teria necessariamente de ser expressa”.

No entanto, na prática observa-se que o INPI adentra em aspectos cambiais durante a análise dos contratos que lhe são submetidos para registro, limitando o montante acertado de retribuição pela tecnologia ao limite indicado pela Portaria MF 436/58.

6.1.4 Aspecto tributário

Em consonância com a legislação acerca do aspecto cambial, citaremos as legislações que operacionalizaram em nosso ordenamento a dedução fiscal de parte da quantia inerente à retribuição pecuniária por aquisição de tecnologia.

A Lei 8.383/1991 (Lei Imposto de Renda), e posteriormente o Decreto 3.000, de 26 de março de 1999, denominado Regulamento do Imposto de Renda (“RIR”), tratam da remessa de capital para o exterior. O RIR no artigo 354 aborda o tema em dois momentos:

Art. 354. As importâncias pagas a pessoas jurídicas ou físicas domiciliadas no exterior a título de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, quer fixas, quer como percentagem da receita ou do lucro, *somente poderão ser deduzidas como despesas operacionais quando satisfizerem aos seguintes requisitos* (Lei nº 4.506, de 1964, art. 52):

I - constarem de contrato registrado no Banco Central do Brasil;

(...)

§ 1º As despesas de assistência técnica, científica, administrativa e semelhantes somente poderão ser deduzidas nos cinco primeiros anos de funcionamento da empresa ou da introdução do processo especial de produção, quando demonstrada sua necessidade, podendo esse prazo ser prorrogado até mais cinco anos por autorização do Conselho Monetário Nacional (Lei nº 4.131, de 1962, art. 12, § 3º)” (grifo nosso).

Vamos nos ater na análise desse artigo em dois aspectos: (i) condiciona a dedução ao registro prévio do instrumento que lastreie o pagamento no Banco Central do Brasil, ato este que tem como premissa, como abordado, o registro ou averbação do mesmo perante o INPI e

(ii) indica o limite temporal de dedução em até 05 anos, prazo este também utilizado pelo INPI na estipulação de prazo máximo de vigência dos contratos que são analisados.

Por sua vez, o artigo 355 assim dispõe:

Art. 355. As somas das quantias devidas a título de royalties pela exploração de patentes de invenção ou uso de marcas de indústria ou de comércio, e por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, poderão ser deduzidas como despesas operacionais até o limite máximo de cinco por cento da receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido (art. 280), ressalvado o disposto nos arts. 501 e 504, inciso V (Lei nº 3.470, de 1958, art. 74, e Lei nº 4.131, de 1962, art. 12, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 6º).

(...)

§ 3º A dedutibilidade das importâncias pagas ou creditadas pelas pessoas jurídicas, a título de aluguéis ou royalties pela exploração ou cessão de patentes ou pelo uso ou cessão de marcas, bem como a título de remuneração que envolva transferência de tecnologia (assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes, projetos ou serviços técnicos especializados) somente será admitida a partir da averbação do respectivo ato ou contrato no Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, obedecidos prazo e condições da averbação e, ainda, demais prescrições pertinentes, na forma da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. (grifo nosso)

Sobre o artigo destacamos que: (i) reitera o limite máximo de 5% para dedução das despesas, ratificando o limite máximo estipulado na Portaria MF 436/58; (ii) as ressalvas indicadas referem-se a incentivos fiscais que elevam o limite a até 10%, para: indústrias de alta tecnologia ou de bens de capital não seriados, titulares de PDTI e; empresas industriais e agropecuárias que executarem Programas de Desenvolvimento Tecnológico Industrial - PDTI ou Programas de Desenvolvimento Tecnológico Agropecuário – PDTA e (iii) condicionam a dedução ao registro e averbações prévios perante o INPI.

O aumento do limite de dedução do imposto a ser pago sempre foi algo extremamente sensível para o Governo Federal, assunto sobre o qual sempre demonstrou enorme resistência. Neste sentido, constata Leonardos (1997) que as políticas cambiais e fiscais acerca do pagamento por aquisição de tecnologia estrangeira adotadas até o momento pelo Brasil convergem no sentido de obstar a distribuição disfarçada de lucros entre empresas do mesmo grupo (com sede estrangeira) e a operacionalização de manobras contábeis por empresas domiciliadas em nosso território na apuração do imposto sobre a renda: “(...) o imposto de renda tem importância notória na geração de receitas para a União e, indiretamente, (através da participação do produto na sua arrecadação), também para os Estados, Distrito Federal e municípios” (LEONARDOS, 1997, p. 10).

Considerando que o registro do contrato de transferência é ato anterior à realização das deduções, informa o INPI às empresas os limites que serão utilizados como base para a dedução. Viegas (2007, p. 76) destaca ser tal função do INPI meramente informativa.

Para Franco (2010), cada parte da relação é motivada por fins diversos: ao passo em que o detentor do *know-how* intende a obtenção de renda e lucratividade, ao adquirente importa a possibilidade de deduzir ao máximo as despesas de aquisição da tecnologia na apuração do imposto a ser pago ao Estado. Com efeito, o tratamento tributário conferido pelo Estado sobre a comercialização de tecnologia é fato que inegavelmente influencia as estratégias de cada parte, podendo, em última análise, chegar a “inibir operações de transferência de tecnologia” (FRANCO, 2010, p. 102). A autora ainda afirma que demonstra transparecer que o Governo Federal, mesmo após a alteração econômica advinda com a CR/88, não deseja estimular a aquisição de tecnologia estrangeira, na medida em que observamos uma elevação paulatina na carga tributária incidente sobre a aquisição de tecnologia, com a criação de novos tributos – CIDE em 2000 (Lei 10.168/2000 – anteriormente por meio de Medida Provisórias; ISS Importação em 2003 (Lei Complementar 116/03); PIS/COFINS Importação em 2004 (Lei 10.865/04) e IOF em 2008 (Decreto 6.339/08).

É fácil a constatação de que o regime, tanto cambial como fiscal atribuído ao pagamento pecuniário por aquisição de tecnologia estrangeira (*royalties*), é baseado em um sistema defasado e composto por legislações esparsas. Para Barbosa (1984, p.24), o regime de *royalties* é “interpretado por uma massa de portaria, instruções normativas, atos declaratórios normativos e pareceres normativos. Tem-se levantado uma série de dúvidas sobre a coexistência desta legislação editada em épocas diferentes, e tratando dos mesmos objetos”.

6.1.5 Aspecto concorrencial

Em nosso ordenamento vigente, a competência exclusiva para repressão do abuso do poder econômico e demais infrações à livre concorrência é atribuída ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, atualmente composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), vinculado ao Ministério da Justiça, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda. Inexiste, na legislação específica sobre a matéria, qualquer menção de delegação de competência ao INPI para tanto.

Esse sistema é hoje regido pela Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Seu texto realiza menção ao uso de direito de propriedade industrial ou tecnologia de forma concorrencialmente danosa em dois momentos, quais sejam:

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.

(...)

§ 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:

(...)

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Neste sentido, Carvalho (1994) entende ter o INPI se tornado expressamente incompetente para aplicar os ditames da legislação anticoncorrencial desde a criação do CADE, através da Lei 4.137/62. Em normatização interna do INPI, especificamente o Ato Normativo 120/93, o próprio órgão dispôs acerca da impossibilidade de recusa de averbação de contratos com base em suscitadas violações das legislações relativas ao abuso de poder econômico e de proteção ao consumidor, facultando ao INPI alertar as partes contratuais acerca dos aspectos legais envolvidos (artigo 4º, §§ 1º e 2º).

Ato Normativo sucessório ao descrito – o n. 135/97 – não fez menção específica a cláusulas e práticas restritivas de concorrência ao normatizar a averbação e registro dos contratos de transferência de tecnologia. Contudo, ao indicar a finalidade principal do Ato Normativo (item 01 do preâmbulo), qual seja “normalizar os procedimentos de averbação ou registro de contratos de transferência de tecnologia”, elencou no rol de legislação complementar aplicável a Lei 8.884/94 (antiga Lei de Prevenção e Repressão às Infrações à Ordem Econômica). Como exposto no item 5.1, o Ato Normativo 135/97 foi substituído pela Instrução Normativa 16/2013, a qual repetiu, na íntegra, o item descrito em seu artigo 1º, inclusive mencionando a lei concorrencial 8.884/94, em que pese esta já ter sido substituída pela Lei 12.529/11.

Há, contudo, entendimentos doutrinários diversos. Barbosa (2003), ao avaliar o citado Ato Normativo 120/93, o qual, como exposto, vetou a negativa de averbação dos contratos com base em cláusula potencialmente ilegal em face ao direito da concorrência, com fulcro na

manutenção da legislação federal que fundamenta as atividades do INPI acerca da transferência de tecnologia, leciona que:

(...) persistem as competências do INPI no tocante à análise de ilegalidade intrínseca e o dever de suscitar a necessidade de pronunciamento do órgão de tutela da concorrência em casos em que o contrato, na forma apresentada ao INPI, seria suscetível de violação das normas concorrenciais em vigor. (BARBOSA, 2003, p. 983).

Neste sentido, dispõe Franco que:

Um posicionamento coerente por parte da doutrina deveria entender que (i) nunca houve competência por parte do INPI para aplicar questões da legislação de concorrência a contratos envolvendo propriedade, ou que (ii) esta competência sempre existiu, sendo calibrada pelo Poder Executivo conforme a edição de atos normativos específicos orientando a análise dos contratos pelo INPI. Partilhamos desta segunda posição. (FRANCO, 2010, p. 187).

Entendemos já conter em nosso ordenamento, de forma expressa, uma estrutura específica para a análise das matérias afetas ao direito da concorrência - SBDC, a qual não contempla o INPI e nenhum ente vinculado ao mesmo Ministério sob o qual se encontra este alocado. Sob a segunda face de atuação do SBDC – Preventivo, o novo sistema de análise de Atos de Concentração introduziu a figura da análise prévia. Desta feita, contratos de transferência de tecnologia que preencham os requisitos de submissão ao CADE serão devidamente analisados por este sob a completude do aspecto concorrencial inerente ao caso em tela, ato já exercido pelo CADE (ver Atos Concentração 08012.002870/2012-38; 08012.006706/2012-08; 08700.003937/2012-01; 08700.003898/2012-34; 08700.004957/2013-72 e 08700.006336/2013-23, os quais envolvem licenciamento de tecnologia). Assim, resta ao INPI, no máximo, o “dever” de informar ao CADE acerca de eventual hipótese de abuso de poder econômico em transações tecnológicas. Foi este, inclusive, o objetivo elencado em Convênio firmado entre o CADE e o INPI no ano de 1996, e em segunda oportunidade mais recente, em 07 de junho do ano de 2010 (INPI. versão 2010) Em ambas as oportunidades, não restou elencado como obrigação do INPI exercer a análise de supostos abusos de poder econômico no desenvolvimento de suas atividades. Os objetos elencam as seguintes obrigações:

Cláusula terceira. Constitui objeto deste acordo a cooperação técnica entre os Partícipes, quando solicitada e de acordo com sua conveniência e oportunidade:

- I) Prestação de consultoria, referente à definição de rotinas, diretrizes e normas de procedimento no tratamento conjunto de atos de concentração, ou condutas anticoncorrenciais que envolvam propriedade intelectual;
- II) Realização de estudos sobre as relações e interfaces entre propriedade intelectual e antitruste;
- III) Realização e participação em eventos e seminários, inclusive objetivando o treinamento de servidores;
- IV) Disponibilização, em acervo compilado, dos estudos e análises dos processos instaurados;
- V) Troca de informação e de conhecimento técnico entre os respectivos corpos técnicos; e
- VI) Com base nas análises e nos estudos, elaboração de propostas normativas, que conduzirão, no âmbito desse Acordo, medidas integradas para a resolução dos casos.

Não encontramos informação disponível acerca de qualquer normativa publicada em conjunto pelos partícipes do Acordo acerca de transferência de tecnologia.

Vistos os diferentes aspectos acerca do processo de registro de um contrato de fornecimento de tecnologia perante o INPI, passaremos a avaliar a situação jurisprudencial atual acerca da intervenção do INPI nas condições contratuais firmadas entre as partes.

6.1.6 Discussões judiciais acerca da intervenção do INPI

Com o advento da Lei de Propriedade Industrial, 9.279 de 14 de maio de 1996, pensava-se que nos depararíamos com uma possível mudança na política intervencionista adotada pelo INPI em face aos contratos de transferência de tecnologia, vez que, com a supressão do parágrafo único do art. 2º da Lei 5.648/70, alterou-se a finalidade originária do INPI, retirando-lhe, expressamente, as atribuições de adotar medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes.

Não obstante, verificamos que o INPI manteve e mantém posição intervencionista, realizando proibições e restrições no avençado entre particulares, estipulando preços e prazos de duração dos contratos de transferência de tecnologia, valendo-se: (i) do seu poder de polícia, fundado no poder normativo de suas medidas - atual Instrução Normativa 16/2013 (sobre transferência de tecnologia). Neste sentido, sustenta-se não ser o poder normativo dos entes estatais exclusivo às Agências Reguladoras, decorrendo simplesmente da atividade administrativa desempenhada pelo ente, pois “a característica de exercício de grande variedade de poderes: normativo, propriamente ditos ou de natureza concreta; de solução do conflitos de

interesses; investigativos; fomentadores; e de fiscalização, preventiva ou repressiva, não é exclusiva das agências reguladoras, havendo muitos outros órgãos e entes públicos reguladores, não dotados de “independência”, que também exercem uma multiplicidade de funções a eles atribuída pelo legislador” (ARAGÃO, 2002, p. 409); (ii) exercício competências tributária, cambial e concorrencial por delegação, conforme exposto e (iii) que o INPI, ao exercer a regulamentação dos contratos de transferência de tecnologia, através do controle e limitação das atividades negociais dos particulares, estaria atendendo a uma finalidade imposta por uma política pública constitucionalmente instituída e desejada, buscando-se o desenvolvimento econômico, a dignidade da pessoa humana e a diminuição das desigualdades sociais através de uma melhor repartição do conhecimento e acesso à tecnologia.

Fato é que poucas medidas judiciais visando ao questionamento da ação intervencionista do INPI sobre contratos de transferência de tecnologia foram intentadas nesse período. Agravante é o fato de que existem decisões totalmente antagônicas, o que resulta em um ambiente no qual prevalece uma insegurança jurídica sobre o tema, que consiste em outro elemento que afugenta e desestimula a comercialização de tecnologia estrangeira em nosso país. Para exemplificar a ausência de norteamento judicial acerca do tema, destacamos as seguintes decisões elencadas.

Em Apelação em Mandado de Segurança (Proc. Origem RJ **2006.51.01.504157-8**), tramitado na 2ª Turma Especializada do Tribunal Federal Regional da 2ª Região (Relatoria Desembargadora Federal Liliane Roriz), na qual litigavam a empresa Koninklijke Philips Eletronics N V e o INPI, discutiu-se a intervenção do INPI através da limitação de *royalties* em 5% (limite dedução fiscal), ao passo que as partes contratantes haviam acertado a remuneração baseada em *royalties* a 20%. Em seu voto, a Relatora acatou a legitimidade da intervenção do INPI, suscitando os seguintes argumentos: (i) o INPI pode e deve avaliar as condições nas quais um contrato foi firmado, em virtude da missão que lhe foi confiada por sua lei de criação; (ii) o INPI deve dar efetivação às normas da propriedade industrial sem perder de vista a função social, econômica, jurídica e técnica das mesmas e considerando sempre o desejável desenvolvimento econômico do país; (iii) a Lei 9.279/96, ao revogar o parágrafo único do art. 2º da Lei 5.648/70, somente retirou do INPI o juízo de conveniência e oportunidade da contratação (definição tecnologia a ser contratada); (iv) persiste o poder de reprimir cláusulas abusivas, funcionando como agente delegado da autoridade fiscal; (v) é razoável e proporcional o percentual de 5% fixado para remessa de *royalties* por ser este o coeficiente percentual máximo permitido para dedução fiscal, o qual deve ser adotado como referência para os contratos de transferência de tecnologia; (vi) tem o INPI legitimidade para imiscuir-se nos

termos dos contratos de transferência de tecnologia, antes de averbá-lo ou registrá-lo; (vii) o princípio constitucional da livre concorrência possui limites iminentes, quais sejam a proteção à ordem pública, função social da propriedade e a garantia do desenvolvimento nacional.

Em outra Apelação em Mandado de Segurança (Proc. Origem RJ **2006.51.01.511670-0**), tramitada também na 2ª Turma Especializada do Tribunal Federal Regional da 2ª Região e de Relatoria da mesma Desembargadora do processo descrito acima, com objeto da demanda semelhante (intervenção INPI no preço pactuado entre as partes), entendeu-se também pela legitimidade da intervenção, tendo sido suscitados os mesmos argumentos para tanto.

Com efeito, as primeiras decisões do Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região sustentaram a legitimidade do INPI para intervir nos contratos. Não obstante, o artigo 2º da lei de criação do INPI tenha sido alterado, entendeu-se que a intervenção teria legitimidade pela finalidade maior do órgão, que seria executar as normas de propriedade industrial, tendo em vista seus fins sociais e econômicos, podendo, inclusive, imiscuir-se na definição do preço, a fim de reprimir cláusulas/condições abusivas.

Entretanto, quando a jurisprudência do TRF da 2ª Região parecia inclinar-se para legitimar a intervenção do INPI nos contratos, em 2007, o mesmo Tribunal emitiu decisão em sentido totalmente oposto.

Durante o processo de averbação de outro contrato firmado pela empresa Koninklijke Philips Electronics NV, o INPI novamente interveio nas condições de pagamento negociadas e limitou o pagamento a 5% (cinco por cento) da receita líquida de venda dos produtos contratuais. Diante de tal intervenção, a Koninklijke Philips Electronics NV impetrou mandado de segurança, não obtendo, em primeira instância, o provimento judicial pleiteado. Após esse revés, a empresa interpôs recurso de apelação (Apelação em Mandado de Segurança Nº **2007.51.01.800906-6**), cuja relatoria foi do Desembargador Federal Messod Azulay Neto, que decidiu em sentido totalmente antagônico aos julgados descritos. Fundamentou a ilegitimidade de intervenção do INPI exarando os seguintes argumentos: (i) da leitura das Leis 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), 4.506/64 – remessa capital para o exterior e Decreto 3.000/99 (RIR) – imposto de renda, não se extrai nenhum dispositivo que limite valores ou percentuais a serem praticados pelas partes, no âmbito de seus interesses industriais e produtivos; (ii) as diretrizes econômicas do país, após o advento da Constituição de 1988, têm sido todas no sentido de primar pela livre iniciativa e concorrência de mercados, com ampla abertura ao capital estrangeiro, a partir da década de 90; (iii) não pode o INPI, a seu exclusivo critério, adentrar o mérito de negociações privadas e impor condições valendo-se de percentual engendrado para outros fins (de dedutibilidade fiscal) e (iv) no caso de intervenção do INPI no avençado entre as

partes há erro invencível na aplicação da lei, pois: a) inexistem atribuições legais para tal ingerência; b) inexistem normas ou políticas públicas de delimitação de preços; c) consiste em ato de pura especulação, dado que o INPI não detém conhecimento técnico das políticas de preços de mercado e seus reflexos na produção de produtos e d) não cabe ao Estado intervir onde as partes não se sentem prejudicadas, sob pena de substituir-se o império da lei pelo do assistencialismo.

Na mesma linha, posicionou-se também o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Rec. Especial nº 1.046.324-RJ (2008/0075649-1), Relator Min. Sidnei Beneti, entendendo que a atividade do INPI, no que toca ao disposto no artigo 211 da Lei 9.279/96, *é estritamente notarial*. No caso em tela, cujo objeto consiste na revisão do valor pactuado (*royalties*) por uma das partes contratantes, em defesa apresentada pelo INPI, o próprio órgão suscitou não participar da negociação de contratos, embora não admita contratos ou cláusulas contratuais que desrespeitem a legislação. Ponderou, ainda, não adentrar em discussão de "*royalties*", o que não lhe compete regular.

Atesta-se realmente não existir um posicionamento jurisprudencial acerca do tema. Sobre a importância dos princípios da segurança jurídica e da confiança para a existência e sobrevivência do Estado Democrático de Direito:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes objectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos. (CANOTILHO GOMES, 2000, p. 256.)

Para Couto e Silva (2004):

É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os

que acreditaram nos atos do Poder Público. (COUTO E SILVA, 2004, p. 276.).

Realizando um paralelo entre a importância entre competência administrativa e segurança jurídica, Wald (2005) diz:

Em termos gerais pode-se dizer que existe segurança jurídica quando o sistema é regularmente estabelecido em termos iguais para todos, mediante leis que possam ser conhecidas e que somente são aplicadas às condutas posteriores a sua vigência. Ainda, elas devem ser claras, ter certa estabilidade e serem ditadas por órgãos competentes. (WALD, 2005, p. 216.)

Em consonância com os recentes julgados acerca do tema, apontamos que o Brasil, desde o fim da década de 90, denota as diretrizes econômicas inseridas pela Constituição de 1998, no sentido de primar pela livre iniciativa e livre concorrência, com ampla abertura ao capital estrangeiro, consolidando, assim, sua opção de estar inserido na economia globalizada. Desta forma, observamos que o País busca uma transformação no modelo econômico extrativista historicamente prevalecente, para adquirir condições de competitividade no atual cenário mundial globalizado, através do incentivo à inovação e do estímulo ao desenvolvimento tecnológico e econômico.

6.2 A tratativa Internacional acerca da Transferência de Tecnologia

A internacionalização da transferência de tecnologia é observada, historicamente, nos anos 60 e 70 do século passado, quando existia o interesse no estabelecimento de medidas que pudessem fomentar colaboração dos países desenvolvidos e detentores de tecnologia para o desenvolvimento de demais economias com menor potencial tecnológico.

Desta forma, ganha relevância o respeito a padrões mínimos de propriedade intelectual e liberação de comércio, como condições que tornem viáveis o fornecimento e intercâmbio de tecnologia. É quando então surge o principal ordenamento mundial acerca de propriedade industrial, o Acordo sobre Aspectos Comerciais dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS.

6.2.1 A transferência de tecnologia na União Europeia (“UE”)

A harmonização entre os direitos de Propriedade Intelectual e Concorrência, é, assim como na grande maioria dos ordenamentos, ponto de especial atenção das regras vigentes no

âmbito da União Europeia. O interesse coletivo situa-se exatamente neste limiar, entre o interesse dos detentores de tecnologia (traduzida por direitos de propriedade intelectual), de manterem o monopólio legal inerente a estes, obstando ao máximo o acesso de seus concorrentes ao seu conhecimento tecnológico, e a necessidade dos países receptores de terem acesso e poderem utilizar essas tecnologias.

Desta forma, a UE buscou meios de intensificar a transferência de tecnologia entre os Estados Membros, possibilitando o desenvolvimento tecnológico a todos da forma mais harmônica possível.

O primeiro ordenamento que regulou o tema no âmbito da UE foi o Regulamento 240/96, que previa a isenção em bloco para categorias de contratos de *know-how* e patentes. Essa isenção refere-se às medidas de proteção a concorrência trazidas pelo Tratado (Tratado de Roma), que institui a UE (em sua redação vigente, especificamente abordada no artigo 101), justamente por reconhecer nesses contratos efeitos benéficos gerados pela inovação (transferência de tecnologia exclusiva resultante de direitos de propriedade intelectual), mas ressaltava a necessidade de difusão do conhecimento no âmbito da UE. Possibilitou-se, assim, que Estados Membros não considerados tecnologicamente desenvolvidos pudessem, mediante o intercâmbio tecnológico com países já desenvolvidos tecnologicamente, incrementar os seus respectivos parques industriais nacionais.

Porém, em 2004, ocorreu uma alteração de foco no regramento da matéria na UE, passando-se a enfatizar os efeitos econômicos dos acordos de fornecimento de tecnologia.

Nesse contexto, aprovou-se o Regulamento 772/04, que ratifica a ênfase dos efeitos econômicos dos acordos. Dispõe o item 4 do Preâmbulo:

É conveniente renunciar à abordagem que consiste em enumerar as cláusulas isentas e dar maior ênfase à determinação das categorias de acordos isentos até um determinado nível de poder de mercado, bem como à identificação das restrições ou cláusulas que não podem constar destes acordos. Tal coaduna-se com uma abordagem de carácter económico que aprecia os impactos dos acordos no mercado relevante. É igualmente consentâneo com esta abordagem estabelecer uma distinção entre os acordos entre os concorrentes e os acordos entre não concorrentes.

Esse Regulamento, inserido no cenário normativo da UE, foi criado com a intenção de dar segurança aos acordos e licenças que envolvem o fornecimento e transferência de tecnologia no mercado comum europeu, permitindo a celebração de acordos que envolvam comercialização de tecnologia com maior previsibilidade (segurança jurídica), para as partes envolvidas. (Diário Oficial da União Europeia, nº L 123 de 27/04/2004 p. 0011-0017).

O âmbito de aplicação das regras do Regulamento 772/04 não abrange somente as licenças de patentes e de *know-how*, mas também as demais espécies de direitos de propriedade intelectual. Contudo, não abrange os acordos que visem à subcontratação de atividades inerentes à investigação e desenvolvimento de pesquisas, limitando-se a fomentar a transferência de tecnologia já descoberta ou constituída, visando ao efeito final de que o receptor da mesma possa, ao absorvê-la, ser estimulado a desenvolver novas tecnologias.

O Regulamento determina a aplicação das isenções referentes às tipificações de condutas anticoncorrenciais previstas no Tratado e, para tanto, cria uma distinção entre acordos realizados entre empresas concorrentes e os acordos realizados entre empresas não concorrentes. Considera como empresas concorrentes as que estão em concorrência no mercado das tecnologias objeto do acordo e/ou no mercado dos produtos inerentes à aplicação da tecnologia.

O Regulamento estabelece critérios objetivos para enquadramento nas hipóteses de isenções, diferenciando-os com base no conceito de empresas concorrentes e não concorrentes. Tais critérios são os seguintes: aplica-se a isenção a empresas **concorrentes**, desde que a participação agregada das mesmas não exceda a 20% no mercado, e para empresas **não concorrentes**, desde que a participação de cada uma das partes não exceda a 30% de participação nos respectivos mercados. Contratos de transferência de tecnologia que não se enquadrem em tais requisitos (participação de mercado) e que envolvam mais de duas partes contratantes estarão sujeitos à análise individualizada pela Comissão Europeia.

É importante destacar que os critérios foram estabelecidos como parâmetros, mas não possuem caráter absoluto. Isto porque, se a isenção estabelecida resultar em efeitos anticoncorrenciais graves, poderá ser revista e anulada, aplicando-se, desta forma, no caso concreto, as normas do Tratado quanto à proteção da concorrência.

Desta forma, estabelece hipóteses objetivas em que um acordo poderá ser enquadrado como um instrumento que possua efeitos anticoncorrenciais **graves**, igualmente as diferenciando para os grupos de empresas concorrentes e empresas não concorrentes, quais sejam: (i) *empresas concorrentes*: a restrição da capacidade de uma parte para determinar os preços de seus produtos, a limitação de produção para uma das partes, a repartição de mercados e clientes e a imposição ao licenciado de restrição para exploração da sua própria tecnologia, ou desempenhar atividades de pesquisa e desenvolvimento (excetua-se desta hipótese o *know-how*, vez que a ausência de tal restrição pode resultar na divulgação do conhecimento, pelo licenciante, a terceiros e (ii) para o grupo de empresas *não concorrentes*, estabelece as seguintes hipóteses: restrição da capacidade de uma parte para determinar os

preços de seus produtos, imposição de restrições territoriais e imposição de restrição de vendas ativas ou passivas a consumidores finais a um licenciado que seja membro de um sistema de distribuição seletiva.

Franco (2000, p. 179) indica ainda que tal norma prevê ainda outro rol de cláusulas a serem individualmente analisadas pela Comissão se presente em um contrato, e as denomina “restrições excluídas”. Assim, sempre que presentes, estarão sujeitas à análise em separado pela Comissão, permanecendo válidas as demais (que se enquadrarem nas demais hipóteses de isenção descritas), contidas no contrato. São elas: (i) retrolicença e dever de cessão, referente a eventuais melhorias tecnológicas desenvolvidas pelo licenciado, para o licenciante ou terceiros indicados por este e (ii) impedimento de questionamento judicial dos direitos de propriedade intelectual envolvidos, vez que a Comissão considera tais atos como desestimulantes à busca pela inovação.

O Regulamento então atribui a isenção prevista a todos os acordos que não se enquadrem nas hipóteses previstas e que atendem aos limites de participação de mercado indicados, por considerar que os contratos que atendem a esses requisitos são compatíveis com o direito concorrencial europeu.

Pelo exposto, infere-se que o Regulamento possui duas finalidades expressas, quais sejam: (i) propiciar a regulação de cessão de direitos de propriedade intelectual, considerando-se o aspecto incentivador para inovações que estes possuem e (ii) tutelar os aspectos concorrencialmente nocivos que podem advir da celebração de tais acordo, tendo em vista os ditames do Tratado abarcados no artigo 101 da atual redação.

6.2.2 O sistema Estadunidense

Em sentido convergente ao modelo europeu, o sistema norte-americano também tutela a transferência de tecnologia sob o viés concorrencial. Antes de adentrarmos na análise do mesmo, é importante apontarmos a premissa de que os Estados Unidos denominam “acordos de licença de tecnologia” o que o nosso ordenamento considera transferência de tecnologia em seu sentido amplo, como abordado no item 4.1– direitos de propriedade industrial propriamente ditos e *know-how*. Os Estados Unidos ainda incluem no conceito de licença os direitos de autor.

A inter-relação entre propriedade intelectual e concorrência data da primeira e principal norma do direito estadunidense acerca desse tema – *Sherman Act* (1890). Surge, como indicam Miller e Davis (1990, p.137), com a teoria denominada “*patent misuse*”, ou

abuso de patente, análoga ao abuso de direito prevista em demais ramos do direito. Para tais autores, “Misuse’s means that the patent owner has overreached and tried to do more than legitimately is authorized by the patent monopoly (...).”

Moura e Silva (2003) segregam tal sistema em dois períodos. Denominam o primeiro de “*Nine No-Nos*”, vigente durante a década de 1970 até início dos anos 90, no qual o Departamento de Justiça considerava como ilícitas *per se* diversas cláusulas potencialmente lesivas à concorrência, uma vez que presentes em acordos de licença. Aponta uma ruptura de posicionamento no ano de 1995, a partir da edição de Diretrizes (Diretrizes de 1995), pelo Departamento de Justiça em conjunto com o *Federal Trade Commission* – FTC.

No sistema de análise dos acordos de licença implementado a partir do advento das Diretrizes de 1995, Moura e Silva (2003) indica três princípios basilares do mesmo. O *primeiro* é o do tratamento da propriedade intelectual como as demais conotações do instituto geral da propriedade, em face às normas de concorrência. O *segundo* é a inexistência de presunção de poder de mercado a um titular de um direito de propriedade intelectual pelo simples fato de detê-lo. O poder de mercado deve ser constatado na análise concreta de um caso, a partir das premissas instituídas pelas Diretrizes de 1992 (que dispõe sobre concentrações de agentes econômicos). O *terceiro* e último é o de que as licenças de direitos de propriedade intelectual possuam a função básica de otimização de recursos para o seu titular. Neste sentido, justifica-se o entendimento vigente nesse sistema de que um titular de direitos dessa natureza possui o objetivo principal e legítimo de maximização de lucros. Com efeito, a outorga de licenças para comercialização dos seus direitos é uma boa forma de atingi-lo, na medida em que através do licenciamento consegue ampliar o volume de produção do produto (sob a lógica de que licenciados produzem e vendem o produto e remuneram o licenciante), proporcionando em última análise a almejada maximização dos lucros.

Gellhorn e Kovacic (1994) justificam o pressuposto contido no terceiro princípio elencado (de que o titular concede licenças com o fim de maximizar lucros), no fato de que, uma vez ter o titular a prerrogativa de reservar a si a exploração exclusiva de um direito de propriedade intelectual, na medida em que decide licenciá-la, tais concessões resultam em benefício para a concorrência. Isto porque haverá demais agentes utilizando tal conhecimento e tecnologia, assegurando uma efetiva exploração da mesma, bem como incentivos naturais para a investigação por melhoramentos tecnológicos (busca por competitividade). (Neste sentido ver Acórdão GTE *Sylvania*).

O próprio texto das Diretrizes de 1995 (ponto 2.3) assim dispõe: “[b]y potentially increasing the expected returns from intellectual property, licensing also can increase the incentive for its creation and thus promote greater investment in research and development”. Avaliando essa perspectiva, Moura e Silva (2003, p.150) afirma que: “a aplicação do direito da concorrência aos acordos de licença de tecnologia deve contemplar as duas vertentes: difusão e criação tecnológicas”.

Na outra face, acerca dos eventuais riscos concorrenciais inerentes ao licenciamento de tecnologia, Moura e Silva (2003) constata que o direito da concorrência no sistema norte-americano, enquanto garantidor da liberdade econômica, limita sua preocupação quanto a contratos de transferência de tecnologia a dois principais riscos. O *primeiro*, existente na hipótese de relação horizontal (atuação mesmo mercado) entre as partes, recai sobre potencial conduta de fixação de preços ou repartição de mercado. O *segundo* risco, fundado na “*raisin rival’s cost theory*” desenvolvida por Herbert Hovenkamp (1985), Thomas Krattenmarker e Steven Salop (1986), é inerente à existência de relação vertical (mercado distintos e dependentes) entre as partes contratantes, e recai na possibilidade de consumação de práticas que possam excluir concorrentes diretos de quaisquer das partes.

Ao comparar os sistemas normativos sobre acordos de licença de tecnologia na União Europeia e Estados Unidos da América, Moura e Silva (2003) aponta que o segundo privilegia mais contundentemente a propriedade intelectual (regulada Federalmente), visando não adotar medidas que resultem na diminuição do seu papel primordial de incentivo às inovações e ao desenvolvimento econômico. Com efeito, atribui ao direito da concorrência, em face à propriedade intelectual, uma função de vigília em seu exercício. A seu turno, aponta que o sistema comunitário enxerga os direitos de propriedade intelectual como “implicitamente suspeitos” (MOURA e SILVA, 2003, p. 307), na medida em que são essencialmente regulados internamente pelos estados-membros, dificultando as necessárias soluções de conflitos entre o direito da concorrência (função de integrar os mercados e harmonizar as legislações) e os direitos e propriedade intelectual. Indica possuir a União Europeia regras bem mais severas que o sistema norte-americano na tratativa da transferência de tecnologia, justificando tal postura no fato de deter a missão de realizar a integração dos mercados.

Concluindo, Moura e Silva (2003, p. 151) indica que: “Ao contrário do direito comunitário, as Diretrizes afirmam claramente que não se pretende forçar o licenciante a criar concorrência na sua tecnologia”. Continua:

Isto resulta do pressuposto tradicional de que, se o licenciante pode excluir outros concorrentes ao impedir o uso da tecnologia protegida, a eficiência produtiva beneficiará da disseminação da tecnologia e os consumidores beneficiarão em última análise se o licenciamento contribuir não só para aumentar o volume de produção e/ou intensidade de utilização da tecnologia, designadamente através da discriminação e preços, mas também para criar um maior incentivo para invenções futuras.

6.2.3 *Tratativa em demais países em desenvolvimento*

Julgamos importante abordar na presente pesquisa, ainda que superficialmente, demais ordenamentos adotados por alguns países em desenvolvimento, categoria semelhante à do Brasil, em termos de desenvolvimento tecnológico. Frisamos que analisaremos alguns modelos, sem realizar a análise dos resultados ou do nível de desenvolvimento tecnológico atual dos países que adotam cada modelo.

Ratificando o entendimento de que não só países desenvolvidos, mas também diversos em desenvolvimento, tratam a transferência de tecnologia como fator fundamental na busca pelo avanço tecnológico, traremos demais exemplos, afora os membros da União Europeia e Estados Unidos da América, que tutelam tal instituto sob o viés concorrencial, adotando normas que visam única e exclusivamente evitar a prática de ilegalidades concorrenciais através do mesmo.

Neste sentido, Tu Nguyen (1998) segrega em quatro modelos distintos a regulamentação atualmente adotada por países em desenvolvimento. O primeiro, denominado de *proibição*, consiste na aplicação do entendimento de ilicitude *per se* para diversas restrições eventualmente contidas em contratos de transferência e tecnologia, fruto da adoção de legislações acerca da propriedade industrial extremamente mandatória sobre esses instrumentos, dispondo acerca da necessidade de inserção, visando à proteção dos licenciados, de cláusulas obrigatórias nos mesmos. Indica as Filipinas como exemplo de signatária desse modelo. Em contraponto, o modelo *liberal* prima pelo não intervencionismo estatal e não adota legislação específica acerca da transferência de tecnologia. De maneira geral, neste modelo, prevalece a incidência de absoluta imunidade antitruste a práticas inerentes à transferência de tecnologia e exercício dos direitos de propriedade intelectual, aceitando-se restrições concorrências em tais instrumentos, desde que consensadas entre os contratantes. Elenca a Guatemala, Jamaica e Hong Kong como exemplos de países que adotam tal modelo. O modelo intermediário da *regra da razão simples* assemelha-se aos sistemas descritos (comunitário europeu e estadunidense), com a premissa de isenções concorrenciais e

estabelecimento de normativa que dispõe acerca de cláusulas restritivas, sujeitando-as à análise de autoridades antitrustes. Adotam esse modelo Taiwan, Cingapura e a Coreia do Sul. Quanto a esse modelo, o autor restringe os benefícios de sua adoção a países que já atingiram elevado nível de maturidade em termos de desenvolvimento tecnológico (TU NGUYEN, 1998, p. 579).

Para países em desenvolvimento, Nguyen propõe o modelo que denomina *híbrido*, resultante de uma mistura entre os modelos de proibição e liberal, a ser pautado em políticas que resultem na promulgação de regras que tanto estimulem como incentivem o intercâmbio tecnológico com países tecnológicos, proporcionando condições para o desenvolvimento interno, e concedam a segurança necessária para os agentes internos (na maioria das vezes os licenciados e adquirentes), no que se refere a eventuais abusos de poder econômico pelos fornecedores.

Quanto a essa proposição (modelo híbrido), Franco (2010) identifica a existência do que denomina obstáculos, tanto externos quanto internos. Como primeiro obstáculo externo, indica a possibilidade de exercício de uma “pressão” de países desenvolvidos (pressionados por grandes grupos e empresas transnacionais) contra países em desenvolvimento, através da imposição de celebração de acordos internacionais bilaterais, ou através de painéis de negociação internacional na seara da Organização Mundial do Comércio – OMC. Quanto aos obstáculos internos, menciona: (i) inexistência de cultura concorrencial, priorizando incoerentemente o investimento externo e a busca pelo avanço tecnológico (acesso de produtos novos e modernos pela sociedade); (ii) deficiência legislativa que trate de forma satisfatória a interação e complementariedade entre a propriedade intelectual e concorrência; (iii) incapacidade técnica das autoridades regulatórias no que se refere à intersecção propriedade intelectual–antitruste e (iv) distanciamento entre as autoridades que tutelam a propriedade intelectual e a concorrência, resultando em inexistência de cooperação entre ambas.

Identificamos que o sistema nacional contém alguns dos elementos citados pela autora, principalmente no que se refere aos obstáculos internos, que, somados à adoção de postura do INPI não respaldada em lei face à análise dos contratos de transferência de tecnologia, conotam no ambiente atual de insegurança jurídica quanto ao tema, resultando na estagnação da aquisição de tecnologia estrangeira, conforme demonstram os números trazidos no item 4.3.

7 USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA PELO INPI

É a Constituição da República quem atribui competência em matéria tributária, que, transparecendo o pacto federativo adotado pelo Brasil, traça os contornos gerais do Estado nas suas três esferas de poder – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Com efeito, o Capítulo I do Título VI da CR/88 instituiu o Sistema Tributário Nacional, elencando, nos artigos 153, 155 e 156, respectivamente, os impostos da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

Infraconstitucionalmente, a disposição e o regramento do sistema tributário são realizados pela Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominada Código Tributário Nacional – CTN.

Para Sabbag (1996, p.682), competência tributária consiste na “manifestação da autonomia da pessoa política que a detém”. Rosa (2000, p.255) a define como “a parcela do poder de tributar conferida pela Constituição a cada ente político para criar tributos”. Ichihara (1994, p.89) aponta um conceito com maior conotação de delimitação, vez que afirma que competência tributária pode ser entendida “como o limite de poder fiscal para legislar e cobrar tributos”. Consiste, portanto, no poder atribuído pelo Estado para um ente instituir, cobrar e fiscalizar determinado tributo.

Em análise acerca da distribuição de competência tributária realizada pela CR/88, Decomain (2000, p. 44) afirma que:

a distribuição de competência tributária, ou seja, a divisão das áreas dentro das quais a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem criar e cobrar tributos, é taxativa, isto é, não admite qualquer invasão de uns pelos outros.

Ichihara (1994) aponta subdivisão da competência em: *comum ou cumulativa*, conferida a mais de uma entidade pública, como, por exemplo, permitindo a cobrança de “taxas” e contribuições de melhoria pelos entes federativos; *privativa ou exclusiva*, atribuída a somente um ente político, excluindo-se a atuação dos demais, constituindo obrigação negativa para esses demais; *residual*, que consiste na prerrogativa de instituir tributos não previstos na CR/88. Em nosso ordenamento, somente a União a detém – artigo 154 (através de Lei Complementar e impostos extraordinários - guerra externa); *plena*, a qual confere poderes para que um ente legisle acerca de todos os aspectos inerentes ao tributo, tais como fato gerador, base de cálculo, alíquota e contribuintes, observando-se as normas gerais de direito

tributário; *legislativa supletiva ou suplementar*, atribuída aos Estados, Distrito Federal e Municípios, para editarem normas complementares em suas respectivas esferas de atuação, e *concorrente*, que é atribuída aos três níveis de governo para legislar sobre direito tributário, atribuída pela CR/88, conforme disposto no artigo 24, inciso I.

Ao analisar o instituto da competência tributária, Melo (1997) indica existirem cinco características inerentes ao mesmo, quais sejam: (i) inalterabilidade, vez que, primando-se pelo não abalo do princípio da Federação, a competência atribuída constitucionalmente a um ente político só poderá ser alterada mediante a edição de Emenda Constitucional; (ii) indelegabilidade e irrenunciabilidade. Indelegabilidade indica a inviabiliza de delegação de competência de uma pessoa jurídica de direito público a outra, mediante convênio, das funções de arrecadar, fiscalizar e executar leis e serviços. A seu turno, irrenunciabilidade consiste na impossibilidade de renúncia por parte de um ente que recebeu tal atribuição por nossa Carta Magna; (iii) incaducabilidade, afirma não haver prazo para expiração de uma competência constitucionalmente atribuída, afastando a possibilidade de um ente praticar atos de competência e outro sob o argumento de omissão daquele detém a competência expressa e anterior (artigo 8º do CTN); (iv) facultatividade, que é um dos pressupostos do instituto da competência tributária. A União detém a faculdade de, a qualquer momento, exercer a sua competência para, por exemplo, instituir novo imposto, e (v) privatividade, que traduz que cada ente, dentro da sua esfera de competência, a exerça de forma privativa – instituição, cobrança e fiscalização de um tributo.

Neste sentido, indica o artigo 7º do Código Tributário Nacional (“CTN”):

Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição. (grifo nosso).

À época da instituição das legislações ainda vigentes acerca de dedutibilidade fiscal, sequer havia sido instituído o INPI. A correlação legal entre o registro e a averbação de um contrato de transferência de tecnologia e a prerrogativa de dedutibilidade fiscal surge em nosso ordenamento através da Instrução Normativa 5/74 da Secretaria da Receita Federal, a qual condiciona o registro de um contrato para que se considere uma despesa operacional passível de dedução.

Em consonância com o disposto no artigo 7º do CTN indicado, recebeu o INPI, através de instrumento legal, a competência para auxiliar, quando necessário e solicitado para

tanto, na fiscalização e para prestar informações aos entes do Ministério da Fazenda, através da promulgação do Decreto Lei 1.718/79, que assim leciona em seu artigo 2º:

Art 2º. Continuam obrigados a auxiliar a fiscalização dos tributos sob a administração do Ministério da Fazenda, ou, quando solicitados, a prestar informações, os estabelecimentos bancários, inclusive as Caixas Econômicas, os Tabeliães e Oficiais de Registro, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, as Juntas Comerciais ou as repartições e autoridades que as substituïrem, as Bolsas de Valores e as empresas corretoras, as Caixas de Assistência, as Associações e Organizações Sindicais, as companhias de seguros, e demais entidades, pessoas ou empresas que possam, por qualquer forma, esclarecer situações de interesse para a mesma fiscalização.

Com efeito, Franco (2010, p.118) assevera que “o art. 2º do Decreto 1.718/79 é claro ao atribuir a competência ao INPI de auxiliar na fiscalização da legislação tributária ou de prestar informações. Não houve uma delegação para interpretar as leis em matéria tributária”. Assim como exposto no item 6.1.4, deve o INPI se ater aos limites do que a lei estipulou, e, no caso de “exercício de competência tributário”, se ater à mera informação para as partes contratantes, quando da emissão do Certificado de Averbação. Deveria, portanto, limitar-se a informar às partes qual o limite de dedução que deverá ser observado ao caso em tela, e não valer-se de uma competência tributária sem guarida legal para limitar o preço ao limite máximo de dedução fiscal, sob o auspício de ainda exercer finalidade que lhe fora retirada em 1996, de forma expressa através do artigo 240 da Lei 9.279/96:

Art. 240. O art. 2º da Lei nº 5.648, de 11 de dezembro de 1970, passa a ter a seguinte redação:

Art. 2º. O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

Com referida alteração, lembramos que foi expressamente suprimida a função de *adotar medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia*, avaliando melhores condições de contratação. Franco (2010) indica a necessidade de revisão fiscal em face à contratação de tecnologia estrangeira (regulação tributária que efetivamente resulte em estímulo à contratação de tecnologia estrangeira), na medida em que o atual cenário econômico mundial exige a adoção de políticas econômicas as quais não mais recaiam sobre condições de pagamento, mas sim em questões afetas à concorrência, como nos Estados Unidos e União Europeia. Para isto, temos posto em nosso ordenamento o Sistema Brasileiro

de Defesa da Concorrência – SBDC, o qual conta com órgão com competência exclusiva para analisar, julgar e, se necessário, reprimir crimes contra a ordem econômica.

No âmbito do Direito Administrativo, destaca-se o Princípio da Especialidade, o qual, nos ensinamentos de Di Pietro (1994, p.65), estabelece de forma precisa as funções de cada pessoa jurídica pública administrativa:

Quando o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas – as autarquias – como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, a lei que cria entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbe atender, de tal modo que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei; isto precisamente pelo fato de não terem a livre disponibilidade dos interesses públicos.

Com efeito, ao promulgar a Lei 9.279/96, escolheu o legislador pátrio: (i) retirar do rol de finalidades do INPI a adoção de medidas regulatórias acerca de transferência de tecnologia e (ii) não atribuir-lhe competências cambiais e tributárias.

Para Carrazza (1997, p.301), uma vez que a competência tributária é delimitada pela Constituição Federal, infere-se que “a pessoa política não pode usurpar competência tributária alheia, nem aquiescer de sua própria competência tributária venha a ser utilizada por outra pessoa política”.

O INPI não possui competência legalmente atribuída para instituir, cobrar ou fiscalizar impostos (IR incidente nos contratos de transferência de tecnologia). Assim, não nos parece razoável querer limitar o valor acordado entre as partes com base em um limite de dedução de tributos indicados por legislação específica. A competência para fiscalizar a correta dedução é exclusiva da Receita Federal do Brasil, restando ao INPI a mera função de informar às partes, quando da expedição do Certificado de Averbação, o limite de dedução afeto à tecnologia em apreço.

A fiscalização de tributos é um dos atributos da competência. No que se refere ao Imposto de Renda, sobre o qual incide a possibilidade de dedução fiscal por aquisição de tecnologia, a competência, para exercer exclusivamente também essa função, é da Receita Federal do Brasil. Se ater a esse entendimento é fundamental para conferir segurança e previsibilidade às ações e estratégias dos particulares.

7.1 Princípio da Legalidade

Entretanto, parece-nos fundamental esclarecer que a intervenção estatal na seara particular, no que se refere à mitigação da liberdade contratual e autonomia da vontade, pode ser considerada legítima quando e tão-somente através de legislação específica que trate da matéria em apreço, pois, conforme dito por Gomes (1969), “a excessiva intervenção na ordem econômica privada ocasiona distorções a longo prazo”.

Desta forma, faz-se necessário, para a análise da hipótese a ser pesquisada, tecermos algumas considerações acerca do princípio da Legalidade.

Ocorreu com o Direito Civil a mesma alteração inserida em outros ramos, no momento em que o Estado passa a ter a conotação de Estado-Social, resultado de transição do sistema capitalista observada na passagem do século XIX para o século XX, acarretando a transição do modelo kantiano, que apontava a vontade livre das partes como soberana, presumindo a igualdade entre as mesmas para um modelo que visa privilegiar a função social (também perseguida em diversas áreas do Direito), de maior intervenção do Estado, respaldado por leis específicas que disciplinem a matéria em apreço.

Agindo de forma diversa, qual seja o Estado intervir sem o necessário aparato legal, o Estado passaria a ser o motivador de insegurança jurídica no setor econômico. Nesta linha, Nery Junior (2004) esclarece o caráter relativo da intervenção estatal, afirmando que a intervenção não se dá em qualquer situação, mas somente nas relações jurídicas merecedoras de controle estatal, com vistas à manutenção do desejado equilíbrio econômico entre as partes contratantes.

Como o Direito cuidou de restringir o excesso de individualismo nas relações comerciais entre os particulares, também o fez quanto à liberdade do Estado em intervir no domínio econômico. Para este, o Direito atribui o dever de se ater ao princípio da Legalidade, inserido no ordenamento jurídico com a finalidade primária de garantir o Estado Democrático de Direito. Assim, nossa carta magna dispõe, no artigo que trata das garantias fundamentais, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II da CR/88).

É condição para a validade e eficácia dos atos da administração pública que estes se respaldem em lei, em sua concepção ampla. Busca assim limitar a atuação do Estado, no intuito de evitar a prática de eventual abuso de poder pelos administradores, cerceando a atuação do Estado à observância da lei.

É possível dividir o campo de incidência de tal princípio entre o direito público e privado. Naquele, configura um norte, uma bússola para a ação dos administradores, representando uma subordinação destes para o que está disposto na lei, na medida em que só é permitido fazer o que a lei expressamente autorizar ou determinar. Já no campo do direito privado, a concepção de aplicação do princípio é inversa, na medida em que pode, o particular, realizar tudo o que a lei não proíbe. Na visão de Seabra Fagundes: “administrar é aplicar a Lei de ofício”.

Podem-se apontar três ramos de direito em que se evidencia de forma mais incisiva a aplicação do princípio, quais sejam, o direito penal, o tributário e o administrativo, nos quais o Estado atua de forma direta na relação entre os particulares, através da expressão dos seus poderes punitivos, fiscalizadores, arrecadadores e governamentais.

Para o estudo proposto, interessa-nos discorrer sobre a incidência do princípio da legalidade no ramo do direito administrativo, vez que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial compõe a estrutura do poder executivo da república brasileira. Neste, determina o princípio que a administração pública, em qualquer atividade a ser desempenhada, está estritamente vinculada à lei, vez que neste campo o Estado aproxima-se dos seus tutelados, relacionando-se diretamente com esses de diversas formas. Preceitua tal princípio que os atos administrativos devem sempre estar fundamentos em lei.

A legalidade está intrinsecamente ligada à ideia da separação dos poderes, o que já fora mencionada por Aristóteles em sua obra *A Política*, lançando então o fundamento do que veio a ser tratado pelo Direito como separação das funções do Estado, vindo a ser consolidada pelos liberais motivadores da Revolução Francesa.

Tem por fim assegurar a segurança jurídica e a igualdade, considerando-se as características de abstração e generalidade das leis, possibilitando a sua aplicação a todos os indivíduos da sociedade, transparecendo a clareza do que é ou não permitido pelo Estado como conduta individual no seio da comunidade, resultando assim na segurança jurídica a todos, viabilizando assim o alcance da ordem pública.

Sob o enfoque do direito tributário, afirma Schoueri (2005) que é importante diferenciar-se (considerando a possibilidade de intervenção estatal através de normas tributárias – abordaremos este ponto específico no item 7.4) o poder estatal de *regular* do poder de *tributar*. Com efeito, indica que poder regulatório é aquele que concede ao Estado a prerrogativa de promoção do interesse público, podendo para tanto limitar-se a regular a liberdade, propriedade e interesses individuais dos cidadãos. O poder de tributar resulta da

soberania fiscal da qual é dotada o Estado, no sentido que já expusemos, ao abordar o instituto da competência tributária.

Fato é que o princípio da legalidade foi consagrado ao patamar de garantia fundamental pelo legislador constituinte. Optou este por impor o que denomina Schoueri (2005) de “império da lei”, como fonte de exclusiva de imposição de comportamentos aos cidadãos brasileiros. Xavier (1978, p.31), contudo, realiza importante ressalva, qual seja a de indicar que:

Em virtude de lei é, na verdade, expressão suficientemente compreensiva para abranger não só os casos em que a lei formal regula, por si própria, completamente, todos os casos em que as pessoas são “obrigadas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa”, mas também as hipóteses em que a lei autoriza o Poder Executivo a – por via de regulamento – introduzir essas limitações, e desde que nos limites impostos pela ideia de “execução”. Nestes casos, embora geradas por fontes secundárias – as obrigações têm o seu fundamento mediato na lei, podendo dizer-se que foram criadas “em virtude” desta.

Importa frisarmos que, valendo-se do ensinamento exposto, pode um ente do poder executivo “regular” determinado tema, desde que a Lei que o criou lhe confira atribuições diretas e expressas para tanto.

Para Schoueri (2005, p.240), tal característica é de extrema relevância em face ao Direito Econômico, vez que a dinâmica das transações e realidade econômica prescindem de um arcabouço legislativo que corresponda às variações inerentes a essa seara, tendo que, em última análise, mostrarem-se de certa forma flexíveis. Com efeito, indica tal característica ter sido expressamente prevista pelo legislador constituinte, que indicou no artigo 174 que: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, *na forma da lei*, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (...)” (grifo nosso). Para o autor, “se a intervenção se faz “na forma da lei”, significa que não é necessário que cada intervenção concreta se dê por lei; importa, outrossim, que a lei discipline a forma como a intervenção se dará.”

Para Peluso (1999), os limites das autoridades administrativas são conferidos e estabelecidos pelas leis instituidoras, criadoras dessas autoridades, e da observância das regras que estipulam suas respectivas finalidades e funções depreende-se a legalidade dos seus atos.

Neste sentido, afirma Schoueri (2005, p.240):

Tem-se, daí, a confirmação de que o princípio da legalidade, tal como entendido em matéria de Direito Econômico, exige que a atuação estatal tenha base em lei; não exige desta, entretanto, que discipline em minúcias a

ato da intervenção, cabendo-lhe, apenas, estabelecer as metas e limites à autoridade delegada.

Pelo exposto, parece-nos que o INPI, ao adentrar no campo das condições comerciais entabuladas pelas partes na formalização dos contratos de transferência de tecnologia, não se os limites e metas traçadas pela Lei 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), a qual, de forma expressa – artigo 240, revogou a finalidade inicial atribuída pela lei instituidora do INPI de adotar medidas capazes de regular a transferência de tecnologia. Em outras palavras, deixou o órgão de ter a finalidade de avaliar as condições comerciais pactuadas.

Parece-nos decorrer daí, portanto, o limite da discricionariedade dos técnicos do INPI quando do registro dos contratos de transferência de tecnologia. Passemos a analisar o instituto da discricionariedade.

7.2 Discricionariedade Administrativa

Antes de adentrarmos na análise das prerrogativas do INPI quando da averbação dos contratos de transferência de tecnologia, faz-se necessário adentrarmos no campo do Direito Administrativo, principalmente no que tange à conceituação de discricionariedade do administrador no desempenho de suas funções, bem como os limites desse instituto, tema sobre o qual, brevemente, trataremos neste momento.

Para Batista (2012, p. 233), “a discricionariedade e a vinculação são dois ingredientes de qualquer decisão administrativa”. Para tal autor, é a discricionariedade decorrência da impossibilidade de o legislador prever, com eficiência, todas as situações em que a administração pública deve atuar. Desta forma, concede certa flexibilidade aos administradores quanto a determinados elementos constitutivos do ato administrativo, tais como o motivo e o objeto.

Assevera Batista (2012, p. 234) que tal flexibilidade não transparece, contudo, uma liberdade original da Administração Pública diante da lei; existe, pelo contrário, tão-somente na medida em que a própria lei a proporciona. É a lei, mesmo no que se refere à discricionariedade do administrador, que impõe controle ao ato externado, afastando assim a figura da arbitrariedade. Afirma que ela “se justifica à medida que torna viável obter a solução mais oportuna, conveniente e eficiente, nas margens abertas pela lei”.

O poder administrativo, para que a administração pública cumpra com sua função, é conferido de forma limitada, resultando assim que um ente da administração não pode exercer

funções e invocar poderes que não lhes foram legalmente atribuídos, que extrapolem suas respectivas competências. (AMARAL, 1998).

Nos ensinamentos de Batista, poder administrativo possui o seguinte viés:

O poder, portanto, é atribuído com vista a determinado fim, e não o contrário. Sua atribuição se dá de forma teleologicamente amarrada e instrumental. O que resulta daí é que o poder atribuído pela lei e a finalidade legal são uma *hendíase inseparável*. (BATISTA, 2012, p. 236).

A discricionariedade administrativa não transparece a prerrogativa de o administrador eleger, exclusivamente a sua escolha, qualquer solução diante do caso concreto. O que ocorre é, segundo Mello (1998), uma abertura conferida ao administrador pela própria lei, para, no caso concreto, ter a prerrogativa de buscar a melhor solução a ser aplicada, na busca do bem comum.

Para Batista (2012), ela expressa a deixa do legislador ao administrador, perante as circunstâncias do caso concreto, em optar pela melhor solução a ser tomada, não significando, contudo, total liberdade deste último entre duas ou mais hipóteses abstratas. Não se pode admitir que a administração pública atue em desconformidade com as finalidades legalmente estabelecidas ao órgão pelo legislador. Segundo o autor:

(...) é a própria legalidade o fundamento da discricionariedade que, diante do quadro cambiante da realidade, prudentemente, remete para a administração pública uma margem de escolha para a adequação das soluções à realidade mutante. (BATISTA, 2012, p. 243).

Ao tratarmos de atos administrativos, é importante pontuarmos a diferenciação existente entre os atos vinculados e atos discricionários. Aqueles referem-se aos que a lei indica a conduta a ser tomada pelo administrador, fixando a solução a ser adotada por este, apontando os meios e o conteúdo do ato a serem empregados na busca pelo alcance do interesse público. Ao seu turno, os atos discricionários são aqueles em que os meios a serem empregados na busca pelo interesse público, em observância a margem legalmente conferida, podem ser escolhidos pelo administrador no caso concreto. (BATISTA, 2012, p. 252-256).

Não pode o agente estatal, de forma subjetiva, diante do caso concreto, conferir-lhe qualquer solução. A abertura da possibilidade de ponderação ou valoração pelo administrador decorre da própria lei. Não há abertura, ao acaso, para a escolha do agente. Assim, presume-se que optou o legislador, seja na esfera vinculada ou na discricionária, possibilitar à administração pública a persecução do bem comum através do cumprimento de suas

atividades com eficiência, nos moldes em que trataremos no item seguinte. (BATISTA, 2012, p. 269).

Ao tratarmos, ainda que forma sucinta, do instituto da discricionariedade do administrador na execução de suas atividades, para contextualizá-lo ao presente tema de pesquisa composto, surge a seguinte indagação: os examinadores do INPI, ao rejeitarem a averbação de um contrato de transferência de tecnologia em virtude dos *royalties* estipulados entre partes, exercem de forma legítima a discricionariedade ou estão agindo contra leis, vez que, após o advento da Lei 9.279/96, foi retirada, de forma expressa, do INPI a finalidade de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes e tecnologias (par. único art. 2º).

Observamos, pelo exposto, que a discricionariedade a ser exercida pelos agentes públicos em um ato administrativo deve estar previamente prevista e autorizada em Lei, como, indubitavelmente, assim o fez a lei de criação do INPI (Lei 5.648/70), que delegou aos agentes do órgão a função de adotar medidas que acelerassem e regulassem a transferência de tecnologia no Brasil, restando clara, assim, a prevalência da discricionariedade dos agentes na análise de casos concretos. Tal constatação pode ser aferida da simples leitura do artigo 2º da referida lei:

Art. 2º: O Instituto tem por finalidade executar, principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica

Par. único: Sem prejuízo de outras atribuições que lhe forem cometidas, o Instituto adotará, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes, cabendo-lhe ainda pronunciar-se quanto à conveniência da assinatura ratificação ou denúncia de convenções, tratados, convênio e acordos sobre propriedade industrial.

Por outro lado, também constatamos que tal discricionariedade foi expressamente retirada dos agentes do INPI com o advento da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), a qual indica no artigo 240 a alteração total do art. 2º da Lei 5.648/70, mediante a supressão de seu parágrafo único, indicado.

Em que pese ter sido mantida a competência de regular a propriedade industrial no Brasil, tendo em vista a sua função social e econômica, que, como visto, consistem: social – promoção de desenvolvimento econômico; econômica – geração de riquezas, com a revogação total do parágrafo único da lei de 70, não cabe mais aos agentes estabelecerem

melhores condições de negociação e utilização de tecnologias e patentes, sendo, ao nosso ver, expressamente ceifada a discricionariedade inerente a esse ato no exercício da função pelo administrador.

7.3 Princípio da Eficiência Administrativa

Um desdobramento necessário da análise do instituto da discricionariedade administrativa é analisar o princípio da eficiência administrativa, constitucionalmente estabelecido como objetivo a ser alcançado pela Administração Pública.

Avaliando a dicotomia entre o Direito Privado e o Direito Público, Batista (2012) diz que aquele possui a sua essência na autonomia da vontade dos indivíduos, enquanto que este, e em especial o ramo do Direito Administrativo, “está na obrigação dos agentes públicos de realizarem os interesses que as normas lhes entregam para que cuidem” (BATISTA, 2012, p. 72). Indica existir entre a administração pública e a lei uma relação muito próxima à subsunção, e não somente uma relação de não contradição, que prevalece no campo do Direito privado.

Precipualemente, deve a administração pública buscar o bem comum, mediante o firmamento de interesses públicos específicos estabelecidos através de lei. Para tanto, o ordenamento jurídico se presta a conferir poderes-deveres aos agentes públicos, que não conferem a estes a prerrogativa de ação em proveito próprio, exercitando uma atividade não em virtude de seu desejo pessoal, mas como um dever legal de assim o fazer. Com efeito, toda norma que estabeleça uma função de um ente estatal, atribuindo a seus agentes poderes funcionais, indica um fim específico a ser atingido. (BATISTA, 2012, p; 74-75). Constata que “o dever ínsito no exercício da função não se reduz a uma obrigatoriedade de mero cumprimento, mas acarreta, antes de tudo, um dever de bom cumprimento, de melhor satisfação da função” (BATISTA, 2012, p. 75).

Com efeito, assevera o autor que, quando a lei indica uma função, não há que se falar em liberdade ou autodeterminação de finalidades, bem como sequer em autonomia de vontade do agente. O que há é a obrigatoriedade de cumprimento de uma finalidade preestabelecida, submissão da vontade do agente público ao objetivo previamente traçado por lei. (BATISTA, 2012, p. 76).

Nos dias atuais, precisamente após a Emenda Constitucional 19, ao avaliar-se a atuação de qualquer órgão pertencente à administração pública, não há como não passarmos pela análise do princípio da eficiência administrativa, norteador da busca por um modelo de

administração voltado para que a finalidade do ente estatal seja atingida com o menor dispêndio de recursos possíveis, inclusive financeiros.

Os princípios expressam os valores superiores que inspiram um determinado ordenamento jurídico, introduzindo no sistema constitucional a direção das normas e regras, sem tratar da valoração das mesmas. São proposições estruturantes e componentes do ordenamento jurídico. Revestem-se de duas funções principais: *positiva*, influenciando a elaboração de normas e decisões, auxiliando na interpretação e integração das normas inseridas no ordenamento; e *negativa*, rejeitando mandamentos e normas que os contrariem, afastando-as do universo jurídico. (BATISTA, 2012, p. 85-88).

Batista indica que o princípio da eficiência possui raízes não jurídicas, apontando que outras ciências, tais como a econômica e a da administração, se anteciparam na observação do seu significado. Na Ciência Econômica, referencia-o a uma relação técnica entre entradas e saídas, servível ao conceito econômico de eficácia, referente à capacidade de satisfação das necessidades da sociedade através do suprimento de produtos – bens e serviços. Já na esfera da Ciência da Administração, “tem a ver com o fazer corretamente as coisas, com a melhor utilização dos recursos disponíveis, enfim, com a otimização da relação meio/fim”. (BATISTA, 2012, p. 92-93).

Historicamente, Batista indica que o conceito de eficiência para a administração pública surge com o discurso proferido por Getúlio Vargas em 1930, no ato de sua posse como Presidente da República. Naquela oportunidade, asseverou Vargas a necessidade de se buscar a eficiência e a economia no serviço público, propondo, assim, uma reformulação de peso nas atividades da administração pública. Em que pese ter ocorrido um processo de reorganização, que resultou no fortalecimento da administração federal, pouco avanço obtivemos quanto ao emprego do conceito da eficiência no universo jurídico após a Constituição de 1934. Apenas na década de 90, através de legislações esparsas, o conceito de eficiência passou a ser introduzido em nosso ordenamento – destaque para a Lei 8.666/93 (licitações), introdução conceito de economicidade componente do princípio da eficiência; e a Lei 8.967/95 (concessão e permissão de serviços públicos), exigência da eficiência para configuração de um serviço público adequado. (BATISTA, 2012, p. 109-112).

A elevação da eficiência ao patamar de princípio constitucional no ordenamento jurídico pátrio se deu com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998 (EC/19), colocando-o como um dos princípios norteadores da administração pública, ao inseri-lo no *caput* do art. 37 da CR/88:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

Segundo Hely Lopes, o princípio transparece o dever de atuação com rendimento funcional, mediante exercício das atividades com presteza e perfeição, pautadas no atendimento ao princípio da legalidade. Não é suficiente que o Estado aja *secundum legem*, deve, outrora, buscar o resultado satisfatório com rapidez e perfeição, perseguindo o atendimento das necessidades dos interesses coletivos. (MEIRELLES, 2007, p. 96). Em consonância a este preceito, Silva (2008, p. 671) aponta a obtenção da eficiência desde que a administração atenda aos anseios coletivos através do emprego de recursos institucionais, materiais e humanos menos dispendiosos.

Com efeito, Aragão (RT 830/709) assevera que o princípio da eficiência encorpa o princípio da legalidade, incrementando a legalidade meramente abstrata e formal ao determinar a observância, pelo administrador, de uma legalidade finalística e material, em que toda a administração deve estar pautada na concretização efetiva e material da finalidade atribuída pela lei.

Para Batista (2012, p. 256), na verdade, “o princípio da eficiência administrativa é a expressão juridicizada do princípio da boa administração”. Neste sentido, Bandeira de Mello (2008, p. 118) indica que estão intrinsecamente ligados os princípios da legalidade e o da eficiência administrativa, devendo o agente estatal, por conseguinte, buscar a eficiência para agir em consonância com os ditames legais, configurando-se, com efeito, o princípio da eficiência do *bem administrar*.

O autor enfatiza o dever da administração pública em buscar sempre a “solução ótima”. Exige-se do ente estatal a busca pela melhor solução, restando insuficiente perseguir uma solução mediana. Aponta, inclusive, a possibilidade de responsabilização do agente público se restar, no caso concreto, caracterizada a não busca da solução ótima. Deve-se sempre visar à maximização dos resultados almejados, inclusive na margem discricionária conferida pelo legislador. O melhor resultado não é apenas o que implica menor custo financeiro (economia), mas aquele que maximiza o atendimento das necessidades sociais e a persecução do interesse social ou do bem comum. (BATISTA, 2012, p.272-273).

Com efeito, realizando a internalização do princípio da eficiência nos atos exarados pelos agentes públicos pertencentes aos quadros do INPI, tem-se que, a partir do pressuposto de que a propriedade intelectual possui funções social e econômica, quais sejam possibilitar o

progresso e o desenvolvimento econômicos do país, através de geração de riquezas para os inventores e a sociedade como um todo – requisito dos direitos de propriedade industrial, como no capítulo III, a eficiência desses agentes no exercício de suas funções está em promover esse desenvolvimento. O desenvolvimento econômico do país, como será demonstrado, se passa, num primeiro momento, pela aquisição de tecnologia estrangeira, gerando o efeito de acúmulo de conhecimento, uma das características da inovação tecnológica.

7.4 Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica

Considerando a intrínseca relação do presente subtema com a pesquisa proposta, decidimos abordar esse ponto que, ao nosso ver, se mostra fundamental para analisarmos a racionalidade ou legitimidade de o INPI valer-se de um limite fiscal introduzido em nosso ordenamento para “regular” os acordos firmados entre as partes na celebração de contratos de transferência de tecnologia.

Em que pese termos avaliado o instituto da intervenção do Estado na economia, é importante revisitarmos nesse momento tal tema, com o foco específico da utilização de normas tributárias para tal fim, bem como para avaliarmos a situação descrita no parágrafo anterior.

Para tanto, nos valeremos dos ensinamentos de Schoueri (2005), autor de obra que detém o título do tema que será aqui abordado. Para o autor, domínio econômico consiste no desenvolvimento de atividades econômicas por particulares, mediante regulação e normatização do setor público, através do exercício das funções de planejamento, incentivo e fiscalização e, de forma excepcional (com o advento da Ordem Econômica de 1988), com atuação direta do Estado.

Com efeito, afirma que a intervenção estatal na seara econômica dá-se de dois modos: *direto* – intervindo no domínio econômico, ou *indireto* – intervenção sobre o domínio econômico. Neste sentido, importa-nos avaliar de forma mais detalhada a intervenção do Estado de forma indireta (sobre o domínio econômico), a qual, segundo Schoueri operacionaliza-se através de: (i) direção, modalidade que se mostra mais adequada nas hipóteses em que o Estado busca a caracterização de ilícitos, determinado à coletividade a adoção ou não de determinados comportamentos. Assim, possibilitam atingir-se resultados e efeitos práticos de forma mais célere, e (ii) indução, que a seu turno possui conotação de

“escolha” pelos agentes de mercado, na medida em que “o destinatário da norma pode decidir pela conveniência, ou não, do ato visado” (SCHOUERI, 2005, p. 103).

Neste sentido, afirma a relevância das normas tributárias indutoras como uma das hipóteses de intervenção do Estado sobre o domínio econômico, assumindo relevância para a concretização da Ordem Econômica instituída pela Constituição da República de 1988. Ao intervir sobre o domínio econômico através de normas tributárias, adota o Estado postura que denota a intenção de “fugir das amarras impostas pelos direitos individuais (propriedade, proteção à livre iniciativa etc.)” (SCHOUERI, 2005, p. 228). Sustenta extrapolarem as normas tributárias indutoras a seara do Direito Tributário, passando a pertencerem ao que denomina Direito Administrativo Econômico.

Considerando-se que a intervenção estatal sobre o domínio é ato que por vezes ocorre não apenas por meios objetivos, aventa-se a possibilidade de aplicação da discricionariedade do administrador na aplicação também de regras tributárias, como regras indutoras de comportamento de agentes econômicos. Apontando discussão doutrinária acerca da constitucionalidade, Schoueri discute a possibilidade de utilização, pelos entes e administradores de órgãos do Poder Executivo, de instrumentos tributários para implementar políticas – ex.: concessão de incentivos fiscais. O mesmo autor indica que o legislador constituinte, avertendo tal hipótese, tratou de limitar a extensão dessa discricionariedade do Executivo frente a matérias tributárias. Assim, mitigou o princípio da legalidade em face à aplicação de normas tributárias indutoras, condicionando tal discricionariedade aos limites preconizados em lei – finalidades e funções dos órgãos do Executivo. Cita como exemplo a liberdade do Executivo em fixar alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguros, Títulos e Valores Imobiliários (IOF), podendo, inclusive, considerando a não rara urgência e relevância de intervenção estatal sobre o domínio econômico, através da adoção de normas tributárias indutoras, alterar as alíquotas de impostos mediante a instituição de medidas provisórias. (SCHOUERI, 2005, p. 261-265).

Mesmo em sede de atuação da discricionariedade, deve o ato ou ação do Executivo estar pautado em lei, sob pena de consistir afronta à segurança jurídica intrínseca aos atos da Administração Pública.

Schoueri observa que, de maneira geral, a implementação de normas tributárias indutoras reflete não apenas a relação entre contribuinte (pagador) e fisco (arrecadador), sendo comum o condicionamento de concessões de benefícios fiscais ao cumprimento de certos requisitos, os quais não necessariamente devem ser cumpridos perante o próprio fisco.

Desta forma, “constatam-se ocasiões em que um Ato da Administração (aprovação ou não de um programa) será relevante para a produção de consequências tributárias.” (SCHOUERI, 2005, p. 267).

Parece-nos ser a necessidade de submeter a registro perante o INPI um contrato de transferência de tecnologia, para que possa-se gozar da faculdade de deduzir do imposto de renda a ser apurado parte da quantia empregada na aquisição de uma tecnologia uma dessas hipóteses aventadas pelo autor.

Apontamos que as leis que “baseiam” a atuação do INPI, indicando suas finalidades e funções, são a Lei 5.648/70 e a Lei 9.279/96. Aquela, como instituidora do órgão, e esta, como indicadora expressa de atos que devem ser realizados perante o órgão. Para o objeto da presente pesquisa, importa-nos especificamente dois artigos da Lei 9.279/96: o artigo 211, que indica que “o INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros” e o artigo 240, que alterou o artigo 2º da Lei 5.648/70, suprimindo o seu parágrafo único e assim retirando do INPI a possibilidade de atuar com discricionariedade em face às condições negociadas entre as partes, com base na disposição legal que lhe conferia, até 1996, a finalidade de adotar medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes. Restou ao INPI a finalidade de executar, com vista em sua função social, econômica, jurídica e técnica, as normas que regulam a propriedade industrial no Brasil, podendo pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncias, de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

Finalizando o presente capítulo, diante da constatação indicada, e antes de partirmos para as conclusões finais do presente estudo, fazem-se necessários dois apontamentos: (i) a finalidade legal do INPI, como posta com o advento da Lei 9.279/96, infere-se sob a propriedade industrial. Como apontamos no capítulo 06, a presente pesquisa tem como objeto não os acordo ou contratos de licença e cessões de direitos de propriedade industrial, e sim o “*know-how*” - conhecimento técnico envolvido em tecnologias não patenteáveis e (ii) a possibilidade de análise da conveniência do INPI foi limitada às hipóteses em que o estado brasileiro participe de negociações de instrumentos internacionais que versem sobre a propriedade industrial – ex.: TRIPs, e não para realizar análise de conveniência acerca de disposições contratuais firmadas entre particulares quando da celebração de contratos de transferência de tecnologias.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando o panorama econômico mundial, fundamentalmente sob a perspectiva dos países industrialmente desenvolvidos, infere-se que o Brasil necessita evoluir no processo de emparelhamento tecnológico face a esta categoria de países. Não se encontra justificativa para que uma economia que ocupa a sétima posição no cenário econômico mundial fique tão aquém quando se trata de inovação tecnológica.

Os dados apontados no presente trabalho demonstram que a economia nacional permanece sustentada na exportação de *commodities*, cuja matriz é composta em cerca de 48% por produtos primários, *in natura*. Ilustrou-se a relevância deste fato comparado à participação destes produtos no comércio mundial - 26%, média bastante inferior ao percentual nacional. Fato preocupante é o de que, a partir da primeira década do terceiro milênio, a representatividade de produtos com baixa intensidade tecnológica em nossa economia vem aumentando, e, em 2005, passamos a deter cerca de 5% da exportação mundial total de *commodities*, elevando a composição destes produtos na economia nacional para 51%.

Números extraídos da WIPO e INPI demonstram que o Brasil produz pouca inovação. Em 2012 enquanto a média mundial de crescimento no número de pedidos (depósitos) foi de 9,2%, registramos uma média de 5%. Além de não haver um crescimento significativo no depósito de patentes no Brasil, há de se considerar que cerca de 50% dos pedidos realizados no INPI foram realizados por três países estrangeiros (não residentes) – Estados Unidos, Japão e Alemanha. Como exposto, não se constata um aumento progressivo e linear na busca por proteção de novas tecnologias através de patentes (tanto de invenção quanto de modelos de utilidade). Pode ser apontada uma das principais razões para tal o prazo médio de espera da análise de mérito dos pedidos em nosso atual cenário, de 11 (onze) anos, entre o depósito e conclusão da análise pelos técnicos do INPI.

Aliado a esse fato, identificamos a baixíssima destinação dos recursos públicos do Estado para a realização de atividades de Pesquisa & Desenvolvimento (1,5% do PIB), aliada à ínfima participação do setor privado na produção de P&D, que gira em torno de 0,4% do valor investido pelo Estado, o que comprova a hipótese de que os particulares . Corroborando a ideia da baixa destinação de recursos públicos para tal fim, indicamos que o Brasil investe menos que a metade do que os Estados Unidos da América destinam a atividades que resultem em inovação tecnológica.

Reconhece-se que tem se buscado uma maior aproximação entre os setores público e privado, com a promulgação, por exemplo, da Lei 10.973, de 02 de dezembro de 2004, com o objeto específico de tutelar incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Essa legislação institui as agências de fomento (órgãos de natureza pública ou privada que tenha entre os seus objetivos o financiamento de ações que visem a estimular e promover o desenvolvimento da ciência, da tecnologia e da inovação) e ICTs – Instituições Científicas e Tecnológicas da Administração Pública – que possuem a missão institucional de, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico. Contudo, como demonstrado ao longo do trabalho, pode-se inferir que as políticas públicas que vêm sendo adotadas para impulsionar e estimular os agentes econômicos a desenvolver atividades de inovação não estão tendo o sucesso necessário para efetivamente alterar-se a característica econômica nacional, preponderantemente fundada na exportação de commodities.

A propriedade industrial é, inequivocamente, um dos meios para se atingir desenvolvimento tecnológico. Não se buscou no presente estudo uma análise acerca da discussão sobre o fato de que, para países em desenvolvimento, maior nível de proteção aos direitos de PI não reflete necessariamente maior desenvolvimento econômico, investimentos e inovações tecnológicas. O que se buscou foi apontar que a aquisição de conhecimento técnico (“*know-how*”), que nem constitui hipótese de proteção através da propriedade industrial, é elemento fundamental para o emparelhamento tecnológico por países em desenvolvimento frente a países tecnologicamente industrializados e desenvolvidos.

Como demonstrado na pesquisa, papel fundamental no processo de desenvolvimento tecnológico e econômico tem a inovação tecnológica, a qual apenas é possível a partir da criação de novas tecnologias e aprimoramento de tecnologias já existentes. Neste sentido, surge a necessidade de que países em desenvolvimento possam ter acesso a tais tecnologias, surgindo assim a transferência de tecnologia, em sentido estrito, como uma das principais ferramentas de acesso ao conhecimento.

Neste sentido, entendemos que a adoção de um modelo que estimule a aquisição de tecnologia estrangeira (ao exemplo do modelo de amadurecimento industrial vivenciado pela Coreia do Sul) consubstancia um caminho mais “curto” para almejarmos o processo de “catching-up” necessário ao emparelhamento tecnológico face aos países desenvolvidos.

Entretanto, nota-se uma estagnação na submissão de contratos que envolvam efetiva aquisição de conhecimento à registro no INPI. No período compreendido entre o ano 2000 a 2012, foram averbados cerca de 1.685 contratos por ano, com uma média de 52% que

envolvessem possibilidade de transferência de conhecimento técnico (serviços de assistência técnica), e uma baixa média - cerca de 10%, de contratos que efetivamente envolvessem fornecimento de tecnologia.

Traçando a evolução legislativa acerca da transferência de tecnologia, observa-se que com o advento da Lei de Propriedade Industrial, em 1996, o legislador optou explicitamente por abandonar o modelo protecionista vigente desde a década de 70, em sintonia com os ditames da Ordem Econômica de 1988, refletida pela abertura econômica experimentada a partir da década de 90.

Com efeito, no texto da Lei 9.279/96 (artigo 240), revogou o Parágrafo Único do artigo 2º da Lei 5.648/70 (criadora do INPI), retirando do órgão a finalidade de “adotar medidas capazes e acelerar e *regular* a transferência de tecnologia”. Assim, determinou ao INPI a função de avaliar o preenchimento dos requisitos formais inerentes aos instrumentos contratuais submetidos à registro, para então emitir os Certificados às partes, necessários à geração dos efeitos intrínsecos ao registro: oponibilidade perante terceiros, remessa de capital ao exterior e dedutibilidade fiscal. Quanto a este último, como demonstrado, sua atuação deve se restringir a informar às partes o limite legal de dedução fiscal inerente à respectiva atividade industrial, conforme os índices instituídos pela Portaria n. 436/58 do Ministério da Fazenda.

Ocorre que, da análise dos julgados colacionados no estudo, infere-se que o INPI continua a intervir na relação entre os particulares quando da formalização de transações que tenham como objeto a aquisição de tecnologia. Conclui-se, desta forma, pela existência de uma grande insegurança jurídica quanto à legitimidade do INPI para intervir sobre a transferência de tecnologia. Pode o INPI valer-se da legislação tributária para limitar o preço fixado entre as partes? Tem o INPI a função social de regular a aquisição de tecnologia estrangeira com vistas a proteger a economia nacional?

Não olvidamos que nosso ordenamento indica a possibilidade de um ente do poder executivo estatal “regular” o desenvolvimento de atividades econômicas, com fulcro no instituto da intervenção estatal. Contudo, deve-se contrapor tal intervenção ao preceitos básicos do princípio da Legalidade, pena de adentrarmos num cenário de total incerteza e insegurança jurídica.

Admitimos ainda certa “mitigação” ao princípio da Legalidade na seara do Direito Econômico, como trabalhado no capítulo 7 da pesquisa, mas consideramos que permanece válida a exigência de que a atuação estatal tenha base em lei. Não exigisse que os entes estatais se atenham a normas que disciplinem em minúcias os atos da intervenção, mas sim que

não podem se furtar de observar e cumprir as metas e os limites conferidos à autoridade delegada através de Lei. Assim, tem-se que a intervenção na seara particular se faz “na forma da lei”, o que significa dizer não ser necessário que cada intervenção concreta se dê por lei; importa, outrossim, que lei discipline a forma como a intervenção se dará.

Assim, parece-nos indiscutível não deter mais o INPI, após a promulgação da Lei 9.279/96, a competência necessária para imiscuir-se no pactuado licitamente entre os agentes econômicos. A contração, desde que não realizada sob objeto ilícito, é ato primaz da liberdade individual.

Nesse contexto, entendemos que não tem o INPI a função de estimular o desenvolvimento tecnológico nacional. Consiste sim em um órgão da Administração Pública que exerce papel auxiliar nesta função estatal, na medida em que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica. Com efeito, parece-nos que o INPI deve ater-se à análise meritória apenas às hipóteses de concessão de direitos de propriedade industrial propriamente ditos, não devendo importar-se com a forma com que um titular desse direito irá gozar ou dispor deste.

Em que pese a ausência de respaldo legal, depreende-se que o INPI entende permanecer autorizado, ou melhor, obrigado – sob o argumento de cumprimento de sua função social; a regular os contratos de transferência de tecnologia. Como demonstrado, calca-se em aspectos exclusivamente cambiais, fiscais e anticoncorrenciais, para limitar a liberdade individual dos contratantes. Referido comportamento seria compreensível se não tivéssemos em nosso ordenamento órgão específicos para regular cada um destes aspectos, dotados de competência plena para tanto, estabelecida através de Lei - Banco Central, Receita Federal do Brasil e CADE.

Com efeito, refutamos o entendimento de parte da doutrina que defende persistir, na forma da legislação tributária e cambial, as competências delegadas ao INPI de atuar como assessor, *ex-ante*, da Receita Federal e do Banco Central na análise das questões atinentes àquelas autoridades, relativas aos contratos que importem em transferência de tecnologia. Entendemos, ao contrário, que considerando-se a natureza do INPI e os ditames legais vigentes acerca da transferência de tecnologia, deve o órgão agir de forma a encorajar a aquisição de tecnologia estrangeira por empresas nacionais – acesso a tecnologias já prontas e testadas; mitigação riscos e custos inerentes ao processo de inovação tecnológica.

Apesar das limitações metodológicas da presente pesquisa, decorrentes da inexistência de vasta doutrina específica sobre o tema, da não exaustiva pesquisa bibliográfica dos institutos adotados para a exposição e dos poucos julgados que tratem de forma específica a legitimidade da intervenção do INPI nos contratos de transferência de tecnologia, torna-se evidente que ainda tratamos o tema “transferência de tecnologia” com grande disparidade face aos sistemas Comunitário Europeu e Estadunidense. Estes, guardadas algumas especificidades, tem como premissa o entendimento de fundamental relevância do intercâmbio tecnológico para almejar-se desenvolvimento econômico.

Neste sentido, tratam a transação de tecnologia entre agentes econômicos sob um viés estritamente concorrencial. Ou seja, desde que não apresente risco à manutenção das condições concorrenciais nos respectivos mercados dos contratantes (com estabelecimento de parâmetros objetivos e indicação de condições alertadoras), tais Estados não inferem, de nenhuma maneira, nas condições contratuais entabuladas pelos particulares.

Com base nas reflexões acima apontadas, percebemos que a manutenção da postura intervencionista do INPI nas condições contratuais negociadas entre as partes nos contratos de transferência de tecnologia é também um elemento que não favorece o desenvolvimento tecnológico e econômico da economia nacional. A atuação do INPI, limitando os interesses das partes, consubstancia possível ofensa ao princípio da Legalidade e usurpação da competência tributária da Receita Federal do Brasil, resultando na instauração de total insegurança jurídica sobre o tema e desestímulo para as partes interessadas em contratar tecnologias estrangeiras.

Outrossim, pontuamos que para a transferência de tecnologia sirva de efetivo instrumento para o cumprimento dos preceitos da Ordem Econômica instituída em 1988, deve o Brasil, num primeiro momento, incentivar o licenciamento de tecnologias inovadoras e aptas ao emprego industrial. Julgamos, entretanto, que tal postura política deve ser cumulada com uma política de ancoramento dessas tecnologias nos setores domésticos de nossa economia, para que possa assim surtir os efeitos desejáveis de acumulação do conhecimento, aprendizado e aperfeiçoamento, processo necessário à consecução do desenvolvimento tecnológico e econômico nacional.

A pesquisa de cunho interdisciplinar permitiu uma análise mais ampla e refinada quanto ao objeto proposto. As delimitações e opções realizadas em função das hipóteses e objetivos de estudo desenharam o caminho da pesquisa, mas também sinalizaram que, em virtude da relevância e complexidade da interface entre Direito e Economia, a temática está

longe de ser exaurida, sobrevivendo vastíssimo campo para pesquisas acerca dos impactos econômicos da intervenção estatal na economia e até mesmo acerca dos Limites de Atuação do INPI no Registro dos Contratos de Transferência de Tecnologia.

REFERÊNCIAS

- ABBOTT, Frederick M. The WTO Trips Agreement and the global economic development. *Chicago-Kent Law Review*, v. 72, n.2, 1996.
- ABRAMOTIZ, Moses; DAVID, Paul A. Convergence and deffered catch-up: Productivity leadership and the waning of American exceptionalism. In: LANDAU, TAYLOR, WRIGHT (orgs). *The Mosaic of Economic Growth*. Stanford: Stanford University Press, 1996, p. 21.
- ABRAMOVITZ, Moses. *O Crescimento Económico* (trad. Portuguesa por Renato Casquilho de Thinking About Growth, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1989). Europamérica, Lisboa, 1992.
- ABRAMOVITZ, M. Resource and output trends in the United States Since 1870. *American Economic Review*, v. 46, p. 5-23, 1956.
- ALBERTHANY, William; UTTERBACK, James M. Patterns of industrial innovation. *Technology review*, junho/julho 1978, p. 1-48.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- ANDERSEN, Brigitte; HOWELLS, Jeremy. *Calson Analytics Intellectual Property Guide*. Disponível em: www.calson.com.au/ipguide12.htm. Acesso em: 03/11/2013.
- ANTUNES, Jose Manuel de Oliveira. *Relações Internacionais e Transferência de Tecnologia*. Coimbra; Livraria Almedina, 1993.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Princípio da eficiência*. RT 830/709. São Paulo: Ed. RT.
- ARIÑO ORTIZ. *Economía y Estado: crisis y reforma del sector publico*. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- ARISTOTELES. *Política*. Madrid: Aguilar, 1977.
- ARRUDA, Mauro Fernandes Maria. A recente orientação do INPI sobre transferência de tecnologia. In: *Anais do IV Seminário Nacional da Propriedade Industrial da ABPI*. Rio de Janeiro: ABPI, 1984. p. 221-236.
- ARRUDA, M.; VELMULM, R.; HOLLANDA, S. *Inovação tecnológica no Brasil: a indústria em busca da competitividade global*. São Paulo: ANPEI, 2006.
- ASSAFIM, Marcelo Lima de. *A transferência de tecnologia no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

AUREA, Adriana Pacheco; GALVÃO, Antonio Carlos F. *Importação de tecnologia, acesso às inovações e desenvolvimento regional: o quadro recente no Brasil*. TD 616, IPEA. Dezembro de 1998. ISSN 1415-4765. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0616.pdf.

BANCO MUNDIAL. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/04/30/ranking-do-banco-mundial-traz-brasil-como-a-7-maior-economia-do-mundo.htm>. Acesso em: 30.06.2014

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discrecionariade e controle judicial*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARBOSA, Denis. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Denis. A tributação da propriedade industrial e do comércio de tecnologia. *Revista dos Tribunais e INPI*, São Paulo, 1984.

BARBOSA, Denis. *Propriedade intelectual: direitos autorais, direitos conexos, software*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luis Otavio. Direito de Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luis Otavio. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Boiteux: Florianópolis, 2007.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional de Eficiência Administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAWA, Rafik. The North-South debate over the protection of intellectual property. *Dalhousie Journal of Legal Studies*, v. 6, 1997.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of moral and legislation*. New York: Hafner, 1948.

BLOOMBERG. Disponível em: http://images.businessweek.com/bloomberg/pdfs/most_innovative_countries_2014_011714.pdf

BRANCHER, Paulo. *Direito da concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso do poder*. São Paulo: Ed. Singular, 2010.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARVALHO, C. E. Neves. Contrato de know-how (fornecimento de tecnologia). *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro: ABPI, n. 128, P. 30 – 43, jan./fev. 2014.

CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 124, mai/jun 2013

- CASTRO, Almir de. *Direito Internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1995.
- CAVALCANTE, Luiz Ricardo; DE NEGRI, Fernanda. *Trajetória Recente dos Indicadores de Inovação no Brasil*. TD 1659, IPEA. Setembro de 2011. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=10331.
- CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da propriedade industrial. *Revista dos Tribunais*. v. 1 e 2. São Paulo, 1982.
- CIMOLI, Mario; DOSI, Giovanni; NELSON, Richard; STIGLITZ, Joseph. Instituições e Políticas Moldando o Desenvolvimento Industrial: uma noção introdutória. Rio de Janeiro: *Revista brasileira de Inovação*, 6(1), janeiro/junho 2007.
- COASE, Ronald H. The problem of the social cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3. Oct. 1960.
- COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago: The university of Chicago Press, 1998.
- COMPARATO, Fabio Konder. A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 79, v. 283, p. 423-430, jul./set. 1983.
- CORREA, Carlos M. *Can TRIPs Agreement foster technology transfer to develop countries?*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- CORREA, José Antonio B.L. Faria. Considerações sobre o tratamento do segredo de negócio – os efeitos da nova Lei de Propriedade Industrial. *Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro, n. 27, p. 31-38, mar-abr. 1997.
- COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo* n.º 237, Rio de Janeiro, jul./set. 2004.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Anotações ao código tributário nacional*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DELMANTO, Celso. *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo: José Bushatsky/Universidade de São Paulo, 1975.
- DI PIETRO, Maria Silva Zanelo. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1994.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos Contratos*. 4. ed. ampliada e atualizada de acordo como o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3-43.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DOSI, Giovanni. *Mudança técnica e transformação industrial: a teoria e uma aplicação à indústria dos semicondutores*. Tradução Carlos D. Szlac. Campinas: Ed. Unicamp, 2006.

- DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Editora Heliasta, 1975.
- EPICURO. *Carta sobre a felicidade* (A Meneceu). Trad. de Alvaro Lorencini e Enzo del Carratore. São Paulo: Ed. UNESP, 1997.
- FARJAT, Gerard. *Droit économique*. Paris: PUF, 1982.
- FEKETE, E. K. *O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FIUZA, Cesar. *Direito Civil*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FLORIDA, Richard. *The new industrial revolution*. *Futures*, Oxford, Butterworth-Heinemann. V. 23, n. 6, jul/aug. 1991.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FONSECA, Yuri Ikeda. *O reconhecimento histórico dos direitos do autor e sua proteção internacional*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10579. Acesso em: 27.01.2014
- FOSTER, Sheila; BONILLA, Daniel. The Social Function of Property: A Comparative Law Perspective (November 15, 2011). *Fordham Law Review*, Vol. 80, p. 101, 2011; Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 1960022. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1960022>.
- FRANCO, Karin Klemp. *A Regulação da contratação internacional de transferência de tecnologia – perspectiva do direito de propriedade industrial, das normas cambiais e tributárias e do direito concorrencial*. Tese de doutoramento não publicada. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2010.
- FREEMAN, Christopher. *The economics of industrial innovation*. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 1986.
- FRÓES, Carlos H. C. Contratos de tecnologia. *Revista Forense*, São Paulo, 1796, v. 72, n. 253, p. 123.
- GALLINI, Nancy. Competition Policy, Patent Pools and Copyright Collectives (December 31, 2011). *Review of Economic Research on Copyright Issues*, Vol. 8, No. 2, pp. 3-34, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2024560>.
- GEIGER, Christophe. *The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics can Influence the Shape and Use of IP Law* (March 4, 2013). G.B. Dinwoodie (ed.), 'Intellectual Property Law: Methods and Perspectives', Cheltenham, UK/Northampton, MA, Edward Elgar, (2014, Forthcoming); Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 13-06. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2228067>.

GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E. *Antitrust Law and Economics*. 4. ed., West Publ., St. Paul, 1994.

GLOBAL Innovation Index 2013. Disponível em:
<http://www.globalinnovationindex.org/content.aspx?page=gii-full-report-2013#pdfopener>

GOMES, José Joaquim Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

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

HADDAD, Marcelo Mansur. Aspectos fundamentais dos contratos no comércio internacional. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Direito do Comércio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras/Lex, 2004.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Novo Aurélio século XXI, 1999.

HOMERE, Jean Raymond. Intellectual property rights can help stimulate the economic development of least developed countries. *Columbia Journal of Law & the Arts*, v. 27, n. 2, 2004.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Policy after Chicago. *Mich. Law Review*, vol. 84, 1985, p. 213.

HUGENHOLTZ, P. Bernt. *The great copyright robbery*. Rights allocation in a digital environment. Institute for information Law. University of Amsterdam, Conference, NYU School of Law. March 31, 2000.

ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributário*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

IDS. Instituto Dannemann Siemsen de Estudos da Propriedade Intelectual. *Comentários à Lei da Propriedade Intelectual*. Edição revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

INPI. Disponível em: [WWW.inpi.gov.br](http://www.inpi.gov.br), Acesso em: 06/07/2014).

INPI. Índice incidente em cada grupo de setores/tecnológicos. Disponível em:
<http://www.inpi.gov.br/images/stories/Portaria436.pdf>

INPI. Disponível em:
http://www.cade.gov.br/upload/Acorco%20de%20Coopera%C3%A7%C3%A3o%20CADE_SDE_INPI.pdf).

INPI – Diretoria de Contratos, Indicações Geográficas e Registros – DICIG. Atualização: Junho 2013. Disponível em:
http://www.inpi.gov.br/images/docs/dicig_contratos_estat_portal_ago_13_tabela_5.pdf).

- IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2513:catid=28&Itemid=23. Acesso em: 30.06.2014).
- KATZ, Jorge. *Importación de tecnología, aprendizaje e industrialización dependiente*. México: Fondo de Cultura Económica, 1976.
- KAUFER, Erich. *The Economics of the patent system*. Harwood Academic Publ., 1989.
- KIM, Linsu. Da imitação à inovação: a dinâmica do aprendizado tecnológico da Coreia. Tradutor: Maria Paula G. D. Rocha. *Coleção Clássicos da Inovação*. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2005.
- KRATTENMARKER, Thomas G.; SALOP, Steven C. *Anticompetitive exclusion: raising rivals costs to achieve market power*, Yale L. J., vo. 96, n. ° 2, 1986, p. 209.
- KUZNETS, S. *Six Lectures on Economic Growth*. Glencoe, NY: The Free Press, 1959.
- LABRUNIE, Jacques. A proteção ao segredo de negócio. In: SIMÃO FILHO, Adalberto;
- LUCCA, Newton de (Coords). *Direito Empresarial Contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p.86-105.
- LANDAU, Ralph; TAYLOR, Timothy, WRIGHT Gavin (orgs). *The Mosaic of economic growth*. Stanford: Stanford University Press, 1996.
- LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Direito, desenvolvimento econômico e a propriedade intelectual*. São Paulo: Editorama, 2010.
- LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Propriedade intelectual – uma abordagem pela análise econômica do direito*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2010.
- LEHMAN, Michael. *The theory of property rights and the protection of intellectual and industry property*. IIC, vol. 16, 1985, p. 525.
- LEONARDOS, Gabriel Francisco. *Tributação da transferência de tecnologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LOPES, José Reinaldo. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MANSFIELD, E. *R&D and innovation*. in ZVI Griliches, ed., *R&D Patents, and productivity*. Chicago: University of Chicago Press, 1984, p. 142-3.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- MASKUS, Keith E. Using the international trading system to foster technology transfer for economic development. *Michigan State Law Review*, n. 1, p. 219-241, 2005.
- MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, practice and police*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MCCARTHY, J. Thomas; SCHECHTER, Roger E.; FRANKLYN, David J. McCarthys's Desk Encyclopedia of Intellectual Property. Third edition. Washington, D.C: BNA Books – The Bureau of National Affairs, August 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1997.

MELO, Roberto Correa de. *Direitos Autorais*. Consultor Jurídico/BR. Entrevista. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 29.05.2013.

MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. São Paulo: Iluminuras, 2000.

MILLER, Arthur R.; DAVIS, Michael H. *Intellectual property – patents, trademarks, and copyrights*. West. Publ., St. Paul, Minnesota, 1990.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 1966.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 17. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1982.

MOREIRA, Vital. *Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

MOURA e SILVA, Miguel. *Inovação, Transferência de tecnologia e concorrência: estudo comparado no direito da concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2003.

MOWERY, David C.; ROSENBERG, Nathan. *Trajetórias da Inovação: a mudança tecnológica nos Estados Unidos da América no século XX*. Tradutor: Marcelo Knobel. *Coleção Clássicos da Inovação*. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2005.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

NGUYEN, T.T. *The CFI's Ruling in Microsoft v. Commission*. IIC, vol. 39 5/1002, 1998, p. 558 – 586.

O GLOBO. Jornal. Entrevista com o Ministro da Ciência e Tecnologia Marco Antonio Raupp, 27/01/2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 2.ed. São Paulo; RT, 2008.

OMC. *Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio*, 1994. Disponível em http://www2.mre.gov.br/dai/m_313_1948.htm. Acesso em: 04.12.2013.

OMC. *Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual*, 1994. Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br>. Acesso em: 04.12.2013

PARDO, Damaso A. Patentes: monopolios o derechos de propiedad intelectual. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, v. 52, n. 3, 1992.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PINHEIRO, Armando Castelas; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e mercados*. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2005.

PLANT, Arnold. The economic theory concerning patents for inventions. *Economica*, vol. 1, 1934, p. 31.

PORTAL DAS INDÚSTRIAS. Disponível em:

<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2014/04/1,35905/brasil-ocupa-penultima-posicao-em-ranking-de-patentes-validas.html>. Acesso em: 30.06.2014).

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of law*. 5th ed. Boston: Little, Brown and Company, 1998, 802 p.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio internacional e protecionismo: as barreiras técnicas da OMC*. São Paulo: Ed. Aduaneiras, 2003.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert. *Revista de Direito da Concorrência*, nº 06, abr. a jun./2005 – Notas Introdutórias sobre o princípio da livre concorrência.

REALE, Miguel. Constituição e economia. *O Estado de S. Paulo*, edição 24.01.1989.

REALE, Miguel. Inconstitucionalidade de congelamentos. *Folha de S. Paulo*, edição de 19.10.1988.

RICOLFI, Marco. Is there an antitrust antidote against IP overprotection within TRIPs? *Marquette Intellectual Property Law Review*, v. 10, n.2, 2006.

RISCH, Michael. Why do we have trade secrets? *Marquette Intellectual Property Law Review*, v. 11, n. 1, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos internacionais*. 3. ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 5: Direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIK, Dani. Industrial Policy for the twenty-first century. September 2004. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/fs/drodrik/Research%20papers/UNIDOSep.pdf>. Último Acesso em 09/07/2014.

ROMER, Paul M. *Endogenous technological change*. The Journal of Political Economy. Chicago, v.98, n.5, p.S71-S102, Oct. 1990.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Manual de direito financeiro & direito tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROSENBERG, N. *Technology and American economic growth*, New York: Harper Torchbooks, 1972.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

SABBAG, Maristela Miglioli. *RT*. Competência tributária. São Paulo, jun. 1996, v. 728.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros. 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As estruturas*. São Paulo: Malheiros. 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função social do contrato: primeiras anotações*; RT 823/67. São Paulo: Ed. RT. 1998.

SCHERER, F.M.; ROSS. *Industrial market structure and economic performance*, 3. ed. Houghton Hifflin Co., Boston, 1990.

SHAPIRO, Robert J.; HASSET, Kevin A. *The economic value of intellectual property*. USA for Innovation. October 2005. Disponível em: http://www.usaforinnovation.org/news/ip_master.pdf.

SCHNAARS, Steven P. *Managing imitation strategy: how later entrants seize markets from pioneers*. New York: Free Press, 1994, p. 5-14.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHROEDER, Jeanne L. *Unnatural Rights: Hegel and Intellectual Property* (March 1, 2004). Cardozo Law, Legal Studies Research Paper No. 80. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=518182> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.518182>.

SCHUMPETER, J. *The theory of economic development*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1934.

SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Tradução Maria Silvia Possas. São Paulo: Abril

SELL, Susan K. Intellectual Property as a trade issue: from the Paris Convention to GATT. *Legal Studies Forum*, v.13, n.4, 1989.

SEBRAE. Agência Sebrae de Notícias do Estado de Goiás. Disponível em: <http://www.uece.br/incubauece/index.php/noticias/14-lista-de-noticias/231-investimento-do-brasil-em-pesquisa-e-1545-menor-do-que-nos-eua>).

SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/inovacao/ciencia-tecnologia-e-inovacao-no-brasil/investimento-em-pesquisa-e-desenvolvimento-no-brasil-e-em-outros-paises-o-setor-privado.aspx>).

SENAC. Disponível em: <http://www.senac.br/BTS/282/boltec282d.htm>

SILBEY, Jessica. The mythical beginnings of intellectual property. *George Mason Law Review*, v. 15, n. 2, 2008.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, R. L. *et al.* (Org). *Desenvolvimento e Mercado na Sociedade Globalizada*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, vol. 1. 174p.

SILVA, R.L.; SANTOS, K. F. C. Direitos humanos e desenvolvimento: fundamentos e história. In: MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes (Org.). *Direito internacional em expansão*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, v. IV, p. 351-360.

SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Trad. Luiz João Baraúna, São Paulo: Abril Cultural, 1a ed., 1983.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Comentários a Lei de Patentes, marcas e direitos conexos*. São Paulo: RT, 1997.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Comentários ao Código da Propriedade Industrial*. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1981.

SOLOW, Robert M. A Contribution oh the Theory of Economic Growth. *The Quarterly Journal of Economics*. Cambridge, v. 70, n.1, p.65-94, Feb. 1956.

SOLOW, Robert M. Perspectives on Growth Theory. *The Journal of Economics Perspectives*, Pittsburgh, v. 8, n. 1, p. 45-54, Winter 1994.

SOLOW. R.M . Technical change and the aggregate production function. *Review of economics and statistics*, v. 39, p. 312-20, 1957.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*, 4. ed., São Paulo: LTr, 1999.

SWEEZY, Paul M. *The Review of Economic Statistics*. Cambridge, v. 25, n.1, p.93-96, Feb. 1943.

- TEIXEIRA, Francisco L. C. Desenvolvimento Industrial e Tecnologia: revisão da literatura e uma proposta de abordagem. *Cadernos EBAPE. BR (FGV)*, Rio de Janeiro, 2005.
- TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- UNCTAD. Disponível em: [HTTP://stdev.unctad.org/conpendium/themes/coc.html](http://stdev.unctad.org/conpendium/themes/coc.html) - Acesso em: 07.07.2014.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- VERA, Flávia Santini. A análise econômica da propriedade. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *A Constituição Brasileira*. São Paulo: Forense Universitária, 1988.
- VIEGAS, Juliana L.B. Aspectos legais de contratação na área da propriedade industrial. In: *Contratos de propriedade industrial e novas tecnologias. Série GV Law*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.
- VIEGAS, Juliana L.B. Contratos de Fornecimento de Tecnologia. In: DOS SANTOS, Manoel J. P.; JABUR, Wilson P (Coords.). *Contratos de Propriedade Industrial e Novas Tecnologias. Série GV Law*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.
- WALD, Arnaldo. O princípio fundamental da segurança jurídica. In: *Princípios Constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora, 2005.
- WALDMAN, Ricardo Libel. *O sobreprincípio da função social do contrato: da filosofia à dogmática jurídica*. RDC 59/127. São Paulo: Ed. RT.
- WIPO-Administered Treaties. Disponível em: http://www.wipo.int/treaties/en/ip/trtdocs_wo020.html
- XAVIER, Alberto. Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- ZUCOLOTO, G. *Propriedade Intelectual, Origem de Capital e Desenvolvimento tecnológico: a experiência brasileira*. TD 1475, IPEA. Março de 2013.