

A Controvérsia Dos Patent Trolls No Século XXI

Jaime Almeida de Souza Filho

Resumo

Nos centros de inovação tecnológica, os Patent Trolls têm sido objeto de debate em tribunais, imprensa e universidades, bem como entre congressistas. As controvérsias acerca dessas entidades, desde sua conceituação até a análise dos seus efeitos, criam questionamentos ao sistema de patentes internacionalizado. Este artigo lança luz sobre essa atividade e mapeia os problemas de natureza econômica advindos dela; concluindo-se que, ao mesmo tempo em que essas entidades são definidas pela atividade litigante e podem ensejar práticas competitivas de litigância predatória, elas fundamentam críticas ao sistema de patentes, a exemplo da possibilidade de ocorrência da Tragédia dos Anticommons de Heller.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Organização Industrial; Patent Trolls; Tragédia dos Anticommons; sistema de patentes.

Abstract

In technological innovation centers, Patent Trolls have been subject of debate in courts, universities, the press and among congressmen. However, the controversies about these entities are diverse, ranging from its conceptualization to the analysis of its effects, which enhances questioning on the internationalized patent system itself. The study sheds light on the Patent Trolling activity and maps economic problems that arise from it; it is concluded that while these entities are defined by its litigant activity and lead to predatory litigation practices, they also substantiate criticism towards the patent system, as in the case of Heller's Anticommons Tragedy occurrence.

Key words: Law and Economics; Industrial Organization; Patent Trolls; Anticommons Tragedy; patent system.

1. INTRODUÇÃO

Não existe maneira de tratar a questão dos *Patent Trolls* que não seja introduzindo-a com a palavra “controvérsia”. Centrais numa discussão que tem tomado substancial atenção da mídia e dos tribunais norte-americanos nos últimos anos¹, os

¹ Esse trabalho se concentra em estudos focados nos Estados Unidos, por conta dos custos na judicialização de demandas e da inovação de alta tecnologia em que aquele país representa papel

Patent Trolls são objeto de controvérsias desde a sua conceituação até os seus efeitos econômicos para a sociedade. Esse texto pretende discutir os contornos de algumas dessas controvérsias, furtando-se de ser conclusivo, mas buscando ensejar conclusões por parte dos leitores.

O que são *Patent Trolls*? O único meio no qual se percebe certeza quanto a essa conceituação é o meio jornalístico. A grosso modo, subjacente a grande parte das notícias está a ideia de que os *Patent Trolls* são empresas especializadas em tão somente comprar patentes para litigar contra grandes empresas que as infringiam no futuro. De fato, tal acepção atende a uma analogia à figura folclórica do *troll*, que furtivamente fica à espreita embaixo de uma ponte, buscando surpreender viajantes e, injustamente, exigir o pagamento de pedágio. Portanto, aquela acepção revela o tratamento pejorativo dado àquelas empresas: “*Patent Trolls*” seriam empresas que esperam inovações emergirem, entrando em ação contra o inovador que, sem saber, infringiu uma obscura patente.

Numa primeira análise, o meio acadêmico utiliza o conceito de *Patent Trolls* como sendo as *Non-Practicing Entities (NPEs)*, *Patent Assertion Entities (PAEs)* ou *Patent Monetization entities (PMEs)* indiscriminadamente. Essas denominações indicam entidades que não produzem ou vendem nenhum produto ou serviço – nem mesmo relacionados às patentes que possuem –, cujos lucros nascem das cobranças (muitas vezes através da via judicial) por violação de suas patentes. Por outro lado,

[...] some use troll to refer to anyone who is suing them, even practicing entities. Others would exclude some entities – notably universities and individual inventors – from the troll definition. Still others would limit patent trolls further, to include only PAEs – companies whose primary line of business is filing patent suits. And even that definition is too broad for some,

importante. Para uma análise dos Patent Trolls na Europa, notadamente Alemanha e Reino Unido, ler Ernick *et al* (2015).

Para a razão pela qual o tema tem tomado a atenção naquele país ver a participação das NPEs nos casos de patentes no *2015 Patent Dispute Report* (UNIFIED PATENTS, 2015): 66,9% dos casos envolvendo patentes, número que sobe para 88% nos casos de alta tecnologia. Contudo, os números apresentados variam, a exemplo do trabalho de Chien (2009).

who would limit the term patent troll to those who assert patents they bought from others, only those who assert invalid patents, or only those who engage in certain "abusive" tactics in patent litigation such as pressuring allegedly infringing manufacturers by threatening those manufacturers' end-user customers, or seeking nuisance-value settlements (ALLISON; LEMLEY; SCHWARTZ, 2016, p. 6-7).

Não fosse suficientemente confusa essa indefinição, autores como Allison, Lemley e Walker (2009; 2010) criaram uma categorização com onze tipos de entidades proprietárias de patentes díspares² que poderiam ser consideradas *Patent Trolls*; no entanto, eles fogem da discussão quanto a quais desses tipos realmente se encaixam na supramencionada definição, expressando deixar para os leitores tal decisão. Um dos tipos trazidos por eles é o que encerra as universidades, que, de fato, produzem inovações, detêm patentes e raramente utilizam tais patentes para criar algum produto, podendo vir a litigar contra quem infrinja suas patentes. Justamente em um artigo sobre o lugar das universidades nessa questão que podemos vislumbrar uma possível saída para a controvérsia acerca da definição dos *Patent Trolls*. Em “*Are universities patent trolls?*”, Lemley (2008) traz que

Universities are non-practicing entities. They share some characteristics with trolls, at least if the term is broadly defined, but they are not trolls. Asking what distinguishes universities from trolls can actually help us figure out what concerns us about trolls. One of the differences between universities and private licensing shops is that universities are by and large not engaged in hiding the ball, waiting until people have developed an industry and then popping up and demanding a disproportionate share of royalties based on irreversible investments. There are occasional examples of that, and they should be condemned, but it's not the ordinary case with a university license. Instead, most university licenses have a major technology transfer component. A nonexclusive patent license is effectively nothing more than forbearance from suit in exchange for money. By contrast, most university licenses give the licensee not just the right to avoid a lawsuit, but also provide valuable know-how (p. 18).

Entidades como universidades trazem inovações com suas patentes, mas tais

² De um lado, os autores colocam *Product companies*, empresas que possuem patentes e criam produtos, do outro, colocam entidades que seriam passíveis de ser enquadradas como *Patent Trolls: Acquired patentes, University heritages or ties, Failed startups, Corporate heritages, Individual-inventor-started companies, Universities/Governments/NGOs, Startups (pre-product), Product companies, Individuals, Industry consortia, IP subsidiaries of product companies* e um grupo com outros proprietários de patentes (ALLISON; LEMLEY; WALKER, 2009, 2010).

direitos de propriedade e a litigância relacionada a eles não são finalidades das universidades, não constituem um modelo de negócio que defina as universidades; portanto, como traz o autor, uma possível distinção dos *Patent Trolls* de outras entidades estaria no seu propósito ao litigar. No entanto, nesse ponto, alguns autores discordarão quanto à terminologia que deva ser utilizada, diferenciando *Non-Practicing Entities (NPEs)*, *Patent Assertion Entities (PAEs)* e *Patent Monetization Entities (PMEs)*. NPEs e PAEs seriam distintos, dado que os primeiros incluiriam as universidades, por exemplo, enquanto as PAEs se resumiriam a empresas cujo modelo de negócios é focado na compra de patentes e na sua reivindicação frente a produtores que usam a tecnologia patenteada – inclusive, essa visão é adotada pela *Federal Trade Commission* (2011).

Vozes dissonantes, Jeruss, Feldman e Walker (2012) concordam que referir-se aos *trolls* como sendo *NPEs* é inadequado, no entanto, preferem o termo *Patent Monetization Entities*. Esses autores fizeram um levantamento de dados de processos sobre patentes a pedido do Governo estadunidense: da análise dos dados, observaram que o mercado atual de patentes apresenta diversas estratégias competitivas e que empresas que adquirem patentes não necessariamente buscam reivindicar direitos relacionados a elas diretamente. Eles trazem o exemplo da RPX: “*RPX buys patents, creates licenses for its members, and then transfers these patents to third parties, subject to the licenses. In other words, the third parties who buy RPX’s patents are free to assert the patents against anyone other than the RPX members*” (JERUSS; FELDMAN; WALKER, 2012, p. 367). Ou seja, existem empresas que comercializam patentes para terceiros que buscam proteger-se de litígios, mas também para terceiros que utilizarão aquelas patentes para litigar – daí dizer que elas monetizam os direitos de patente.

Essa dimensão do “mercado de patentes” é interessante por ter conexão com estratégias competitivas que não são normalmente consideradas *patent trolling*. Percebe-se aqui que *Patent Trolls* podem interferir diretamente na concorrência entre empresas

praticantes. Aliás, considerar a supramencionada monetização ou as estratégias competitivas relacionadas a patentes e processos judiciais como a base da atividade de *patent trolling* é dizer que grandes empresas não se furarão de incorrer em tal prática – seja contra seus próprios concorrentes, seja contra empresas menores.

No primeiro caso, na competição com concorrentes de mesmo tamanho, temos o exemplo da compra de patentes da falida canadense Nortel, que detinha patentes relacionadas ao sistema operacional de telefones celulares Android e foi adquirida por um consórcio de empresas que não utilizam esse sistema; o que se viu, em seguida, foi uma batalha judicial contra a empresa que criou e comercializa aquele sistema: a Google³. No segundo caso, autores como Sichelman (2014) chamam tal prática de “*patent bullying*”, quando grandes empresas praticantes ameaçam ou dão entrada em ações custosas sobre patentes contra empresas menores.

Em qualquer das hipóteses acima, as patentes podem constituir um sério impedimento para o bom funcionamento de mercados, especialmente se existirem patentes complementares em um dado mercado. Como exemplo, temos o mercado de nanotecnologia norte-americano:

³ O consórcio de nome Rockstar foi formado por Apple, Microsoft, Ericsson, Sony e Research In Motion (ROCKSTAR, 2014); eles moveram ações contra a Google, mas também contra empresas que utilizavam o sistema Android como a Samsung e a Huawei (MCCLURE, 2014). A Rockstar saiu de operação após a supramencionada RPX adquirir suas patentes (ROCKSTAR, 2015) e os processos contra a Google foram arquivados (RPX, 2015). Elizabeth Woyke traz em seu livro sobre a indústria de *smartphones* que: *Google's latest problem is a small, Ottawa-based company. Rockstar describes itself as an IP licensing company, but reporters and people in the technology industry call it a nonpracticing entity (NPE) or a patent-assertion entity (PAE). NPEs, often derided as “patent trolls”, primarily buy patents for litigation and licensing purposes rather than to produce a product or service. In 2013, Rockstar simultaneously filed suits against eight Android companies, including Google, HTC, LG, and Samsung. The Google suit alleged infringement of seven search advertising patents, while the other suits alleged all the manufacturers' Android devices infringed seven (and in some cases just six) patents related to mobile messaging, user interface design, and data networking. Rockstar later added Google as a co-defendant to its Samsung/Android suit. Most of the Android manufacturers have filed motions to dismiss Rockstar's suits. [...] Although Rockstar is independent from Apple, Blackberry, and Microsoft, and its CEO insists it selects its targets itself, the company has a direct and financial connection to Android's biggest rivals* (WOYKE, 2014, p. 70).

There are over 1,600 US patents that mention single-walled carbon nanotubes. Intel has one that covers any with a diameter of less than 50nm; Rice University holds one for any material that is over 99 percent pure nanotube. The nightmare faced by anyone attempting to innovate in that space should be obvious [...]. [An example was] a small nanotech company [that] faced legal fees that were a substantial fraction of its assets, and another where a jury hit a company with damages that were nearly twice its total value (TIMMER, 2012⁴).

Geralmente, as propriedades naturais de um material não são patenteáveis, mas, nesse mercado de nanotecnologia, temos inovações bem definidas, na forma de processos de produção específicos (TIMMER, 2012). Essas patentes revelam um lado sombrio de um possível mercado de patentes que se abre: qualquer avanço tecnológico que faça uso desses tubos trilhará o caminho da coleta de licenciamentos dos proprietários de patentes. Em um quadro de tal natureza, podemos facilmente vislumbrar a ocorrência de uma Tragédia dos *Anticommons*⁵: concorrentes podem negar-se a licenciar o uso de tecnologias ou proprietários de patentes (praticantes ou não) podem, separadamente, esperar para serem os últimos a conceder licenças e negociar um valor mais alto, levando a uma situação em que nenhum licenciaria sua tecnologia (ao menos por um período de tempo).

Por outro lado, coletar patentes pode ser um processo custoso e lento, o que contribui para que praticantes incorram nos custos irreversíveis de criação e produção de um dado produto sem a famigerada coleta. Neste caso, concorrentes e não-praticantes litigarão ou adquirirão patentes para poder litigar, seja pelo prejuízo do produtor, seja pelos lucros que possam perceber.

⁴ Este artigo tem como base o texto de Jonh Pearce “Make nanotechnology research open-source” (2012), que não poderia deixar de ser mencionado.

⁵ *Anticommons property can be understood as the mirror image of commons property. By definition, in a commons, multiple owners are each endowed with the privilege to use a given resource, and no one has the right to exclude another. When too many owners hold such privileges of use, the resource is prone to overuse – a tragedy of the commons. Depleted fisheries and overgrazed fields are canonical examples of this familiar tragedy. In an anticommons, according to this Article, multiple owners are each endowed with the right to exclude others from a scarce resource, and no one has an effective privilege of use. When too many owners hold such rights of exclusion, the resource is prone to underuse – a tragedy of the anticommons. [...] Once an anticommons emerges, collecting rights into usable private property bundles can be brutal and slow* (HELLER, 1998, p. 622).

Alguns autores acreditam que esse cenário de ineficiência poderia ser facilmente revertido pelo fortalecimento de um mercado de patentes⁶. Para esses autores, “*manufacturers often license ex post because they were not aware of the patent ex ante*” (FEDERAL TRADE COMMISSION, 2011, p. 9); assim, parte dos *Patent Trolls* poderiam fazer a supracitada coleta de patentes (ALLISON; LEMLEY; SCHWARTZ, 2016; RISCH, 2012). Eles funcionariam como plataformas ao adquirir patentes de múltiplos inventores como já fazem, injetando liquidez no mercado de patentes, podendo enfrentar litígios contra grandes empresas e, sobretudo, incorporando a lógica de dar conhecimento às empresas praticantes sobre os seus inventários de patentes. Todavia, tal lógica incorre em dar aos *Patent Trolls* uma função que já pertence a agências estatais, como o INPI. Uma das principais justificativas para o sistema de patentes é que as invenções sejam reveladas ao público; por essa razão, passar aos *patent trolls* o dever de atacar uma assimetria de informações que lhes convêm existir (para que possam litigar no futuro) é bastante perigoso.

Por último, mais um fundamento do sistema de patentes deve ser lembrado: o sistema busca dar ao inventor o schumpeteriano monopólio temporário, que seria o grande incentivo para investimentos na criação de novas tecnologias. Contudo, os

⁶ Uma controversa defesa é a que segue: *The lack of a real, rational market for patent licenses encourages companies to ignore patent rights altogether, because they cannot make any reasonable forecast of what it would cost them to obtain the licenses they need and because they fear that they will pay too much for a technology their competitors ignore or get on the cheap. At the same time, ignorance of prices permits unscrupulous patent owners to “hold up” companies that make products by demanding a high royalty from a jury that has no way of knowing what the patent is actually worth. The solution is straightforward – require publication of patent assignment and license terms. Doing so will not magically make the market for patents work like a stock exchange; there will still be significant uncertainty about whether a patent is valid and what it covers, particularly since patents tend by their nature to be unique goods. But it will permit the aggregate record of what companies pay for rights to signal what particular patents are worth and how strong they are, just as derivative financial instruments allow markets to evaluate and price other forms of risk. It will help rationalize patent transactions, turning them from secret, one-off negotiations into a real, working market for patents. And by making it clear to courts and the world at large what the normal price is for patent rights, it will make it that much harder for a few unscrupulous patent owners to hold up legitimate innovators, and for established companies to systematically infringe the rights of others* (LEMLEY; MYRVOLD, p. 101-102).

litígios relativos a patentes e pagamentos de royalties fazem crescer os custos e riscos de um produtor, detendo a inovação. Esses custos acabam por reduzir os retornos do produtor relativos a seu empenho em inovar, o que pode fazer diminuir seu incentivo a fazer futuros investimentos em pesquisa. O potencial de litigância futura cria o risco de que os custos do produtor aumentem e o retorno do seu investimento diminua após ter desenvolvido e comercializado um produto. Essa incerteza acaba, então, podendo desencorajar o investimento em pesquisa, desenvolvimento e comercialização de inovações. O benefício para inventores independentes com toda a litigância existente nos últimos anos é muito pequeno perto das perdas sociais através da penalização de empresas que já investem em inovação. Em lugar de promover a inovação, as transações relativas a patentes acabam tendo um efeito dissuasório, ao “taxar” inovações (BESSEN; FORD; MEURER, 2011; FEDERAL TRADE COMMISSION, 2011).

Tais transações alimentam uma atividade de busca de renda por manipulação do sistema de patentes, sem criar qualquer valor (típica atividade de *rent-seeking*): a atividade de *patent trolling* (MILLER, 2010; MERGES, 2009). No entanto, como já colocado, entidades não-praticantes podem exercer o importante papel de reduzir custos de transação ao coletar inovações que tomariam mais tempo para chegar a produtores ou que nem mesmo chegariam aos mesmos. É controverso. O sistema de patentes é controverso⁷. Os *trolls* nascem de problemas inerentes à existência de um sistema de patentes e potencializam as ineficiências econômicas desses problemas; por outro lado, *Patent Monetization Entities* são uma possível saída, dentro do sistema de patentes, para mitigar ineficiências.

⁷ Para uma discussão sobre tais controvérsias, sugere-se consultar o supramencionado trabalho de Machlup e Penrose (1950).

REFERÊNCIAS

- ALLISON, J. R.; LEMLEY, M. A.; SCHWARTZ, D. L. How often do Non-Practicing Entities win patent suits? **Berkeley Technology Law Journal**, forthcoming, march, 2016.
- ALLISON, J. R.; LEMLEY, M. A.; WALKER, J. H., Extreme value or trolls on top? The characteristics of the most litigated patents. **Stanford Public Law Working Paper**, n. 1407796, 2009.
- ALLISON, J. R.; WALKER, J. H.; LEMLEY, M. A. Patent quality and settlement among repeat patent litigants. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper**, n. 398, september, 2010.
- BESSEN, James; FORD, Jennifer; MEURER, Michael J. The private and social costs of patent trolls. **Boston University School of Law**, Working Paper, n. 11-45, 2011.
- CHIEN, Colleen V. Of trolls, davids, goliaths, and kings: narratives and evidence in the litigation of high-tech patents. **North Carolina Law Review**, v. 87, 2009.
- ERNICKE, Maximilian et al. Patent Assertion Entities in Europe. 2015. Patent Assertion Entities and Competition Policy, **Cambridge University Press**, forthcoming, 2016.
- FEDERAL TRADE COMMISSION. **The evolving IP marketplace: aligning patent notice and remedies with competition**. 2011. Acesso em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/evolving-ip-marketplace-aligning-patent-notice-and-remedies-competition-report-federal-trade/110307patentreport.pdf> Acesso em 10 abr. 2016.
- HELLER, M. A. The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to markets. **Harvard Law Review**, n. 111, 1998.
- JERUSS, Sara et al. The America invents Act 500: effects of Patent Monetization Entities on US litigation. **Duke Law & Technology Review**, v. 11, issue 2, 2012.
- LEMLEY, M. A. Are universities patent trolls? **Fordham Intell. Prop. Media & Ent.**

Law Journal, v. 18, issue 3, 2008.

LEMLEY, M. A.; MYHRVOLD, N. How to make a patent market. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper**, n. 347, august, 2007.

MACHLUP, Fritz; PENROSE, Edith. The patent controversy in the nineteenth century. **The Journal of Economic History**, 10, n. 1, 1950.

MCCLURE, Ian David. Accountability in the Patent Market: A Duty to Monitor Patent Risk from the Boardroom. **Santa Clara High Technology Law Journal**, v. 31, issue 2, 2014.

MERGES, Robert P. The trouble with trolls: innovation, rent-seeking, and Patent Law reform. 2009. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 24, n. 4, 2009.

MILLER, S. P. **Patent ‘trolls’**: rent-seeking parasites or innovation-facilitating middlemen? 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1885538> Acesso em 20 abr 2016.

PEARCE, J. M. "Physics: make nanotechnology research open-source". **Nature**, n. 491, 2012.

RISCH, Michael. Patent troll myths. 2011. **Seton Hall Law Review**, v. 42, 2012.

ROCKSTAR. **Press release**. 2014. Disponível em: http://www.ip-rockstar.com/Press_Releases/RS_PR20120312.pdf Acesso em 22 abr 2016.

ROCKSTAR. **RPX Corporation completes purchase of Rockstar patents**. 2015. Disponível em: <http://www.ip-rockstar.com> Acesso em 22 abr 2016.

RPX. **RPX Corporation completes purchase of Rockstar patents**. 2015. Disponível em: <http://www.rpxcorp.com/rpx-news/rpx-news-releases/rpx-corporation-completes-purchase-of-rockstar-patents> Acesso em 22 abr 2016.

SICHELMAN, T. M. The Vonage trilogy: a case study in 'patent bullying' (December 15, 2014). **Notre Dame Law Review**, v. 90, n. 2, 2014.

TIMMER, J. Stallman’s got company: researcher wants nanotech patent moratorium. 2012. Disponível em: <http://arstechnica.com/science/2012/11/stallmans-got-company->

researcher-wants-nanotech-patent-moratorium/ Acesso em 20 abr 2016.

UNIFIED PATENTS. **2015 patent dispute report**. Disponível em:
<http://unifiedpatents.com/2015-year-end-report/> Acesso em 20 mar 2016.

WOYKE, Elizabeth. **The smartphone**: anatomy of an industry. New York: The New Press, 2014.