

**DIREITO COMO IDENTIDADE E CONTRATOS DE
TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA¹
LAW AS IDENTITY AND TECHNOLOGY TRANSFER
CONTRACT**

Marcos Vinício Chein Feres²

Victor Freitas Lopes Nunes³

Resumo

Este trabalho se propõe, à luz da relação entre integridade no Direito e identidade na teoria moral, construir uma proposta discursiva acerca da viabilidade da inserção de cláusulas de controle em contratos de transferência de tecnologia firmados entre a administração pública, representada por uma Instituição Científica e Tecnológica, e uma empresa privada. A inscrição de tais cláusulas nesses contratos pretende garantir que sejam implementados os objetivos legais e constitucionais que servem de balizas para a transação de direitos de patente. A construção de um sistema analítico de conceitos por meio de uma pesquisa qualitativa a partir de traços de significação se baseia na *práxis* interpretativa do Direito, expressa na comunidade personificada, enquanto rede de interlocução. A comunidade é, também, ente moralmente autônomo, cujos valores são construídos com a participação dos sujeitos no ambiente social. Os indivíduos, por sua vez, constroem sua moral absorvendo-a e reformulando-a a partir de valores que advém da comunidade, e ao atuarem na esfera pública remodelam a própria identidade dela, em uma articulação axiológica intersubjetiva. É em nome da tensão entre o movimento de produção, transferência e absorção de tecnologia e o processo de articulação dialética e construtiva operada na comunidade que, mediante a fixação de cláusulas de controle, visa-se ao respeito atitudinal para com os objetivos fundamentais expressos na Constituição Federal, o desenvolvimento e a autonomia científica e tecnológica. Não são, estas cláusulas, no entanto, suficientes para completar amplamente o ciclo, de modo a garantir a absorção do saber sobre como produzir tecnologia, uma vez que lhes falta uma avaliação forte, restando apenas latente no ordenamento o desejo de ver introjetada na cadeia produtiva das empresas contratantes essa vocação.

Palavras-chave

Direito como identidade; Contratos de licenciamento e transferência de tecnologia; Cláusula de controle; Políticas de indução

Abstract

The theoretical basis of this paper is dedicated to the presentation of a normative political approach, which may creatively reconstruct the hermeneutics of the Brazilian Industrial Property Rights Act and the Brazilian Innovation Act. The object of study here is the

¹ Este trabalho tem o suporte financeiro da FUNDAÇÃO DE AMPARO DA PESQUISA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (FAPEMIG) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

² Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora; mestre e doutor em Direito Econômico.

³ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora; bolsista de iniciação científica da UFJF.

legitimacy of the insertion of, what is called here, control clauses in Technology Transfer Contracts. These clauses are supposed to be able to promote the national development and autonomy in science and technology. Methodologically, the theoretical reference here applied consists of the fusion between the ideas of law as integrity, developed by Dworkin, and law as identity, complemented by Taylor's social theory of identity. In fact, this methodological approach proposes the reconstruction of a system of analytical concepts based on contemporary legal theory in order to legitimatise public policies whose purpose is to foster the development of science and technology. In this context, the constructive interpretation of the use of control clauses might be able to achieve the previously mentioned purposes, but these clauses are not able to promote the entire dialogical process, which aims the attitudinal respect to those values chosen as relevant by the personified community. So as to promote such values, public policies must take constitutional rights, as the development of science and technology, seriously.

Keywords

Identity – Patent licensing – Control clauses – Induction policies

1 Introdução

Os contratos de licenciamento e transferência de tecnologia são instrumentos que buscam favorecer a interação entre o detentor de determinado conhecimento e um agente interessado em fazer uso desse saber. Neste trabalho, almeja-se, consonante com a teoria do Direito como identidade, desenvolver uma proposta discursiva acerca da viabilidade da inserção de cláusulas de controle em contratos de transferência de tecnologia firmados entre a administração pública, representada por uma Instituição Científica e Tecnológica (ICT), e uma empresa privada, de modo a que tais cláusulas sejam competentes para proporcionar não somente a transação segura de determinada tecnologia, mas, principalmente, a incorporação do saber como produzir inovação.

É indispensável para a crítica da dogmática da propriedade intelectual⁴ uma matriz argumentativa dedicada a proporcionar a reafirmação de seu caráter indutor, cuja marca é o estímulo à produção e difusão de inovação. Mediante a compreensão do âmbito político-normativo dos contratos de transferência de tecnologia, pretende-se garantir que sejam implementados os objetivos legais e constitucionais que servem de balizas para transações que envolvem direitos de patente.

Propõe-se que a partir da fusão entre a visão dworkiniana de integridade no Direito e a teoria moral tayloriana, da qual se origina o Direito como identidade, se possa construir uma visão dos contratos de transferência de tecnologia adequada a uma lógica de desenvolvimento nacional. A identidade como marco teórico exige que se perceba o Direito como uma *práxis*

⁴Aqui entendida em sentido lato, abarcando, inclusive, o direito à patente em um contrato de licenciamento e transferência de tecnologia.

interpretativa, o que necessariamente implica a conexão das regras legais, especialmente no que toca a interpretação delas, com o arcabouço moral extraído da comunidade personificada.

O foco do exame que se segue será o conteúdo latente dos conceitos sob análise, uma vez que se busca extrair de todo o arcabouço teórico e legislativo o significado não aparente dos limites relativos à implementação da legislação sobre propriedade intelectual (direito à patente em um contrato de transferência/cooperação tecnológica), a partir da necessária interação entre integridade e identidade. Para tanto, recorre-se a análise do conteúdo, visto que, a partir dos objetivos anteriormente expostos, propõe-se um estudo de textos teóricos e legais para se construir um sistema analítico de conceitos a ser aplicado na interpretação da lei de propriedade industrial (LPI – Lei nº 9279/96) e da lei federal de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica (Lei nº 10973/04).

Trata-se, pois, de uma pesquisa do tipo teórico com caráter francamente propositivo, voltada ao estudo bibliográfico e documental, com a base metodológica concebida a partir da análise de conteúdo. Pretende-se com isso a realização de uma pesquisa qualitativa a partir de traços de significação (“unobtrusive research”), segundo BABBIE (2000), a qual, empregada à luz do Direito como identidade, possibilita a indicação da melhor solução para os problemas que emergem na relação que liga o Estado, uma instituição científica e uma empresa privada, com vistas à transferência de tecnologia, intermediada por meio do contrato.

Indaga-se, portanto, se seriam as aqui denominadas cláusulas de controle aptas a inspirar a cadeia produtiva a produzir inovação, tornando este valor uma avaliação forte no interior das empresas privadas. Seriam os contratos de transferência de tecnologia, incrementados por tais cláusulas, instrumentos jurídicos aptos a incentivar mais do que a transferência em si, mas também a própria cultura de produção de inovação, por meio da reprodução da lógica de formação da identidade dos envolvidos, principalmente a empresa privada? O estímulo e o aperfeiçoamento destes contratos pode gerar um aumento mais acentuado de produtos inovadores?

Acredita-se que o empenho na criação e aplicação dos contratos pode incrementar as possibilidades de sucesso da relação, inclusive no que se refere a concretização e a incorporação no *self* de conhecimentos aptos a proporcionar ao receptor da tecnologia transferida a capacidade de poder produzir de forma independente futuras inovações.

Ante o exposto, durante os tópicos seguintes desse artigo se procederá, primeiramente, à estruturação da inter-relação entre o referencial teórico do Direito como identidade e o referencial da pesquisa qualitativa, com vistas a melhor criação e aplicação dos contratos de transferência de tecnologia. Em seguida, serão analisadas questões técnico-

jurídicas indispensáveis à exata conformação dos contratos segundo o ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, interpretando construtivamente os valores constitucionais que conformam o tema da produção e da transferência de inovação, será proposta uma solução aos questionamentos acima apresentados.

2 Integridade e moralidade: o processo de formação da identidade

A teoria moral substancial de Dworkin (2007), devidamente complementada pelos conceitos taylorianos de respeito atitudinal, avaliações fortes e construção moral da identidade no ocidente, possibilita o desenvolvimento de um sistema analítico de conceitos, a partir do qual será possível discutir e reconstruir o conteúdo do direito à patente em um contexto de um contrato de transferência/cooperação tecnológica.

Metodologicamente, a construção de um sistema analítico de conceitos por meio de uma pesquisa qualitativa a partir de traços de significação (BABBIE, 2000) se baseia na concepção de Dworkin (2007) de Direito como *práxis* interpretativa, expressa na comunidade personificada, enquanto rede de interlocução⁵. A sistemática do Direito como identidade aspira indicar a melhor prática interpretativa para se lidar com a questão da transferência de tecnologia, assim entendida como um complexo de relações que não se restringem a troca de produtos ou informações, mas especialmente na troca de um tipo bastante específico de conhecimento, qual seja: o saber produzir inovação.

O Direito como integridade, teoria desenvolvida por Ronald Dworkin (2007), unida à explicação de Taylor (2011) sobre a construção da identidade moderna compõe a forma do Direito como identidade. Este último é uma teoria interpretativa⁶, que busca argumentativamente aplicar as normas do direito positivo às situações fáticas, norteando-se por regras e princípios, almejando dar a melhor solução aos problemas. Ressalte-se que são os métodos interpretativos os responsáveis por justificar o exercício do poder de coerção por parte do Estado, de forma limitada respeitando as liberdades individuais, os direitos coletivos e mantendo a força do ordenamento jurídico.

Dworkin (2007) constrói sua teoria, baseada nos princípios da comunidade personificada⁷, expressos no ordenamento jurídico. A comunidade é, também, ente

⁵ Segundo Taylor (2011, p. 55): “Só existe um self no âmbito do que denomino de “redes de interlocução””.

⁶ Conforme afirma Dworkin (2007, p. 71), interpretação “é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado”.

⁷ Para Taylor (2011, p. 55): “A plena definição da identidade de alguém envolve, em geral, não só uma posição em assuntos morais e espirituais como também alguma referência a uma comunidade definitória”. A comunidade personificada tem, pois, duas acepções igualmente verdadeiras, a primeira a entende como um ambiente onde as

moralmente autônomo, com identidade própria diferente dos sujeitos que, de certo modo, a compõe, e cujos valores são construídos com a participação dos sujeitos no ambiente social. Os indivíduos, por sua vez, constroem sua moral absorvendo-a e reformulando-a a partir de valores que advém da comunidade, e ao atuarem na esfera pública remodelam o próprio sentido dela, numa articulação axiológica intersubjetiva. É em nome da tensão entre o movimento de produção, transferência e absorção de tecnologia e a replicação da articulação dialética e construtiva operada na comunidade, que, mediante a fixação de cláusulas de controle, acredita-se que sejam concretizados os objetivos fundamentais expressos na Constituição Federal.

Neste trabalho, tem particular importância a forma com que Taylor (2011) descreve o movimento dialético de construção da identidade do *self*, o que segundo o autor se dá por um processo fundado na racionalidade e na formação de avaliações fortes⁸ sobre valores, cultivadas mediante articulações intersubjetivas no ambiente social.

Nesse contexto, propõe-se encontrar a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade de que se origina. Para tanto o método da interpretação construtiva consegue "impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam" (DWORKIN, 2007, p. 64).

A partir deste método, controlar-se-ia a subjetividade do processo interpretativo, o qual é além de ato cognitivo, ato de vontade. Seu mérito reside no fato de apontar racional e moralmente a atividade do intérprete, por meio da exigência de uma coerência principiológica extraída do ordenamento. A interpretação voltada para a criação e aplicação de contratos de transferência de tecnologia busca a melhor consideração moral possível das práticas políticas e jurídicas em vigor. Há que se verificar, portanto, a adequação de uma interpretação, sua racionalidade com os princípios extraídos do texto legal, consubstanciando o entendimento firmado, confrontando-o com valores éticos e morais de sua comunidade.

Dworkin (2007, p. 200) estabelece as exigências do ideal de Integridade, que podem ser esclarecidas a partir de três virtudes, quais sejam: equidade, justiça⁹ e devido processo

articulações axiológicas se desenvolvem; outro em que ela é um *self* autônomo, bem como todos os demais sujeitas da rede que ela ambienta.

⁸ Sobre essas, Taylor (2011, p. 35-36) afirma que: "o fato de que esses fins ou bens têm existência independente de nossos desejos, inclinações ou escolhas, de que representam padrões com base nos quais são julgados esses desejos e escolhas".

⁹ "Os filósofos (...) não podem desenvolver teorias semânticas que estabeleçam regras para "justiça" como as regras que consideramos para "livro". Podem, contudo, tentar apreender o patamar do qual procedem, em grande parte, os argumentos sobre a justiça, e tentar descrever isso por meio de alguma proposição abstrata adotada para

legal adjetivo. A "equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos que distribuem o poder político de maneira adequada" (DWORKIN, 2007, p. 200); justiça é a preocupação com as decisões que as instituições políticas devem tomar, sejam elas escolhidas de acordo com a equidade ou não, de modo a proteger as liberdades civis e garantir um resultado moralmente justificável; por fim, o devido processo legal adjetivo é o procedimento correto para julgar situações suspeitas de infringir o ordenamento.

Em acréscimo a tudo isso, faz-se importante demonstrar a diferenciação entre questões de política e questões de princípio, dado que a questão da concretização dos objetivos constitucionais implica uma postura ativa do Estado¹⁰. Tal postura pode parecer contrária ao corolário da liberdade dos contratantes, mas é importante ressaltar e sustentar que por meio dos contratos objetos dessa análise seja garantida a efetividade da normativa que fundamenta todo o sistema de proteção da propriedade industrial. É exatamente o respeito atitudinal para com a própria Constituição que impõe a postura ativa do Estado, seja no sentido de dirigir, ou mesmo, de induzir a atuação do particular.

As primeiras – questões de política – se distanciam do âmbito jurídico¹¹, sendo resolvidas a partir da lógica própria do sistema político, que, a despeito de estar regulamentado pelo ordenamento jurídico, está diretamente vinculado ao programa político-institucional em vigor, não cabendo, portanto, a entes não-políticos interferir nas decisões tomadas pelos administradores, os quais têm legitimidade democrática para implementar tal programa, que restaria prejudicado com decisões aparentemente contrárias à sua lógica de formulação e execução.

As questões de princípio, por sua vez, são aquelas que demandam decisões a serem tomadas de acordo com a moral da comunidade personificada. Dentro dessa lógica, devem ser analisados os valores da comunidade para que seja tomada a decisão mais justa e equânime. Em questões desse tipo deve-se prezar pela manutenção da força normativa do ordenamento, quando for o caso, ou pelos valores que impõem a melhor solução.

3 Propriedade industrial voltada para o desenvolvimento científico e tecnológico

definir o conceito de justiça para sua comunidade, de tal modo que os argumentos sobre a justiça possam ser compreendidos como argumentos sobre a melhor concepção desse conceito." (DWORKIN, 2007, p. 91).

¹⁰ Não se trata de sobrepor uma sobre a outra, mas de entendê-las como momentos da atuação do Estado, no sentido de tornar-se algo mais próximo do ideal constitucionalmente traçado. Como rememora Taylor (2011, p. 71): "O que sou tem de ser entendido como aquilo em que me tornei".

¹¹ Contudo, inclusive as ditas questões de política devem ser reconduzidas a princípios jurídicos que lhes confirmam fundamento legal.

A propriedade sobre inventos está consagrada no texto constitucional como direito fundamental, conforme se depreende do art. 5º, inciso XXIV:

A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção para as criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e industrial do país (BRASIL, 2011a).

No nível infraconstitucional, a concessão de tal direito – o direito à propriedade intelectual – é regulada pela Lei nº 9.279/96 (BRASIL, 2012d), a qual ressalta, no *caput* do art. 2º, a relevância do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do país que fundamenta essa proteção. De forma semelhante, a lei de incentivo à inovação (Lei nº 10.973) está voltada “à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento tecnológico do país”, conforme redação do art. 1º, *caput* (BRASIL, 2012c).

Em ambos os casos é notório que o sistema brasileiro de proteção e estímulo à propriedade industrial, especialmente no que toca a incitar o desenvolvimento de novas tecnologias, está intimamente ligado ao mandamento constitucional do art. 218¹². Está, inclusive, expressa a vinculação de lei de incentivo à inovação ao art. 219¹³ da carta constitucional, sendo esta lei voltada à promoção da autonomia tecnológica, objetivando a integração do mercado interno, conforme expresso no referido dispositivo.

Sobre a atuação do Estado no mercado Eros Roberto Grau (2010, p. 260) assevera que a “alusão ao dever de o Estado incentivá-lo – porque de dever se trata – evidentemente não coarcta a intervenção estatal, por direção, sobre ele. O preceito, no seu todo, antes – pelo contrário – o fundamenta”.

Em última medida, a necessária vinculação dos diplomas legais aos artigos 218 e 219 da Lei Maior se relaciona à necessidade de concretização do que está expresso na Constituição Federal, no seu art. 3º, inciso III¹⁴: a aspiração de promover o desenvolvimento nacional (BRASIL, 2012a).

Ressalte-se que também os valores ou princípios jurídicos expressos nos referidos diplomas legais, os quais remetem a fins constitucionalmente definidos, são, eles próprios, articulações axiológicas desenvolvidas na rede de interlocução que é a comunidade, a qual é,

¹² A redação do *caput* do referido artigo é a seguinte: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”(BRASIL, 2012a).

¹³ A redação do art. 219 da Constituição Federal é a seguinte: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal” (BRASIL, 2012a).

¹⁴ A redação do referido artigo é a seguinte: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III – garantir o desenvolvimento nacional” (Brasil, 2012a).

ela mesma, um *self* na rede. Tal constatação permite concluir que o desenvolvimento científico e tecnológico voltado a concretizar o desenvolvimento nacional é parte do processo de construção intersubjetiva das avaliações fortes, uma vez que “os bens que merecem nossa relevância também têm de funcionar em algum sentido como padrões para nós” (TAYLOR, 2011, p. 36).

4 Desenvolvimento: direção e indução

Por ora, o foco deste artigo está voltado para a dimensão econômica do desenvolvimento. Segundo Fábio Nusdeo (2005, p. 176), “o desenvolvimento está associado à ideia da chamada eficiência dinâmica da economia, ou seja, a capacidade de ampliar a sua capacidade produtiva ao longo do tempo”. Sobre essa acepção reside a relevância do estímulo ao desenvolvimento e transação de novas tecnologias, dado que são elas uma das formas de se promoverem ganhos de produtividade, ou, em termos marxianos, ganhos de mais-valia relativa.

Marx (2006) descreve a mais-valia relativa¹⁵ como o ganho realizado em função do aumento de produtividade do trabalho. Nesse sentido, pode-se alcançar o aumento na produção, promovendo-se, em linha de princípio, o desenvolvimento econômico, por meio das invenções – “desenvolvimento da produtividade do trabalho” (MARX, 2006, p. 371) –, as quais geram o desenvolvimento tecnológico objetivado pela lei. Em virtude dessa lógica, deve-se reconstruir o sentido da interpretação da legislação, uma vez que, ao se compreender esse diagnóstico marxiano, pode-se ir adiante na aplicação da interpretação construtiva e criativa proposta por Dworkin (2007) na análise dos contratos de transferência de tecnologia.

Promover o desenvolvimento científico e tecnológico por meio de políticas públicas se fundamenta exatamente na noção de desenvolvimento nacional. Destarte, a lei de incentivo à inovação, por exemplo, busca a afirmação do desenvolvimento nacional como mecanismo referente de avaliação forte. Tem, pois, caráter de intervenção, buscando estimular ou criar melhores condições para o fomento a inovações.

Doutrinariamente, pode-se classificar a atuação do Estado no domínio econômico de três maneiras: por participação, por direção, ou por indução (GRAU, 2010). Se uma das partes da relação jurídica contratual é uma ICT¹⁶, o Estado atua por participação na área da produção

¹⁵ “Por isso, é impulso imanente e tendência constante do capital elevar a força produtiva do trabalho para baratear a mercadoria e, como consequência, o próprio trabalhador” (MARX, 2006, p. 370).

¹⁶ Assim entendida como “órgão ou entidade de administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico” (BRASIL, 2012c), conforme redação do art. 2º, V da lei de inovação.

de inovação, uma vez que “assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da *atividade econômica em sentido estrito*” (GRAU, 2010, p. 147).

Atuar por direção implica que “o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da *atividade econômica em sentido estrito*” (GRAU, 2010, p. 147). Por outro lado, ao atuar por indução, “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento de mercados” (GRAU, 2010, p. 147).

Nestes casos, o respeito atitudinal das políticas públicas de caráter diretivo ou indutivo aos princípios constitucionais que dão suporte ao processo de transação de direitos de patente é uma questão de princípio, porque remonta a necessidade de agir de acordo com a moral da comunidade personificada. Em questões desse tipo deve-se preservar a dignidade¹⁷ do ordenamento jurídico, conservando sua força normativa.

5 Contratos de transferência de tecnologia

A lei federal de incentivo à inovação (BRASIL, 2012c) estipula cinco tipos de contratos de transferência de tecnologia ou de cooperação tecnológica, a saber, o compartilhamento de infraestrutura, a cessão de direitos de patentes em prol do pesquisador, o licenciamento de patentes, a prestação de serviços e o acordo de parceria. Embora sensivelmente distinta a classificação do INPI, autarquia federal responsável por averbar os contratos de transferência de tecnologia, este cuida de reproduzir, em geral, os mesmos tipos contratuais previstos pela legislação federal. Nesse sentido, dispõe o artigo 2º do Ato Normativo nº 135/1997:

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 de uso de marcas) e os de aquisição de conhecimentos tecnológicos (fornecimento de tecnologia e prestação de serviços de assistência técnica e científica), e os contratos de franquia. (BRASIL, 2010b)

A lógica dos contratos em questão deriva do estabelecimento de uma estrutura institucional que visa dar guarida a um processo de troca ou de cooperação tecnológica, devidamente mediado pelos princípios constitucionais e legais de proteção ao direito do inventor e de fomento ao desenvolvimento científico e tecnológico. Pode-se dizer que o propósito da lei foi o de exemplificativamente apontar importantes mecanismos de cooperação entre ICT e empresas privadas, gerando um processo de indução e de direção no

¹⁷ Para Taylor (2011, p. 30) “o sentido de dignidade está envolvida nessa noção moderna de importância da vida cotidiana”.

qual o Estado permite uma saudável relação entre o mercado e o setor público. Não se trata de uma estrita tradução semântica dos conteúdos veiculados pela legislação de inovação, mas sim de um ponto de partida dogmático para reconstruir o sentido dessa relação entre o público e privado quando se está diante de processos de inovação tecnológica. O objetivo é o de estruturar uma nova conformação institucional em que a relação entre o público e o privado se construa a partir dos fragmentos morais ditados pela comunidade personificada a fim de se estabelecer um processo de interlocução necessário à formação de uma nova identidade moral a qual não mais trabalha com uma oposição atávica entre Estado, mercado e sociedade civil.

Prestar-se-á, neste trabalho, atenção àqueles contratos que versem sobre licença para exploração de patentes¹⁸. Os contratos de licenciamento de tecnologia, nos termos do art. 6º da lei de inovação, permitem à ICT outorgar direitos de uso ou de exploração de inventos por ela desenvolvidos.

Este tipo de contrato carece, no entanto, de capacidade de conseguir introjetar na cadeia produtiva da empresa cedente o saber como produzir inovação¹⁹, uma vez que se destinam à transferência de um objeto protegido pelo direito de patente, não à transferência do saber como produzir inovação. Mais condizente com os objetivos legais e constitucionais traçados para o incentivo à transferência de tecnologia, a partir da replicação no âmbito da empresa contratante da lógica de produção de tecnologia, da mesma forma com que se constroem as articulações de valores no seio da comunidade, seria o estímulo aos “acordos de parceria²⁰ para a realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo com instituições públicas e privadas”, reguladas pela lei de inovação em seu art. 9º (BRASIL, 2012c). Esse tipo de relação comporta a possibilidade de intercâmbio de informações entre os profissionais que trabalham para ambos os contratantes, de modo a proporcionar uma rede de interlocução, e a reafirmação de avaliações fortes sobre a produção de inovação, com respeito atitudinal aos preceitos constitucionais concebidos a partir de uma lógica de busca pelo desenvolvimento científico e tecnológico.

No entanto, almeja-se que mesmo os contratos de transferência de tecnologia tenham esse condão. Para tanto, carecem de incrementos contratuais voltados a estimular mais do que

¹⁸ Herbert Hovenkamp (2005, p. 245) afirma que: “one of the greatest incentives toward research and development is the profit one can earn by licensing the resulting patents to other firms”.

¹⁹ Conforme excerto transcrito por Barbosa (2008, p. 1) do Manual de Oslo: “146. An innovation is the implementation of a new or significantly improved product (good or service), or process, a new marketing method, or a new organisational method in business practices, workplace organisation or external relations”.

²⁰ Especialmente aqueles em que se desenvolve uma pesquisa colaborativa, caracterizadas por envolverem vários parceiros, sejam eles pessoas de direito privado e do setor público, trabalhando no mesmo projeto.

a mera licença de exploração, tais desdobramentos funcionariam por meio de mecanismos de governança, facilitando o aprendizado interorganizacional. Ademais, poderiam aumentar a confiança entre os participantes do negócio, criando um contexto colaborativo de compartilhamento e aprendizado mútuo.

6 Cláusulas de controle

O que, aqui, convencionou-se chamar de cláusulas de controle, seriam aquelas inseridas por meio das cláusulas exorbitantes, que são, segundo Hely Lopes Meirelles:

As que excedem do direito comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a administração pública, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público (MEIRELLES, 2001, p. 203)

Embora a definição clássica de Meirelles (2001) não comporte uma análise mais flexível do uso de cláusulas exorbitantes também em prol do desenvolvimento científico e tecnológico no setor privado, porque concebidas a partir da premissa de supremacia do interesse público sobre o privado, devem ser, hoje, em grande parte, contestadas por meio de uma teoria jurídica contemporânea, fundada na perspectiva de um direito como processo de reconstrução crítica e dialética e não mais monologicamente estruturado e pensado como foi nos primórdios do Direito Administrativo Brasileiro. Nesse sentido, as cláusulas exorbitantes, que poderiam ser inseridas em qualquer contrato do gênero, têm a função de induzir o intercâmbio de conhecimentos entre os contratantes por provocarem um ambiente colaborativo, propício para a consolidação das redes de interlocução entre os parceiros contratuais. O princípio predominante, na atualidade, seria o de cooperação entre o público e o privado, havendo, pois, uma relação de limitação recíproca aos interesses tanto do setor público quanto da iniciativa privada.

A partir disso, pode-se apontar como exemplos de cláusulas de controle ou exorbitantes as que visam à fixação da margem de lucro e/ou à delimitação de número de unidades produzidas, demonstrando-se, assim, uma necessária limitação aos interesses particulares em prol de uma ampliação da margem de interação entre os contratantes tanto públicos quanto privados. Essas alternativas, importadas da jurisprudência norte-americana²¹, são condizentes com o ordenamento jurídico brasileiro, gerando limitação razoável ao processo concorrencial.

²¹Notadamente o caso *United States v. General Electric Co.* (EUA, 2012).

Se caso o licenciante mantivesse para si o direito de manufaturar o objeto do direito de patente, poderia fixar a margem de lucro ou produzir quantas unidades que lhe conviessem. Licenciando tal direito, mantém essa prerrogativa em respeito (atitutinal) às decisões que as instituições estatais devem tomar de maneira adequada (com equidade), distribuindo recursos materiais e protegendo liberdades individuais, de modo a garantir um resultado moralmente justificável, sob pena de não reconhecer a dignidade do direito de propriedade sobre aquele bem.

Ocorre, no entanto, que mesmo tais medidas não são suficientes para garantir a consecução dos fins constitucionalmente almejados²², pois estão ainda focadas no objeto da relação, e não no processo relacional em si. Não prestam a devida atenção a mecânica do movimento de produção, transação e incorporação de tecnologias, por estarem focadas somente na transferência do objeto do direito de patente.

Hovenkamp (2005) apresenta, adicionalmente, a possibilidade da inserção nos contratos de cláusulas de retrocessão, para as quais podem se vislumbrar duas acepções conformes com o direito brasileiro²³. Primeiramente, vale ressaltar a retrocessão de direitos oriundos do aperfeiçoamento das patentes licenciadas, regulado pelo art. 63 da LPI (BRASIL, 2012d). Nesse caso, verifica-se, pelo texto legal, que a titularidade do produto aperfeiçoado pertence a quem realiza a inovação, enquanto o outro contratante guarda o direito de preferência para o licenciamento decorrente desse produto inovado. Verifique que, ao licenciar o produto, o licenciado pode continuar realizando inovações ao mesmo tempo em que o licenciante. Por isso, vale destacar a necessidade de se prever legalmente o direito de preferência ao licenciamento por ambos os contratantes, pois não é dado ao legislador prever quem poderá promover a inovação no produto licenciado uma vez estabelecidos os termos do contrato de transferência e cooperação tecnológica.

No que se refere à segunda acepção do termo retrocessão, esta remete à possibilidade de aperfeiçoamentos realizados em conjunto, entre a ICT e a empresa privada, oriundos de contratos de licenciamento que estabeleçam algum tipo de interação necessária entre os dois entes. Desse modo, é possível que, ao ceder um determinado produto patenteado à empresa privada, a ICT se comprometa a prestar serviços de assistência técnica ou de instalação. Em razão disso, pode surgir uma relação de troca de conhecimentos tecnológicos os quais são

²² Podem, ainda assim, garantir a institucionalização de outros valores, como possibilitar o acesso da população aos inventos produzidos nos ICTs, oriundos de investimento público, resguardando o interesse social dessas entidades e da própria propriedade intelectual.

²³ O permissivo do art. 7º da lei de inovação faculta à ICT “obter direito de uso ou exploração de criação protegida” (BRASIL, 2012c).

intermediados pela prática e pelo funcionamento operacional do equipamento no contexto de indústria e de mercado. Em tais momentos, estão postas as condições para a promoção de interação entre os envolvidos, de modo a reconfigurar a rede de interlocução, novamente voltada para o fortalecimento das avaliações sobre a produção de inovação.

Todavia, mesmo essa cláusula pode ainda não ser suficiente para promover a integração necessária, seja porque no contrato não existe a necessidade ou sequer a possibilidade da cumulação com algum tipo de serviço, seja porque não se desenvolveu nenhum aperfeiçoamento durante a parceria. O contrato, se bem articulado, pode sim gerar uma natural relação de produção de inovações tecnológicas entre os entes envolvidos. No entanto, no atual estágio do desenvolvimento, do ponto de vista jurídico, não existe uma adequada aplicação das regras legais no processo de criação da norma particular, a saber, o contrato de cooperação tecnológica. É preciso reconstruir criticamente a lógica de formulação contratual de modo a transformar este num instrumento de política pública a favor do desenvolvimento científico e tecnológico. Isso somente se torna possível com uma mudança de abordagem no modo de interpretação das regras legais hoje postas e, sobretudo, na reconstrução crítica da prática do direito de propriedade intelectual.

Entretanto, não se pode negar que todo o empenho das partes (ICT e empresa privada) em fomentar o melhor ambiente possível para formação das redes de interlocução e do consequente fortalecimento das relações de intercâmbio de informações pode não ocorrer. De fato, acredita-se que, para haver sucesso no campo da relação entre as partes, é necessário um rearranjo institucional anterior ao próprio contrato. Neste sentido, é essencial que se recorra, primeiramente, aos profissionais que compõe os quadros de funcionários das partes para que eles se sintam estimulados a produzir inovação e, sobretudo, se institua uma lógica de incentivo à criatividade e ao aperfeiçoamento tecnológico.

7 Conclusão

Empreendeu-se um esforço argumentativo com o intuito de, mediante a compreensão da relação entre integridade no direito e identidade na teoria moral, construir uma proposta discursiva acerca da viabilidade da inserção de cláusulas de controle em contratos de transferência de tecnologia firmados entre a administração pública, representada por uma Instituição Científica e Tecnológica (ICT), e uma empresa privada, com vistas a promover os fins legal e constitucionalmente almejados pelo sistema brasileiro de propriedade intelectual e transferência de tecnologia.

Faltam às cláusulas de controle, conforme apresentado, a capacidade de conseguir trazer para os contratos de licenciamento de patentes condições para a consolidação de uma rede de interlocução apta a reproduzir por meio do contrato a lógica de formação da moralidade ocidental, promovendo o respeito atitudinal aos valores constitucionais relativos ao desenvolvimento científico e tecnológico. Mesmo as cláusulas de retrocessão não são plenamente capazes de realizar essa tarefa, aproximando-se, no entanto, mais do que as demais em fazê-lo, já que mais voltadas ao processo de produção de inovação do que ao objeto da transação em si (a inovação).

A interpretação construtiva do sistema analítico de conceitos permite concluir que, para que se conceda dignidade ao texto constitucional, é necessária a intervenção estatal sobre o problema, de modo a induzir as partes a terem como norte a produção de novas tecnologias, mais do que a simples transferência de uma patente já existente. Políticas públicas que tenham como finalidade induzir a produção de tecnologia, a partir do compartilhamento de saberes e interesses entre as ICT e as empresas privadas, podem incrementar a relação de tal modo a conseguir promover o necessário ambiente para a consolidação de avaliações fortes sobre a importância da produção de inovação.

Tratar as políticas públicas como meio apto a auxiliar na solução do problema proposto não implica assumir uma postura de politizar as relações de produção, notadamente a produção de tecnologia, mas sim compreender que mesmo as questões de política devem ser remetidas a princípios morais para que consigam ser legitimadas.

Mediante essa recondução, que reproduz o movimento dialético e construtivo de formação da moralidade, uma vez que busca na expressão da moral da comunidade o valor que lhe confere legitimidade, estando mais voltada ao processo de inovação do que ao de transação, é possível vislumbrar uma nova conformação da rede de interlocução, agora formada já no intuito de promover a integridade do ordenamento jurídico.

Referências bibliográficas

BABBIE, Earl. **The practice of social research**. 9ª ed. Belmont: Wadsworth/Thomson learning, 2000.

BARBOSA, Denis Borges. **Lei de inovação**: entrosamento (ou falta de) entre universidade e empresa. In: XXVIII SEMINÁRIO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2008, São Paulo. Anais do Congresso da ABPI, São Paulo, 2008. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/risco.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2011.

BARBOSA, Denis Borges. **Tipos de contratos de propriedade intelectual e transferência de tecnologia**. Disponível em: <denisbarbosa.addr.com/130.doc>. Acesso em: 13 de ago. 2012.

BOCCHINO, Leslie de Oliveira; OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de; MAIA, Mauro Sodré; PARMA, Nilto; VON JETITA, Roberto Roberval Ritter; MACHADO, Rogério Filomeno; PENA, Rosa Maria Vidal. **Propriedade intelectual: conceitos e procedimentos**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010.

BRASIL. **Constitui o da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 12 jul. 2011a.

BRASIL. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. **Ato Normativo n  135 de 15 de abril de 1997**. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/Ato135.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2012a.

BRASIL. **Lei N  10973, de 2 de dezembro de 2004**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm>. Acesso em 12 ago. 2012b.

BRASIL. **Lei N  9.279, de 14 de maio de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em 12 jul. 2011b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licita es e contratos: orienta es e jurisprudência do TCU**. 4  ed. Brasília: Senado Federal, 2010.

CHEIN FERES, Marcos Vinício ; MENDES, Brahwlio Soares de Moura Ribeiro . **Direito como identidade: estado, direito e política**. In: André Luiz Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011, p. 185-204.

CONSELVAN, Jussara Seixas. **A interven o do Estado nos contratos de transferência de tecnologia**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15., 2006, Manaus. *Anais eletr nicos...* Disponível em:<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jussara_seixas_conselvan.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2012.

DWORKIN, R. **O Império do Direito**. Tradu o: Jefferson Luiz Camargo. 2  ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. **United States v. General Electric Company, 271 U.S. 476 (1926)**. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/476/case.html>>. Acesso em: 13 de ago. 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econ mica na constitui o de 1988**. 14  ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HOVENKANP, Herbert. **Federal Antitrust policy: the law of competition and its practice**. 3  ed. Saint Paul: Thomson West, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao Direito Econômico. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. Tradução: Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2011.