

PATENTES ESSENCIAIS E INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Maitê Cecilia Fabbri Moro¹

Profundas mudanças têm sido sentidas nas últimas décadas nas relações sociais, culturais, econômicas e jurídicas com o fenômeno da globalização, a internet e as novas tecnologias. Vivemos atualmente em uma sociedade da informação, que valoriza e tem na informação sua matéria prima, que por meio das novas tecnologias, se alastra, conecta e converge com enorme agilidade, provocando grandes reorganizações, transformações e mudanças sociais. Nesse contexto, não se concebe mais um cidadão sem acesso à internet. A internet é meio necessário para acessarmos o mundo e podermos nos comunicar, nos informar, participar da sociedade e para o próprio exercício da cidadania.

A internet tomou conta de nossas vidas e já estamos quase que sendo “engolidos” pela tecnologia por meio da inteligência artificial. Você vai a um restaurante e precisa acessar o QRcode para ver o cardápio; você pede e paga taxi por meio de aplicativos no seu celular; declara imposto de renda por meio pela internet; faz compras de tudo o que pode imaginar pela internet, etc. Os exemplos são incontáveis.

A pandemia e o isolamento social iniciados em 2020 aprofundaram ainda mais a necessidade da internet e acesso à tecnologia em nossas vidas. Nesse momento, a internet deixou de ser um dos vários instrumentos para ser praticamente nossa única “conexão” com o mundo fora de casa. Transportamos inúmeras das nossas atividades presenciais para o mundo virtual, passamos a fazer reuniões, dar e fazer aulas, até os tradicionais encontros nos bares foram combinados e feitos por meio virtual, tudo com o auxílio da internet.

¹ Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da PUC/SP e da FADISP. Advogada e Consultora na área de Propriedade Intelectual

Logo, a internet e as novas tecnologias impactam diretamente nas nossas vidas e na vida em sociedade, pois verificamos uma mudança na forma de se comunicar, de trabalhar, de educar, de se informar, de se entreter, de se relacionar e exercer a cidadania.

De acordo com a Tadao Takahashi², o ciclo da sociedade da informação, tem na inclusão digital a forma de se inserir na sociedade da informação, a qual, por sua vez, facilita a inclusão social, por meio de relações sociais, facilidade de acesso a empregos, geração de rendas, dentre outros.

A rigor, o acesso à internet é hoje pressuposto para o acesso à era da informação, que é o novo paradigma de sociedade. A essa nova estrutura que se observa e organiza com a globalização e as novas tecnologias, o sociólogo espanhol Manuel Castells³ denomina “sociedade em rede”. Nessa sociedade a informação flui facilmente. A possibilidade de fluxo rápido de informações, capital e comunicação, são capazes assim de direcionar e condicionar a produção e o consumo, transformando a estrutura. Logo, a sociedade em rede ou também conhecida sociedade da informação não se limita à tecnologia, mas também tem um aspecto sociocultural, redefinindo as relações humanas e também as estruturas de poder.

Na sociedade em rede, informação e o conhecimento ganham importância, pois transforma e impulsiona o desenvolvimento, mas também dá a quem os detém, grande poder.

Assim como tudo na vida, as transformações trazidas tiveram aspectos positivos, como maior oportunidade de negócios e empregos, acesso ao conhecimento e informação, etc, mas também aspectos negativos como desinformação (*fake news*), maior concentração de capital e exclusão digital.

No entanto, não se pode negar a evolução e as facilidades que o acesso à internet proporcionou às pessoas, à sociedade e ao Estado, sendo portanto necessário saber e aprender a lidar com ela. Não ter acesso à informação e ao conhecimento, nos dias de hoje revela assim uma nova forma de exclusão social, a “exclusão digital”. Esta ocorre

² Takahashi, Tadao (Org.). Sociedade da Informação no Brasil-livro verde. 2000

³ Manuel Castells. Sociedade em Rede. São Paulo, Paz e Terra, 2009.

de várias formas seja pela falta de acesso à internet, pela não disponibilidade de recursos tecnológicos ou ainda por não saber como usá-los.

Nesse contexto, o direito à informação (que engloba tanto o direito de comunicar, como também o de receber informações) ganha uma nova roupagem. E esse direito, no contexto citado, está atualmente intimamente atrelado ao uso e acesso à tecnologia.

Tem-se então que na sociedade da informação o direito de informar e ser informado passa necessariamente pela inclusão digital e o acesso à tecnologia. Sob uma perspectiva dos direitos humanos, no contexto da Declaração dos Direitos Humanos, pode-se dizer que atualmente a inclusão digital é um aspecto do direito à informação, que inclui a evolução, disponibilidade e acesso aos recursos e tecnologias inerentes. Ousando ainda dizer que a inclusão digital extrapola o direito à informação, pois hoje significa o acesso e exercício de outros direitos humanos e fundamentais, na medida que passa a ser necessária para o acesso à economia, por exemplo.

É dentro desse contexto que foi proposta a PEC 47/2021, de autoria da Senadora Simone Tebet, a qual acrescenta a “inclusão digital” no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal. A referida proposta de emenda constitucional foi aprovada por unanimidade no dia 02.06.2022 no Senado Federal, tendo então sido remetida a Câmara Federal para apreciação, onde foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) em 15.06.2023. Aguarda agora apreciação do pleno da Câmara dos Deputados.

A PEC propõe o acréscimo do inc. LXVVV, ao artigo 5o da Constituição, com a seguinte redação:

LXXX – é assegurado a todos o direito à inclusão digital, devendo o poder público promover políticas que visem ampliar o acesso à internet em todo o território nacional, na forma da lei.

Na justificativa da PEC, Tebet afirma “*Estar incluído digitalmente significa possuir capacidade de análise dos conteúdos disponíveis na rede para a formação da própria opinião, de maneira crítica, o que é essencial para o exercício da cidadania*”.

Destaque-se ainda que não se propõe somente o reconhecimento da inclusão digital como um direito fundamental, mas também estabelece que o poder público deve promover políticas que visem ampliar o acesso à internet em todo território nacional.

Dentro deste cenário (que deverá se consolidar), reconhece-se que o conhecimento e a informação fazem parte da sociedade atual e que a inclusão digital não só visa concretizar para o cidadão esses direitos, mas também garantir outros direitos fundamentais, como a liberdade, igualdade, dentre outros.

No entanto a inclusão digital não depende somente do reconhecimento dela como direito fundamental, depende do efetivo acesso à internet e à tecnologia, a qual muitas vezes tem um proprietário.

1. TECNOLOGIAS E PATENTES ESSENCIAIS

Para que os aparelhos e tecnologias sejam funcionais eles precisam adotar um padrão tecnológico, sob pena de não “dialogarem” com os sistemas existentes e serem inúteis. Nesse contexto, é necessário eleger-se um padrão tecnológico, o qual precisará ser acessado e/ou utilizado por aqueles que ofereçam produtos atrelados à essa tecnologia.

O acesso à internet depende do acesso à tecnologia, como por exemplo, no ramo das telecomunicações, da tecnologia 3G, do WiFi e, mais recentemente, do 5G. Essas tecnologias são considerados padrões tecnológicos imprescindíveis para o acesso a bens ou serviços/infraestruturas pela comunidade, sendo assim denominadas “*essential facilities*”.

Esses “padrões” não são adotados de forma espontânea no mercado. Os padrões tecnológicos mencionados são debatidos, elaborados e escolhidos por Organizações de Desenvolvimento de Padrões (SSOs – *Standards Setting Organizations*) ou (SDOs), organizações internacionais neutras formadas por empresas públicas e privadas de diversas localidades do mundo, bem como profissionais da área.

Esses padrões são definidos de forma minuciosa e abrangente, pois fixam um padrão de qualidade e de funcionalidades que devem ser oferecidas por todos aqueles que atuam nessa indústria. No mundo das telecomunicações, tais padrões desempenham um papel

crucial para garantir que dispositivos e redes permitam uma comunicação sem interrupções.

A interoperabilidade é o maior dos benefícios da adoção de padrões, pois proporciona um ambiente seguro para investimentos das empresas (já que todas usam o mesmo padrão de mercado), as quais terão menos barreiras comerciais para os produtos que desenvolverem.

No caso do consumidor, este também tem benefícios, os aparelhos por ele adquiridos funcionarão se estiverem de acordo com a tecnologia padrão, ou, ao menos, não terão incompatibilidades com o uso de outros aparelhos.

No Brasil, na área de telecomunicações, escolheu-se a tecnologia 5G como padrão a ser implantado⁴, mas para a perfeita adoção da tecnologia é necessário um massivo desenvolvimento de aplicações e produtos que utilizem o sistema 5G no país.

Com a adoção massiva, espera-se a padronização, garantindo-se assim a interoperabilidade entre produtos de origem diversas, tanto produzidos no Brasil como no exterior.

Além disso, a adoção de um padrão estimula o uso da tecnologia, ampliando seu alcance. Em outras palavras, aquele que possuir patente relativa à implementação de alguma tecnologia que é eleita padrão passa a ter uma vantagem competitiva em relação aos demais concorrentes, mas também possui uma responsabilidade destacada para o desenvolvimento econômico e tecnológico do setor em que se encontra.

No entanto, geralmente as tecnologias novas necessárias para o acesso à internet podem ser (e são) objeto de patentes de invenção.

Uma patente outorga ao seu titular o direito de uso exclusivo sobre determinada tecnologia por um determinado período de tempo, podendo licenciar esse direito de exploração a terceiros de forma gratuita ou onerosa. Se de forma onerosa, o titular que a licenciar receberá *royalties* por essa licença.

⁴ Por meio do leilão das faixas de radiofrequência de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz, a ser conduzido pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

Não constitui a patente nenhum abuso, mas um direito, trata-se de um “contrato” com o Estado e a sociedade, no qual o titular informa sua tecnologia em detalhes (não a mantém em segredo) e, em contrapartida, o Estado lhe garante uso exclusivo durante um prazo determinado (no caso 20 anos). Finalizados esses 20 anos, a tecnologia cai em domínio público e fica à disposição de todos. Na área farmacêutica, por exemplo, é quando os medicamentos genéricos passam a ser comercializados.

Visto como um direito de propriedade *sui generis*, pela imaterialidade do bem protegido, não é a proteção patentária absoluta e, assim como os demais direitos de propriedade, deve cumprir sua função social.

Quando a patente tem relação com um determinado padrão implementado, são denominadas patentes essenciais (SEP, na sigla norte-americana – Standard Essential Patent).

Patentes essenciais são, portanto, aquelas que tutelam tecnologias indispensáveis à implementação de bens e serviços essenciais. Em outras palavras, protegem tecnologias que implementam um padrão que precisa ser usado por outras empresas para o desenvolvimento de novos produtos (possibilitando assim a intercambialidade e operabilidade desses produtos). São exemplos de tecnologias que são e foram padrões eleitos, além dos já citados, o DVD, o USB, *bluetooth*, sistema *touch*, ...

As patentes essenciais não diferem das demais patentes em sua análise ou em sua proteção, pois devem igualmente passar por todas as etapas de verificação e, uma vez concedidas, não possuem qualquer restrição ou limitação em sua tutela. Mas, as patentes essenciais para serem assim denominadas dependem de uma declaração de essencialidade. Explica a CNI que “[q]uando um padrão tecnológico é desenvolvido por uma SSO/SDO, a organização internacional pode estabelecer como obrigação que os membros divulguem se determinadas tecnologias estão cobertas por pedidos de patentes ou patentes por ele titularizadas.”⁵

Uma vez eleito um padrão, ganha o consumidor, pois os produtos, serviços e acessórios se desenvolverão em torno desse padrão, garantindo assim maior

⁵ “5G e patentes essenciais: o papel da propriedade intelectual no avanço dadigitalização”/Confederação Nacionais da Indústria. Brasília: CNI, 2021. p. 22.

interoperabilidade e utilidade dos produtos. Nesse contexto, as patentes consideradas essenciais possuem um maior poder de mercado, afinal serão mais cobiçadas e procuradas pela necessidade daqueles que busquem produzir produtos e serviços adaptados à referida tecnologia. Mais cobiçadas, com vistas a fortalecer o padrão adotado e evitar possíveis abusos por parte dos titulares de patentes essenciais, a estes se obriga a licenciar suas patentes conforme termos FRAND (fair, reasonable and non discriminatory), os quais serão vistos a seguir:

2. Licença de patentes em termos FRAND – *Fair, Reasonable and non discriminatory*

Como dito, essas patentes não possuem qualquer restrição e/ou limitação em sua proteção, sendo como todas as demais, mas ao possuir um maior e significativo poder de mercado, pois para que as empresas concorrentes possam comercializar produtos usando o estabelecido padrão⁶ precisam da autorização do titular das patentes SEP.

Nesse contexto, os titulares de uma patente declarada essencial à implementação de um padrão comprometem-se a licenciá-la e oferecer a terceiros licenças dessa patente em termos FRAND (abreviação de *Fair, Reasonable, and Non-Discriminatory*), ou seja, em termos justos, razoáveis e não discriminatórios. É certo também que deve haver uma justa compensação ao titular da patente por parte daquele que irá usar a tecnologia patenteada, sendo que o titular não perde sua exclusividade sobre sua tecnologia, bem como pode impedir terceiros não autorizados de usá-la.

A princípio, negociações entre as empresas são suficientes para se estabelecerem os termos da licença FRAND, no entanto, há titulares de patentes essenciais que cometem abusos não observando os termos FRAND ou, mais frequentemente, distorcendo o entendimento dos termos FRAND em uma negociação de licença de patentes essenciais. Nesses casos, a resta o Poder Judiciário para dirimir os conflitos gerados.

Ao tratar dos termos FRAND, Carboni no entanto destaca que

não há consenso sobre como interpretar esse princípio, a sua aplicação na resolução de questões envolvendo licenciamento de patentes essenciais está longe

⁶ Conferido por organizações normativas, como por exemplo a ETSI – Instituto Europeu de padrões de telecomunicações – participam empresários de telecomunicações e detentores de patentes.

de ser a solução para que o uso dessas patentes seja feito a um preço justo, para que haja a ampliação de fornecimento de produtos que se valem da tecnologia 5G, bem como para melhorar o processo de inclusão digital da população no uso dos serviços nela baseados⁷.

Logo, a diferença entre as licenças de uma patente declarada essencial e de uma que não seja, é que os titulares da patente essencial não dispõem do poder de licenciar ou não a patente, mas são obrigados a licenciá-la, inclusive para concorrentes em potencial. Negar de forma injustificada o acesso à patente nesses casos considerado abuso, na medida em que compromete o desenvolvimento da atividade do concorrente no mercado e, conseqüentemente, a livre concorrência e a implementação do padrão eleito.

No Brasil, alguns casos envolvendo patentes essenciais foram objeto de disputa, tanto no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, quanto no Judiciário.

3. Patentes essenciais discutidas no CADE

Em 2015, o CADE teve oportunidade de avaliar seu primeiro caso envolvendo patentes essenciais. A questão teve início com a acusação da TCT Mobile, empresa que comercializa a marca Alcatel no Brasil, contra a Ericsson, que estaria cobrando royalties abusivos e não licenciando a tecnologia 3G em condições FRAND. Com essa atitude, estaria buscando a Ericsson, conforme a TCT, excluí-la do mercado de telefonia móvel.

Apesar de ser uma patente essencial, nesse caso o CADE entendeu que não seriam empresas concorrentes (já que Ericsson não mais atuava no ramo de telefonia móvel, somente desenvolvendo tecnologias de comunicação) e permitiu que a Ericsson fizesse uso de medidas judiciais para impedir que a TCT Mobile usasse sua tecnologia patenteada relacionado ao 3G, pois TCT teria agido supostamente de má-fé ao utilizar as tecnologias patenteadas da Ericsson por anos sem de fato negociar o pagamento de royalties. O CADE nesse caso entendeu que não havia indícios de infração e que se tratava de disputa privada, arquivando o processo.

A rigor, no caso em questão, pelo contexto, o CADE afastou a análise as patentes essenciais e a necessidade de regras especiais de licenciamento destas, mas diante

⁷ Guilherme Carboni. Falta de consenso sobre tecnologia 5G afeta a indústria. Jornal Valor Econômico, 06.06.2023. <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/falta-de-consenso-sobre-tecnologia-5g-afeta-a-industria.ghtml>, Acesso em 04.08.2023.

desenvolvimento de novas tecnologias no mercado e de padrões tecnológicos, não tardará para que essa questão retorne à pauta.

4. As patentes essenciais nos Tribunais brasileiros

Em caso mais recente, observa-se a disputa nos tribunais entre a mesma Ericsson, titular de patentes para a tecnologia 5G, e a Apple, que utiliza essa tecnologia 5G em seus produtos *ipad* e *iphone*. As empresas tinham um acordo de licenciamento, mas o mesmo vencera e Apple continuou usando as patentes de Ericsson, nesse caso, indevidamente. Além do Brasil, esta mesma demanda havia sido judicializada em outros países, como Estados Unidos, Alemanha, Inglaterra e Colômbia⁸. No entanto, o Brasil foi o primeiro a ter uma decisão de Tribunal Superior que acabou por pesar no novo acordo feito entre as partes.

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) após decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ), na qual Apple fora acusada de infração de patentes, o TJRJ reconheceu a patente essencial e determinava um pagamento de 200 milhões de dólares/ano pela Apple, pagamento esse suspenso pelo STJ, pois reconheceu-se ser relativo ao valor total do contrato global entre ambas, o qual envolvia todas as patentes da Ericsson e não às três patentes mencionadas na ação.

Em 6 dezembro de 2022, o STJ decidiu a demanda em favor da Ericsson, titular da patente, proibindo a Apple de comercializar no Brasil seus produtos que implementassem a tecnologia 5G, salvo se pagos os devidos royalties à Ericsson no valor de US\$ 3 dólares por aparelho comercializado no país. Este era um valor provisório, até que ocorresse um acordo entre ambas.

Conforme trecho de decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, reproduzido no voto do Relator, o Exmo. Ministro Antonio Carlos Ferreira, no Agravo Interno na Petição 15420 - RJ:

⁸ Conforme: <https://www.migalhas.com.br/quentes/378495/stj-em-disputa-por-patentes-do-5g-ericsson-vence-acao-contra-apple>, acesso em 10.02.2024.

Não sendo razoável impedir o uso de patente que integra o padrão 5G essencial aos aparelhos que utilizam transmissão de dados deve ser encontrada solução, mesmo que provisória, que impeça o enriquecimento da agravada em detrimento da agravante. O Direito veda o enriquecimento sem causa e indica a busca de uma remuneração adequada pelos produtos e serviços.

O valor remuneratório pelo uso das patentes é objeto de negociação transnacional entre as partes. No território brasileiro a remuneração deve, pelo menos provisoriamente e se a agravada fizer uso das patentes referidas pela agravante, ser remunerada na forma pactuada. Tal solução respeita à proteção à propriedade industrial sem descuidar da boa-fé objetiva que deve permear todas as negociações.

(...)

Por estas razões, voto pelo parcial provimento do agravo de instrumento, para afastar a obrigação de prestar caução e, em substituição, determinar que a agravada somente utilize no território brasileiro as patentes registradas em nome da agravante sob os números BR1120112016405-8 VR112019015387-0 e BR 1120200001538-5, mediante o pagamento da remuneração que estava em vigor anteriormente, devidamente atualizada pelo IGP-M acumulado nos últimos doze meses.

Dias após a decisão, no dia 09.12.2022, Ericsson anunciou que havia chegado a um acordo global de licenciamento com a empresa Apple⁹.

No caso, por se tratar de patente essencial, diferentemente de outros casos, não há por parte da Justiça uma decisão de abstenção de uso da tecnologia por uso indevido e não autorizado da mesma, mas sim, uma decisão para se chegar a um valor pelo pagamento pelo uso da mesma justamente por ser uma patente essencial. Nesse sentido, observa-se ao mesmo tempo uma valorização da patente em vigor, mas também um reconhecimento de necessidade de seu uso para a implementação de padrões eleitos pela sociedade.

Conclusão

Ante o contexto exposto, resta claro que a inclusão digital constitui um direito fundamental e de reconhecimento necessário na sociedade da informação. Para sua implementação faz-se importante garantir-se o acesso à tecnologia, especialmente àquelas tecnologias que se elegem como padrão para acesso ao mundo digital. Essas tecnologias geralmente são objeto de patentes de invenção e, portanto, tem um proprietário. Proprietário este que tem o direito de uso exclusivo da mesma por um determinado

⁹ Conforme <https://www.ericsson.com/en/press-releases/2022/12/ericsson-and-apple-sign-global-patent-license-agreement> e <https://www.convergenciadigital.com.br/Internet-Movel/Ericsson-e-Apple-chegam-a-acordo-global-de-patentes-62142.html?UserActiveTemplate=mobile>, acesso em 10.03.2024

período de tempo, conforme as regras da lei de propriedade industrial. No entanto, apesar de titular de uma patente, sendo considerada uma patente essencial, o titular tem o dever de licenciar a terceiros (cobrando um preço justo e razoável), independentemente de relação de concorrência entre eles, para garantir a consolidação do padrão e interoperabilidade no sistema. Com tamanho poder nas mãos, é garantida ao titular da patente essencial o seu uso exclusivo e remuneração pelo uso de terceiros, mas ele deve licenciar referida patente conforme as regras FRAND (justa, razoável e não discriminatória), garantindo assim o desenvolvimento da indústria que use a tecnologia padrão e reprimindo a prática de abusos por parte do titular da patente.

Referências

ERICSSON; CNI. **5G e Patentes Essenciais: o papel da propriedade intelectual no avanço da digitalização**. Brasília. 2021.

GIPI, Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual. **DIÁLOGO TÉCNICO – CONTRATOS 3 – Patentes Essenciais e Termos FRAND**, 27 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjFxbvE-sKAAxVYrZUCHQI9CLAQFnoECBUQAQ&url=https%3a%2F%2Fwww.gov.br%2Fpt-br%2Fpropriedade-intelectual%2Farquivos-1%2Frelatorio-final-contratos-3.pdf%2F%40%40download%2Ffile&usg=AovVaw2muodOUwTTurWKXlp5DwDu&opi=89978449> (Acesso em 4.08.2023).

HOVENKAMP, Herbert. Competition in Information Technologies: Standards-Essential Patents, Non-Practicing Entities and FRAND Bidding (October 3, 2012). U Iowa Legal Studies Research Paper No. 12-32, Acesso em 11.08.2023. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2154203>