

MARCOS DA CUNHA E SOUZA

**O ACORDO SOBRE ASPECTOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE
INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO (TRIPS) E SEUS
REFLEXOS SOBRE O SISTEMA DE PATENTES DE INVENÇÃO NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na linha de pesquisa “Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável”, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor **Luís Alexandre Carta Winter**

CURITIBA

2014

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

S729a
2014 Souza, Marcos da Cunha e
O acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual
relacionados ao comércio (TRIPs) e seus reflexos sobre o sistema de patentes
de invenção no Brasil / Marcos da Cunha e Souza ; orientador, Luís Alexandre
Carta Winter. – 2014.
139 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2014
Inclui bibliografias

1. Propriedade industrial. 2. Patentes. 3. Brasil – Desenvolvimento
econômico. 4. Direito comercial. I. Winter, Luís Alexandre Carta. II. Pontifícia
Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

Doris 4. ed. – 340

MARCOS DA CUNHA E SOUZA

O ACORDO SOBRE ASPECTOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE
INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO (TRIPS) E SEUS REFLEXOS
SOBRE O SISTEMA DE PATENTES DE INVENÇÃO NO BRASIL

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção de grau de mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. LUÍS ALEXANDRE CARTA WINTER

Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Membros: Prof. Dr. MARCOS WACHOWICZ

Programa de Pós-Graduação-PPGD da Universidade Federal do Paraná -UFPR.

Prof. Dr. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Suplente: Prof. Dr. OKSANDRO OSDIVAL GONÇALVES

Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Dedico este trabalho à minha esposa Monique, que foi meu maior apoio e meu conforto nesta jornada. Aos meus pais, Regina Stela e César Augusto, verdadeiros educadores, que me legaram o gosto pela leitura.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, agradeço a Deus. Foram dois anos difíceis, com alguns obstáculos inesperados, mas nunca deixei de sentir sua presença e seu amor, guiando-me de volta ao rumo.

Agradeço especialmente ao meu orientador, Professor Doutor Luís Alexandre Carta Winter, pelo auxílio seguro e pela compreensão das minhas limitações, sempre incentivando os meus progressos e disponível às minhas dúvidas.

Agradeço aos professores doutores Eduardo Oliveira Agostinho, Cinthia O. A. Freitas, Helini Sivini Ferreira e Frederico Marés de Souza Filho pelos horizontes abertos e pelos debates preciosos.

Agradeço aos amigos Eduardo Gomes e Eduardo Saldanha, pelo estímulo constante, pelos bons conselhos e pelos almoços inspiradores no Trovatta.

Agradeço às maravilhosas Daiane Kuster e Eva Curelo, que pelo trabalho incansável permitem que todos nós, alunos e professores do PPGD, consigamos contribuir para o progresso da Ciência Jurídica.

RESUMO

O objetivo geral da pesquisa consiste em analisar os principais impactos do Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs) sobre o sistema de patentes brasileiro. Inicialmente, examinou-se a origem e as características do sistema de patentes, assim como o fundamento para a proteção das invenções sob um regime de propriedade privada. Deste estudo se concluiu que a patente não é um direito natural de seu inventor, mas sim uma criação legislativa baseada na evolução econômica do Ocidente. Em sendo assim, o sistema está sujeito a mutações. Em um segundo momento, tratou-se dos ambientes econômico e político, em escala global, que levou países desenvolvidos (como os Estados Unidos) a advogarem a inserção de regras mais rígidas de patentes no âmbito do comércio internacional. É a oportunidade para lançar uma luz sobre as retaliações sofridas pelo Brasil, por conta de sua legislação, que não permitia a concessão de patentes para certas áreas tecnológicas. Examina-se, então, a Rodada Uruguai do GATT, que deu origem ao Acordo TRIPs, no bojo da Organização Mundial do Comércio (OMC). O TRIPs é apresentado em seus aspectos mais marcantes, que se relacionam com padrões de proteção considerados altos, se comparados com a tradição de países em desenvolvimento como o Brasil. Como consequência, o Brasil outorgou altos níveis de privilégio em seu mercado, sem que seus agentes econômicos possam, em linhas gerais, tirar proveito disto. Por outro lado, apontam-se alguns aspectos positivos, como o sistema de solução de controvérsias no âmbito da OMC, que inibe a imposição de sanções econômicas arbitrárias. Paralelamente, mudanças no panorama internacional (visíveis na declaração de Doha), assinalam a possibilidade de um sistema que, no futuro, possa ser útil aos desenvolvimentos econômico e social do Brasil.

Palavras-chave: Propriedade Industrial, patentes, Acordo TRIPs, Brasil, desenvolvimento.

ABSTRACT

The overall goal of this research consists in analysing the main impacts of the "Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights" (TRIPs) inside the Brazilian patents system. Initially, it was examined the origin and the characteristics of the patents system and the reasons to protect the inventions under a private property regime. From this study it was concluded that the patent is not a natural right of the inventor, but a legislative creation based on economic developments in the West. This being so, the system is subject to changes. In a second step, we dealt with the economic and political environment on a global scale, which led developed countries (like the U.S.) to advocate the inclusion of stricter patent rules in international trade. This is an opportunity to demonstrate the retaliations that Brazil has suffered, due to its legislation, which does not allow the concession of patents to specific technologic areas. It also examines the "Uruguay Round" from GATT, which was at the origin of the TRIPs Agreement, in World Trade Organisation (WTO). The TRIPs is presented in its most important aspects, which are related to what is considered as protection of high standard, when compared with the traditional of developing countries, such as Brazil. At last, it studies into detail the core of the proposed question, pointing out to the impacts of the TRIPs on the Brazilian system of patents. On the other hand, points to some positive aspects, such as the system of dispute settlement in the WTO, which inhibits the arbitrary imposition of economic sanctions. In parallel, changes in the international arena (visible in the Doha Declaration), note the possibility of a system that, in the future, may be useful to economic and social development of Brazil.

Key words: Industrial Property, Patents, TRIPs Agreement, Brazil, development.

SUMÁRIO

| | | |
|--------------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 19 |
| 2 | AS BASES GERAIS DO SISTEMA DE PATENTES | 24 |
| 2.1 | A Propriedade Intelectual | 25 |
| 2.2 | Das peculiares características dos bens intelectuais | 27 |
| 2.3 | Rumo à proteção jurídica das invenções | 31 |
| 2.3.1 | A disseminação do sistema de patentes | 34 |
| 2.3.2 | As primeiras normas brasileiras sobre patentes | 38 |
| 2.4 | A invenção entre a ciência aplicada e o Direito | 40 |
| 2.5 | A Convenção da União de Paris | 44 |
| 2.6 | Outros acordos internacionais relevantes | 50 |
| 2.6.1 | A Convenção de Berna | 50 |
| 2.6.2 | A União Internacional para a Proteção de Obtenções Vegetais (UPOV) | 50 |
| 2.6.3 | O Tratado de Cooperação em matéria de Patentes (PCT) | 52 |
| 2.7 | Sistemas alternativos | 53 |
| 3 | GÊNESE, CONTEÚDO E IMPLANTAÇÃO DO ACORDO TRIPS | 56 |
| 3.1 | A legislação brasileira sobre patentes no início da década de 1980 | 56 |
| 3.2 | O Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) | 62 |
| 3.2.1 | A Rodada Uruguai do GATT | 63 |
| 3.2.2 | O nascimento da OMC e do acordo TRIPs | 68 |
| 3.3 | Aspectos Gerais do TRIPs no campo das patentes | 70 |
| 3.3.1 | Prazos e regras de transição | 71 |
| 3.3.2 | Princípio do Tratamento Nacional | 74 |
| 3.3.3 | Princípio da Nação Mais Favorecida | 75 |

| | |
|--|-----|
| 3.3.4 Da “proteção mínima” | 76 |
| 3.3.4.1 Prazo de validade da patente de invenção | 76 |
| 3.3.4.2 Matéria Patenteável | 77 |
| 3.3.4.3 Exceções à matéria patenteável | 84 |
| 3.3.4.4 Direitos conferidos pela patente | 86 |
| 3.3.5 Licença compulsória..... | 87 |
| 3.3.6 Caducidade | 89 |
| 3.3.7 Prevenção e solução de litígios..... | 89 |
| 3.3.8 Relação do acordo TRIPs com a CUP | 90 |
| 3.4 A Declaração de Doha (2001) | 91 |
| 4 UM SISTEMA POSTO À PROVA | 93 |
| 4.1 Critérios de interpretação do sistema | 94 |
| 4.2 Integrando-se ao sistema..... | 99 |
| 4.2.1 Muito acima do “mínimo” | 99 |
| 4.2.2 As limitações institucionais | 111 |
| 4.3 Números relevantes | 113 |
| 4.4 Engessamento ou flexibilidade?..... | 119 |
| 4.5 A nova estrutura dos conflitos..... | 121 |
| 4.5.1 O sistema formal..... | 122 |
| 4.5.2. Negociando sob o novo cenário..... | 124 |
| 4.5.3. Convivendo com velhas práticas | 126 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 129 |
| Referências: | 133 |

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|----------------------|--|
| ANVISA | Agência Nacional de Vigilância Sanitária |
| BIRD | Banco Mundial |
| CUP | Convenção da União de Paris |
| EUA | Estados Unidos da América |
| GATS | Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços |
| GATT | Acordo Geral de Tarifas e Comércio |
| ICTSD Sustentável | Centro Internacional para o Comércio e o Desenvolvimento |
| INPI | Instituto Nacional da Propriedade Industrial |
| NIC | Newly industrialized countries (novos países industrializados) |
| OIC | Organização Internacional do Comércio |
| OMC | Organização Mundial do Comércio |
| OMPI | Organização Mundial da Propriedade Intelectual |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| PCT | Patent Cooperation Treaty |
| P&D | Pesquisa e desenvolvimento |
| PN-DST/AIDS | Programa Nacional de Combate a Doenças Sexualmente Transmissíveis/AIDS |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TRIPs | Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) |

| | |
|--------|--|
| UNCTAD | Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento |
| UPOV | União Internacional para a Proteção de Obtenções Vegetais |
| URSS | União das Repúblicas Socialistas Soviéticas |
| USTR | United States Trade Representative |

1 INTRODUÇÃO

Os avanços científicos tem um peso considerável sobre a qualidade de vida e o destino da raça humana. As invenções, especialmente, têm nos concedido conforto, saúde e abundância. Ademais, a revolução tecnológica das últimas décadas, somada à intensificação do comércio internacional, colocou a proteção às invenções como um dos principais fatores de competitividade dos grandes conglomerados industriais e agroindustriais. Por motivos semelhantes, o portfólio de patentes foi alçado a posição de destaque no patrimônio das empresas.

Paralelo a esta realidade, há o sistema normativo que rege as patentes de invenção, representando grande influência na velocidade de divulgação das inovações e no papel que cada país tem como desenvolvedor ou mero consumidor de tecnologia.

Da experiência acumulada no magistério, na área da Propriedade Intelectual, percebe-se que os estudantes, ao longo dos anos, fazem perguntas muito semelhantes sobre o sistema de patentes brasileiro. Algumas delas são voltadas aos limites de proteção adotados pela Lei nº 9.279/1996, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Tanto entre os alunos de Direito, quanto entre os de Comunicação e de Administração, encontram-se aqueles que demandam porque a norma brasileira adotou um prazo “tão longo” (20 anos) para a proteção das patentes de invenção. Outros questionam o fato do atual sistema abarcar as invenções realizadas em todos os campos do conhecimento. Existem ainda aqueles que gostariam de colocar em dúvida a própria necessidade do sistema. Em tais casos o professor, após alimentar o debate e ouvir as diferentes opiniões, deve adverti-los: “assim é, e assim será por muito tempo, pois estamos presos a compromissos internacionais. Adotamos o Acordo TRIPs¹ quando aderimos à Organização Mundial do Comércio”.

Este é um trabalho, portanto, que nasceu da ambição de tentar satisfazer a curiosidade das salas de aula e, principalmente, de reunir subsídios para que uma

¹ “Acordo Sobre Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio”. O termo “TRIPs” corresponde à sigla em inglês para “Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights”.

parcela da sociedade possa se dar conta do papel que as normas sobre patentes podem desempenhar sobre o desenvolvimento sustentável de seu país. Daí porque o tema central é o estudo dos reflexos (positivos ou negativos) que o Acordo Sobre Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPs) teve sobre o sistema² de patentes no Brasil.

A questão não foi ignorada pela doutrina brasileira. A revisão da literatura nos mostra que ela tem sido objeto de muitas discussões. Alguns autores criticam as origens do acordo TRIPs, como resultado do trabalho de grupos de pressão sediados nos países desenvolvidos. Outros atacam a interpretação dada ao acordo, permitindo que, com o passar dos anos, a proteção aos inventores (ou pseudo-inventores) se torne cada vez mais rigorosa. Existem ainda aqueles que se opõe à uniformização da Propriedade Intelectual e até mesmo à própria existência deste ramo do Direito Empresarial. Estes todos conflitam com alguns doutrinadores clássicos e com aqueles que, modernamente, veem o acordo TRIPs como um aperfeiçoamento da Propriedade Intelectual. Todas estas linhas de pensamento se mostram úteis à resposta da questão acima apresentada.

Entretanto, a leitura reiterada do tema demonstra que uma parcela do debate acaba sendo contaminada pela paixão irrefletida, pela ideologia e por ideias preconcebidas que impedem a formação de opiniões isentas. Por este motivo, tentou-se aqui, não se sabe se com sucesso, temperar os ânimos, dando voz às diferentes correntes.

Observa-se ainda que, para compreender melhor os reflexos sobre o sistema brasileiro, a doutrina estrangeira oferece grandes contribuições ao debate. Ela aponta diferentes pontos de vista sobre o TRIPs, interpretações por vezes surpreendentes e soluções normativas inspiradoras.

² Quanto ao conceito de “sistema”, optou-se por adotar a definição “2” de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, em seu Novo Dicionário da Língua Portuguesa, onde se lê: “disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como uma estrutura organizada” (1976, p.1319).

Quanto ao texto do acordo TRIPs, buscou-se usar a tradução oficial para o português, que está contida na Ata Anexa ao Decreto nº 1.355/1994³. Contudo, ao se perceber prováveis erros de tradução, recorreu-se também ao texto em inglês disponível no *site* da Organização Mundial do Comércio⁴.

Por fim, buscou-se ainda o levantamento de estatísticas e de dados numéricos que auxiliam na confirmação (ou refutação) de alguns argumentos que, de outra forma, seriam puramente teóricos.

Assim, a perspectiva deste trabalho não é o olhar do empresário, do empreendedor, mas sim do Estado como um todo e dos reflexos sobre o seu sistema normativo e o seu desenvolvimento. A metodologia realizada teve por fundamento o levantamento bibliográfico e a análise da legislação brasileira e dos tratados internacionais relativos ao tema.

Muitos textos em inglês e espanhol foram consultados, de doutrinadores como Guillermo Cabanellas, Carlos Correa, Robert Cooter, Thomas Ullen, John Barton, Douglas North, dentre outros. Para garantir a fluidez do texto, seus conteúdos foram quase sempre traduzidos para o português.

Como o objetivo cuida do impacto do TRIPs sobre o sistema brasileiro, evitou-se o exame daqueles dispositivos do acordo que não contrastavam com a evolução legislativa brasileira. Também se optou por ignorar algumas questões de caráter puramente transitório, embora se reconheça a importância delas em um dado momento.

Para alcançar estes objetivos, o primeiro capítulo cuida das bases gerais do sistema de patentes. Examinam-se as características peculiares dos bens intelectuais e o quanto isto influencia a aplicação do Direito que se criou a partir deles. Mostra-se a dificuldade na definição do que é invenção, questão que tem várias consequências práticas para o Direito e o sistema de patentes. Oferece-se um vislumbre de sistemas alternativos de proteção das invenções e da evolução daquele que se tornou o sistema

³ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf> Acessado em 15 dez. 2013.

⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. Disponível em: < www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf> Acessado em: 6 nov 2013.

preponderante. Isto tudo porque o exame da natureza e da razão de ser na Propriedade Intelectual parece ser pré-requisito indispensável para a nossa busca. Não se pode aceitar ou refutar o TRIPs sem esta percepção.

No segundo capítulo analisa-se, inicialmente, as pressões sofridas pelo Brasil, no sentido de tornar mais rígidas as suas normas sobre patentes de invenção. Apontam-se, igualmente, as origens do acordo TRIPs e suas características mais importantes. Por razões didáticas, evitando repetições desnecessárias no capítulo seguinte, começa-se então a apontar alguns dos reflexos do acordo sobre o sistema brasileiro de patentes. Termina-se com uma breve análise sobre as consequências das declarações de Doha.

No terceiro capítulo, apoiando-se em premissas formuladas nos anteriores, aborda-se inicialmente os elementos de interpretação do sistema TRIPs, para que se possa compreender a margem de manobra deixada ao alcance do legislador brasileiro. Em seguida se discute, em suas linhas gerais, como o TRIPs tornou o sistema brasileiro de patentes mais protetivo para os inventores. Vê-se o impacto que teve sobre o funcionamento do Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI). Discute-se se esta maior proteção trouxe benefícios para o país. Vislumbra-se também a possibilidade de alterações de rumo, de reformas normativas. Por fim, examina-se a vulnerabilidade do Brasil a novas pressões, dentro das regras adotadas pela OMC.

O resultado encontrado foi a constatação de que, ao contrário dos argumentos que buscavam apontar o TRIPs como um instrumento de desenvolvimento, o balanço até a presente data foi decepcionante. Perdeu-se muito da flexibilidade para legislar sobre o tema e adaptá-lo à realidade nacional. Os dados estatísticos levantados mostram que o Brasil continua sendo um país pagador de *royalties* e dependente de tecnologias desenvolvidas em outros países. Contudo, não só aspectos negativos foram constatados. Observa-se, por exemplo, que o TRIPs (inserido nos mecanismos de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio) oferece maior segurança a países como o Brasil, quando estes se veem submetidos a disputas no campo do comércio internacional. Além disto, inesperadamente, pressões da sociedade civil organizada (como se viu em Seattle e se sentiu em Doha) tem colaborado para reduzir o passo da “harmonização” normativa.

Concluindo, não se tem a ambição de abordar todos os desdobramentos no campo normativo, o que seria impossível em espaço tão reduzido, além de gerar uma cadeia de informações superficiais e enfadonhas. O foco principal repousa sobre o viés das mudanças, a tendência. Verificar o espírito do acordo TRIPs, o quanto deste espírito foi absorvido pelo sistema brasileiro, se as suas brechas e flexibilidades foram aproveitadas pelo legislador pátrio ou se este criou uma norma mais rigorosa do que a harmonização exigida pelos Estados desenvolvidos.

2 AS BASES GERAIS DO SISTEMA DE PATENTES

De acordo com Denis Barbosa, “uma patente, na sua formulação clássica, é um direito, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia”⁵. É também o nome do título conferido pelo Estado e que materializa este direito. Em diferentes sistemas normativos, como o brasileiro⁶, a patente dá ao inventor o direito de excluir outras pessoas da fabricação, importação, uso e venda do produto de sua invenção, ou a utilização de um processo patenteado.

Porém, mesmo com características quase universais, o instituto da patente sempre esteve sujeito a diferentes contornos que, embora possam parecer sutis, têm grande impacto econômico e social. Assim, por exemplo, não seriam desprezíveis as consequências caso a proteção mínima conferida pelas patentes fosse reduzida de 20 para 15 anos. Por um lado poder-se-ia experimentar uma redução nos investimentos em certas áreas do conhecimento, por conta do desestímulo à criação de produtos que demandam gastos excessivos de pesquisa e desenvolvimento (P&D). Por outro lado, vários produtos (como medicamentos) se tornariam acessíveis às populações mais carentes em período mais curto de tempo, graças ao aumento prematuro da concorrência.

Estas questões se tornam ainda mais agudas quando se percebe que a lógica por trás da existência do direito originado pela patente não é tão óbvia e natural quanto aquela lógica que se depreende, por exemplo, da posse de um lápis ou de qualquer bem material móvel. A existência de um acordo como o TRIPs não é uma simples questão de justiça ou de dar a cada um o que é seu. Afinal, a própria existência das patentes é combatida por vários matizes ideológicos, como se notará no item 2.7.

Colocados estes aspectos na escala da economia global e da competição entre grandes empresas, com o tempero próprio dos embates ideológicos e dos diferentes

⁵ BARBOSA, Denis. 2010, p.1099.

⁶ Art. 42 da Lei nº 9.279/1996.

graus de desenvolvimento econômico, encontramos um tema que exige o exame de aspectos multifacetados.

Antes de se examinar as origens, a natureza e os reflexos do acordo TRIPs é preciso identificar qual o fundamento a justificar a existência da própria patente e, sumariamente, qual foi a sua evolução. Afinal, não se pode julgar o TRIPs partindo do princípio de que o sistema de patentes é o ponto máximo, único e definitivo de um sistema de proteção ao inventor. Seria incoerente discutir a conveniência de adotar um sistema de patentes mais rigoroso, mais protetivo, se não se sabe porque ele foi criado e se a patente é, de fato, a única forma possível de se proteger o inventor. Se cumpre proibir as pessoas de utilizarem um bem que por séculos foi de uso comum, há que se saber o motivo desta restrição de direitos. Em outras palavras, urge identificar porque um tipo de conhecimento, que durante quase toda a história da humanidade, pertencia a todos que a ele tinham acesso, passou a se tornar um bem privado.

Neste passo, os temas abordados no primeiro capítulo se prestam a uma releitura de elementos que deverão auxiliar na compreensão do objetivo perseguido por este trabalho. Trata-se de desmistificar a patente como direito natural do inventor e vê-la nos seus contextos econômico e social.

2.1 A Propriedade Intelectual

Poucos se arriscam a conceituar o termo “Propriedade Intelectual”, uma vez que este campo do direito engloba bens de natureza bastante diversa. Daí porque autores como Denis Barbosa⁷ preferem fazer referência ao art. 2º da convenção que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) que, evitando um conceito, limita-se a apontar seu conteúdo, qual seja, em resumo: os direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas; as interpretações e execuções dos artistas, fonogramas, radiodifusões; as invenções em todos os domínios da atividade humana; as descobertas científicas; os desenhos e modelos industriais; as marcas e as denominações comerciais,

⁷ BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 7.

além da proteção à concorrência desleal e todos os outros direitos resultantes da atividade intelectual nos campos da indústria, ciência ou literatura.

Ainda que possa causar surpresa a diversidade de objetos e institutos jurídicos disciplinados por este campo do Direito, é possível observar que existe entre eles um ponto em comum que é mais relevante do que seus contrastes: todos os bens aqui protegidos são frutos da atividade intelectual⁸ e, como tal, são intangíveis.

A intangibilidade é um aspecto fundamental e que escapa das pessoas não habituadas com este ramo do direito. Uma coisa é o direito do autor sobre a sua criação (por exemplo, uma obra literária). Outra é o direito daquele que adquire o exemplar físico da obra de um autor. Afinal, o adquirente tem o direito de usar o livro, de vendê-lo e até mesmo de destruí-lo. Contudo, está proibido de reproduzir o seu conteúdo sem a autorização do autor. Assim, “Propriedade intelectual consiste em direitos sobre objetos ideais, os quais são distintos do substrato material no qual estão representados”⁹. Estes direitos proporcionarão ao criador ou ao detentor o poder de impedir que terceiros façam uso não autorizado de sua propriedade.

A Propriedade Intelectual consiste também na reunião de institutos que se desenvolveram separadamente. Neste sentido, a Propriedade Industrial constitui um dos ramos da Propriedade Intelectual, tratando dos bens imateriais que, tradicionalmente, afetam “mais diretamente ao interesse da indústria de transformação e do comércio”¹⁰. Abarca a proteção das invenções, das marcas, dos modelos de utilidade, dos desenhos industriais, além de regular a repressão às falsas indicações geográficas e à concorrência desleal¹¹. A Propriedade Industrial trata do estudo de uma das funções vitais da empresa: a defesa do seu espaço concorrencial vital, sua capacidade de inovação e sua proteção contra meios desleais de concorrência¹².

⁸ BARBOSA, Cláudio R.. Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 9.

⁹ Tom G. Palmer, citado em KINSELLA, N. Stephan. Contra a Propriedade Intelectual. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 9.

¹⁰ BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.15.

¹¹ DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario Augusto Soerensen; MENDES, Paulo Parente Marques. A Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 17.

¹² GONÇALVES, Luís M. Couto. Manual de Direito Industrial. Coimbra: Almedina, 2008, p. 33.

O outro ramo tradicional da Propriedade Intelectual consiste no Direito Autoral, que abarca criações tão distintas quanto, por exemplo, os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; as composições musicais; as obras audiovisuais; as esculturas e os programas de computador.

Segundo Luís Gonçalves:

A obra autoral é diferente da criação industrial quanto ao modo de nascimento do respectivo direito (criação/registro), quanto ao conteúdo do direito (personalista/patrimonialista) e quanto aos requisitos de validade do objecto (originalidade/aplicação industrial)¹³.

Ademais, nos últimos anos, têm se reconhecido a existência de sistemas híbridos de Propriedade Intelectual, *sui generis*, como soe ser o caso da proteção à topografia de circuitos integrados, os cultivares e os conhecimentos tradicionais¹⁴.

2.2 Das peculiares características dos bens intelectuais

Muitas das controvérsias que cercam o estudo e a efetividade dos direitos sobre patentes estão vinculadas às características peculiares dos bens intelectuais.

Aquele que adquire um lápis pode proteger seu domínio, controlando-o fisicamente, pela simples posse. Em geral, duas pessoas não podem usar um lápis ao mesmo tempo. A invenção, por outro lado, por ser uma formulação mental, imaterial, cria obstáculos práticos à restrição de seu uso por terceiros, com sérias consequências para a aplicação do Direito, inclusive no que tange ao cumprimento dos acordos internacionais.

Uma característica do conhecimento é que seu consumo, por parte de uma pessoa, não diminui as oportunidades de consumo por parte de outra (um exemplo poderia ser a leitura deste texto). Ademais o custo adicional de ampliar o uso para incluir outra pessoa frequentemente é muito baixo ou inexistente (por exemplo, o empréstimo de um livro ou a cópia de um arquivo eletrônico). Desde o ponto de vista da sociedade, quanto mais pessoas

¹³ GONÇALVES, Luís M. Couto. Manual de Direito Industrial. Coimbra: Almedina, 2008, p. 32.

¹⁴ Sobre a temática: BARBOSA, Cláudio R.. Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 174-184.

utilizam o conhecimento, melhor, porque cada usuário obtém um benefício a custo baixo ou nulo e a sociedade também sai beneficiada em um certo sentido. Os economistas, portanto, afirmam que o conhecimento se caracteriza por ser um bem público não-rival (ou indivisível)¹⁵.

A menção do conhecimento como bem “público” não é naquele sentido jurídico de “coisa integrada ao domínio público”¹⁶, mas sim do ponto de vista econômico. O conhecimento é um bem público, economicamente considerado, porque pode ser consumido “por várias pessoas, simultaneamente, sem qualquer atenuação de suas características”¹⁷ e sem que disto resulte alguma rivalidade¹⁸. Bens públicos são, simultaneamente, não-rivais e não-excludentes.

A “não-rivalidade” implica na percepção de que a infração da patente, embora possa causar prejuízo econômico, não reduz em nada a disponibilidade e o direito que o titular tem sobre o invento, por mais difundido que esteja o seu uso por terceiros¹⁹. Sob outro ângulo o fato de alguém usar uma criação técnica “não impossibilita outra pessoa de também fazê-lo, em toda extensão, e sem prejuízo da fruição da primeira”²⁰.

A “não-exclusividade”, ainda segundo Denis Barbosa, resulta em que “salvo intervenção estatal ou outras medidas artificiais, ninguém pode ser impedido de usar o bem” (2010, p. 1102).

Contudo, bens públicos geram um problema específico. Afinal, não é lucrativo ou eficiente destinar grandes recursos para desenvolver produtos que poderão ser, por um custo mínimo, facilmente reproduzidos por outras pessoas. Afinal, copiar uma nova tecnologia tende a resultar em um custo muito inferior ao despendido pelo seu inventor.

¹⁵ BARTON, John (org.). *Propriedad intelectual y políticas de desarrollo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2005, p.61.

¹⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 293.

¹⁷ BARBOSA, Cláudio, 2009, p.11.

¹⁸ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 120.

¹⁹ SOUZA, Marcos da Cunha e. *A patente de invenção e sua função social na ordem econômica*. In: NICZ, Alvacir Alfredo; KLEIN, Adriano Alves (Orgs.). *Princípios constitucionais: efetividade e desenvolvimento*. São Paulo: Iglu Editora, 2013, p.208-209.

²⁰ BARBOSA, Denis. 2010, 1101.

Em um outro sentido, tentar excluir o uso de um conhecimento, de modo que ele não possa ser utilizado por terceiras pessoas, é uma tarefa difícil e cara²¹.

Ao final, em uma sociedade sem patentes, poder-se-ia chegar a dois paradoxos, a saber:

1. o criador (para cobrir os custos da pesquisa) seria obrigado a cobrar mais caro pelo produto do que aqueles concorrentes que simplesmente se apoderaram da informação. Ele deixaria de colher, em muitos casos, os benefícios econômicos devidos pelo seu esforço²²;

2. outros empreendedores, que teriam o gênio e os recursos necessários para desenvolver novas tecnologias, deixariam de fazê-lo, muitas vezes ignorando até demandas já existentes, por não ser lucrativo despender recursos sem garantia de exclusividade.

Em tal cenário, a livre concorrência poderia jogar o preço de venda rumo ao custo marginal²³, impedindo ao inventor inserir no seu preço uma fração que lhe permita recuperar seu investimento com pesquisa e desenvolvimento. Com o tempo, os inventores deixariam o mercado, gerando escassez de inovações, em um desfecho que não interessa a ninguém²⁴. As leis de patente surgem para evitar este resultado.

Essa situação na qual a oferta não consegue atender a demanda sem uma intervenção externa é denominada, em economia, uma ‘falha de mercado’ (‘market failure’) e, para contorná-la, é necessária uma intromissão: atribui-se ao bem público uma exclusividade, transformando-o em bem privado sob o ponto de vista econômico.²⁵

²¹ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 132.

²² CORREA, Correa. *Op. cit.*, p. 40.

²³ Custo marginal é o custo de fabricação de uma unidade adicional de uma determinada mercadoria ou produto.

²⁴ TIMM, Luciano Benetti; CAOVIOLA, Renato. *As Teorias Rivas sobre a Propriedade Intelectual no Brasil*. *Economic Analysis of Law Review (EALR)*, V. 1, nº 1, Jan-Jun, 2010, p. 59.

²⁵ BARBOSA, Cláudio R.. *Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 11.

De fato, as falhas de mercado “impedem que todas as relações econômicas possam alcançar a melhor eficiência apenas pela transação entre os agentes. Essas falhas devem ser consideradas e dirimidas, quando possível, pelas regras jurídicas”²⁶.

O problema se agrava quando a difusão da nova tecnologia, pelos aparatos de comunicação hoje disponíveis, facilita e potencializa a duplicação autônoma do bem incorpóreo ou de sua realização material²⁷.

Dentro deste panorama, as patentes seriam, aos olhos dos partidários deste sistema, uma forma de abrandar a referida falha de mercado. Ao conferir uma exclusividade temporária ao inventor, as patentes permitem a recuperação dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento. Nesta hipótese, outras pessoas somente podem utilizar comercialmente este conhecimento com a autorização do titular da patente. Assim, enfraquecida a concorrência, pode-se cobrar do consumidor um preço maior, capaz de amortizar os custos realizados em P&D²⁸.

Nas palavras de Cooter e Ulen, “as sociedades criam a propriedade como direito jurídico para incentivar a produção, inibir o furto e reduzir custos de proteção de bens”²⁹. De acordo com os mesmos autores:

De um ponto de vista jurídico, a propriedade é um conjunto de direitos. Esses direitos descrevem o que as pessoas podem e não podem fazer com os recursos que possuem. Mas esses direitos não são imutáveis. Podem mudar de uma geração para outra³⁰.

Da mesma forma, a propriedade poderá vir a incidir sobre novos bens, em função da evolução econômica e social, dentro dos limites estabelecidos pelo sistema normativo.

Para Patrícia Del Nero “a Propriedade Intelectual é uma modalidade de propriedade, apenas com a característica marcante de ter como objeto bens

²⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.92.

²⁷ BARBOSA, D. 2010, p.76

²⁸ BARTON, John (org.). Propriedad intelectual y políticas de desarrollo. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2005, p.62.

²⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.98.

³⁰ Ibidem, p.92.

imateriais”³¹. Contudo, ainda que aceitando a natureza patrimonial da patente de invenção, deve-se ter claro que guarda grandes peculiaridades (por conta de sua natureza imaterial) e precisa ser limitada, em vários aspectos, de forma a não se tornar um obstáculo à eficiência econômica e ao desenvolvimento da sociedade. Estas limitações devem variar de intensidade ao longo do tempo, do espaço econômico e das áreas de conhecimento.

Querer tratar os direitos sobre bens intelectuais pela mesma lógica da propriedade sobre bens materiais inevitavelmente nos levará a novas falhas de mercado e a um excesso de proteção que beneficiará apenas uma parcela diminuta da sociedade.

Uma vez compreendida a natureza do bem intelectual (como soe ser a patente de invenção) como um bem público, não-rival e não-excludente, cumpre referir, em apartada síntese, como ele passou a ser objeto do direito de propriedade.

2.3 Rumo à proteção jurídica das invenções

A história das origens da Propriedade Industrial se presta a muitas interpretações, de acordo com a orientação de quem a relata. Porém, seria inútil examinar os efeitos do acordo TRIPs se olvidássemos o sistema que o precedeu e a evolução dos valores que justificaram o seu aparecimento.

A tecnologia envolve “conhecimentos técnicos e científicos, em seus diferentes campos, os quais são aplicáveis de forma prática a um determinado ramo de atividade”³². Estes conhecimentos, por sua vez, poderão ser utilizados para a criação de um bem corpóreo (como uma ratoeira) ou incorpóreo (como um programa de computador).

A capacidade inventiva sempre foi um fator importante para o desenvolvimento das diferentes civilizações humanas. Todas elas tiveram que buscar a feitura de artefatos ou processos capazes de solucionar problemas práticos.

³¹ DEL NERO, Patrícia Aurélia. Propriedade Intelectual: A tutela jurídica da biotecnologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

³² DI BLASI, Gabriel. A Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 28.

Embora muitas invenções tenham resultado de lentos processos de evolução técnica, da qual participaram inúmeras gerações, os escritos deixados pelas civilizações antigas nos mostram que há milhares de anos já contávamos com um punhado de pessoas dotadas de habilidade especial para criar. Tais pessoas gozavam de grande respeito na sociedade, gerando mitos ainda hoje lembrados. Arquimedes (287-212 a.C.), por exemplo, ficou famoso pelas suas descobertas relativas à mecânica e à hidrostática, tendo criado o parafuso sem fim para elevação de água e a polia composta³³.

Porém, em que pese a importância de certos avanços, o ato de criar soluções práticas não gozou de qualquer proteção durante a maior parte da história da humanidade. A propriedade das criações intelectuais, nos moldes como nós a conhecemos atualmente, não encontra paralelo na Antiguidade³⁴ e na maior parte da Idade Média. O que não significa que muitos não desejassem algum tipo de segurança. Afinal, intuitivamente, era possível perceber que certos avanços tecnológicos, ao gerarem uma novidade absoluta ou melhoria, ofereciam vantagens competitivas ao seu detentor³⁵. Neste caso, na falta de uma norma que proibisse a reprodução da invenção por outros membros da sociedade, o máximo que se podia fazer era tentar manter o segredo da sua composição ou forma de fabricação, alongando no tempo aquela vantagem. Contudo, grandes inventores, como o renascentista Leonardo da Vinci (1452-1519) garantiam uma sobrevivência confortável assentada na fama que obtinham com o seu trabalho³⁶.

Em resumo, podemos afirmar que, por milhares de anos, o sistema de produção intelectual se manteve eficiente para alcançar os objetivos tecnológicos das diferentes sociedades humanas, sem que se visse a necessidade de criação de um sistema de propriedade intelectual³⁷. Em algum momento, no entanto, os governantes começaram a vislumbrar a necessidade de se conceder algum tipo de privilégio aos inventores. Na Idade Média, partindo de situações pontuais e valorações subjetivas, reis e autoridades

³³ RONAN, Colin A.. História Ilustrada da Ciência. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987, Volume I, p.118-119.

³⁴ Sabe-se de um caso muito específico, relacionada à colônia grega de Sibaris, encravada no sul da Itália. Mas é uma exceção tão pequena, que apenas confirma a regra.

³⁵ BARBOSA, Claudio. Op. cit., p. 21.

³⁶ Ibidem, p. 23.

³⁷ BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Tomo I, p. 42.

eclesiásticas concederam privilégios a alguns inventores. Os critérios eram heterogêneos e dependiam da simpatia da autoridade concedente³⁸. Ao inventor não se reconhecia um direito subjetivo à proteção. Os prazos eram os mais variados e podiam impor condições.

Os diferentes estudiosos no assunto variam bastante quanto a identificar a primeira legislação a sistematizar a proteção dos inventores, conferindo-lhes um direito subjetivo às patentes. Por força da importância econômica e política que a Grã-Bretanha viria a ter a partir do século XVII até o século XX, a grande maioria aponta o *Statute of Monopolies* inglês de 1624³⁹. Contudo, não podemos olvidar o Estatuto da República de Veneza de 1474 que, sob vários aspectos, firmou as bases da moderna proteção das patentes. Em seu preâmbulo apontava o objetivo de encorajar a inovação, oferecia ao inventor direitos exclusivos (desde que suas invenções provassem ser úteis, novas e não-óbvias) e limitava o monopólio por um período pré-determinado de tempo (10 anos)⁴⁰. Ademais, previa punição aos infratores, que sofreriam a destruição do objeto contrafeito, além do pagamento de multa de 100 ducados⁴².

Alguns autores, como Cláudio Barbosa, enxergam nas características do período mercantilista⁴³ o fundamento para uma ruptura na forma como as inovações tecnológicas deveriam ser tratadas pelo Estado. Nesse momento histórico, afirma o autor:

[...] as informações deixam de ser apenas do criador e passam a representar um valor para o comerciante, o empresário e, acima de tudo, para o Estado, que se consolidava como instrumento apto a

³⁸ DI BLASI, Gabriel. 2010, p. 2.

³⁹ Para um estudo detalhado do caminho percorrido até o *Statute of Monopolies* de 1624, suas conseqüências e interpretações, recomenda-se a leitura dos artigos de Chris Dent (“Generally Inconvenient”: The 1624 *Statute of Monopolies* as Political Compromise. *Melbourne University Law Review*, Volume 33, Issue 2, 2009) e de Thomas B. Nachbar (*Monopoly, Mercantilism, and the Politics of Regulation*. *Virginia Law Review*, Vol. 91, p. 1313, 2005).

⁴⁰ NARD, Craig Allen e MORRIS Andrew P.. *Constitutionalizing Patents: From Venice to Philadelphia*, 2004, p. 234/235. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=585661> Acessado em: 08/02/2013.

⁴¹ Patentes não podem ser eternas pois “gerações subseqüentes seriam sufocadas pelas crescentes restrições sobre seu próprio uso de propriedade. Ninguém seria capaz de construir uma casa sem pedir permissão aos herdeiros de Edison” (KINSELLA, 2010, p.23).

⁴² CHISUM et al. apud Op. cit. p.235, nota 46.

⁴³ Como doutrina econômica, o mercantilismo prestigiava “o acúmulo de divisas em metais preciosos pelo Estado, por meio do comércio exterior de caráter protecionista” (DEL NERO, 2008, p.150).

oferecer proteção e permitir o desenvolvimento desses novos empreendimentos⁴⁴.

A leitura das cartas de privilégio deste período denotam não apenas a intenção de recompensar o inventor, mas também o objetivo de fomentar o progresso científico⁴⁵.

No tocante ao *Statute of Monopolies* de 1624, este tinha um aspecto que, embora subjetivo, guarda relevância para o estudo do acordo TRIPs. Na Seção nº 6, a norma reconhecia o monopólio do inventor, desde que o privilégio não viesse a causar prejuízo ao Estado, aumento dos preços dos produtos no mercado doméstico e outras inconveniências⁴⁶. Seu texto mostra que, mesmo tendo o Estado reconhecido a importância de se proteger o inventor, a proteção não poderia causar danos à sociedade que superassem os benefícios oferecidos pelo sistema de patentes. Em outras palavras, já no século XVII, reconhecia-se que o direito de exclusiva podia causar danos a setores da sociedade. O TRIPs reproduz este gênero de preocupação em seus artigos 7º e 8º, mas com aplicabilidade duvidosa, como se verá no capítulo 4.

O estatuto inglês também adotou o termo *Letters Patent* para designar o título que reconhecia o privilégio⁴⁷. Ele foi aplicado na Grã-Bretanha até 1977 e é expressamente citado pelo vigente Patent Act de 1990 da Austrália⁴⁸.

2.3.1 A disseminação do sistema de patentes

A disseminação do sistema de patentes, contudo, viria a ocorrer apenas no final do século XVIII “e, de um modo mais elaborado, durante o século XIX, após o triunfo

⁴⁴ BARBOSA, Cláudio R.. Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.25.

⁴⁵ DI BLASI, 2010, p.2.

⁴⁶ O núcleo da Seção nº 6, de acordo com Dent (2009, p.442) diz o seguinte: “any Declaration before-mentioned shall not extend to any Letters Patents and Grants of Privilege for the Term of fourteen Years or under, hereafter to be made, of the sole Working or Making of any manner of new Manufactures within this Realm, to the true and first Inventor and Inventors of such Manufactures, which others at the Time of Making such Letters Patents and Grants shall not use, so as also they be not contrary to the Law, nor mischievous to the State, by raising Prices of Commodities at home, or Hurt of Trade, or generally inconvenient”.

⁴⁷ BENSADON, Martín, *Op. cit.*, p. 11.

⁴⁸ DENT, 2009, p. 415.

dos princípios ligados à revolução francesa e as alterações provocadas pela revolução industrial”⁴⁹.

O aumento das transações comerciais, agora em escala global, foi seguido pela Revolução Industrial do século XVIII. Surgem as máquinas a vapor e a produção em massa e as empresas passam a buscar elementos de diferenciação de seus produtos, além de inovações que as colocasse em uma situação de vantagem para combater a concorrência baseada no preço⁵⁰. O empresário sente a necessidade de investir em tecnologia, mas precisa obter garantias de que haverá retorno para este investimento.

Este quadro, na visão de João da Gama Cerqueira:

“[...] deu lugar ao aparecimento de uma competição sem regras e sem limites, entre comerciais e industriais, empenhados em obter vantagens cada vez maiores sobre seus concorrentes. (...) Daí a necessidade de intervenção do Estado para regulamentar a concorrência, coibindo os abusos da liberdade individual e mantendo a livre concorrência dentro de seus limites naturais”⁵¹.

Assim, a proteção aos inventores viria a constar da Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e foi objeto de lei, naquele país, em 1790.

A França revolucionária também se debruçaria sobre este tema. A Revolução abolira todos os privilégios outorgados pelo Antigo Regime e precisava criar um arcabouço jurídico baseado em novos princípios. Assim, a lei de 7 de janeiro de 1791, de inspiração liberal e jusnaturalista, declarava: “A Assembleia Nacional considera que toda ideia nova, cuja manifestação ou desenvolvimento possam se tornar úteis à sociedade, pertencem privativamente àquele que a tenha concebido”⁵². Seu foco é o desenvolvimento da indústria francesa, oferecendo uma proteção ao inventor em troca da disponibilização do conhecimento para toda a sociedade ao final do prazo de exclusividade. Daí porque a concessão da patente (“*brevet*”) dependia de uma

⁴⁹ GONÇALVES, 2008, p.51.

⁵⁰ Ibidem, 2008, p.53.

⁵¹ In Tratado da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, volume I, p.42. Também para Luís Gonçalves “é por causa da concorrência que o direito industrial nasceu” (2008, p.32).

⁵² BENSADON, Martín, *Op. cit.*, p.12.

“descrição exata dos princípios, meios e procedimentos que constituem a descoberta, assim como os planos, cortes, desenhos e modelos que possam lhe ser relativos”⁵³.

A expansão do sistema acompanhou a ideologia que se espalhou pela Europa pós 1789 e não demorou para que os inventores viessem a gozar de “privilégio exclusivo” em terras brasileiras, por força alvará de 28 de abril de 1809⁵⁴. Citemos ainda, como exemplos do movimento expansão, a lei austríaca de 1810, a russa de 1812 e a prussiana de 1815⁵⁵.

Por que então, após séculos de desinteresse dos Estados pelo tema, a questão se tornou latente a partir da independência americana e da Revolução Francesa?

O motivo, de acordo com vários autores, teria sido não apenas a evolução do modelo econômico, mas também o poder crescente da burguesia. Nesta fase “em todos os países (...) os governos sustentaram os interesses econômicos da classe empresarial quase sem discussão, e deram o melhor dos seus esforços para protegê-los”⁵⁶. Foi, assim, um evento “próprio de uma etapa determinada no desenvolvimento econômico”⁵⁷, onde, especialmente na Inglaterra, “a crescente industrialização impõe um rumo à sistematização da proteção às inovações”⁵⁸. Nesse passo, as causas que motivaram a expansão do sistema “estavam relacionadas com o contexto econômico de base”⁵⁹, paralelo que encontramos ao abordar as origens do TRIPs.

Gonçalves argumenta que:

a revolução francesa criou o fundamento político, filosófico e jurídico para a abolição do sistema medieval de privilégios e a instituição de um sistema de reconhecimento do direito de propriedade do inventor (tido como o direito mais revolucionário)⁶⁰.

⁵³ DURANCE, Philippe. L'abbé Grégoire et l'essor industriel de la France, p.7. Disponível em: <http://pdurance.blog.lemonde.fr/files/2010/01/2010DuranceCnamHGregoire.pdf> Acessado em: 12/09/2013.

⁵⁴ BARBOSA, Cláudio R.. Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.31.

⁵⁵ DI BLASI, Gabriel. A Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.4.

⁵⁶ SCHUMPETER, Joseph Alois. História da análise econômica. Rio de Janeiro: USAID, 1964, p.29.

⁵⁷ CABANELLAS, Guillermo. Derecho de las patentes de invención. Buenos Aires: Heliasta, 2004. Vol.1, p.39.

⁵⁸ BARBOSA, Cláudio R.. Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.29.

⁵⁹ PRONER, Carol. Propriedade Intelectual e Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p.37.

⁶⁰ Op. cit., 2008, p.52.

Outro elemento importante é o fato de que a terra deixava de ser o padrão de medida da riqueza, ganhando força as máquinas e o acesso à matéria prima. Na Inglaterra, ao contrário da visão pessimista de Malthus:

a Revolução Industrial fomentou de tal modo a produtividade, que a riqueza nacional e o poder aquisitivo geral ultrapassaram o crescimento demográfico (...). Durante o século XIX a população britânica foi multiplicada por quatro, enquanto o produto nacional cresceu cinquenta e duas vezes⁶¹.

Junto com o liberalismo, o Ocidente consolidava então os direitos humanos de primeira geração, de coloração claramente individualista, “demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”⁶². Representando o reconhecimento formal de um direito de defesa do cidadão⁶³, estes direitos fundamentais eram voltados à proteção da liberdade, da propriedade e da igualdade perante a lei.

A propriedade, naquele momento histórico, ainda tinha a sua disciplina influenciada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, para a qual “seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos”⁶⁴.

No tocante à “propriedade” dos inventores sobre suas “descobertas” ou “produções”, esta encontraria sua justificativa na recompensa que aqueles mereceriam pelos benefícios trazidos à sociedade, assim como pela divulgação da informação, permitindo que terceiros também colhessem os frutos do avanço tecnológico⁶⁵. Seu fundamento poderia ser visto também como uma troca entre a sociedade e o inventor⁶⁶. A sociedade, através do Estado, protegeria a exclusividade do criador sobre o seu invento durante alguns anos, garantindo-lhe um justo retorno financeiro pela sua iniciativa. Passado este período, o inventor entregaria sua criação à sociedade, em

⁶¹ ZUCCHERINO, 1994, p.24.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.50.

⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p.384.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiro Editores, 2011, p.272.

⁶⁵ BARBOSA, Cláudio R.. Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.49.

⁶⁶ É o que Machlup chamou de “Teoria do Contrato”, *apud* REMICHE, 2005, p.78.

caráter definitivo, ajudando a promover o progresso da ciência. O sistema deveria servir, portanto, como estímulo à pesquisa tecnológica⁶⁷.

Observa-se então que, na medida em que a Propriedade Industrial busca limitar o uso de bens que sempre foram públicos e livremente apropriáveis pela sociedade, sua existência sempre dependeu de argumentos econômicos, ideológicos e filosóficos. Esta percepção é importante nos dias de hoje, quando discutimos a abrangência e a justificativa do acordo TRIPs.

2.3.2 As primeiras normas brasileiras sobre patentes

No caso do Brasil, viveu-se sob duas realidades diferentes, ainda durante a colonização. Primeiro, com o sistema primitivo de outorga de privilégios pelo poder real, de forma discricionária, cuja origem se pode apontar em 1752, quando um inventor obteve um monopólio de 10 anos de duração, relativo a uma máquina de descascar arroz⁶⁸. Depois, ainda durante a colonização, mas com a presença da família real portuguesa em território brasileiro, foi promulgado pelo príncipe regente D. João o alvará de 28 de abril de 1809, concedendo privilégio exclusivo aos inventores pelo prazo de 14 anos (D. BARBOSA, 2010, p.20).

Esta norma, que foi uma das primeiras do mundo deste gênero, merece destaque por pelo menos dois motivos. Primeiro, porque nela vemos claramente o seu objetivo econômico, além de uma concessão à ideologia que vinha sendo difundida pelas baionetas de Napoleão Bonaparte. Afinal, o texto fala no desejo do príncipe em estabelecer “princípios liberais para a prosperidade deste Estado do Brasil”⁶⁹.

O outro aspecto que merece ser destacado diz respeito à adoção, pelo alvará de 1809, de regramentos extremamente modernos, ainda hoje utilizados. Ali vemos a

⁶⁷ É a “Teoria do Encorajamento”, na classificação de Machlup, *apud* REMICHE, 2005, p.78.

⁶⁸ DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario Augusto Soerensen; MENDES, Paulo Parente Marques. A Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.7.

⁶⁹ BARBOSA, Denis Borges, *Op. cit.*, 2010, p.20.

existência de um prazo pré-determinado de validade do privilégio, a referência à “novidade” como requisito da concessão, o direito subjetivo a obter a proteção (bastando, para tanto, provar o cumprimento das condições impostas pela norma) e a obrigação de que as características do invento sejam publicadas “para que no fim deste prazo toda a Nação goze do fruto desta Invenção”⁷⁰. Há ainda um aspecto talvez universal, até hoje, entre os países que adotaram este sistema: o inventor somente adquire a propriedade, quando obtém a patente, através do Estado. Um inventor que não requer patente não se tornará proprietário.

Com a independência do país, a proteção aos inventores logo foi confirmada pelo sistema constitucional brasileiro. A Constituição do Império de 1824, ao tratar, no art. 179, da “inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, que tinha por base “a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”, determinava que os inventores teriam “a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções” (inciso XXVI). Era, mais uma vez, a transposição para o Brasil do liberalismo econômico em voga na Europa e nos Estados Unidos e que tinha, como um dos seus pilares, o direito de propriedade⁷¹.

A primeira lei do Brasil independente sobre o tema data de 28 de agosto de 1830 e foi praticamente ignorada durante mais de 50 anos⁷². Dentre os seus aspectos interessantes, diga-se que a duração do privilégio variava entre cinco e vinte anos e havia a possibilidade de caducidade do direito, caso a invenção ficasse por dois anos sem ser explorada⁷³. Tanto a variação do prazo de duração quanto a previsão de caducidade da patente denotam a preocupação, ainda hoje existente, de se estabelecer um sistema que evite o excesso de proteção. Era um tempo em que cada país podia sopesar os limites da exclusiva de acordo com os seus interesses econômicos.

⁷⁰ Ibidem, 2010, p.20.

⁷¹ SOUZA, Marcos da Cunha e. A patente de invenção e sua função social na ordem econômica. *In*: NICZ, Alvacir Alfredo; KLEIN, Adriano Alves (Orgs.). Princípios constitucionais: efetividade e desenvolvimento. São Paulo: Iglu Editora, 2013, p.202.

⁷² CERQUEIRA, João da Gama. *Op. cit.*, vol. I, p.11.

⁷³ BARBOSA, Denis Borges, *Op. cit.*, p.21.

2.4 A invenção entre a ciência aplicada e o Direito

Para que se possa fazer um julgamento do sistema atual de patentes, é importante referir que o conceito jurídico de invenção não corresponde exatamente aos seus contornos sob o ponto de vista da ciência aplicada. A história e o Direito nos mostram que nem sempre aquilo que a Física, a Química ou a Medicina vislumbraram como um grande avanço científico foi merecedor de uma proteção patentária. Por outro lado, algumas criações carentes de atividade inventiva já foram e continuam sendo objeto de patentes. Esta falta de coincidência entre norma e ciência aplicada tem sido uma brecha para que cheguemos a cenários arbitrários, marcados por um excesso ou carência de proteção.

Para a ciência aplicada o conceito de “invenção” comporta interpretações, até porque a própria palavra tem mais de um significado, podendo indicar tanto o ato da criação, quanto a própria coisa inventada.

Enrico Luzatto dizia que a “invenção é a solução de um problema técnico, quando esta solução foi obtida por um sistema concreto de realizações e constitui uma criação da inteligência humana, e, ainda, cuja colaboração excede à concepção normal da técnica de sua época”.⁷⁴

Di Blasi a conceitua como “o bem incorpóreo, resultado de atividade inventiva, o qual define algo, enquadrado nos diversos campos da técnica, anteriormente não conhecido ou utilizado”⁷⁵.

Do ponto de vista jurídico, visando à patenteabilidade, as leis dos diferentes Estados, normalmente, não conceituam o que seja invenção. Esta aparente omissão é justificável, pelo fato de que qualquer definição seria imprecisa e capaz de gerar, diante de casos concretos, efeitos jurídicos indesejáveis para o sistema.

Por outro lado, a impossibilidade prática de se conceituar objetivamente o que seja uma invenção é um dos aspectos que vem permitindo a ampliação do campo de

⁷⁴ Apud DOMINGUES, Douglas Gabriel. Direito Industrial – Patentes. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.35.

⁷⁵ DI BLASI, Gabriel. A Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.29.

abrangência das matérias patenteáveis. Assim, por exemplo, há o problema em se distinguir a invenção da simples descoberta e “pode se apresentar como um dilema para efeitos de patenteamento de material biológico, de partes do corpo, das células-tronco ou, genericamente, como são chamados, produtos da natureza”⁷⁶.

A lei argentina de patentes (Lei nº 24.481/95), uma exceção neste campo, define a invenção como “toda criação humana que permita transformar matéria ou energia para seu aproveitamento pelo homem” (art. 4º, inc. “a”). Para Bensadon, “trata-se de uma definição bastante inócua e, portanto, inútil, já que de certa maneira resume o requisito da aplicação industrial”⁷⁷. O conceito da legislação mexicana é semelhante, ao dispor em seu artigo 15 que: “Considera-se invenção toda criação humana que permita transformar a matéria ou a energia que existe na natureza, para o seu aproveitamento pelo homem e satisfazer suas necessidades concretas”⁷⁸.

Por fim, nos termos do *Canadian Patent Act* (R.S.C., 1985, c. P-4),

*invention means any new useful art, process, machine, manufacture or composition of matter or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter*⁷⁹.

A legislação brasileira, seguindo a tendência preponderante, apenas indica as condições específicas de patenteabilidade, ao estatuir que seja patenteável apenas aquele tipo de invenção “que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial” (art. 8º da Lei nº 9.279/96). Em outras palavras, o art. 8º não define invenção, mas sim as condições para que uma invenção possa ser objeto de uma patente. Contudo, no artigo 10º, a referida norma aponta uma longa lista do que “não se consideram invenção nem modelo de utilidade”, oferecendo, pela via da exclusão, um vislumbre daquilo que o legislador não ousou definir.

Mas é possível destacar da doutrina internacional um elemento comum: o invento é a criação intelectual que oferece “uma solução técnica para um problema técnico”⁸⁰. Ou, melhor dizendo, “a proteção da patente existe apenas para um

⁷⁶ FERNANDES, Márcia Santana. *Bioética, Medicina e Direito de Propriedade Intelectual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 98.

⁷⁷ BENSADON, Martín. *Derecho de Patentes*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p. 27.

⁷⁸ Apud BENSADON, Op. cit., p. 27.

⁷⁹ Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/P-4/page-1.html> Acessado em: 12 abr. 2013.

⁸⁰ D. BARBOSA, 2010, p. 1105.

determinado tipo de criação, uma ação humana, que importa em intervenção na Natureza, sendo assim ao mesmo tempo útil e de cunho concreto”⁸¹.

Contudo, dependendo do momento histórico, do sistema econômico e do país envolvido, nem todas as invenções poderão ser objeto de exclusividade. É o que se verá, no caso do Brasil no tocante aos produtos farmacêuticos antes de 1996.

Por outro lado, nem todo esforço intelectual na área da tecnologia nos levará a uma invenção. Não se considera invenção a simples concepção de uma ideia abstrata (como aquela produzida por uma corrente filosófica), nem a descoberta de uma lei da natureza, de um fenômeno natural ou de um ser vivo que estivera até então oculto.

Embora a descoberta resulte do espírito especulativo do ser humano, ela “apenas aumenta os conhecimentos do homem sobre o mundo físico”⁸², revelando um fenômeno, uma substância ou suas propriedades. Dela não resulta “uma transformação do mundo exterior ou modificação do estado físico preexistente”⁸³. Por mais importante que seja uma descoberta, por maiores que sejam as suas implicações, não se vislumbra uma invenção. Consequentemente, pode-se proteger pelo sistema de patentes um novo equipamento capaz de capturar ratos. Entretanto, não pode ser objeto de patente a formulação de Albert Einstein segundo a qual energia é igual a massa vezes velocidade da luz no vácuo ao quadrado ($E = mc^2$). Afinal, ao propor esta equação, Einstein não concebeu um artefato ou processo capaz de desempenhar uma função útil. Sua mente apenas descobriu uma lei da Física, algo que já existia na natureza.

As normas dos diferentes países apontam criações da mente humana que, embora tenham grande relevância econômica, não podem ser patenteadas, por não serem consideradas invenções. Seria o caso, na legislação brasileira atual, dos métodos matemáticos, comerciais, contábeis e educativos, dentre outras hipóteses listadas no art.10 da Lei nº 9.279/1996. De fato, algumas destas criações se aproximam da mera descoberta de algo já existente na natureza (como a matemática) e outras estão no campo da teoria.

⁸¹ DAL POZ, Maria Ester; BARBOSA, Denis Borges. Incertezas e Riscos no Patenteamento de Biotecnologias: a situação brasileira corrente. In IACOMINI, Vanessa. Propriedade Intelectual e Biotecnologia. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.116/117.

⁸² DOMINGUES, Douglas Gabriel. Direito Industrial – Patentes. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.31.

⁸³ Op. cit., p.31.

Para Gama Cerqueira, quando alguém requer a patente de uma invenção, “é sempre necessário verificar, em primeiro lugar, se existe realmente, invenção, no sentido técnico da palavra; e no caso afirmativo, se a invenção preenche as condições da lei”⁸⁴. Ou seja, se uma determinada criação humana não puder ser considerada uma invenção, do ponto de vista da ciência aplicada, então não deveria a lei admitir sua patenteabilidade.

Esta questão está no centro dos debates atuais sobre patentes. É o caso do projeto de decodificação do genoma humano, gerando um acervo que, de acordo com a melhor doutrina, deve ser tratado como descoberta⁸⁵.

Kinsella, profundo crítico da Propriedade Intelectual, aponta nisto uma aparente contradição, ao afirmar que “tanto o inventor quanto o cientista teórico tomam parte em esforço mental criativo para produzir novas ideias, ideias úteis. Mas um é recompensado e o outro não”⁸⁶. Contudo, a experiência tem demonstrado que existe uma razão prática para não protegermos todos os avanços da ciência humana.

Por exemplo, verdades matemáticas ou científicas não podem ser protegidas sob leis atuais com base no fato de que o comércio e interação social seriam interrompidos gradualmente caso cada nova frase e verdade filosófica fossem considerados propriedade exclusiva de seu criador. Por essa razão, patentes só podem ser obtidas para ‘aplicações práticas’ de idéias, mas não para idéias mais abstratas ou teóricas.⁸⁷

Por outro lado, a observação de Gama Cerqueira, quanto ao deferimento da patente precisar passar pelo crivo da invenção (“no sentido técnico da palavra”), tem um desdobramento cada vez mais relevante em um momento em que o acordo TRIPs, na posição de um dos instrumentos normativos do comércio internacional, determina em seu artigo 27 (1) que “**qualquer invenção**, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial” (grifo nosso). Em outras palavras, o sistema

⁸⁴ CERQUEIRA, João da Gama, Tratado da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, volume I, p.145.

⁸⁵ DEL NERO, Patrícia Aurélio. Biotecnologia: análise crítica do marco jurídico regulatório. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 65.

⁸⁶ KINSELLA, N. Stephan. Contra a Propriedade Intelectual. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p.21.

⁸⁷ KINSELLA, N. Stephan. *Op. cit.*, p.20.

adotado pelo comércio internacional protegerá todas as invenções⁸⁸ embora, tanto do ponto de vista jurídico quanto da ciência aplicada não se saiba ao certo o que é uma invenção.

Os requisitos de patenteabilidade do sistema brasileiro serão examinados no capítulo 3. Contudo, já é possível afirmar que a subjetividade, no encontro entre a ciência aplicada e a ciência jurídica é inevitável, dando margem a dúvidas relevantes, como tem sido o caso das patentes sobre *e-business*, programas de computador, cultivares e materiais biológicos. Estas questões estão, justamente, na zona de expansão das tecnologias que vêm sendo desenvolvidas por algumas das maiores empresas do mundo, com reflexos sobre o comércio internacional e o sistema brasileiro.

2.5 A Convenção da União de Paris

Se, por um lado, vários estados ocidentais já haviam adotado normas sobre patentes na primeira metade do século XIX, estas logo se mostraram inadequadas para as transformações que a economia mundial vinha experimentando. Havia consenso de que a proteção aos inventores deveria se dar por um prazo determinado, mas este prazo variava bastante de um país para o outro, indo de 5 a até 20 anos, conforme relatório feito pelo Conde de Villeneuve, em 1880⁸⁹. Havia também grandes contrastes quanto à exigência, ou não, de exame prévio do requisito de novidade. Já no tocante à integração econômica, uma das maiores preocupações estava relacionada ao tratamento dispensado aos inventores estrangeiros ou não residentes no país. Isto em parte ocorria porque os países logo perceberam a influência da legislação de patentes sobre a economia e, assim sendo, regulavam o nível de proteção jurídica de modo a favorecer seus nacionais e residentes, assim como ramos específicos da indústria local.

⁸⁸ Em princípio, todas as invenções serão objeto de proteção, desde que cumpram os requisitos de patenteabilidade. Mas o próprio acordo TRIPs abre a possibilidade para exceções, conforme será examinado nos capítulos seguintes.

⁸⁹ *Apud* BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.627.

Na segunda metade do século XIX já ficara claro que a intensificação do comércio, graças às novas tecnologias de transporte a vapor (navios e trens) e de comunicação via telégrafo, facilitava a divulgação e a cópia das novas tecnologias através do globo, em prejuízo de alguns inventores, incapazes de obter proteção em outros países.

Naquele tempo, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, foram organizadas exposições internacionais de arte, cultura e tecnologia onde diferentes países construíam estandes luxuosos para mostrar ao mundo provas da sua pujança. Porém, em 1873, quando da exposição universal de Viena, um comunicado feito pelo governo norte-americano despertou viva atenção. Os Estados Unidos informaram ao governo austríaco que não iriam “expor quaisquer inventos porque não haveria para eles proteção jurídica”⁹⁰. Outros países manifestaram preocupações semelhantes, levando o governo austríaco a conceder uma proteção temporária aos participantes estrangeiros do evento.

Foi este mais um sinal de que novos paradigmas estavam a impor a necessidade de um tratado capaz de criar um sistema internacional de proteção aos inventores. Naturalmente, entidades relacionadas à indústria lideravam os grupos de pressão, dando origem a acordos bilaterais.

A partir deste momento, assistiu-se a uma rápida mobilização internacional, com a realização de um Congresso Internacional de Propriedade Industrial em Paris (1878), seguido de um convite do governo francês para outra conferência em 1880 (da qual o Brasil participou⁹¹). Esta Conferência produziu um rascunho muito aproximado daquilo que seria a Convenção da União de Paris para a proteção da Propriedade Industrial (1883).

Esta convenção, que hoje engloba mais de 160 nações, tinha por objetivo “a internacionalização de determinados princípios, a serem adotados por seus países-membros que”, paralelamente, deveriam disciplinar “o sistema de propriedade industrial em suas legislações nacionais”⁹².

⁹⁰ BARBOSA, Denis. 2010, p. 622.

⁹¹ DI BLASI; Garcia; Mendes, Op. cit., p. 34.

⁹² DI BLASI, Gabriel. A Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 220.

Porém, a adesão inicial à Convenção de 1883 foi relativamente modesta: Bélgica, Brasil, El Salvador, França, Guatemala, Itália, Países Baixos, Portugal, Sérvia, Espanha e Suíça assinaram imediatamente, enquanto a Grã-Bretanha, a Tunísia e o Equador aderiram no ano seguinte. Interessante referir que, naquele momento, nem os Países Baixos, nem a Suíça, possuíam uma legislação nacional sobre patentes, o que somente viria a ocorrer em 1912 e 1889, respectivamente⁹³. Os Estados Unidos aderiram em 1887 e a Argentina somente em 1967. Até as vésperas da 2ª Guerra Mundial (1939) 41 países haviam aderido, incluindo as maiores economias do planeta (exceto a União Soviética). Porém, entre os países hoje ditos “em desenvolvimento”, a adesão foi lenta.

O Brasil, como visto, foi um dos primeiros países a aderir à CUP, embora não haja indícios de que vislumbrava alguma vantagem específica. O Conde Villeneuve, representante brasileiro na Conferência de 1880, ao justificar a importância de um tratado multilateral sobre o tema, nem por um instante aponta os interesses do Brasil, restrito que ficou a analisar que, com as novas tecnologias de comunicação, com as feiras universais e até mesmo com os panfletos de divulgação, levava-se às extremidades do mundo os segredos dos inventores. Neste passo, segundo ele:

Compreenderam todos incontinentemente que era mister uma protecção efficaz, séria e pratica para que, dos trabalhadores que haviam arriscado capitaes em árduas pesquisas ou em explorações commerciaes e manufactureiras, não arrefecesse o entusiasmo pelos receios de se ver esbulhados dos lucros dos seus estudos ou da sua perseverança⁹⁴.

O primeiro aspecto a ser ressaltado é que a CUP não é um tratado que vise à uniformização das normas internas dos países membros (como acontece com o acordo TRIPs)⁹⁵. A sua base está no **princípio do “tratamento nacional”**, referido no artigo 2º, e que determina que:

(1) Os nacionais de cada um dos países da União gozarão, em todos os demais países da União, no que concerne à Propriedade Industrial,

⁹³ CABANELLAS, Guillermo. Derecho de las patentes de invención. Buenos Aires: Heliasta, 2004, p.89, nota 132.

⁹⁴ BARBOSA, Denis, 2010, p. 625.

⁹⁵ Ibidem, 2010, p.632.

das vantagens que as respectivas leis concedem atualmente ou vierem posteriormente a conceder aos seus nacionais, sem prejuízo dos direitos especialmente estabelecidos por esta Convenção. (...)

(2) Não será imposto aos cidadãos dos países da União nenhum requisito referente a domiciliar-se ou estabelecer-se no país onde se pede a proteção, para que possam desfrutar de qualquer dos direitos da propriedade industrial⁹⁶.

Em outras palavras, quando um país outorga aos seus nacionais direitos mais amplos que os mínimos previstos pela Convenção de Paris, “tais direitos se estendem automaticamente aos nacionais dos demais países membros da União de Paris, por aplicação do princípio do tratamento nacional”⁹⁷, afastando tratamentos discriminatórios.

Esta regra visava resolver um dos principais problemas de então, qual seja, o fato de que as legislações nacionais frequentemente negavam ou reduziam os direitos de patentes aos estrangeiros ou às pessoas não residentes no país. Foi o caso dos Estados Unidos que, entre 1790 e 1836, negava o deferimento de patentes a pessoas não residentes no país e, quando alterou esta política, fixou taxa dez vezes maior para os pedidos formulados por estrangeiros⁹⁸. Tal procedimento, no início do século XIX, atendia aos interesses da indústria norte-americana que, então, ainda era uma importadora de tecnologia. Mas, no final daquele século, o princípio do tratamento nacional já interessava a um Estado que, indubitavelmente, estava pronto para competir com as potências européias.

Contudo, desde cedo, o princípio do tratamento nacional foi objeto de críticas, por não ter sido acompanhado pelo princípio da reciprocidade. Máxime quando a CUP não impõe aos países membros a obrigação de outorgar patentes de invenção. Assim, a Suíça e os Países Baixos, que não tinham em 1883 um sistema de patentes (como já foi referido), geraram uma distorção interessante: estes países não concediam patentes nem a nacionais, nem a estrangeiros, enquanto que os súditos de seus países podiam obter patentes em outros Estados membros, sem sofrer qualquer restrição por conta da

⁹⁶ Para uma versão em inglês: http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514#P77_5133

⁹⁷ CABANELLAS, Guillermo. Derecho de las patentes de invención. Buenos Aires: Heliasta, 2004, p.193.

⁹⁸ BARTON, John (org.). Propriedad intelectual y políticas de desarrollo. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2005, p.72.

nacionalidade⁹⁹. Esta distorção perdurou quando a União Soviética aderiu à CUP em 1965, sem abandonar seu sistema alternativo (socialista) de estímulo às invenções. Nesta linha, não há de se estranhar que até mesmo a Coreia do Norte tenha se incorporado à Convenção em 1980.

Outro aspecto fundamental da Convenção de Paris é a garantia do **direito de prioridade**. Previsto no artigo 4º, concede ao inventor um prazo de 12 meses¹⁰⁰, a contar da data do depósito do pedido em um país da CUP, para que também requeira a patente em outros países, sem que possa ser embaraçado por divulgações do invento ou pedidos alheios realizados neste intervalo. Denis Barbosa, citando a hipótese de um inventor americano, exemplifica:

o primeiro inventor tem o benefício de um prazo de prioridade de um ano, ou seja, pode depositar nos Estados Unidos a 1º de janeiro, e depois depositar no Brasil um ano após, que mesmo assim seus direitos estarão protegidos. O brasileiro que inventou autonomamente não terá direito à patente e, de outro lado, a cópia ou o uso não autorizado não tirará o direito do primeiro inventor¹⁰¹.

Contudo, por força do princípio a seguir, não há garantias de que o escritório brasileiro de patentes irá considerar aquele invento privilegiável.

Visando a corrigir algumas distorções surgidas logo após o advento da CUP, a revisão do acordo ocorrida em Bruxelas, em 1900, deu origem ao artigo 4º bis¹⁰², que acolheu o **princípio da independência das patentes**. Por este princípio, a patente concedida em um determinado país permanece em vigor, independentemente dos pedidos referentes ao mesmo invento obtidos ou rejeitados nos outros países.

Em outras palavras, se o país “A” declara nula, sob seu Direito de patentes, um privilégio ali concedido ou se recusa um pedido de patente, estas decisões não devem ter efeito sobre a validade ou concessão da patente sobre o mesmo invento no país “B”, se ambos os países forem membros da CUP¹⁰³. Isto se justifica pelo fato de que cada país, no âmbito da CUP, tem o seu próprio Direito de patentes, com requisitos próprios para a concessão.

⁹⁹ Sobre a temática: CABANELLAS, Op. cit., p.88-89.

¹⁰⁰ Originalmente o prazo era de 6 meses, mas foi ampliado pela revisão feita em Bruxelas, em 1900.

¹⁰¹ BARBOSA, Denis. Op. cit., 2010, p. 636-637.

¹⁰² DI BLASI; GARCIA; MENDES, Op. cit., p.40-41.

¹⁰³ CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., p.185.

Cabanellas cita ainda o princípio da “**não-reciprocidade**”, que seria consequência da combinação do tratamento nacional e da independência das patentes. De acordo com ele, “um país A não pode diminuir os direitos outorgados aos nacionais de um país B, pelo fato de que este país outorga um baixo nível de proteção a todos os nacionais dos países membros, qualquer que seja o nível de proteção que se outorgue em cada um deles”¹⁰⁴. Da mesma forma, o país A não pode recusar o pedido de patente de um cidadão do país B sob o argumento de que aquele mesmo pedido seria recusado sob as leis do país B. Isto porque o primeiro exemplo feriria o princípio do tratamento nacional, enquanto o segundo feriria a independência das patentes.

Por fim, dentre vários aspectos relativos à atual redação da Convenção da União de Paris, cumpre referir que ela permite aos países membros excluir alguns campos tecnológicos da proteção e determinar o período de proteção outorgado por suas patentes. Também permite a revogação de patentes (caducidade) e a concessão de licenças obrigatórias¹⁰⁵ para por fim a abusos cometidos pelo seu titular¹⁰⁶.

Ao longo de seus mais de 120 anos de existência, a CUP sofreu seis revisões: em Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1959) e Estocolmo (1967).

Em que pese as críticas que recebeu desde a sua origem, a Convenção conseguiu trazer um mínimo de segurança para o sistema de patentes no âmbito internacional. Por não ter um caráter uniformizador, pôde ser firmada até mesmo por países de sistema econômico socialista.

Atualmente, a Convenção da União de Paris é administrada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)¹⁰⁷. Com sede na Suíça, foi fundada em

¹⁰⁴ CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., p.185.

¹⁰⁵ Revisão de Haia, 1925.

¹⁰⁶ BARTON, John (org.). Propriedad intelectual y políticas de desarrollo. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2005, p. 73.

¹⁰⁷ Em inglês: World Intellectual Property Organization (WIPO).

1967 e, desde 1974, é um dos 16 organismos especializados do Sistema da Organização das Nações Unidas, responsável pela administração de 23 tratados internacionais¹⁰⁸.

2.6 Outros acordos internacionais relevantes

Além da CUP, a OMPI administra outros tratados relacionados às criações da mente humana, sendo necessário referir alguns deles neste trabalho.

2.6.1 A Convenção de Berna

Na mesma época em que se gestava a Convenção da União de Paris também se construía um acordo internacional semelhante, porém voltado para os Direitos Autorais. Era a Convenção de Berna de 1886, a qual o Brasil veio a se afiliar em 1922.

Seu objeto engloba as obras literárias e artísticas, incluindo as de caráter científico, qualquer que seja a sua forma de expressão¹⁰⁹.

Esta convenção também adotou o princípio do tratamento nacional, independentemente de qualquer reciprocidade. Mas, diferente da CUP, traz vários dispositivos que obrigam os membros a garantir padrões mínimos de proteção em suas normas internas¹¹⁰. Assim temos, por exemplo, que a regra básica quanto ao prazo de proteção abrange toda a vida do autor e mais 50 anos após a sua morte. Também prevê a proteção dos direitos morais do autor, que o sistema jurídico brasileiro lista no art. 24 da Lei 9.610/98.

2.6.2 A União Internacional para a Proteção de Obtenções Vegetais (UPOV)

¹⁰⁸ DEL NERO, Patrícia Aurélia. Biotecnologia: análise crítica do marco jurídico regulatório. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 80; DI BLASI, Gabriel. A Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.64.

¹⁰⁹ BARBOSA, Denis, 2010, p.650.

¹¹⁰ BARBOSA, Denis, 2010, p.651.

A União Internacional para a Proteção de Obtenções Vegetais (UPOV) surgiu em 1961, com o intuito de criar um sistema uniforme para a proteção dos melhoristas e suas novas variedades vegetais. É uma organização internacional independente e cujos membros são estados e não entidades privadas¹¹¹. Ao longo de sua história ela redigiu três diferentes convenções, com graus diferentes de comprometimento para os seus membros.

Quando o Brasil aderiu à UPOV, em 1999, já havia a convenção de 1991, rigorosa e sofisticada. Contudo ao país foi permitido optar pela versão de 1978 que, no bojo da proteção às cultivares, ainda tolerava algumas exceções condizentes com o nosso estado socioeconômico como, por exemplo:

- a) autoriza que cientistas e melhoristas tenham acesso a espécies vegetais protegidas para o desenvolvimento de novas cultivares derivadas, sem depender de autorização do obtentor da espécie primária¹¹²;
- b) permite uma brecha importante para que o agricultor, que tenha adquirido cultivares protegidas, destine parte das sementes que venha a colher para o replantio, sem precisar da autorização do obtentor.

Estas exceções foram repetidas a grosso modo pela Lei nº 9.456/97 (Lei de Proteção de Cultivares), que veio a implementar o texto da UPOV no sistema jurídico brasileiro¹¹³.

Outro aspecto importante no texto de 1978 está no seu artigo 2(1), que assim determina:

¹¹¹ GARCIA, 2004, p.51.

¹¹² SILVEIRA, Newton; FRANCISCO, Alison. A UPOV 1991 e um novo marco regulatório para as cultivares no Brasil. In: PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila et al. (Coord.). Propriedade intelectual na agricultura. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹¹³ Art. 10 (Lei 9.456/97). Não fere o direito de propriedade sobre a cultivar protegida aquele que:

I - reserva e planta sementes para uso próprio, em seu estabelecimento ou em estabelecimento de terceiros cuja posse detenha;

II - usa ou vende como alimento ou matéria-prima o produto obtido do seu plantio, exceto para fins reprodutivos;

III - utiliza a cultivar como fonte de variação no melhoramento genético ou na pesquisa científica;

IV - sendo pequeno produtor rural, multiplica sementes, para doação ou troca, exclusivamente para outros pequenos produtores rurais, no âmbito de programas de financiamento ou de apoio a pequenos produtores rurais, conduzidos por órgãos públicos ou organizações não-governamentais, autorizados pelo Poder Público.

“Cada Estado da União pode reconhecer o direito do obtentor contido nesta Convenção, pela outorga **ou de um título especial de proteção ou de uma patente**. Entretanto, um Estado da União cuja legislação nacional admita a proteção sob ambas as formas **deverá aplicar apenas uma delas** a um mesmo gênero ou a uma mesma espécie botânica” (grifo nosso).

A nossa lei de cultivares, é importante sinalar, apresenta regra semelhante, como se pode aferir da leitura de seu art.2º, verbis:

“A proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual referente a cultivar se efetua mediante a concessão de Certificado de Proteção de Cultivar, considerado bem móvel para todos os efeitos legais **e única forma de proteção de cultivares e de direito que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa, no País**” (grifo nosso)

Esta referência é importante porque algumas variedades vegetais protegidas no Brasil como cultivares são protegidas em outros países pelo sistema de patentes ou até pelos dois sistemas simultaneamente. Reflexos deste panorama sobre o nosso sistema serão referidos no item 4.2.1.

2.6.3 O Tratado de Cooperação em matéria de Patentes (PCT)

O Tratado de Cooperação em matéria de Patentes, celebrado em 1970, entrou em operação em 1978, sob a coordenação da OMPI. Ele permite que os cidadãos e os residentes de um Estado contratante façam um único pedido internacional de patente, em lugar de múltiplos depósitos nacionais¹¹⁴.

A solicitação de patente, pelo sistema PCT, será objeto de pesquisa internacional, para a verificação do invento perante o estado da técnica. Abre-se ainda a possibilidade do “exame preliminar internacional” que tem como objetivo “uma posição

¹¹⁴ BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.826.

prévia e não-vinculante sobre os seguintes requisitos: a novidade da invenção em pauta, as implicações da atividade inventiva e sua aplicabilidade industrial”¹¹⁵.

Uma vez feito o depósito, a publicação, a busca e, em certos casos, o exame preliminar, os efeitos do Tratado cessam (...). Além deste ponto, funciona exclusivamente a legislação nacional¹¹⁶.

2.7 Sistemas alternativos

Viu-se que o sistema de patentes nasceu e se desenvolveu em função da evolução da economia. Disto desperta a impressão de que não pode haver uma sociedade moderna sem a proteção dos inventores por este parâmetro. Entretanto, a história e a literatura científica nem sempre confirmam este posicionamento.

A extinta União Soviética, embora fosse uma nação industrializada, não era uma economia de mercado e não adotava o sistema de patentes. Ali, durante setenta anos, os inventores foram privados do direito de obter qualquer vantagem financeira direta pelas suas criações. Recebiam apenas um “certificado de autor” e, como vantagens pessoais, dependendo das circunstâncias, podiam apresentar a invenção como tese para receber um grau acadêmico ou para ingressar em um estabelecimento superior de ensino sem prestar exames de admissão. Podiam ainda receber o título honorífico de “insigne inventor” da URSS¹¹⁷, dentre outras honrarias e funções administrativas.

Na União Soviética e em outros países comunistas, as invenções ficavam sob o controle do Estado, que as difundia entre as empresas estatais, que livremente as exploravam¹¹⁸. Ao Estado também cabia o direcionamento da maior parte das pesquisas científicas. Embora todo este sistema tenha desabado a partir de 1989, não se pode esquecer que a URSS lançou ao espaço o primeiro satélite artificial. Também seria incorreto classificar o marxismo como uma ideologia antitecnológica¹¹⁹.

¹¹⁵ BARROS, Carla Eugenia Caldas. Manual de Direito da Propriedade Intelectual. Aracajú: Evocati, 2007, p.109.

¹¹⁶ BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p.828.

¹¹⁷ DOMINGUES, Douglas Gabriel. Direito Industrial – Patentes. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 132.

¹¹⁸ DOMINGUES, 1980, p.131-132.

¹¹⁹ CABANELLAS, 2004, p.543.

A negação do sistema de patentes não se encontra apenas entre os marxistas. Stephan Kinsella, defensor do liberalismo econômico, rejeita a existência da propriedade sobre as criações da mente humana. Ele aduz que:

“[...] um sistema de direitos de propriedade sobre ‘objetos ideais’ necessariamente requer violação de direitos à propriedade de outros indivíduos, como, por exemplo, usar sua própria propriedade tangível como bem entender. (...) Não é de surpreender que advogados de PI, artistas e inventores costumem tomar como dada a legitimidade da PI. No entanto, aqueles mais preocupados com a liberdade, com a verdade e com direitos não deveriam tomar como dado o uso institucionalizado da força para aplicar direitos sobre PI. Pelo contrário, deveríamos reafirmar a primazia dos direitos individuais sobre nossos corpos e recursos escassos apropriados”¹²⁰.

Para Kinsella e outros liberais, as normas de Propriedade Intelectual limitam indevidamente o exercício de direitos, além de serem arbitrárias “com respeito a que classes de criações merecem proteção, e com respeito ao término da proteção”¹²¹.

Por fim, cumpre lembrar as questões levantadas por André Gorz, Serge Latouche (dentre outros) que sugerem que o fim da era do crescimento econômico é uma questão de tempo. Para estes teóricos, limitações de ordem ambiental farão com que, cada vez mais, torne-se inviável manter um ritmo de crescimento econômico. De acordo com este ponto de vista, “para evitar um colapso, os homens precisariam fazer certas escolhas agora, de modo a iniciarmos um ciclo de contração econômica planejado”¹²². Dentre as decisões a serem tomadas, para alcançar o benefício do chamado “decrecimento sustentável”, estaria a abolição pura e simples do sistema de patentes¹²³. Seria esta uma forma de desestimular novas tecnologias que, no mundo atual, alimentariam o consumismo e o desperdício de recursos.

Estes breves exemplos cumprem a função de demonstrar que o sistema de patentes, mesmo que possa ser considerado por muitos como o mais eficiente, não é o único possível, nem será necessariamente o mais adequado para o futuro da humanidade. Esta reflexão deve ser feita quando do estudo dos efeitos do acordo TRIPS,

¹²⁰ KINSELLA, N. Stephan. *Contra a Propriedade Intelectual*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 51.

¹²¹ KINSELLA, 2010, p.22.

¹²² SOUZA, Marcos da Cunha e. A proteção das patentes em uma sociedade de decrecimento sustentável. *Anais do Universitas e Direito* 2012, v.1, n.1, 2012, p.550.

¹²³ LATOUCHE, Serge. *Pequeno Tratado do Decrecimento Sustentável*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.97.

que consolidou e harmonizou o sistema de patentes, concedendo-lhe o título de instrumento indispensável para o desenvolvimento das nações.

Neste passo, é chegada a hora de examinar o Acordo Sobre Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio.

3 GÊNESE, CONTEÚDO E IMPLANTAÇÃO DO ACORDO TRIPS

Viu-se que o sistema de patentes é uma solução normativa para tentar resolver a falha de mercado gerada pela imaterialidade das invenções, incentivando a pesquisa, a produção e combatendo a concorrência desleal. Contudo não se pode olvidar que a norma, como instrumento de política econômica, deve oferecer segurança jurídica, mas também deve ser adequada aos objetivos que se pretende atingir, aspecto que pode variar de um país para o outro. Ocorre que, com a expansão das atividades comerciais, somada à pressão de conglomerados econômicos, países desenvolvidos adotaram normas mais rígidas no campo das patentes e passaram a advogar a extensão de seus padrões internos ao conjunto do comércio internacional.

3.1 A legislação brasileira sobre patentes no início da década de 1980

Durante as décadas de 1970 e 1980 a política econômica brasileira tinha entre as suas metas levar finalmente o país para o grupo dos países industrializados. Para tanto, fazia uso de medidas que contrariavam as tradicionais “leis do mercado” relativas à livre concorrência. Fazia-se uso, declaradamente, de uma política de substituição das importações¹²⁴ que, para funcionar, dependia da aplicação de barreiras tarifárias e não tarifárias à importação de produtos. No caso do Brasil, pode-se citar ainda a reserva de mercado na área de informática, que limitava o investimento dos estrangeiros a trinta por cento do capital das empresas brasileiras deste setor (TACHINARDI, 1993, p. 43). Esta estratégia desenvolvimentista tinha entre os seus instrumentos o Código de Propriedade Industrial de 1971.

O antigo Código de Propriedade Industrial brasileiro (Lei nº 5.772/1971), não reconhecia o direito de patentes de processos e produtos farmacêuticos e alimentícios,

¹²⁴ Os exemplos desta política são inúmeros, incluindo as indústrias automobilística, naval e aeronáutica. Sobre a temática: BASTOS, Ediberto Luz. História Econômica Geral e Formação Econômica do Brasil. Rio de Janeiro: Luna, 1979, especialmente no último capítulo.

nem de produtos químicos¹²⁵. Neste caso, não se ignorava que um novo medicamento é capaz de cumprir os requisitos que caracterizam uma invenção. Ocorre que “a exclusão dessas áreas tinha motivação essencialmente política, dentro de um modelo de industrialização autárquica: a de proporcionar, via apropriação de conhecimento alheio, o desenvolvimento brasileiro nesses setores tecnológicos”¹²⁶.

A justificativa para a adoção desta política era a necessidade de se baratear o acesso aos medicamentos e alimentos, que se veriam livres do reflexo gerado pelo pagamento de *royalties* às empresas estrangeiras que os desenvolveram. Na sequência, haveria benefício para as indústrias nacionais, que incorporariam sem ônus tecnologias estrangeiras nas áreas farmacêutica, alimentícia e química, podendo inclusive exportar os produtos daí resultantes para países que adotassem a mesma regra.

Diz-se que esta política desestimulava investimentos estrangeiros no Brasil, o que é difícil de ser comprovado¹²⁷. De toda sorte, permitiu adquirir e aplicar novas tecnologias a custos reduzidos sem, contudo, expurgar a defasagem tecnológica e a dependência de tecnologias estrangeiras. Neste panorama, repleto de controvérsias, o Brasil, assim como alguns outros países em desenvolvimento¹²⁸, deixaram de ser meros exportadores de matérias-primas e “passaram a colocar manufaturados no mercado internacional a preços competitivos devido à vantagem da mão-de-obra barata”¹²⁹.

Quanto a isto, há que se ressaltar que tal medida não violava o sistema da Convenção da União de Paris, que não obrigava os países membros a proteger todos os campos tecnológicos em sua legislação interna. Neste sentido, “cada país protegia as criações do intelecto como sua Constituição determina e sua História lhe aconselha”¹³⁰.

¹²⁵ Art.9º, alíneas “b” e “c” da Lei 5.772/71.

¹²⁶ IACOMINI, Vanessa. Os Direitos de Propriedade Intelectual e a Biotecnologia. In IACOMINI, Vanessa (org.). Propriedade Intelectual e Biotecnologia. Curitiba:Editora Juruá, 2007, p.21.

¹²⁷ “Entre 1970 e 1990, os investimentos estrangeiros diretos na área química e na farmacêutica cresceram, respectivamente, quase oito e mais de treze vezes, num ritmo, em ambos os casos, muito mais acelerado do que o investimento estrangeiro em outras áreas em que já era possível pleitear proteção patentária” (TACHINARDI, 1993, p.73).

¹²⁸ O Fundo Monetário Internacional inclui o Brasil entre as “Emerging and Developing Economies”, ao lado de países como a China, Rússia, Índia, México e África do Sul. Relatório “World Economic outlook - April 2012. Growth Resuming, Dangers Remain. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2012/01/pdf/text.pdf>> Acessado em: 26 jan. 2014.

¹²⁹ TACHINARDI, 1993, p.52.

¹³⁰ BARBOSA, Denis, 2010, p.657.

Por muito tempo, a política brasileira de negar o direito de patentes a certos setores da indústria não causou estranheza no plano internacional. Afinal, vários países hoje desenvolvidos adotaram a mesma estratégia em algum momento da sua evolução legislativa. Foram os casos (no que tange à indústria farmacêutica) da França até 1960 e da Itália, Espanha, Japão, Alemanha e Suíça, até meados da década de 70 (IACOMINI, 2007, p.20). A Itália, aliás, graças a esta política, adotada em 1939, tornou-se especializada na produção de matérias-primas farmacêuticas, exportando-as por preços inferiores aos adotados pelos inovadores¹³¹.

Mônica Guise, citando dados da UNCTAD e da ICTSD¹³², afirma que:

para aqueles países que não se desenvolveram a ponto de criar uma base tecnológica industrial forte e investir em pesquisa e desenvolvimento, a não-concessão de patentes a produtos químicos-farmacêuticos e medicamentos foi o que sustentou programas de saúde pública e possibilitou o acesso da população a medicamentos essenciais¹³³.

No caso do Brasil, ela prossegue, “a possibilidade de copiar medicamentos por mais de vinte anos capacitou recursos humanos e gerou tecnologia para a produção de genéricos”¹³⁴.

Quanto à indústria química, Denis Barbosa cita os argumentos de Gama Cerqueira, para quem o grande desenvolvimento da Alemanha neste setor coincidiu com a ausência de proteção patentária, gerando uma vantagem competitiva em relação à França, onde a patente era concedida¹³⁵. Daí a conclusão de Barbosa no sentido de que há um momento histórico adequado para se conceder patentes sobre produtos químicos. É quando a tecnologia nacional passa a ser “pelo menos tão importante para o

¹³¹ TACHINARDI, 1993, p.61.

¹³² Siglas em inglês, respectivamente, da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e do Centro Internacional para o Comércio e o Desenvolvimento Sustentável (ICTSD).

¹³³ GUISE, Mônica Steffen. Comércio Internacional e Propriedade Intelectual: Limites ao desenvolvimento? In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p.45/46.

¹³⁴ GUISE, 2006, p.56.

¹³⁵ BARBOSA, D., 2010, p.1372.

desenvolvimento econômico quanto a tecnologia estrangeira”¹³⁶. Este argumento, se válido, serve também para outros setores da economia.

Contudo, conforme os países desenvolvidos passaram a conceder patentes sobre todo tipo de invenção, a situação do Brasil e de outros países em desenvolvimento (como a Argentina) passou a ser discutida tanto no plano interno quanto no internacional. Nos países industrializados, grandes empresas baseadas em tecnologia, apoiadas por seus governos, uniram esforços para expandir as fronteiras da Propriedade Industrial e fortalecer dos detentores de conhecimento¹³⁷.

Sobre este aspecto, embora a lei brasileira também excluísse a patenteabilidade de produtos em setores relacionados à indústria química e alimentícia, a indústria farmacêutica serve como um bom exemplo para vislumbrar as disputas que se seguiram. Afinal, é um setor da economia onde a obtenção de vantagens competitivas está intimamente relacionada com a inovação tecnológica. O desenvolvimento de novos medicamentos demanda, em média, mais de uma década de pesquisas e centenas de milhões de dólares em investimentos¹³⁸. Neste contexto, a ausência de uma proteção jurídica ao inovador ou investidor pode resultar em desestímulo à pesquisa, máxime quando os elevados custos precisam ser compensados por um mercado consumidor mundial¹³⁹. Ademais, as carteira de patentes são os ativos mais importantes deste tipo de empresa¹⁴⁰.

De acordo com Cabanellas, na ausência de um poder supranacional, capaz de impor uma legislação de patentes sobre a totalidade da população mundial, alguns países “podem aproveitar os benefícios do sistema de patentes implantado pelos demais, sem sofrer os custos resultantes dele”¹⁴¹.

¹³⁶ BARBOSA, D., 2010, p.1373.

¹³⁷ CORREA, Carlos M., Aperfeiçoando a Eficiência Econômica e a Equidade pela Criação de Leis de Propriedade Intelectual. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005, p.37.

¹³⁸ BENETTI, Daniela Vanila Nakalski. Proteção às patentes de medicamentos e comércio internacional. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006,p.349.

¹³⁹ BARBOSA, Cláudio R.. Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.32.

¹⁴⁰ BARTON, John (org.). Propiedad intelectual y políticas de desarrollo. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2005, p.82.

¹⁴¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho de las patentes de invención. Buenos Aires: Heliasta, 2004, P.80.

Pode-se ilustrar a situação citando o exemplo do laboratório britânico Glaxo. Em 1991 ele era a segunda maior empresa farmacêutica do mundo e titular da patente da ranitidina, um antiulceroso revolucionário. No entanto, no Brasil, a Glaxo era obrigada a dividir o mercado da ranitidina com cinco laboratórios locais que produziam o medicamento sem licença¹⁴².

Mesmo entre os doutrinadores brasileiros, criticava-se a posição brasileira. Neste sentido Soares (1981, p.38) aduzia que:

[...] passados esses longos anos, vemos que na realidade, deveriam ser permitidas as patentes para as substâncias, matérias ou produtos alimentícios e químico-farmacêuticos, porque o seu monopólio terminaria com a expiração do prazo legal das patentes e desde a publicação das mesmas esses privilégios seriam revelados a todos os interessados. Com tais conhecimentos poderiam ampliar os seus e conseqüentemente obterem processos bem mais aperfeiçoados.

No caso do Brasil, à luz da Lei nº 5.772/1971, o privilégio de invenção vigorava pelo prazo de quinze anos, contados a partir da data do depósito (Art. 24). Também não se previa a “atividade inventiva” como requisito de patenteabilidade, bastando ser a invenção nova e suscetível de utilização industrial¹⁴³.

A pressão sobre países como o Brasil veio na esteira de mudanças no cenário econômico internacional e de problemas específicos que atingiram a economia dos Estados Unidos.

A participação dos EUA no comércio internacional sofreu uma redução de 13% para 11,6% entre 1965 e 1980, enquanto países como o Japão, os NICs asiáticos, o Brasil e o México aumentavam consideravelmente suas exportações para aquele país¹⁴⁴. Os Estados Unidos iniciaram em 1976 uma sequência ininterrupta de saldos negativos em sua balança comercial e que perdura até os dias de hoje¹⁴⁵. Em 1985 o déficit chegara ao patamar de US\$ 148,5 bilhões, ao lado da percepção de que alguns países, como o Brasil, “estavam praticando uma competição desleal ao negar acesso a seus

¹⁴² TACHINARDI, Maria Helena. A guerra das patentes. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p.45.

¹⁴³ De acordo com o § 3º do art.6º da Lei nº 5.772/71, “uma invenção é considerada suscetível de aplicação industrial quando possa ser fabricada ou utilizada industrialmente”.

¹⁴⁴ TACHINARDI, Op.cit., p.46-47.

¹⁴⁵ Os números completos, de 1960 até os dias de hoje, estão disponíveis em: < http://www.data360.org/dsg.aspx?Data_Set_Group_Id=91 > Acessado em: 26/11/2013.

mercados para os produtos de alta tecnologia de firmas dos EUA”¹⁴⁶. Por outro lado, Antônio San Vicente, examinando fontes norte-americanas, aferiu que, em 1960, as receitas dos EUA advindas da transferência de tecnologia correspondiam a 14,6% do rendimento associado ao investimento direto no exterior (que inclui juros, dividendos, lucros de filiais, *royalties* e taxas de administração). Em 1972 esta proporção havia alcançado 20,7%, alavancada, em grande parte, pelos pagamentos relativos à transferência de tecnologia “efetuados por subsidiárias e filiais de empresas americanas às suas matrizes”¹⁴⁷. Assim, as discussões sobre transações físicas se tornaram menos importantes¹⁴⁸.

A chegada de Ronald Reagan à presidência dos Estados Unidos, em 1981, marcou uma política de endurecimento nas relações comerciais, de modo a buscar um equilíbrio no balanço de pagamentos. Sendo os Estados Unidos o país com o maior volume de patentes depositadas, a adoção de um sistema de propriedade industrial mais rigoroso pelos demais países garantiria um aumento na remessa de *royalties*, além de proteger sua posição de liderança tecnológica. Esta última vinha sendo ameaçada pelo Japão e por alguns países asiáticos que se valiam habilmente “do sistema de propriedade intelectual então em vigor, através do caminho da imitação, do uso adaptativo ou da cópia servil, mas competente”¹⁴⁹.

Havia também uma percepção, por parte das lideranças empresariais norte-americanas, de que os seus produtos de exportação mais populares tinham por diferencial algum grau de Propriedade Industrial e que a facilidade com a qual certas patentes e marcas vinham sendo violadas no estrangeiro resultava em prejuízo para os interesses dos Estados Unidos. Era preciso reverter esta situação, eliminando a diversidade normativa, principalmente em relação àqueles países que possuíam um grande mercado consumidor.

A economia já chegara a um estágio onde a competitividade das grandes empresas não se media mais pelo mercado do país de origem, mas sim pelo seu desempenho global. A tecnologia era um fator de competitividade e os detentores da

¹⁴⁶ TACHINARDI, 1993, p.33.

¹⁴⁷ DOMINGUES, Douglas Gabriel. Direito Industrial – Patentes. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.88.

¹⁴⁸ BARBOSA, Denis Borges, 2010, p.657.

¹⁴⁹ Ibidem, 2010, p.595.

inovação precisavam “expandir seus mercados para aumentar seus lucros e recuperar seus gastos em P&D”¹⁵⁰.

A Convenção da União de Paris, contudo, não proibia o procedimento do Brasil. Para os países que se consideravam prejudicados, a única solução era a negociação e as sanções unilaterais. Neste passo, os norte-americanos se valeram do seu poder econômico e de suas normas internas para forçar uma mudança na legislação brasileira. O instrumento de pressão foi a Seção 301 do *Trade Act* que, a partir de 1984, passou a autorizar o presidente norte-americano a adotar medidas de retaliação contra políticas governamentais estrangeiras contrárias aos interesses dos Estados Unidos na área da propriedade intelectual. As práticas a serem combatidas pelo *Trade Act* não precisavam ser contrárias a um acordo internacional, bastando ser “injustificáveis”, “não razoáveis” ou “discriminatórias”¹⁵¹.

3.2 O Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT)

Para que se possa contextualizar os fatos que forçaram o advento do acordo TRIPs, é preciso referir sobre o nascimento do atual sistema mundial de comércio, no apagar da Segunda Guerra Mundial.

No encontro de Bretton Woods (1944), buscou-se criar órgãos capazes de fornecer apoio à construção de uma nova economia internacional, baseada na colaboração entre os Estados. Do consenso ali obtido, nasceram o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial (BIRD)¹⁵². Contudo, o terceiro pilar deste sistema, a Organização Internacional do Comércio (OIC), ficou apenas no campo do projeto, por falta de apoio do Congresso norte-americano. Naquele contexto histórico, com a Europa Ocidental sendo reconstruída e a Europa Oriental sob o controle da União Soviética, a ausência do peso econômico dos Estados Unidos inviabilizou tal organização.

¹⁵⁰ TACHINARDI, Maria Helena. Op. cit, p.60.

¹⁵¹ Ibidem, p.95.

¹⁵² WACHOWICZ, M. . O Comércio internacional e a proteção da propriedade intelectual segundo os Princípios da OMC. Revista Ius Gentium (Facinter), v. 1, 2007, p.142.

Em 1947, como consequência de conferência vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), aprovou-se a criação do Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio (GATT), cuja função inicial era a de disciplinar a redução das tarifas alfandegárias no comércio internacional¹⁵³. Com o tempo, seu campo de abrangência foi sendo ampliado, com vistas a reduzir os atritos comerciais entre as nações, tendo sido realizadas sete rodadas de negociações. Por fim, iniciou-se em 1986 a Rodada Uruguai do GATT.

3.2.1 A Rodada Uruguai do GATT

A Rodada Uruguai, prevista para durar três anos, acabou por incorporar ao longo do tempo temas que em muito ultrapassavam seus objetivos iniciais, mais que dobrando seu tempo de duração. Foram então realizadas negociações sobre o corte de tarifas, o comércio de produtos agropecuários, têxteis, serviços, dentre outros aspectos relevantes¹⁵⁴. No que interessa especialmente a este trabalho, foi instituído (apesar da resistência do Brasil e de outros países) um grupo para examinar os “aspectos dos direitos de propriedade intelectual que afetam o comércio internacional, inclusive o comércio de bens contrafeitos”. Em contraste com a Convenção da União de Paris, o objetivo norte-americano e de outros países desenvolvidos era um tratado com parâmetros mínimos de proteção, inserido no comércio internacional, mas que também afetasse as normas internas de cada Estado. Da mesma forma que o comércio de bens físicos está pautado sobre a concepção clássica de propriedade, buscava-se naquele momento “padronizar as normas que asseguram o controle sobre os bens imateriais não financeiros”¹⁵⁵.

Em paralelo às negociações da Rodada Uruguai, em 1988 o governo brasileiro criou um grupo de especialistas para examinar a questão do patenteamento nas áreas da química fina e da indústria farmacêutica. Desapontando os norte-americanos, o grupo concluiu “que o Brasil deveria manter a política de não patentear produtos relativos a

¹⁵³ BARRAL, Welber. De Bretton Woods a Doha. In BARRAL, Welber. O Brasil e a OMC. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p.13.

¹⁵⁴ BARRAL, Op. cit., p.14.

¹⁵⁵ BARBOSA, Denis, 2010, p.658.

essas áreas, levando em conta o estágio econômico e tecnológico da indústria nacional”¹⁵⁶.

A posição brasileira, ainda nesta época, não era isolada. Dentre os 98 membros da Convenção de Paris, 49 ainda excluía(m) (total ou parcialmente) a proteção aos produtos farmacêuticos¹⁵⁷.

Na visão dos países desenvolvidos, a falta de uma proteção adequada, global e homogênea, em um mundo que já tentava caminhar para o livre comércio, dava ensejo ao seguinte impasse:

“O país que concede um monopólio de exploração ao titular de um invento está em desvantagem em relação aos que não o outorgam: seus consumidores sofreriam um preço monopolista, enquanto os demais teriam o benefício da concorrência, além de não necessitarem alocar recursos para a pesquisa e desenvolvimento”¹⁵⁸.

Daí a posição de Denis Barbosa no sentido de que “se há um sistema de propriedade dos bens intelectuais, ele deve ser, necessariamente, internacional”¹⁵⁹.

O jurista argentino Guillermo Cabanellas também parece concordar com este ponto de vista ao afirmar que a coexistência, no plano internacional, de diferentes regimes nacionais cria uma tendência à erosão dos direitos dos patenteados. Isto porque a tecnologia patenteada volta a se converter em uma espécie de bem público, permitindo que certos países (como o Brasil e a Argentina de então) sejam “caroneiros” (*free riders*) em relação a novas tecnologias cujos custos de desenvolvimento não ajudaram a reunir. Em virtude disto, sentir-se-ão motivados a ficar fora do regime de patentes, se não encontrarem algum tipo de incentivo à sua aplicação ou se não sofrerem algum tipo de pressão ou sanção que os induza a tomar parte deste sistema¹⁶⁰.

Sem discordar desta posição, o que se pode claramente questionar são os elevados parâmetros de rigidez do sistema internacional imposto em seguida, naquilo

¹⁵⁶ DI BLASI, 2010, p.7.

¹⁵⁷ BALASUBRAMANIAM, K.. Access to Medicines and Public Policy Safeguards under TRIPS. Bangladesh, 2002. Disponível em < www.ppl.nl/bibliographies/wto/files/6368.pdf > Acesso em: 12 de novembro de 2011.

¹⁵⁸ BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.587.

¹⁵⁹ BARBOSA, D.. Op. cit., p.587.

¹⁶⁰ CABANELLAS, Op. cit., 2004, p.85.

em que parecem ter sido moldados sob medida aos interesses dos países que possuíam maior poder econômico e de pressão.

De toda sorte, decepcionado com a resposta do Brasil, o Governo norte-americano, ainda em 1988, impôs sanções comerciais baseadas na seção 301 do Ato de Comércio dos Estados Unidos. Estas se materializaram por meio de uma tarifa de importação de 100% *ad valorem* sobre certos tipos de papéis, produtos químicos e eletrônicos fabricados no Brasil¹⁶¹, causando prejuízos a diversos setores da nossa economia. Embora a posição do Brasil contasse com a simpatia de outros países em desenvolvimento, não havia um apoio concreto.

É interessante aqui repetir que as sanções foram impostas apesar das normas internas brasileiras não estarem violando qualquer tratado internacional. Eram sanções “não institucionalizadas”, dado que não provinham “de um arranjo institucional internacional como acontece com as multilaterais”¹⁶². Era basicamente um ato de força, da nação mais rica do planeta, buscando modificar o comportamento de um país que, naquele momento, não tinha meios para revidar.

Paralelamente a estes fatos, o Brasil ainda tentava evitar que as negociações da Rodada Uruguaí chegassem a um compromisso desfavorável.

Um relatório do GATT, datado de fevereiro de 1990, buscava sintetizar as posições de diferentes países sobre este tema¹⁶³. O Brasil é ali referido 43 vezes, permitindo ter uma ideia razoável de quais eram as suas intenções, no contexto de um tratado que viesse a inserir a Propriedade Industrial no comércio internacional.

Em tom conciliador, o país afirmava a importância da proteção à propriedade industrial, mas ressaltava a necessidade de restringir as negociações a situações que envolvessem operações de comércio internacional. Afinal, de acordo com a posição brasileira naquele momento, “a aplicação interna dos direitos de propriedade intelectual é uma questão da estrita competência das legislações domésticas”¹⁶⁴.

E, no mesmo documento, afirmava:

¹⁶¹ DI BLASI, 2010, p.8.

¹⁶² VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Sanções Econômicas Internacionais. São Paulo: Saraiva, 2013, p.75.

¹⁶³ Relatório do GATT. Documento MTN.GNG/NG11/W/33/Rev.2 Disponível em: < http://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/92090135.pdf > Acessado em: 15/10/2013.

¹⁶⁴ Relatório do GATT. Op. cit., p.10.

Deve ser aceito, como princípio, o reconhecimento das condições geográficas, políticas, jurídicas e econômicas, dentre outras, dos diferentes países, sob as quais a sua legislação nacional opera. Em particular, as dificuldades dos países em desenvolvimento no sentido de cumprir certas obrigações. Possíveis compromissos finais não devem resultar em carga excessiva de trabalho para as agências responsáveis pela aplicação dos direitos de propriedade intelectual nesses países¹⁶⁵.

Bem diferente era a posição do Japão, cujas indústrias, no passado, haviam sido beneficiadas pela absorção não autorizada de tecnologias estrangeiras. No mesmo relatório do GATT sua posição foi assim resumida:

Os signatários devem estabelecer procedimentos para a efetiva e apropriada aplicação dos direitos de propriedade intelectual nos níveis domésticos e fronteiriços pelos meios das normas civis, criminais e administrativas, ou uma combinação destas¹⁶⁶.

Contudo, a resistência do Brasil foi rapidamente enfraquecendo, pela falta de apoio já referida e também “pelas complexidades da própria situação nacional, interna e externa, que dificultavam uma atuação mais vigorosa quanto ao ponto, na esfera do GATT”¹⁶⁷. Afinal, o país passava por severa crise econômica e estava profundamente endividado. Não estava em condições de participar de uma queda-de-braço com as nações desenvolvidas.

Assim, ainda em 1990, começaram as ações do novo governo brasileiro no sentido de criar uma lei de patentes que atendesse as pressões internacionais, o que levou os EUA a suspender as sanções. Como o trâmite demorasse, em maio de 1993 o Brasil foi incluído pelos Estados Unidos em uma lista de “países em observação”¹⁶⁸.

No que tange especificamente à indústria farmacêutica

a pressão exercida pelos laboratórios estrangeiros explicava-se pelo fato de o Brasil, em 1995, ser o oitavo mercado farmacêutico do mundo, com um faturamento naquele ano de, aproximadamente, US\$ 6 bilhões. Estimativas já indicavam que até o fim do século o País seria o quinto mercado em nível mundial¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Relatório do GATT. Op. cit., p.15.

¹⁶⁶ Relatório do GATT. Documento MTN.GNG/NG11/W/33/Rev.2, p.9.

¹⁶⁷ D. BARBOSA, 2010, p.656.

¹⁶⁸ DI BLASI, 2010, p.8.

¹⁶⁹ Di Blasi, Op. cit., p.10.

Assim travava-se uma disputa em duas frentes. De um lado, as sanções norte-americanas com base na seção 301. Do outro lado, as difíceis negociações na Rodada Uruguai do GATT, onde muitos outros interesses se mesclavam. A lei nº 9.279/96, que atualmente rege o sistema de patentes no Brasil, é fruto deste duplo movimento. Isto porque, ao final, o país teve que ceder, firmando o acordo TRIPs (“Acordo Sobre Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio”¹⁷⁰), quando da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC). É bem verdade que também havia por parte dos países em desenvolvimento algumas compensações, quando se vislumbra a OMC como um todo, oferecendo às nações periféricas a perspectiva de introduzir seus produtos e serviços nos mercados dos países ricos¹⁷¹.

De fato, o surgimento do acordo TRIPs não deve ser encarado isoladamente. No bojo da criação da Organização Mundial do Comércio, além do TRIPs, merecem destaque o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS) e o Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (TRIMs)¹⁷². O Acordo sobre Têxteis e Vestuários (ATV) abria uma esperança para muitos países em desenvolvimento, com efeitos positivos sobre o emprego e a renda por conta de um provável aumento nas exportações¹⁷³.

Vários autores relacionam a criação da OMC e a adoção do TRIPs ao controverso fenômeno da “globalização”. Esta última teria, entre os seus elementos de origem, a padronização da demanda e da oferta de bens cada vez mais compatíveis com padrões universais. A globalização resultaria ainda, de acordo com Denis Barbosa, da “redução das barreiras ao comércio de bens físicos” e da falência do modelo desenvolvimentista dos países endividados do terceiro mundo¹⁷⁴. Acrescentar-se-ia ainda o desmantelamento das economias socialistas da Europa Oriental, com a rápida abertura dos seus mercados, de acordo com um estilo de governança ocidentalizado, supostamente mais eficiente e com normas que oferecem maior segurança para os investidores internacionais.

¹⁷⁰ Em inglês: “Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”.

¹⁷¹ BARBOSA, Denis, 2010, p.666.

¹⁷² WACHOWICZ, M. . O Comércio internacional e a proteção da propriedade intelectual segundo os Princípios da OMC. Revista *Ius Gentium* (Facinter), v. 1, 2007, p. 143-144.

¹⁷³ Sobre a temática, vide: REIS, Geraldo. Têxteis e vestuário. In BARRAL, Welber (org.). O Brasil e a OMC. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

¹⁷⁴ BARBOSA, Denis, 2010, p.596.

Sob um ponto de vista negativo, Vandana Shiva vislumbra a globalização não como a interação através das culturas de sociedades diversas, mas sim como a imposição de uma determinada cultura às outras¹⁷⁵.

Neste panorama “a ordem econômica global é regida pelo capitalismo e caracteriza-se, essencialmente, pela economia de mercado, isto é, os agentes econômicos atuam de forma livre”¹⁷⁶.

Neste diapasão, de acordo com Marcos Wachowicz, “a figura do Estado nacional se tornou uma realidade cada vez mais inadequada, na medida em que os problemas por ele enfrentados já não podiam ser resolvidos pelos tradicionais instrumentos de direito interno”¹⁷⁷. Daí a necessidade de uma regulamentação internacional mais vigorosa, o que deu ensejo a uma série de normas internacionais¹⁷⁸.

O acordo TRIPs revelaria então esta “tendência moderna de quebra de barreiras comerciais visando à globalização do mercado internacional”¹⁷⁹. Seu papel específico, neste processo, guardaria relação com a opinião manifestada por Drucker, segundo a qual “o saber está se tornando rapidamente o fator número um da produção, movendo o capital e a mão de obra a um segundo plano”¹⁸⁰.

Estrategicamente, o Acordo TRIPs permitiu, para os países desenvolvidos, deslocar o “eixo das discussões no campo da propriedade intelectual da OMPI para a OMC”, dado que a primeira entidade não lhes oferecia “mecanismos satisfatórios para impor suas práticas e conquistar espaços em nível mundial”¹⁸¹.

3.2.2 O nascimento da OMC e do acordo TRIPs

¹⁷⁵ SHIVA, Vandana. Biopirataria. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p.129.

¹⁷⁶ MEDEIROS, Heloísa Gomes. Medidas de Fronteira TRIPS-PLUS e os Direitos de Propriedade Intelectual. Curitiba: Juruá, 2012, p.29.

¹⁷⁷ WACHOWICZ, M. . O Comércio internacional e a proteção da propriedade intelectual segundo os Princípios da OMC. Revista Ius Gentium (Facinter), v. 1, 2007, p. 141.

¹⁷⁸ WACHOWICZ, Op. cit., p. 142.

¹⁷⁹ DI BLASI, 2010, p.230.

¹⁸⁰ *apud* ZUCCHERINO, 1994, p.25.

¹⁸¹ DEL NERO, Patrícia Aurélio. Biotecnologia: análise crítica do marco jurídico regulatório. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.102-103.

A Rodada Uruguai alcançou objetivos difíceis de serem imaginados em 1986. Em 1994, na cidade de Marrakech, firmou-se o acordo¹⁸² que, a partir de 1º de janeiro de 1995, deu nascimento à Organização Mundial do Comércio (OMC). Firmado por 115 Estados afiliados ao GATT, dentre os quais o Brasil, inaugurou um modelo multipolar ou multilateral nas relações internacionais, em substituição à polaridade da Guerra Fria¹⁸³.

O objetivo da OMC é, desde a sua criação, chamar “para si as discussões, deliberações e determinações no âmbito das relações internacionais do comércio”¹⁸⁴. Dotada de personalidade jurídica internacional, a OMC possui um Órgão de Solução de Controvérsias além de dois órgãos constituídos por representantes de todos os países: a Conferência Ministerial (que se reúne a cada dois anos) e o Conselho Geral. O Diretor Geral da OMC é nomeado pela Conferência Ministerial¹⁸⁵.

O acordo TRIPs, instituído como Anexo “1C” do acordo de Marrakech, embora tenha acolhido a Convenção da União de Paris de forma quase integral, trouxe a questão das patentes para um novo sistema econômico e comercial de dimensões globais¹⁸⁶, dada a sua vinculação com a OMC.

Os objetivos do Acordo, nos termos do seu artigo 7º, seriam:

[...] 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 e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

Este programa, contudo, não guarda coerência com muitas das disposições do TRIPs, como se verá oportunamente.

Enquanto a CUP tinha por foco o princípio do “tratamento nacional”, pode-se afirmar que a ênfase do acordo TRIPs está na imposição de um conteúdo mínimo de

¹⁸² A versão em português, adotada pelo Brasil, da Ata Final assinada em Maraqueche, em 12 de abril de 1994, está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm Acessado em: 17/11/2013.

¹⁸³ DEL NERO, Op. cit., p.104.

¹⁸⁴ Ibidem, p.106.

¹⁸⁵ MAGALHÃES, José Carlos. Direito Econômico Internacional: tendências e perspectivas. Curitiba: Juruá: 2008, 104-105.

¹⁸⁶ CABANELLAS, Op. cit., p.276.

proteção aos inventores¹⁸⁷, além da adoção de um regime mais eficaz de solução de controvérsias.

Os itens seguintes não abordam todos os aspectos do acordo, mas apenas aqueles que interessam aos objetivos deste trabalho, especialmente no que toca às patentes. Evitar-se-á o exame de alguns aspectos que já estavam há muito incorporados à tradição legislativa brasileira.

3.3 Aspectos Gerais do TRIPs no campo das patentes

Gómes Segade¹⁸⁸ inclui, entre as principais características do TRIPs, o seu “baixo nível jurídico”. Isto porque o acordo “carece de rigor na formulação dos conceitos técnico-jurídicos, sendo manifesta a impropriedade de sua linguagem”¹⁸⁹. Este problema, identificável em vários dispositivos, foi em parte minimizado pela incorporação ao acordo do acervo gerado por convenções anteriores, como a CUP.

O mesmo autor também destaca a “globalidade interna” do TRIPs, ao proibir aos Estados membros da OMC formular reservas a qualquer dos termos do acordo sem o consentimento da totalidade dos demais integrantes da Organização (art.72)¹⁹⁰. É o que Wachowicz chama de “princípio da adesão plena”, que diferencia o TRIPs das Convenções de Berna e de Paris, “que ainda permite a possibilidade a cada Estado-Membro fazê-lo de forma parcial e gradativa, ao tempo de suas revisões”¹⁹¹.

Denis Barbosa ressalta que os destinatários das normas do TRIPs “são os estados membros da OMC” pois “nenhum direito subjetivo resulta para a parte privada, da

¹⁸⁷ A referência a “inventores” não deve ser vista no seu contexto romântico de outrora. A grande maioria das patentes, nos dias de hoje, pertencem a pessoas jurídicas e não a pessoas físicas. O escritório de patentes dos Estados Unidos, em um relatório sobre as patentes concedidas em 2011, informa que os principais beneficiários foram a IBM (6.148 patentes), a Samsung (4.868), a Canon Kabushiki Kaisha (2.818) e a Panasonic (2.533). Naquele mesmo ano, apenas 215 patentes de origem brasileira foram deferidas nos EUA. Disponível em: <http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/topo_11.htm> Acessado em: 24/12/2013.

¹⁸⁸ *Apud* PIMENTEL; DEL NERO, 2007, p.48.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p.49.

¹⁹⁰ Gómes Segade, *apud* PIMENTEL; DEL NERO, 2007, p.48.

¹⁹¹ WACHOWICZ. *Op. cit.*, p.145.

vigência e aplicação do TRIPs”¹⁹². Este raciocínio decorre do próprio espírito do acordo que não impõe regras homogêneas de proteção da Propriedade Intelectual, mas apenas “padrões mínimos a serem seguidos pelas leis nacionais”¹⁹³. Nesta linha, por exemplo, o acordo não determina que a proteção da patente se estenderá por 20 anos, mas sim que a “vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito” (art. 33).

Este raciocínio também se depreende do art. 1.1 que assim determina:

(...) Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. Os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos.

Assim, de acordo com Carlos Correa, o TRIPs somente veio a gerar direitos subjetivos para os nacionais e residentes dos países membros na medida em que este veio a ser recepcionado pela legislação nacional¹⁹⁴. Em outras palavras, o TRIPs, na condição de tratado, não tem natureza de lei uniforme, “como a do cheque ou da letra de câmbio”¹⁹⁵ e, desta forma, não tem aplicação imediata. Cada Estado, desde que respeitando os níveis de proteção “mínima” do acordo, poderia erigir suas regras de proteção de acordo com a realidade de cada sistema jurídico interno, respeitada a sua ordem econômica, social e cultural¹⁹⁶.

3.3.1 Prazos e regras de transição

Diante deste quadro, cumpria ao próprio tratado estipular um prazo para que os Estados aderentes adaptassem o seu sistema normativo. Sobre este aspecto, o cotejo entre as disposições do TRIPs e as normas internas dos membros do GATT apontava para a conclusão de que os países desenvolvidos já haviam adotado normas mais amplas

¹⁹² BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.686.

¹⁹³ BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p.687.

¹⁹⁴ *Apud* D. BARBOSA, 2010, p.688.

¹⁹⁵ D. BARBOSA, 2010, p.688.

¹⁹⁶ WACHOWICZ. Op. cit., p.150.

e rigorosas no que toca à proteção das invenções. Assim, pouco teriam que fazer para se adaptar. Dentre os países em desenvolvimento, por outro lado, o TRIPs tendia a exigir amplas reformas normativas, com vistas a aumentar os seus padrões de proteção. Tal era o caso do Brasil que, como se viu, já havia iniciado os trâmites legislativos para se adaptar às exigências norte-americanas. Havia também a questão dos escritórios de patentes (como o INPI¹⁹⁷ brasileiro) que em muitos países em desenvolvimento não tinham condições para gerenciar o volume de trabalho que o TRIPs assinalava.

Ante estas perspectivas, obteve-se consenso para incluir no Acordo uma fase transitória. Foi este um dos poucos aspectos onde, concretamente, os diferentes estágios de desenvolvimento econômico foram levados em consideração.

O artigo 65.1 do TRIPs estipulou “que nenhum Membro estará obrigado a aplicar as disposições do presente Acordo antes de transcorrido um prazo geral de um ano após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC”, ou seja, 1º de janeiro de 1996¹⁹⁸. Entretanto, os países em desenvolvimento tinham direito “a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1º, por um prazo de quatro anos” (art.65.2), ou seja, 1º de janeiro de 2000¹⁹⁹. Esta transição, contudo, não se aplicava aos temas dos artigos 3, 4 e 5, o que inclui os princípios do “tratamento nacional” e da “nação mais favorecida”.

Além desta regra de transição geral, o art. 65.4 previu um prazo especial de transição, de mais cinco anos, para que países em desenvolvimento efetuassem a proteção patentária a setores tecnológicos que não eram protegidos em seus territórios na data geral de aplicação do presente Acordo. Para países como o Brasil, a Argentina e a Índia, este era um prazo importante para que suas indústrias se adaptassem aos patamares mais protetivos do TRIPs. Eles teriam, até 2005, uma década para conceder a proteção patentária sobre medicamentos e outras áreas tecnológicas não abrangidas por suas normas internas. Isto foi exatamente o que fez a Índia²⁰⁰.

¹⁹⁷ Instituto Nacional da Propriedade Intelectual, autarquia federal criada pela Lei nº 5.648/1970.

¹⁹⁸ D. BARBOSA, 2010, p.687

¹⁹⁹ O art. 66.1 do TRIPs concedeu um prazo ainda mais dilatado para os chamados “países de menor desenvolvimento relativo”, como a Costa do Marfim. O estudo desta questão, contudo, escapa ao objetivo do presente trabalho.

²⁰⁰ D. BARBOSA, 2010, p.707.

Às vésperas do TRIPs, a situação da Índia era semelhante à do Brasil. A lei indiana de patentes de 1970 não admitia a patente de produtos na área alimentícia, química e farmacêutica. Isto porque um comitê formado naquele ano concluíra que entre 80 e 90% das patentes depositadas eram estrangeiras e que mais de 90% delas sequer eram produzidas na Índia. Nesta conjuntura o sistema estava servindo para se conceder um controle monopolístico sobre o mercado indiano, com efeitos sobre os preços de produtos, tornam os medicamentos inacessíveis para o público²⁰¹. Assim, com a adesão ao acordo TRIPs, decidiu a Índia fazer uso de todo o prazo concedido pelas regras de transição. De fato, a ementa à Lei de Patentes, adequando o país ao acordo, somente foi promulgada em março de 2005, mas com efeitos retroativos a janeiro²⁰².

No caso do Brasil, a Ata Final da Rodada Uruguai do GATT, que deu origem à OMC e seus acordos anexos (como o TRIPs) foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro já em 1994 pelo Decreto nº 1.355. A forma como se deu esta incorporação, sem qualquer referência ao prazo de transição, gerou dúvidas se o país teria renunciado às prerrogativas do art.65. Após alguma vacilação da jurisprudência brasileira, acabou por prevalecer a opinião segundo a qual o Decreto nº 1.355/1994, ao incorporar o Acordo TRIPs “também incorporou no ordenamento jurídico interno brasileiro o regime transitório, independentemente de declaração explicitando opção oficial a respeito”²⁰³. Afinal, aprovar o tratado significa também aprovar os prazos de transição nele contidos. Neste sentido, cumpre transcrever o entendimento firmado pelo STJ quando do julgamento do REsp 806147 / RJ (DJe 18/12/2009), *verbis*:

I- O Acordo Internacional TRIPS - inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 1.355 /94 -, na parte que prevê a prorrogação do prazo de patente de 15 anos - nos termos da Lei n. 5.772 /71 - para 20 anos, não tem aplicação imediata, ficando submetida a observância de suas normas a pelo menos duas restrições, em se tratando de países em desenvolvimento, como o caso do Brasil: a) prazo geral de um ano, a contar do início da vigência do Acordo no país (art. 65.1); b) prazo especial de mais quatro anos para os países em desenvolvimento (art. 65.2), além do

²⁰¹ BASHEER, Shamnad. India's Tryst with TRIPs: The Patents (Amendment) Act, 2005. The Indian Journal of Law and Technology, volume 1, 2005, p.18.

²⁰² BASHEER, Shamnad, 2005, p.17.

²⁰³ GUISE, Mônica Steffen. Comércio Internacional e Propriedade Intelectual: Limites ao desenvolvimento? In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p.45.

prazo geral. II - A ausência de manifestação legislativa expressa, no sentido de postergar a vigência do Acordo no plano do direito interno por mais cinco anos (na modalidade 1 + 4), não pode ser interpretada como renúncia à faculdade oferecida pelo art. 65 às nações em desenvolvimento, uma vez que não havia nenhum dispositivo obrigando o país a declarar sua opção pelo prazo de transição.

Esta questão também suscitou dúvidas em outros países. Sobre este aspecto, o prof. Carlos Correa, da Universidade de Buenos Aires, concluiu que: *“Los plazos de transición del Acuerdo (arts. 65 y 66) son automáticos, es decir, no necesitan de declaración o notificación alguna para que los países Miembros gocen de los mismos”*²⁰⁴.

Ainda assim, embora o Brasil não tenha renunciado ao prazo de transição, o advento da Lei nº 9.279/1996 representou uma adaptação prematura do sistema normativo brasileiro a vários padrões ditos “mínimos” do acordo TRIPs. Renunciou-se, inclusive, ao referido período de transição que lhe permitia recusar patentes para alguns campos tecnológicos até 1/1/2005²⁰⁵. Isto acabou por privar a indústria brasileira de um prazo de adaptação que a Índia, como visto, não dispensou.

3.3.2 Princípio do Tratamento Nacional

O acordo TRIPs não poderia deixar de estipular este princípio elementar e que também é um dos fundamentos da Convenção da União de Paris. Nesta linha, assim dispõe o artigo 3.1, naquilo que nos interessa:

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, salvo as exceções já previstas, respectivamente, na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados. (...)

²⁰⁴ Apud BARBOSA, Denis Borges. Parecer nº 201, p.11. Disponível em: < <http://denisbarbosa.addr.com/parecer%201.pdf> > Acessado em: 2/12/2013.

²⁰⁵ BARBOSA, Denis. 2010, p.709.

A prática do sistema de patentes, contudo, recomenda algumas exigências a serem feitas aos estrangeiros ou não residentes. O acordo permite estas exceções, em relação a procedimentos judiciais e administrativos, “quando tais exceções sejam necessárias para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições deste Acordo” (art. 3.2). No caso da atual lei brasileira, o art. 217 seria um bom exemplo, ao determinar que:

A pessoa domiciliada no exterior **deverá constituir e manter procurador** devidamente qualificado e domiciliado no País, com poderes para representá-la administrativa e judicialmente, inclusive para receber citações²⁰⁶.

3.3.3 Princípio da Nação Mais Favorecida

Este princípio, que não encontra paralelo na CUP, foi delineado no art. 4º do TRIPs e prevê 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”.

Cabanellas, após lembrar que o TRIPs prevê níveis mínimos de proteção aos titulares das patentes, a serem implementados por todos os Estados membros, aponta um efeito importante do Princípio da Nação Mais Favorecida:

[...] uma vez acordado um nível de proteção superior aos mínimos internacionais (...) esse nível superior deverá estender-se aos nacionais de todos os países membros da Organização Mundial do Comércio.

Cabanellas igualmente refere que este princípio desestimula acordos bilaterais na área de patentes, onde as partes contratantes geralmente fazem concessões em um determinado campo para obter vantagens em outro. Neste caso, uma vantagem concedida pelo país “Y” ao país “W” será estendida a todos os demais países membros da OMC, gerando um ônus ao país “Y” que não será compensado pelo universo de países beneficiados.

²⁰⁶ Lei nº 9.279/1996, grifo nosso.

Ao Princípio da Nação Mais Favorecida, assim como ao Princípio do Tratamento Nacional, não se aplicam o prazo de transição do art. 65.2.

3.3.4 Da “proteção mínima”

Uma das características mais marcantes do TRIPs está em exigir dos signatários a adaptação de suas normas internas a regras ditas “mínimas” de proteção (art.1º, §1º). A lei interna poderá também fixar proteção ainda mais ampla do que o acordo, desde que não seja incompatível com este. Este último aspecto é de vital importância nos dias de hoje, como se verá no terceiro capítulo.

As proteções mínimas, em princípio, estariam garantidas apenas em favor dos nacionais dos países membros. O acordo TRIPs, em sua faceta de instrumento de comércio internacional, não permite outra interpretação²⁰⁷. Sobre a temática, a Lei nº 9.279/1996, que se seguiu à adoção do TRIPs, assinala:

Art. 3º Aplica-se também o disposto nesta Lei:

I - ao pedido de patente ou de registro proveniente do exterior e depositado no País por quem tenha proteção assegurada por tratado ou convenção em vigor no Brasil; e

II - aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade de direitos iguais ou equivalentes.

3.3.4.1 Prazo de validade da patente de invenção

Como visto, pelo antigo Código de Propriedade Industrial brasileiro (Lei nº 5.772/1971) o privilégio de invenção vigorava pelo prazo de 15 anos (art.24). Já o Acordo TRIPs, ampliando aqui também a proteção aos titulares de patentes, fixou em 20 anos o prazo mínimo de proteção (art.33). De acordo com as regras de transição, o Brasil não precisaria aumentar o prazo das patentes de invenção antes de janeiro de

²⁰⁷ CABANELLAS, Op. cit., p.280.

2000. Contudo, com a promulgação da Lei nº 9.279/1996, o país voluntariamente dispensou parte do prazo de adaptação, no que toca a este aspecto²⁰⁸.

Os efeitos deste prazo mínimo para o sistema brasileiro de patentes serão examinados no capítulo 4. Contudo, já se pode adiantar que a ampliação do prazo de 15 para 20 anos gerou grandes dúvidas sobre a possibilidade de prorrogação, por mais 5 anos, da proteção às patentes concedidas durante a vigência da Lei nº 5.772/1971.

Embora a tese da prorrogação tenha sido adotada por muitos titulares de patentes (dando ensejo a um sem número de ações judiciais) ela não prosperou, em virtude de alguns obstáculos técnicos.

Em primeiro lugar, como já foi referido, o acordo TRIPs não gera, por si só, direitos subjetivos para as partes privadas,²⁰⁹ dependendo da integração dos seus termos ao direito interno de cada país, de acordo com a vontade deste e de seu sistema constitucional.

Em segundo lugar, o próprio TRIPs determina, em seu artigo 70.1, que o acordo “não gera obrigações relativas a atos ocorridos antes de sua data de aplicação para o respectivo Membro”.

Por fim, a lei interna brasileira (Lei nº 9.279/1996) não mandou prorrogar as patentes anteriormente deferidas²¹⁰.

3.3.4.2 Matéria Patenteável

Em princípio, dispõe o artigo 27.1 do TRIPs que:

[...] qualquer invenção, de produto ou de processo, **em todos os setores tecnológicos**, será patenteável, **desde que** seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial (grifo nosso).

²⁰⁸ BARBOSA, Denis. 2010, p.718.

²⁰⁹ BARBOSA, Denis, 2010, p.718.

²¹⁰ BARBOSA, Denis. 2010, p.718.

Dentro da lista de interesses dos países desenvolvidos, este provavelmente era o ponto mais relevante a ser uniformizado no contexto da propriedade industrial. Corresponde a grande parte das pressões sofridas pelo Brasil.

Como referido anteriormente, países como o Brasil, a Argentina e a Índia negavam o direito de patente a invenções de determinados campos tecnológicos. No caso do Brasil, não se reconhecia o direito de patentes de processos e de produtos farmacêuticos e alimentícios, nem de produtos químicos²¹¹. Para poder fazer parte da OMC, tirando vantagem de outros acordos ali produzidos, estes países abriram mão da possibilidade de discriminar setores tecnológicos, salvo as exceções que serão vistas adiante. Logicamente, isto teve grande impacto sobre os seus sistemas de patentes, com reflexos na economia, como se verá.

O art.27.1 também aponta três requisitos de patenteabilidade: novidade, passo inventivo e aplicação industrial. Esta disposição é outra tentativa de harmonização, ao estabelecer requisitos de patenteabilidade a serem observados a nível internacional²¹². A novidade e a aplicação industrial já estavam previstas no art.6º da lei brasileira nº 5.772/1971.

Em apertada síntese, o requisito da “novidade” significa que o objeto do pedido de patente não deve estar compreendido no atual estado da técnica. O estado da técnica, tanto na lei nº 5.772/1971 quanto na atual, “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”²¹³.

Sob outro ângulo, a novidade implica “dessemelhança entre o projeto do inventor e as coisas análogas reveladas pelo estado da técnica no momento em que é formulado o pedido de patente”²¹⁴.

O requisito da “aplicação industrial” dá ensejo a muitas interpretações e talvez seja o mais complexo quando nos deparamos com as novas tecnologias aplicadas à biotecnologia e ao *e-business*. Sobre ele, o art. 15 da Lei nº 9.279/1996 dispõe:

²¹¹ Art.9º, alíneas “b” e “c” da Lei 5.772/1971.

²¹² CABANELLAS, 2004, p.294.

²¹³ Lei nº 9.279/1996, art.11.

²¹⁴ CERQUEIRA, 2012, p.157.

A invenção e o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria.

O termo “aplicação industrial” foi cunhado há muitas décadas, quando as mais modernas tecnologias do século XXI não eram sequer previsíveis. Gama Cerqueira, na década de 1940, argüiu que “a expressão utilização industrial só comporta um sentido, significando aquilo que pode ser objeto de exploração industrial ou que pode ser aplicado na indústria”²¹⁵. Porém o mesmo autor, logo em seguida, afirma que este conceito pode ser completado, para que se alcancem os objetivos do sistema de patentes.

O escopo destas leis, como temos acentuado mais de uma vez, é proteger os direitos dos autores de criações intelectuais que visem ao benefício da sociedade e à satisfação de nossas necessidades, sob o ponto de vista de sua utilidade prática ou de finalidade técnica²¹⁶.

Também para o jurista português Luís Gonçalves o requisito da aplicação industrial não deve ser entendido em sentido restrito. O significado da expressão “tem muito a ver com o carácter técnico da noção de invenção (a homogeneidade e repetibilidade da solução técnica encontrada)” (2008, p.88). Envolveria, assim, a possibilidade de repetição da solução técnica em escala industrial.

O último requisito, não previsto pelo antigo Código de Propriedade Industrial brasileiro, é o “passo inventivo” que a lei brasileira atual chama de “atividade inventiva”²¹⁷. Ela é o “contributo mínimo” do inventor, caracterizando criatividade, originalidade ou não-obviedade daquilo que ele está apresentando à sociedade²¹⁸. Afinal, haveria um grande custo para a sociedade se esta ficasse impedida de produzir ou importar, pelo prazo de 20 anos, um produto sem qualquer passo inventivo, óbvio. Em tal hipótese “a sociedade incorreria em um custo monopolístico de bem-estar sem obter um produto ou processo novo em troca”²¹⁹.

²¹⁵ CERQUEIRA, 2010, p.82.

²¹⁶ CERQUEIRA, 2010, p.82-83.

²¹⁷ Art. 8º da Lei nº 9.279/1996.

²¹⁸ Para uma análise detalhada, vide: BARBOSA, Denis Borges, Tratado da Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, vol. II, Seção [6].

²¹⁹ PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila; CARRARO, Fábio. Propriedade Intelectual: patentes e cultivares. In: PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila et al (coord.). Propriedade Intelectual na Agricultura. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.123.

Contudo, os requisitos previstos no art.27 do TRIPs não correspondem à tradição legislativa norte-americana. Daí porque a nota nº 5, inserida no acordo TRIPs, estipula que:

Para os fins deste Artigo, os termos "passo inventivo" e "passível de aplicação industrial" podem ser considerados por um Membro como sinônimos aos termos "não óbvio" e "utilizável"²²⁰.

Esta é uma questão que importa grandes problemas práticos, capazes de influir no comércio internacional. Ao contrário do que pretende a nota nº 5, “passo inventivo” nem sempre corresponderá à “*non-obviousness*” norte-americana. Mas, principalmente, há pouca relação entre “aplicação industrial” e o requisito de “*useful*” ou “*utility*” do sistema estadunidense. Sobre o requisito de *utility*, Cabanellas aduziu que:

[...] segundo se tem aplicado tradicionalmente no Direito estadunidense, compreende não apenas a aplicabilidade industrial, segundo entendido em outros sistemas jurídicos, como também o que literalmente implica, ou seja, um requisito objetivo de utilidade tecnológica ou econômica²²¹.

Ante os contrastes entre “*utility*” e “aplicação industrial”, soluções técnicas serão muito mais facilmente patenteáveis nos Estados Unidos do que no Brasil. Esta é uma realidade que já pode ser aferida no campo dos mecanismos de *e-business*²²².

Os métodos comerciais foram por muito tempo excluídos da patenteabilidade²²³ porque, na tecnologia do passado, envolviam apenas processos e atos mentais, impossíveis de serem apropriados. Uma vez criados por um empresário, tornavam-se bens públicos, do ponto de vista econômico. Entretanto, no panorama atual, dúvidas vêm surgindo no campo do *e-business*.

²²⁰ O termo em inglês é “*useful*”, que pode ser melhor traduzido como útil ou benéfico.

²²¹ CABANELLAS, 2004, p.295-296.

²²² “[...] o *e-business* não trata apenas de transações de comércio eletrônico ou de compras e vendas pela internet. É uma estratégia global de redefinição dos antigos modelos de negócios, com o auxílio de tecnologia, para maximizar o valor do cliente e os lucros” (KALAKOTA; ROBINSON, 2002, p.24).

²²³ Ainda nos dias de hoje a legislação brasileira expressamente afirma que os métodos comerciais não são considerados invenção (art. 10, inciso III da Lei nº 9.279/96).

Denis Borges Barbosa parece ser categórico ao afastar a patenteabilidade nestes casos.

O método de negócios, ainda que incorporado a um hardware, não é patenteável, por falta de efeito industrial. Como já se indicou, a patenteabilidade exige o elemento técnico no seu objeto (no caso, o hardware), e no seu efeito. Se o efeito estiver num método de leilão ou de venda em lojas de tecidos, não há tecnicidade de resultado²²⁴.

Em sentido um tanto diverso, encontramos na obra de Di Blasi alguns argumentos favoráveis ao patenteamento, mas desde que respeitados os princípios legais.

Uma (...) questão importante a esclarecer é a simples automação de um método que utiliza a Internet como meio para sua realização. Tal prática também não está sendo considerada invenção, pois o seu cerne, relacionado à Internet, carece de aspecto técnico. No entanto, se a citada automação for capaz de existir sem os aspectos financeiros ou comerciais do referido método – como, por exemplo, proporcionando maior confiabilidade na transmissão de dados envolvidos numa transação de negócios -, o mesmo é considerado invenção, tendo em vista que seu escopo não está relacionado aos aspectos econômicos ou financeiros, sendo passível de proteção²²⁵.

Um exemplo interessante e que não foi objeto de depósito no Brasil é a tecnologia desenvolvida pela livraria virtual Amazon, apelidada de “*one-click*” e patenteada nos EUA em 1999²²⁶. Seria um método e sistema para realizar ordens de compra via rede de comunicações. Ele permite fazer encomendas online usando um único clique de *mouse*. O cliente, ao acessar a loja virtual, é identificado por meio de *cookies* que foram anteriormente armazenados em seu computador. Estes identificadores são então usados para obter as informações previamente fornecidas pelo próprio consumidor e que estão armazenadas no banco de dados da Amazon²²⁷.

Entretanto, quando a patente deste método da Amazon foi requerida no Canadá, a Justiça daquele país rejeitou o pedido com uma argumentação bastante conservadora:

²²⁴ D. BARBOSA, 2010, p.1137.

²²⁵ DI BLASI, 2010, p.207.

²²⁶ United States Patent number 5,960,411, “Method and system for placing a purchase order via a communications network”.

²²⁷ CROWNE-MOHAMMED, Emir Aly. Canadian Patent Appeal Board denies Amazon.com’s one-click patent application. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2010, Vol. 5, No. 1 Disponível em: <<http://jiplp.oxfordjournals.org/content/5/1/5.abstract>> Acessado em: 25 mai 2013.

onde o pleito de invenção, em forma ou substância, não é nem um objeto físico (uma máquina, um produto ou uma composição de matéria), nem um ato ou série de atos realizados por um agente físico sobre algum objeto físico para produzir neste objeto alguma modificação de caráter ou condição (arte ou processo), isto não é patenteável²²⁸.

Pedidos semelhantes de patentes de invenção vem sendo depositados no Brasil, mostrando uma tentativa de se expandir o conceito de invenção patenteável, aproximando o nosso sistema, por via administrativa, do sistema norte-americano.

Um dos reflexos das discussões sobre a adaptação do Direito da Propriedade Industrial às novas tecnologias pode ser vislumbrado na Consulta Pública realizada pelo INPI, em março de 2012, com vistas a apurar “procedimentos para o exame de pedidos de patentes envolvendo invenções implementadas por programa de computador” (GRAU *et al*, 2012, p.1).

Sobre esta consulta, um grupo seletivo de juristas brasileiros²²⁹ questionou de pronto a própria validade da pergunta formulada pelo INPI, que parece partir do pressuposto de que programas de computador são patenteáveis no Brasil²³⁰. Em seguida, ao refutarem esta patenteabilidade, lançam argumentos que podem muito bem ser utilizados contra as patentes de métodos eletrônicos aplicáveis ao *e-business*. Neste sentido, cumpre destacar o seguinte trecho (GRAU *et al*, 2012, p.3-4, grifo nosso):

o regime patentário, em sua essência, cria uma reserva de mercado para o inventor explorar o produto ou processo em regime de monopólio, de forma que, se aplicada ao software e especificamente ao conferir privilégio sobre a utilidade que esse venha a produzir por sua operação no computador ou máquina automática, a patente pode abranger e, assim, obstruir uma série de soluções informáticas e expressões literais distintas que poderiam alcançar aquela utilidade. Mais do que isso, como uma mesma programação pode servir a utilidades distintas, notadamente quando for combinada com outras em um mesmo programa, a patente sobre uma utilidade que abranger o software pode obstaculizar até mesmo a produção de outras utilidades. Ou seja, o software pode ser meio para invenções, mas não é uma invenção industrial em si. **Na medida em que a proteção da invenção alcançar também o meio, outras invenções que dele poderiam fazer uso são comprometidas.**

²²⁸ Apud CROWNE-MOHAMMED, 2010, p.7.

²²⁹ Eros Roberto Grau, Tercio Sampaio Ferraz Junior, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Fernando de Magalhães Furlan, Fabio Kon, Nelson Lago, Paulo Meirelles, Joaquim Falcão, Ronaldo Lemos, Carlos Affonso Pereira de Souza, Bruno Magrani, Joana Varon Ferraz e Karin Grau-Kuntz.

²³⁰ Os programas de computador, de acordo com a Lei nº 9.609/98, são espécie de direito autoral.

A questão é bastante complexa e merecedora de um estudo específico. Mas esta rápida referência se fazia necessária para que se observe que a tentativa do TRIPs em igualar termos de significados diferentes e forjados por sistemas jurídicos diversos confirma o “baixo nível jurídico” do acordo.

Por outro lado, a consulta feita pelo INPI em 2012 indica que, no bojo da falta de clareza do acordo TRIPs, há o risco do sistema brasileiro de patentes ser alterado por manobras administrativas, para melhor se adequar aos parâmetros (e interesses) dos países desenvolvidos. Isto porque, como demonstra Breese, os Estados Unidos admitem este tipo de patente e, no ano de 2000, já existiam cerca de 20.000 patentes japonesas sobre *softwares*²³¹.

Bernard Remiche está entre os doutrinadores estrangeiros que entendem que o art.27 não veda o patenteamento de programas de computador²³².

Uma outra questão pertinente, no que toca ainda aos três requisitos de patenteabilidade do art. 27.1 do TRIPs (novidade, passo inventivo e aplicação industrial), é apontada por Guillermo Cabanellas. Lembrando-se do que dispõe o art.1.1 do TRIPs²³³, ele afirma que “estes requisitos estão destinados a estabelecer um mínimo de proteção, e não existiriam inconvenientes se os países membros outorgassem patentes com níveis menores de exigência”²³⁴.

Parece ser a opinião do autor argentino de que ao se diminuir os níveis de exigência (requisitos de patenteabilidade) estar-se-ia concedendo uma “proteção mais ampla”, nos termos do art. 1.1. do acordo. Esta posição parece esbarrar na interpretação literal do artigo 27 do TRIPs ao dispor (repete-se) que “qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, **desde que** seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial” (grifo nosso). Parece ser intenção do acordo que estes três requisitos sejam cumpridos. Esta questão é fundamental para um sistema de patentes integrado ao comércio internacional.

²³¹ *Apud* REMICHE, Bernard. Revolução Tecnológica, Globalização e Direito de Patentes. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005, p.92.

²³² REMICHE, 2005, p.92.

²³³ “Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. (...)”

²³⁴ Cabanellas, 2004, p.296.

Caso seja aceita a posição de Cabanellas, o próprio autor cita os riscos de tal frouxidão, ao prever a possibilidade de sistemas de patentes onde se permitirá “o patenteamento de tecnologias perdidas durante períodos multiseculares, ou sem aplicar requisitos de atividade inventiva, ou sem requerer aplicação industrial, como ocorre com as técnicas psicanalíticas”²³⁵.

3.3.4.3 Exceções à matéria patenteável

Embora o art. 27.1 seja bastante amplo ao apontar a matéria patenteável como “qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos”, o TRIPs aponta algumas possíveis exceções. Em um primeiro grupo, dispõe o artigo 27.2 que:

Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação.

Sobre este dispositivo, observa Di Blasi que a restrição é permitida sob condição. Ela somente irá ocorrer se a proibição for necessária para a proteção da ordem pública, da moralidade, da saúde humana, etc. Em outras palavras, “deve haver uma justificativa necessária e comprovada, com objetivo de proteger os valores mencionados acima”²³⁶. Sem contrariar este entendimento, Cabanellas esclarece que, o simples fato de um país se ver obrigado a patentear um produto (dentro do sistema imposto pelo TRIPs) não significa que ele estará obrigado a autorizar sua exploração. “A licitude da exploração é determinada pelo sistema jurídico em sua integridade”²³⁷.

No art.27.3, alínea ‘a’, abre-se a opção, não condicionada, de proibir o patenteamento de “métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de

²³⁵ CABANELLAS, 2004, p.296.

²³⁶ DI BLASI, 2010, p.223.

²³⁷ CABANELLAS, 2004, p.297.

seres humanos ou de animais”. O Brasil veio a adotar esta brecha oferecida pelo TRIPs ao incluir estes métodos no art.10 da Lei nº 9.279/96.

Por fim, existe a alínea ‘b’ do art. 27.3 que, na versão em português, anexada ao Decreto nº 1.355/94, peca por erro de tradução²³⁸. O texto adotado pelo Brasil aduz que os membros podem considerar como não patenteáveis:

plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema "sui generis" eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

A presença de uma vírgula após a palavra “*micro-organisms*”, na versão em inglês, torna o texto compreensível²³⁹. O acordo permite a exclusão da patente das plantas e animais (tais como estão presentes na natureza) e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais. Contudo, ante os avanços das décadas anteriores na área da biotecnologia, impôs a concessão de patentes no tocante aos microorganismos e aos processos não biológicos e microbiológicos.

Ademais, não deixou de se referir às cultivares²⁴⁰ ao prever, genericamente, a “proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema ‘sui generis’ eficaz, seja por uma combinação de ambos”²⁴¹.

²³⁸ Vide p.421 da Ata anexa ao Decreto nº 1.355/94. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf> Acessado em 15 dez. 2013.

²³⁹ O texto em inglês é o seguinte:

“plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective *sui generis* system or by any combination thereof. (...)” Disponível em: < www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf> Acessado em: 6 nov 2013.

²⁴⁰ A Lei nº 9.456/97, em seu art.3º, IV, define cultivar como “a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestral, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos”.

²⁴¹ Acordo TRIPs, art. 27, 3, b.

3.3.4.4 Direitos conferidos pela patente

Tendo a OMC adotado o sistema de patentes para a proteção do inventor, cumpria definir os direitos básicos de que este gozará ao ter seu direito reconhecido pelo Estado. O art. 28 do TRIPs aborda três aspectos desta questão.

Primeiramente, quando o objeto da patente for um produto, o titular da patente terá o direito de “evitar que terceiros sem seu consentimento produzam, usem, coloquem à venda, vendam, ou importem com esses propósitos aqueles bens” (art. 28.1, ‘a’).

Este dispositivo deixa em aberto um grande número de questões práticas e que envolvem a exaustão dos direitos de Propriedade Intelectual. Para Denis Barbosa:

[...] exaustão é a doutrina segundo a qual uma vez que o titular tenha auferido o benefício econômico da exclusividade (‘posto no comércio’), através, por exemplo, da venda do produto patenteado, cessa, os direitos do titular da patente sobre ele²⁴².

A questão costuma ser mais citada em hipóteses de produto importado, quando no país de origem o produto foi fabricado por quem de direito, mas no país de destino existe um outro titular daquele mesmo produto. É a chamada “importação paralela”. O licenciado ou titular da patente no país importador apreciaria ter o direito de impedir a importação comercial daquele produto fabricado por terceiro. Mas o problema também tem surgido na área da biotecnologia, com produtos autoduplicáveis. Assim, nos países que autorizam a patente de sementes transgênicas, pergunta-se da possibilidade de, após uma colheita, o agricultor vender sementes para outros produtores rurais realizarem a semeadura, concorrendo com os interesses do criador da variedade vegetal. O art.6º do TRIPs remete a solução destas questões às regras de exaustão adotadas por cada país. Este é um tema de fundamental importância para países que, como o Brasil, buscam aumentar suas exportações. As soluções são variáveis e o tema será melhor abordado no capítulo terceiro.

Ainda no que toca aos direitos conferidos pelas patentes, existe a questão da chamada “patente de processo”. Denis Borges Barbosa assim define esta última:

²⁴² BARBOSA, D., 2010, p.671.

“Quando a tecnologia consiste na utilização de certos meios para alcançar um resultado técnico através da ação sobre a natureza, tem-se no caso uma patente de processo. Assim, o conjunto de ações humanas ou procedimentos mecânicos ou químicos necessários para se obter um resultado (aquecer, acrescer um ácido, trazer o produto a zero absoluto) serão objeto desse tipo de patente”²⁴³.

Em outras palavras, além de prever a patente de produtos, a Propriedade Industrial regula a patente de processos de produção, como acontece frequentemente na biotecnologia.

Quando o objeto da patente for um processo, o acordo TRIPs atribui ao seu titular o poder de evitar que terceiros sem seu consentimento usem o processo e usem, coloquem à venda, vendam, ou importem com esses propósitos o produto obtido diretamente por aquele processo (art. 28.1, ‘b’).

Por fim, o art.28.2 garante aos titulares da patente o direito de cedê-la ou transferi-la por sucessão e o de efetuar contratos de licença. Contudo, o TRIPs nada diz sobre os limites de regulamentação desta matéria pelos Estados. Isto abre a possibilidade para que membros da OMC restrinjam a liberdade para contratar em questões relacionadas à transferência e licença de direitos relativos às patentes. Abre-se a porta para regras protecionistas, que afetam os direitos dos titulares das patentes²⁴⁴.

3.3.5 Licença compulsória

O art.31 é um dos mais minuciosos do acordo TRIPs. Ele trata do “uso sem autorização do titular” que, ao se examinar o dispositivo, equivale a hipóteses de licenças compulsórias (também denominadas “obrigatórias” pela CUP).

A licença de uma patente tende a ser um ato voluntário, pelo qual o titular mantém a sua propriedade, mas autoriza o uso por terceiro, geralmente mediante remuneração. A licença compulsória, por outro lado, é uma autorização “concedida pelo Estado a terceiros, alheia à vontade do titular da mesma, quando se caracteriza a prática

²⁴³ BARBOSA, 2010, vol. II, p.1271.

²⁴⁴ CABANELLAS, 2004, p.293.

de abuso dos direitos decorrentes da patente por parte deste titular”²⁴⁵. Como restrição de direito que é, deve ser excepcional. “Pode ser entendida como uma sanção pelo abuso do direito, como um instrumento para o cumprimento da função social da patente e tem como função o equilíbrio do mercado”²⁴⁶.

No direito brasileiro, já era prevista no art.33 da Lei nº 5.772/71 em duas situações, a saber: interesse público ou por falta de exploração por determinado tempo.

No caso do TRIPs, além das hipóteses nele previstas (art. 31), o acordo adota ainda as hipóteses da Convenção da União de Paris.

A razão primeira da licença compulsória é a “falta de exploração”, cujo conceito não é esclarecido por qualquer um dos tratados. Cabe, portanto, à legislação de cada país esta definição, que ora pode significar ausência de produção no país onde a licença é requerida²⁴⁷, ora pode implicar falta de atendimento às demandas locais²⁴⁸.

Além da falta de exploração, o TRIPs também ventila as hipóteses de “emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência ou em casos de uso público não comercial”, “para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal” e os casos de patentes dependentes²⁴⁹.

Percebe-se no art.31 uma preocupação em garantir o respeito ao contraditório e à ampla defesa em favor do titular da patente (alíneas ‘i’, ‘j’ e ‘k’) e que este seja “adequadamente remunerado nas circunstâncias de cada uso, levando-se em conta o valor econômico da autorização” (alínea ‘h’).

A licença compulsória deve ser não exclusiva, intransferível e, em princípio, “poderá ser terminada se e quando as circunstâncias que o propiciaram deixarem de existir e se for improvável que venham a existir novamente” (art.31, alínea ‘g’).

²⁴⁵ DI BLASI, 2010, p.269.

²⁴⁶ DI BLASI, 2010, p.269.

²⁴⁷ Hipótese prevista no art.68 §1º, inc. I da atual Lei de Propriedade Industrial, mas questionada pelos Estados Unidos, como se verá no capítulo 4.

²⁴⁸ CABANELLAS, 2004, p.312.

²⁴⁹ Respectivamente, alíneas ‘b’, ‘k’ e ‘l’ do art. 31 do acordo TRIPs.

3.3.6 Caducidade

A caducidade é uma forma de extinção da patente, tradicionalmente imposta ao seu titular como sanção pelo uso indevido. No Direito Comparado foi, por muitas vezes, empregada de forma abusiva pelos Estados. No caso da Argentina, cuja Lei nº 111 de 1864 perdurou até 1995, havia uma tendência jurisprudencial no sentido de enfraquecer os efeitos da patente²⁵⁰. O instrumento mais comum para tanto era a aplicação do art.47, que previa a caducidade no caso em que o invento não fosse explorado pelo prazo de dois anos consecutivos, a contar tanto da concessão da patente, quanto de interrupção posterior.

Sobre a temática, o art.32 do TRIPs limita-se a estatuir que “haverá oportunidade para recurso judicial contra qualquer decisão de anular ou de caducar uma patente”. Contudo, deve-se lembrar que o art. 2.1 do TRIPs determina a aplicação dos artigos 1 a 12 e 19 da Convenção da União de Paris²⁵¹. Assim, nos termos do art.5º ‘A’ §3º da CUP:

A caducidade da patente só poderá ser prevista para os casos em que a concessão de licenças obrigatórias não tenha sido suficiente para prevenir tais abusos. Não poderá ser interposta ação de declaração de caducidade ou de anulação de uma patente antes de expirar o prazo de dois anos, a contar da concessão da primeira licença obrigatória.

3.3.7 Prevenção e solução de litígios

No passado, os conflitos envolvendo a Propriedade Intelectual levavam a sanções unilaterais²⁵², geralmente aplicadas pelo país mais poderoso e nem sempre por razões legítimas. Estas sanções se beneficiavam da falta de regulação no plano internacional, porque tanto sua previsão quanto sua utilização não se atinham a esquemas legais rígidos²⁵³. Ocorre que, para o funcionamento de qualquer sistema de

²⁵⁰ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Op. cit., p.11.

²⁵¹ Na forma da revisão de Estocolmo de 1967.

²⁵² CABANELLAS, 2004, p.387.

²⁵³ VALÉRIO, 2013, p.73.

convivência organizada, principalmente quando envolve diversos Estados soberanos, é fundamental o desenvolvimento de meios institucionais de solução de controvérsias²⁵⁴.

Afastando-se das sanções unilaterais, o TRIPs adota um sistema mais técnico e impessoal²⁵⁵, que é o mecanismo de solução de controvérsias da OMC (arts. XXII e XXIII do GATT 1994²⁵⁶), prevendo a possibilidade de aplicação de sanções aos infratores.

O procedimento da OMC prevê que, caso a parte vencida não cumpra a decisão, a vencedora poderá requerer autorização para impor medidas de retaliação ou optar por indenização (no bojo de processo bilateral de negociação)²⁵⁷.

Para garantir a eficácia das sanções, estas podem envolver qualquer tema da competência da OMC. Assim, “uma pretensa violação do TRIPs, em marcas, poderia ter como resultado uma sanção em importação de sapatos, ou acesso a mercado de serviços de transporte marítimo”²⁵⁸. Na prática, porém, nem sempre o Estado vencedor exige a aplicação da pena.

3.3.8 Relação do acordo TRIPs com a CUP

Como já referido, o TRIPs optou por incorporar expressamente certas regras da Convenção da União de Paris. Por exemplo, determina em seu artigo 2º que, na aplicação das partes II, III e IV do Acordo, os membros do TRIPs deverão cumprir os artigos de 1 a 12 e o artigo 19 da CUP.

Esta situação tem duas conseqüências práticas importantes. Por um lado, países da OMC não signatários da CUP se verão forçados a respeitar a convenção nos pontos em que o TRIPs os obriga. Além disto, regras da CUP poderão ser exigidas por meio dos instrumentos de resolução de controvérsias da OMC. Isto tem importante efeito

²⁵⁴ CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. Manual de Direito Internacional Público. 20. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.466.

²⁵⁵ CABANELLAS, 2004, p.388.

²⁵⁶ Segundo artigo 64.1 do TRIPs

²⁵⁷ MAGALHÃES, 2008, p. 109.

²⁵⁸ BARBOSA, D., Op. cit., p.686.

prático, “devido à escassa efetividade dos mecanismos de resolução de disputas previstos pela Convenção de Paris”²⁵⁹.

Em outras palavras, o TRIPs, mesmo tendo deslocado a discussão da Propriedade Intelectual da OMPI para a OMC, fortaleceu a aplicabilidade de alguns dos dispositivos da CUP.

3.4 A Declaração de Doha (2001)

Os países industrializados deram o tom do acordo TRIPs, atendendo às suas próprias políticas de crescimento econômico. O Brasil e outros países em desenvolvimento aderiram a ele sem estratégia alguma, movidos pela força das pressões sofridas e outros interesses relacionados ao campo de ação da OMC.

Contudo, problemas envolvendo a comercialização de medicamentos relacionados ao combate à AIDS²⁶⁰ assim como ações incisivas de organizações não-governamentais de países desenvolvidos (contrárias aos efeitos do TRIPs na área da saúde) abriram uma brecha para rediscutir o acordo em favor dos países em desenvolvimento²⁶¹.

O art. 71.1 do TRIPs (coerente com o sistema estabelecido pela OMC) previa a realização periódica de revisões do acordo. Após o fracasso da Conferência Ministerial da OMC em Seattle (1999), marcada por manifestações públicas contrárias à globalização, outra veio a ser organizada em Doha, no Catar, em novembro de 2001.

Esta IVª Conferência Ministerial iniciou-se em clima de certo antagonismo entre os países industrializados e os países em desenvolvimento, estes últimos preocupados em manter políticas de resguardo de seus mercados e produtores nacionais²⁶². Ao final,

²⁵⁹ CABANELLAS, 2004, p.282

²⁶⁰ Síndrome de Deficiência Imunológica Adquirida

²⁶¹ BARBOSA, Denis Borges. Trips e a experiência brasileira. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005, p.154-155.

²⁶² MAGALHÃES, op. cit., p.107.

porém, o encontro de Doha veio a ser satisfatório no sentido de discutir diversos assuntos relacionados ao comércio²⁶³.

O resultado destas discussões veio a ser materializado na chamada “Declaração Ministerial de Doha” e em um documento mais específico denominado “Declaração sobre o TRIPs e saúde pública”. Neles reconheceu-se a importância de implementar e interpretar o TRIPs de uma maneira capaz de apoiar a saúde pública, promovendo o acesso tanto aos medicamentos existentes quanto à pesquisa de novos. Como forma de auxiliar os diferentes Estados a alcançar seus objetivos na área da saúde, reiterou-se o direito de cada membro a conceder licenças compulsórias, determinando o terreno de sua aplicação, bem como o direito de cada membro a disciplinar seu próprio regime de exaustão dos direitos relativos à propriedade intelectual, sem olvidar os princípios da nação mais favorecida (MFN) e do tratamento nacional²⁶⁴. Em Doha também se reconheceu a proteção aos conhecimentos tradicionais, bandeira de países como o Brasil²⁶⁵.

Embora existam aqueles que afirmem que as Declarações firmadas em Doha possuem apenas um efeito político, sem valor legal²⁶⁶, elas geraram efeitos importantes para o sistema, inclusive no Brasil. Mostraram ainda que, com o passar dos anos, surgiram disputas entre os países desenvolvidos e um enfraquecimento, ao menos temporário, das pressões unilaterais norte-americanas²⁶⁷.

São estas as linhas gerais do acordo TRIPs e que contribuíram para a transformação do sistema de patentes no Brasil. Cumpre agora examinar como este novo modelo tem funcionado e se adaptado, tanto nos seus aspectos positivos quanto negativos.

²⁶³ DI BLASI, op. cit., p. 231.

²⁶⁴ BARBOSA, Denis Borges. Trips e a experiência brasileira. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005, p.160-163.

²⁶⁵ DI BLASI, op. cit., p.231.

²⁶⁶ Aspecto comentado por: FERNANDES, Márcia Santana. Bioética, Medicina e Direito de Propriedade Intelectual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.137.

²⁶⁷ BARBOSA, Denis. 2005, p. 157-159.

4 UM SISTEMA POSTO À PROVA

O acordo TRIPs foi incorporado ao sistema jurídico brasileiro pelo Decreto nº 1.335/94 após a aprovação, pelo Congresso Nacional²⁶⁸, da Ata Final assinada em Maraqueche, em 12 de abril de 1994, referente aos resultados da Rodada Uruguai do GATT.

Em 1996 foi promulgada a Lei nº 9.279, verdadeiro código de Propriedade Industrial, plenamente vigente desde maio do ano seguinte. Embora as pressões norte-americanas tenham contribuído para o advento desta norma, seu texto tem como base o TRIPs e a ele está submetido.

Testemunhos de pessoas que acompanharam o processo de criação da atual Lei de Propriedade Industrial são no sentido de que “a grande maioria dos parlamentares que votou a atual legislação de patentes desconhecia seus requisitos fundamentais, aquilo que estavam votando”²⁶⁹. Em outros termos, o Brasil não tinha um plano de desenvolvimento calcado em um sistema mais rígido de patentes. Ademais, nem sempre soube aproveitar aqueles pontos do TRIPs onde um legislador local mais atento encontraria campo de manobra para adaptar a nova lei à realidade nacional. Este fenômeno se repetiu em outros países em desenvolvimento onde, “os encarregados do processo legislativo não conhecem as opções ao seu alcance ou as implicações exatas destas opções”²⁷⁰.

Longe de corresponderem a uma evolução natural do nosso sistema normativo, estas mudanças vieram a atender basicamente a necessidade das empresas estrangeiras de alta tecnologia em garantir o retorno de seus investimentos em pesquisa, ampliando as matérias patenteáveis e a abrangência territorial para a cobrança de *royalties*.

Esta medida coincidiu também com uma pressão das potências capitalistas, na década de 1990, no sentido de convencer os estados latino-americanos e do Leste

²⁶⁸ Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994

²⁶⁹ Cf. Comentários de Carlos Alexandre Geyer, presidente da Associação dos Laboratórios Farmacêuticos Nacionais (Alanac), no Seminário Internacional Patentes, Inovação e Desenvolvimento (SIPID), realizado nos dias 5 e 6 de julho de 2007, no Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.abifina.org.br/arquivos/II_sipid_3_hormonizacao.pdf Acessado em: 12/01/2014.

²⁷⁰ BARTON, 2005, p.387.

Europeu a adotarem um novo “Império do Direito” (“*Rule of Law*”)²⁷¹, por meio da promoção de boas regras do jogo econômico, capazes de amparar um ambiente seguro para as atividades privadas e reduzir custos de transação.

Deste quadro de pressões externas surgiu um novo sistema de patentes brasileiro bem mais rigoroso do que o anterior e que, embora flexível em vários pontos, em outros obriga o país a aplicar regras que não favorecem o seu desenvolvimento.

Tem-se sobre este aspecto uma moeda com suas duas faces. Por um lado, qual referido por Wachowicz:

É indiscutível que no limiar do século XXI o bem intelectual esteja altamente internacionalizado, apontando para o esgotamento dos limites do tradicional Estado-Nação, incapaz de por si só regulamentá-lo, controlá-lo e protegê-lo.²⁷²

Por outro lado, sem contrariar esta afirmação, existe o problema do tipo de marco normativo que acabou sendo adotado, a partir desta necessidade de reconhecer a internacionalização do bem intelectual. Algumas avaliações são bastante pessimistas. Para Denis Barbosa, os propósitos do TRIPs representaram “a derrubada da individualidade jurídica nacional, o que pode levar seguramente a uma harmonização, mas não necessariamente a uma elaboração lógica de um substrato comum, a não ser indutivamente”²⁷³.

Todavia, a compreensão do sistema depende dos instrumentos que nos permitem interpretá-lo. É o que se abordará em seguida.

4.1 Critérios de interpretação do sistema

²⁷¹ DAVIS, Kevin E. Davis; TREBILCOCK, Michael J.. A Relação entre Direito e Desenvolvimento: otimistas *versus* céticos. REVISTA DIREITO GV, São Paulo. Jan-jun 2009, p.218. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/12_-_a_relacao_entre_direito_e_desenvolvimento_-_kevin_davis_e_michael_trebilcock.pdf> Acessado em: 09 jun. 2013.

²⁷² WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento econômico e tecnologia da informação. In BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007, p.75-76.

²⁷³ BARBOSA, D., 2003, p.2

Interpretar uma norma jurídica significa encontrar o seu verdadeiro sentido e alcance. É uma tarefa frequentemente complexa e cujo resultado nem sempre será acolhido por todos. Diz-se que “a interpretação é sempre necessária, sejam obscuras ou claras as palavras da lei ou de qualquer norma jurídica”²⁷⁴. Afinal:

- a) clareza é um conceito subjetivo;
- b) uma expressão pode ter diferentes significados em sua concepção vulgar e técnica²⁷⁵, como soe acontecer com alguns termos usados no art.27 do TRIPs.

Conforme já foi referido no capítulo anterior, o modelo jurídico adotado no acordo TRIPs usa conceitos amplos, deixando de definir termos que lhe são essenciais, tais como invenção, novidade, aplicação industrial, microorganismo, dentre outros. Para Varella isto não foi um descuido, mas sim a abertura de uma margem proposital para que os países membros adotassem “suas próprias definições em função de seus interesses públicos de promoção da ciência e tecnologia em nível local”²⁷⁶.

A legislação brasileira que se seguiu é, em alguns aspectos, resultado desta indefinição. Assim, ela tanto apresenta seu próprio conceito de “aplicação industrial” (art.15 da Lei nº 9.279/96), quanto evita definir o que é invenção. A margem de interpretação deixada em aberto é bastante ampla e, assim, alguns critérios hermenêuticos precisam ser utilizados.

Um dos instrumentos conhecidos e que se presta a compreender grande parte do atual sistema é a interpretação teleológica, que permite examinar a norma sob a luz dos valores que ela tenciona servir ou tutelar²⁷⁷.

No primeiro capítulo buscou-se demonstrar que, para as primeiras normas sobre patentes, ao tempo do chamado Mercantilismo, a restrição do acesso da sociedade ao conhecimento somente se justificava pela perspectiva de fomentar o progresso econômico e científico. Interessante recordar que, à época do *Statute of Monopolies* de

²⁷⁴ BETIOLI, Antônio Bento. Introdução ao Direito. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.410.

²⁷⁵ Ibidem.

²⁷⁶ VARELLA, Marcelo Dias. Políticas Públicas para a Propriedade Intelectual no Brasil. In In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005, p.188.

²⁷⁷ BETIOLI, 2013, p.412.

1624, reconhecia-se o monopólio do inventor, desde que o privilégio não viesse a causar prejuízo ao Estado, aumento dos preços dos produtos no mercado doméstico e outras inconveniências²⁷⁸.

Mais tarde, as normas surgidas no século XIX, como visto, mostram a preocupação em condicionar o privilégio concedido ao inventor à disponibilização do conhecimento a todos os interessados, ao final do prazo de exclusividade. Assim, mais uma vez, o sistema somente encontrava sua justificativa no benefício a ser alcançado pela sociedade.

Nesse passo, principalmente no século XXI, não mais se justifica tratar a patente como um direito natural e sagrado do indivíduo, como proclamava a Revolução Francesa. Ela deve ser encarada, na interpretação das normas que a regulam, como um direito cujos contornos estão limitados pelo interesse da sociedade.

O próprio Acordo TRIPs reforça esta linha de interpretação, visto que apresenta dispositivo que expressamente confirma a preocupação com o desenvolvimento dos Estados Membros, ao fixar seus objetivos no art. 7º, *verbis*:

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 e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

Sem o devido equilíbrio o sistema de patentes não estará exercendo seus objetivos e, por conseguinte,

deve ser reformado (por meio do Poder Legislativo), reinterpretado (por meio do Poder Judiciário), bem como ter suas políticas públicas repensadas (por meio do Poder Executivo), de modo a se atingir o equilíbrio necessário, para a promoção do desenvolvimento econômico, social e tecnológico do Brasil [...] ²⁷⁹.

Winter e Wachowicz, ao examinarem os paradoxos da sociedade informacional, vão ainda além. Alertam que “a proteção do Direito Industrial conferida pela patentabilidade somente se justifica se, concomitantemente à proteção do investimento

²⁷⁸ DENT, 2009, p.442.

²⁷⁹ LIMA NETO, 2013, p.179.

com a criação do monopólio de exploração, houver a proteção da liberdade de inovações”²⁸⁰. Da mesma forma, na aplicação do sistema, não se deve adotar uma interpretação que leve à paralização ou à punição da criatividade.

Mas, no caso específico do Brasil, há que se considerar ainda o seu sistema constitucional e o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

A Constituição Federal de 1988, seguindo uma tradição constitucional, dispôs, em seu artigo 5º, inciso XXIX, que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização”. Contudo inovou ao ressaltar: “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”²⁸¹.

Some-se a isto que, dentro das composições políticas que foram necessárias para a confecção da Carta de 1988, o art. 5º, XXIII veio a determinar ainda que “a propriedade atenderá a sua função social”. Adotou-se, assim, “a moderna concepção de direito de propriedade, pois, ao mesmo tempo em que o consagrou como direito fundamental, deixou de caracterizá-lo como incondicional e absoluto”²⁸².

Daí a observação de Di Blasi sobre a temática:

“É fato que, com tal previsão, a Constituição pretende resguardar, nessa área, os anseios da sociedade brasileira, com relação a suas necessidades e seus objetivos, não atribuindo privilégios àqueles que possuem interesses divergentes do compromisso firmado na Carta, isto é, promover os valores sociais e favorecer o desenvolvimento tecnológico do país”²⁸³.

Assim, a Lei nº 9.279/96 não pode ser encarada isoladamente. Ela faz parte de um sistema jurídico, com o qual ela deve se articular. Seus termos, portanto, autorizam ainda uma interpretação lógico-sistemática.

A função social das patentes pode ser reconhecida em diferentes planos.

²⁸⁰ WINTER, Luis Alexandre Carta; WACHOWICZ, Marcos. Os paradoxos da sociedade informacional e os limites da propriedade intelectual. Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi. Florianópolis: Boiteux, 2007. p.2507.

²⁸¹ José Afonso da Silva critica a presença deste dispositivo entre os incisos do art. 5º, pois a propriedade sobre inventos e marcas “evidentemente não tem natureza de direito fundamental do homem. Caberia entre as normas da ordem econômica” (SILVA, 2011, p.277).

²⁸² MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.193.

²⁸³ DI BLASI, 2010, p.141.

No primeiro plano, a função social seria inerente ao sistema de patentes, ao oferecer segurança jurídica aos inventores, como nos aponta Grau-Kuntz:

“Seguindo a formulação clássica pretende-se, por meio da concessão da patente, incentivar a contínua renovação tecnológica e estimular as empresas a investirem em pesquisa e desenvolvimento, fatores estes que, estimulando a concorrência, fomentariam o desenvolvimento econômico gerando bem-estar geral”²⁸⁴.

Sob este ângulo, a função social “é alcançada com a manutenção de um fluxo de criação e circulação de informação, criando-se um valor econômico e social”²⁸⁵.

Em um segundo plano, o fluxo de criação deverá gerar novos produtos (como medicamentos, máquinas agrícolas, fertilizantes, equipamentos cirúrgicos) capazes de “assegurar a todos existência digna” (art. 170, caput da CRFB). Daí também aqui a importância de se criar um sistema que não seja um entrave à inovação.

Por outro lado, caso o titular da patente concedida venha a exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, a função social da propriedade será a justificativa de ordem constitucional para a concessão da licença compulsória prevista na Lei nº 9.279/96²⁸⁶.

Existem ainda questões pontuais, de ordem constitucional, que podem guardar relação com a função social da propriedade industrial. É o caso do direito à saúde, previsto no art. 6º da CRFB e que também poderá ser referido na hora de se buscar a compreensão das normas que compõe o atual sistema.

Também não é de pouca importância aduzir que o art.5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro determina que:

Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

²⁸⁴ GRAU-KUNTZ, Karin. Direito de Patentes – Sobre a interpretação do Artigo 5º, XXIX da Constituição brasileira. Disponível em: < http://www.newmarc.com.br/ibpi/d_pat.html > Acessado em: 13 nov. 2012.

²⁸⁵ BARBOSA, C., 2009, p.53.

²⁸⁶ Dentre outras hipóteses previstas nos artigos 68 e 71 da Lei nº 9.279/96, que incluem “emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal”.

Por fim, cumpre referir sucintamente que, no tocante ao acordo TRIPs em si, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, traz algumas regras de interpretação em seus artigos 31 a 33.

Em que pesem os verdadeiros objetivos econômicos por trás da criação do TRIPs, é lícito que todos estes pontos sejam levados em consideração no momento da interpretação do sistema e de seus elementos. O acordo TRIPs, no que toca à patente, não pode ter suas regras aplicadas em desacordo com os motivos que justificaram a criação deste privilégio, deve ser situado dentro da realidade econômica e social, moldado de acordo com os princípios por ele declarados e por aqueles outros defendidos por nossa ordem constitucional. Não obstante, as forças econômicas preponderantes nem sempre permitirão que estes critérios sejam levados em conta.

No caso do Brasil, alguns destes aspectos serão especialmente prejudicados pela forma como seus legisladores realizaram a integração do acordo à nossa ordem jurídica.

4.2 Integrando-se ao sistema

Quando se analisa a adaptação das normas internas brasileiras ao atual regime internacional de patentes, verifica-se que ela obedeceu, em linhas gerais, os requisitos mínimos do TRIPs. Em alguns casos, a legislação brasileira é até mais rigorosa do que o sistema adotado pela OMC. Por outro lado, existem dispositivos que desagradaram outros Estados membros.

Várias referências ao conteúdo da Lei 9.279/96 já foram feitas no capítulo anterior. O que se pretende agora é pinçar aspectos do atual marco regulatório, para consolidar uma visão geral do sistema.

4.2.1 Muito acima do “mínimo”

De acordo com o seu artigo 1.1, o TRIPs trata de critérios mínimos de proteção, podendo os membros prover “proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo”.

Em alguns pontos, os critérios de proteção do TRIPs são bastante vagos, permitindo grande margem de manobra aos legisladores de cada Estado. É o caso do art.61, que obriga “a aplicação de procedimentos penais e penalidades pelo menos nos casos de contrafação voluntária de marcas e pirataria em escala comercial”, determinando penas de “prisão e/ou multas monetárias suficientes para constituir um fator de dissuasão”. O que seria “suficiente” para “constituir um fator de dissuasão”? É algo, basicamente, subjetivo. O legislador brasileiro, neste ponto, optou por penas de detenção não superiores a um ano (artigos 183 a 185 da Lei nº 9.279/96), além de multa.

Para o Brasil, entretanto, os critérios “mínimos” traçados pelo TRIPs frequentemente representaram a adoção de regras muito mais rigorosas do que as que vigiam até então no país. Ademais, por força deste compromisso internacional, restringiu-se enormemente a capacidade do Estado de graduar as leis de patente para o futuro, com vistas a estimular setores específicos da economia, como a indústria química ou farmacêutica. Tome-se, por exemplo, o art. 33 do TRIPs que determinou que “a vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito”.

Para Bernard Remiche, professor da Universidade de Louvain, “a uniformização da duração da proteção, por um período de 20 anos, imposta pelo Acordo TRIPs, é uma excelente conquista e não precisa de grandes comentários”²⁸⁷. Esta é uma opinião confortável, quando vinda de um país desenvolvido. Em sentido oposto, de acordo com trabalho publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), muitos países em desenvolvimento argumentam que o longo prazo de proteção das patentes, fixado pelo TRIPs, concede uma superproteção aos titulares de

²⁸⁷ REMICHE, Bernard. Revolução Tecnológica, Globalização e Direito de Patentes. In: In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005, p.114.

direitos da Propriedade Industrial, punindo o público ao manter a inovação submetida a preços monopolísticos por um tempo demasiadamente longo²⁸⁸.

Com efeito, fixar o prazo de 20 anos, para toda e qualquer invenção patenteável, soa arbitrário²⁸⁹. Tomando como verdade que o sistema de patentes deve conceder ao inventor um prazo razoável para se ressarcir dos investimentos feitos e premiá-lo por seus esforços, não deve ser ele tão grande a ponto de permitir que os efeitos da exclusividade onerem a sociedade além do razoável. Afinal, além de retardar a livre concorrência, cria um obstáculo ainda mais longo para a efetiva transferência de tecnologia. Isto guarda relação com o “benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico” e o equilíbrio necessário “entre direitos e obrigações”, expresso no art.7º do TRIPs.

No caso do Brasil, além dos 20 anos referidos, entendeu o legislador conceder ao titular da patente um direito excepcional, não previsto no TRIPs. O parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/96 estipula que o prazo de vigência da patente de invenção não será inferior a dez anos, a contar da data de concessão do pedido, “ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior”. Em outras palavras, havendo uma diferença de mais de 10 anos entre a data de depósito e a data da efetiva concessão pelo INPI, a vigência da patente sofrerá um acréscimo e ultrapassará os 20 anos. Seria uma compensação pela demora do órgão concedente.

Há uma certa lógica na regra acima, visto que o requerente da patente tem mais dificuldade para proteger o seu invento e negociar contratos de licença durante os anos que precedem a concessão do pedido. Contudo, se for considerado que o prazo de 20 anos, imposto pelo TRIPs, não tem paralelo na tradição jurídica brasileira, não se vê em que ponto a extensão do prazo poderá atender aos interesses do país e dos seus consumidores.

A regra do art.40 § único tem sido motivo de frustrações. O estudo realizado pelo Centro de Estudos e Debates Estratégicos da Câmara dos Deputados, sobre o tema,

²⁸⁸ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). Environment and Trade: A Handbook, 2005. Disponível em: <<http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=754>> Acessado em: 14 jan. 2014, p.71.

²⁸⁹ PACÓN, Ana Maria. Derecho de Patentes y Salud Pública: Impacto de los Tratados de Libre Comercio. Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual. Revista Eletrônica do IBPI, Ano II, nr. 4, p.47.

aponta diversos casos contundentes. Um deles é o do medicamento oncológico Tarceva, que custava R\$ 7.472,01 em fevereiro de 2013. Graças ao dispositivo legal referido, a vigência de sua patente será estendida de março 2016 para dezembro de 2020²⁹⁰.

Não se pode esquecer que, ao menos em tese, a Lei nº 9.279/96 já possui um outro dispositivo que busca compensar os inventores submetidos à demora do processo de concessão da patente. O instrumento é o art. 44, que assim estipula:

Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente.

Sabe-se que o nível ótimo de proteção (aquele em que se estima que os benefícios sociais superam os custos sociais) não é fácil de ser alcançado, pois depende do tipo de produto ou setor da economia, da variação da demanda, das estruturas do mercado, etc²⁹¹. Porém, com a fixação de um prazo muito longo, é possível supor que:

os titulares de patentes obterão benefícios que excederão os custos gerais de P&D. Ademais, se poderia entorpecer a inovação futura baseada na tecnologia [patenteada], posto que a tecnologia não poderá ser de livre acesso durante um tempo mais longo [...] ²⁹².

No caso específico dos produtos farmacêuticos, cuja função social não precisa ser aqui ressaltada, percebe-se que o sistema possibilita várias manobras para postergar a extinção do privilégio, retardando ainda mais o estabelecimento de uma livre concorrência. Segundo Macedo e Pinheiro:

Vários são os mecanismos utilizados pelos proprietários de patentes para adiar a concorrência, podendo citar: a concessão de patentes incrementais, tais como as de formulações farmacêuticas, de segundo uso, de compostos específicos (por exemplo, isômeros) [...] ²⁹³

Na visão de André Fontes, a violação da nossa ordem constitucional fica visível na atuação das companhias multinacionais de fármacos, “por meio da obtenção de uma

²⁹⁰ LIMA NETO, 2013, p.60.

²⁹¹ BARTON, 2005, p.63.

²⁹² PACÓN, [s.d.], p.46-47.

²⁹³ MACEDO, Maria Fernanda Gonçalves; PINHEIRO, Eloan dos Santos. O impacto das patentes farmacêuticas em países em desenvolvimento e as perspectivas para o Brasil. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005, p.285.

nova patente sobre um mesmo objeto, pela alteração iníqua de sua estrutura, sem alteração nos fins a que se propuseram com a primeira concessão”²⁹⁴.

A “patente de segundo uso”, apenas para tomar um exemplo, envolve considerável controvérsia. Ocorre, por exemplo, quando um medicamento foi patenteado para ser aplicado a uma determinada doença. Anos depois, antes da expiração daquela patente, o laboratório revela que aquela mesma fórmula também teria uma outra função, bem diversa da primeira, fazendo-o pleitear nova patente. Denis Barbosa acredita ser cabível esta segunda patente, por falta de impedimento legal no Brasil²⁹⁵, e afirma:

O aspecto talvez mais daninho da patente de uso é a possibilidade que ela assegura a seu titular, de diferir a revelação do conhecimento tecnológico já conhecido, mas não revelado. Na medida em que a evolução autônoma dos competidores o permita, disso poderia resultar, na prática, uma vigência mais prolongada da proteção, ainda que a aspectos diversos do mesmo objeto. É o chamado efeito *evergreen*²⁹⁶.

A questão do patenteamento dos fármacos e dos produtos e processos biotecnológicos frequentemente envolve a noção do que é uma invenção, dúvida que, por técnica legislativa, não foi esclarecida pelo TRIPs, nem tampouco pela Lei nº 9.279/96. Muitas consequências práticas advém desta indefinição, gerando diferentes linhas de interpretação em cada Estado membro. Mas o silêncio do acordo TRIPs sobre a temática não confere aos países membros flexibilidade para adotar um conceito que limite a matéria patenteável definida como obrigatória pelo art.27 do acordo²⁹⁷. Em outras palavras, pode-se adotar uma interpretação que exclua a patenteabilidade dos

²⁹⁴ FONTES, André R. C.. Cultivares sob a propriedade intelectual. In PLAZA, Charlene et al (coordenadores). Propriedade Intelectual na Agricultura. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.63.

²⁹⁵ Para Denis Barbosa, “se o elemento é conhecido, mas a solução no qual ele é empregado não foi antes revelada, novidade haverá – o que fundamenta a exclusividade é o problema resolvido, não o produto obtido, mesmo porque o produto despido de solução técnica invento não é, e não tem aplicação industrial”. BARBOSA, Denis Borges. Polimorfos, Enantiômeros & coetera – Uma proposta de mudança legislativa, [s.d.], p.17. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/polimorfismo.pdf> Acessado em: 11 jan. 2014.

²⁹⁶ BARBOSA, D., s.d., p.33.

²⁹⁷ BENSADON, 2012, P.27-28.

mecanismos de *e-business*, mas não um conceito de invenção que exclua “processos não biológicos”, pois estes estão expressos no art.27.3, ‘b’.

Outra questão que pode ter grandes implicações para o sistema é a forma como os escritórios de patente interpretam os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Veja-se, por exemplo, a insegurança no contexto atual, onde se testemunha o surgimento de novas áreas do conhecimento, com avanços científicos ora sendo tratados como meras descobertas, ora como invenções eventualmente patenteáveis. A biotecnologia é um exemplo eloquente, e que tem gerado desafios ao sistema jurídico brasileiro.

Cláudio R. Barbosa apresenta uma explicação para esta questão, ao aduzir:

“O problema que se enfrenta a cada modificação de paradigma tecnológico é claro: ou se desenvolve um novo instituto, ou se aproveita um dos institutos existentes com as modificações necessárias. Se o intervalo entre inovações e sua proteção era razoável e permitia adequação natural e gradual dos institutos, a evolução tecnológica exponencial aponta para uma necessidade de modificações rápidas para os sujeitos e operadores do Direito, modificações que geram, inevitavelmente, situações ineficientes”²⁹⁸.

Ou ainda, em outras palavras:

“Cada nova tecnologia representa um desafio diferente ao sistema jurídico, cada uma tem suas idiossincrasias e particularidades, sendo impossível antecipá-las, como é impossível antecipar as próprias tecnologias”²⁹⁹.

Contudo, ainda hoje, percebe-se que a Lei 9.279/96 não se adaptou a estas transformações, como bem destacou Del Nero, no que toca à biotecnologia³⁰⁰.

O sistema brasileiro, ao promover a incorporação do art.27 do TRIPs, viu-se obrigado a considerar como patenteável tudo aquilo que o acordo exigia. Por outro lado, buscou declarar como não patenteável, ou como não sendo invenção, todos os pontos onde o TRIPs facultou aos países membros alguma discricionariedade, tais como:

²⁹⁸ BARBOSA, Cláudio R.. Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.175.

²⁹⁹ DREYFUSS, Rochelle Cooper, apud BARBOSA, 2009, P.174.

³⁰⁰ DEL NERO, 2008, p.172.

a) “técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal” (art.10, VIII da Lei nº 9.279/96);

b) “o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas” (art.18, I da Lei nº 9.279/96).

Da mesma forma, existe a questão da integração ao direito brasileiro do art. 30 do TRIPs, que cuida das “Exceções aos Direitos Conferidos”. Este dispositivo, pautado na ideia do “uso justo” (“*fair use*”) oferece opções bastante flexíveis ao legislador nacional para suavizar a aplicação do TRIPs, ao estipular que:

Os Membros poderão conceder exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que elas não conflitem de forma não razoável com sua exploração normal e não prejudiquem de forma não razoável os interesses legítimos de seu titular, levando em conta os interesses legítimos de terceiros.

Para Denis Barbosa, este artigo deve ser interpretado em conjunto com os artigos 7º e 8º do TRIPs, que tratam respectivamente dos objetivos e princípios do Acordo, possibilitando criar limitações que favoreçam o desenvolvimento tecnológico do país, protejam a saúde e a nutrição públicas, dentre outros valores³⁰¹.

A matéria veio a ser tratada pelo art. 43 da Lei 9.279/96, que aponta alguns usos do objeto patentado que podem ser realizados licitamente, sem a autorização do seu titular. É o caso da chamada “Exceção Bolar”, prevista no art. 43, VII e introduzida em nosso sistema apenas em 2001³⁰². De acordo com ela, não configura violação de patente:

atos praticados por terceiros não autorizados, relacionados à invenção protegida por patente, destinados exclusivamente à produção de informações, dados e resultados de testes, visando à obtenção do registro de comercialização, no Brasil ou em outro país, para a exploração e comercialização do produto objeto da patente, após a expiração dos prazos estipulados no art. 40.

Esta exceção está prevista na legislação norte-americana desde 1984 e é especialmente utilizada pelas indústrias farmacêuticas voltadas para a fabricação de

³⁰¹ BARBOSA, D., 2010, p.1544-1545.

³⁰² Lei nº 10.196/2001.

medicamentos genéricos. Ela permite que estas empresas, em vista de uma expiração do prazo de proteção de determinada patente, efetue ensaios clínicos de forma a cumprir exigências administrativas necessárias à comercialização do medicamento³⁰³. Assim, expirado o privilégio, o medicamento logo poderá entrar no mercado, beneficiando a sociedade.

Interessante referir que, na visão de Denis Barbosa:

Tratando-se de restrições a uma norma excepcional, como é a das patentes, as limitações são interpretadas extensivamente, ou melhor, com toda a dimensão necessária para implementar os interesses que pretendem tutelar³⁰⁴.

Embora o legislador brasileiro tenha buscado tirar algum proveito da flexibilidade do sistema internacional, esta preocupação não foi exercida em toda a sua extensão. Por exemplo, não consta da lei brasileira³⁰⁵ a ressalva segundo a qual “os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para (...) evitar sérios prejuízos ao meio ambiente” (art.27.2 do TRIPs). Este lapso, contudo, não chega a ser tão grave pois, o fato de o produto ou processo vir a ser patenteado não significa que terá seu uso licenciado, na forma da legislação ambiental.

Em sentido inverso, o legislador brasileiro também parece ter criado restrições à plena aplicação das disposições do TRIPs. De acordo com autoridades norte-americanas, a Lei nº 9.279/96 teria infringido algumas disposições e princípios do Acordo. Exemplos destas infrações seriam os artigos 68 §1º, inc. I e 229-C, que serão examinados oportunamente.

Existem ainda algumas situações em que o legislador brasileiro decidiu conferir ao titular da patente proteção mais forte do que o mínimo exigido pelo TRIPs. Denis Barbosa aponta, em tom de crítica³⁰⁶, um dispositivo processual da Lei nº 9.279/96 que determina:

³⁰³ BARTON, 2005, p.155.

³⁰⁴ BARBOSA, D., 2010, p.1541.

³⁰⁵ BARBOSA, D., 2005, p.152.

³⁰⁶ BARBOSA, D., 2005, p.149-151.

Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente³⁰⁷.

Este parágrafo do sistema brasileiro é uma adaptação mais rigorosa, em desfavor do réu, do art. 34 do TRIPs, que prevê inversão do ônus da prova em caso de patentes de processo. Ocorre que o dispositivo do TRIPs aponta duas condições alternativas³⁰⁸ para que se imponha tamanho ônus à parte ré, além de garantir que “na adução da prova em contrário, os legítimos interesses dos réus na proteção de seus segredos de negócio e de fábrica serão levados em consideração” (art. 34.3).

Outra questão complexa, que surge da “irrestrita proteção” é quando uma determinada criação da mente humana, já protegida por um ramo da Propriedade Intelectual, compete para ser simultaneamente protegida pelo sistema de patentes, por guardar características de “invenção”. No capítulo anterior houve a oportunidade de se falar dos programas de computador que, no sistema brasileiro são expressamente protegidos pelo regime do Direito Autoral mas que, cada vez mais, têm sido objeto também de depósitos de pedidos de patentes. Em caso de sucesso, o titular passa a gozar de diferentes classes de proteção sobre um mesmo bem imaterial.

A questão da dupla proteção também veio à tona, no sistema brasileiro, em virtude das “variedades vegetais”³⁰⁹ que, nos termos do art.27.3, alínea “b”, serão obrigatoriamente protegidas “seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* eficaz, seja por uma combinação de ambos”.

O legislador brasileiro optou por proteger as variedades vegetais pelo regime *sui generis* da Lei de Proteção de Cultivares³¹⁰ (Lei nº 9.456/97), cujas características tem contrastes importantes se comparado com o sistema das patentes.

³⁰⁷ Art. 42, §2º.

³⁰⁸ “Se o produto obtido pelo processo patenteado for novo”, ou, “se existir probabilidade significativa de o produto idêntico ter sido feito pelo processo e o titular da patente não tiver sido capaz, depois de empregar razoáveis esforços, de determinar o processo efetivamente utilizado”.

³⁰⁹ Que em alguns casos são Organismos Geneticamente Modificados (OGMs).

³¹⁰ Cultivares, de acordo com Cláudio Barbosa, são “variedades de qualquer gênero ou espécie vegetal superior, distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, os quais são características homogêneas e estáveis em gerações sucessivas (BARBOSA, C., 2008, p.179).

A lei brasileira de cultivares, coerente com a realidade socioeconômica do país, admite certas práticas que feririam um regime de patentes, tais como:

- a) permite “que o pequeno produtor rural possa trocar ou doar as sementes por ele cultivadas a outro pequeno produtor rural, desde que não o faça com fins comerciais”³¹¹;
- b) deixa uma brecha importante para que o agricultor, que tenha adquirido cultivares protegidas, separe parte das sementes que venha a colher para o replantio, sem precisar da autorização do obtentor.

Outro aspecto importante é que a Lei nº 9.456/97, em seu art. 2º³¹², veda a sobreposição de direitos de Propriedade Intelectual como, por exemplo, direito de obtentor de cultivar somado a direito de inventor.

Ocorre que algumas empresas encontraram uma lacuna para que suas criações pudessem gozar das vantagens dos dois sistemas de proteção.

Viu-se que a Propriedade Industrial, além de prever a patente de produtos, regula a patente de processos de produção, como acontece frequentemente na biotecnologia. Assim, por exemplo, um cientista poderia desenvolver um novo processo capaz de inserir no genoma de uma planta o gene de um microorganismo dotado de uma característica desejável e inédita. Neste caso, ele poderia conseguir uma dupla proteção: Por um lado, o processo levaria à criação de uma nova cultivar como, por exemplo, uma soja transgênica. Por outro, ele poderia requerer a patente do processo utilizado para alcançar este resultado. É neste ponto, justamente que, de forma bastante discreta, a vedação à sobreposição dos direitos de exclusiva se rompe. Por que? Porque o art. 42 da lei 9.279/96 assim dispõe:

A patente confere ao seu titular **o direito de impedir** terceiro, sem o seu consentimento, de **produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar** com estes propósitos:

I - produto objeto de patente;

³¹¹GARCIA, Selemara Berckembrock Ferreira. A proteção jurídica das cultivares no Brasil. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p.59.

³¹² “A proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual referente a cultivar se efetua mediante a concessão de Certificado de Proteção de Cultivar, considerado bem móvel para todos os efeitos legais e **única forma de proteção de cultivares e de direito que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa, no País**” (grifo nosso)

II - processo ou **produto obtido diretamente por processo patenteado**. (grifo nosso)

Em outras palavras, a patente de um processo abarca os produtos diretamente obtidos por ele, “o que, no caso das plantas, pode ser entendido como abrangendo não só a primeira geração resultante do processo, como as ulteriores e até mesmo (...) os produtos resultantes das plantas³¹³”, autorizando “a permissão de cobrança de *royalties* sobre a produção, em caso de ‘uso não autorizado’ de sementes”³¹⁴.

As conseqüências práticas da sobreposição são ainda mais amplas, tais como:

a) ampliação do prazo de proteção da cultivar, que saltará de 15 ou 18 anos, dependendo da planta (art. 11 da LPC e art.8º da UPOV 1978), para 20 anos pelo regime das patentes (art.40 da Lei 9.279/96);

b) na prática, o sistema de patentes acabará por restringir a pesquisa para criação de cultivares essencialmente derivadas, quando a criação destas depender de uma patente de processo;

c) a patente de processo, ao abarcar os produtos dela resultantes, suprime a prática milenar que permitia ao agricultor reservar e plantar “sementes para uso próprio, em seu estabelecimento ou em estabelecimento de terceiros cuja posse detenha” (art.10, I da LPC), assim como a do pequeno produtor multiplicar sementes, “para doação ou troca, exclusivamente para outros pequenos produtores rurais” (art.10, IV da LPC);

d) na esteira da alínea anterior, os contratos envolvendo o uso de sementes transgênicas impedem o agricultor de manter usos e costumes comunitários que caracterizavam o seu ambiente cultural e reduzem “a biodiversidade ao eliminar culturas variadas, que proporcionam fontes variadas de nutrientes”, criando “uma monocultura transgênica”³¹⁵, com conseqüências negativas sobre a noção de desenvolvimento sustentável;

³¹³ PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila; SANTOS, Nivaldo dos. Interpretação de Direitos de Proteção em Propriedade Intelectual: O caso das patentes de invenção e cultivares. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, p.7836.

³¹⁴ PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila; CARRARO, Fábio. Propriedade Intelectual – Patentes e Cultivares. In: PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila et al. (Coord.). Propriedade intelectual na agricultura. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.131.

³¹⁵ Vandana Shiva, apud DEL NERO, 2008, p.288.

e) cria incompatibilidades sistêmicas, uma vez que o regime de patentes foi idealizado para produtos mecânicos ou químicos, sempre fabricados por ação humana e não para tecnologias de objetos autoduplicáveis³¹⁶, como as plantas.

Para ilustrar esta situação, diga-se que a empresa Monsanto, empreendedora mundial no campo das sementes transgênicas, teve dificuldades para patentear as suas espécies vegetais no Brasil, dadas as proibições da legislação de Propriedade Industrial. Então, em uma segunda investida, buscou obter uma dupla proteção através do caminho do patenteamento de processos não biológicos e daquilo que buscou caracterizar como substâncias químicas. Por esta senda obteve sucessos parciais³¹⁷³¹⁸, logrando garantir uma dupla proteção para parte de suas sementes geneticamente modificadas. A questão central, repita-se, é que a evolução tecnológica tem sido muito rápida, frente a uma transformação normativa compreensivelmente cautelosa. Por outro lado, não há inércia das grandes empresas que atuam nesta área e que, pouco a pouco, entre vitórias e derrotas, vêm conseguindo alcançar objetivos importantes.

O fortalecimento do sistema de patentes pode ser benéfico a muitas empresas brasileiras e, eventualmente, gerar desenvolvimento em áreas específicas. Contudo, também trouxe mazelas típicas de países com altos investimentos em P&D.

A saída de um regime de fraca proteção patentária para outro onde toda invenção pode ser patenteada, mesmo quando a novidade e a atividade inventiva é duvidosa, mergulhou o sistema brasileiro em uma realidade onde há uma excessiva fragmentação da titularidade do conhecimento tecnológico. Em virtude disto, muitos avanços importantes dependem de acordos com inúmeros outros titulares de patentes, que

³¹⁶ PLAZA, 2010, p.7832.

³¹⁷ VARELLA, Marcelo Dias; MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. Propriedade intelectual e exportação de soja: reflexões a partir da experiência argentina e brasileira face aos julgados pelas Cortes europeias. In: PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila et al (coord.). Propriedade Intelectual na Agricultura. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.253.

³¹⁸ A título de exemplo, a patente nº 1100007, expedida em 17/08/1999 e extinta em 10/07/2007. “Refere-se a um vetor de clonagem ou expressão compreendendo um gene que codifica o polipeptídio 5-enolpiruvilshiquimato 3-fosfato sintase (EPSPS) que, quando expresso em uma célula de planta, contém um peptídio de trânsito para cloroplasto que permite que o polipeptídio, ou uma porção enzimaticamente ativa do mesmo, seja transportado do citoplasma da célula de planta para um cloroplasto na célula de planta, e confere um grau substancial de resistência ao glifosato à célula de planta e às plantas regeneradas a partir da mesma”.

exigem compensações ou cotitularidades, tornando inviável o prosseguimento de muitas pesquisas e a subutilização do conhecimento³¹⁹.

Ademais, países em desenvolvimento, como o Brasil, têm problemas estruturais que os impedem de tirar todo o proveito da nova ordem jurídica. Além da falta de recursos para investir em P&D³²⁰, as empresas dos países em desenvolvimento, mesmo quando criam novas tecnologias “raras vezes podem afrontar os gastos de aquisição e manutenção dos direitos e, sobretudo, os custos de litigância, se surgem disputas”³²¹.

Na visão de Edith Penrose:

Um país sairá perdendo se outorga privilégios de monopólio em seu mercado interno que não tenham como objetivo a melhora ou o barateamento dos bens disponíveis, a promoção da sua capacidade de produção ou a obtenção em outros mercados de privilégios para seus produtores que sejam, ao menos, equivalentes.³²²

Neste sentido, o TRIPs harmonizou realidades econômicas e sociais incompatíveis, buscando alcançar apenas uma igualdade no âmbito formal, ignorando aspectos mais profundos. Afinal, existem “desigualdades gritantes no que diz respeito às condições econômicas de investimentos em P&D (Pesquisa e desenvolvimento) e no nível de desenvolvimento dos países signatários”³²³.

4.2.2 As limitações institucionais

Uma das grandes preocupações formuladas pelo Brasil durante a Rodada Uruguai (e já referida no capítulo anterior), era no sentido de que:

Possíveis compromissos finais não devem resultar em carga excessiva de trabalho para as agências responsáveis pela aplicação dos direitos de propriedade intelectual nesses países³²⁴.

³¹⁹ O tema pode ser melhor compreendido em: AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As tragédias dos comuns e dos anticomuns. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 49-61.

³²⁰ Conforme se verá no item 4.3.

³²¹ BARTON, 2005, p.64.

³²² *Apud* BARTON, 2005, p.65.

³²³ PLAZA, 2008, p.6310.

³²⁴ Relatório do GATT. Documento MTN.GNG/NG11/W/33/Rev.2, p.15.

Esta era uma das questões a justificar um prazo maior de adaptação dos países em desenvolvimento e, principalmente, dos países de menor desenvolvimento relativo. Passadas quase duas décadas do advento da Lei nº 9.279/96, o Instituto Nacional da Propriedade industrial ainda não conseguiu se adaptar ao aumento dos pedidos de patente e amarga estatísticas ruins, principalmente quando comparado com países desenvolvidos.

Em 1994³²⁵, à época do conclusão da Rodada Uruguai, 13.362 patentes foram requeridas no Brasil. Naquele mesmo ano, o INPI proferiu 9.743 decisões, entre deferimentos, indeferimentos e arquivamentos de pedidos de patentes. De lá para cá, ao lado do aumento dos pedidos, houve uma piora proporcional nos números de decisões. Apenas no primeiro semestre de 2013 foram depositados 16.959 pedidos de patentes. No mesmo período, o INPI proferiu 6.027 decisões, das quais 1.547 concessórias de patentes, sendo as demais de arquivamento, indeferimento e homologatórias de desistência³²⁶.

Em 2011, o prazo médio para a análise de patentes no Brasil era de 5,4 anos³²⁷.

Estes problemas têm sido comuns nos países em desenvolvimento que aderiram ao TRIPs, conforme o trabalho realizado pela equipe de John Barton³²⁸.

Dentre os vários problemas, existe a questão da falta de mão de obra especializada. Em estudo publicado no início de 2012, o INPI estimava ser necessário “ampliar seu quadro de especialistas em 130% para atingir a meta de examinar patentes em quatro anos até 2015”³²⁹. Mas existem também os obstáculos gerados à esta instituição pelos pedidos que envolvem tecnologias de ponta.

³²⁵ DI BLASI, 2010, p.89-90.

³²⁶ INPI, estatísticas mensais 2013. Disponível em: <
http://www.inpi.gov.br/images/docs/dirma_dirpa_dicig_estat_mensais_portal_jan_jun_13_0.pdf >
Acessado em: 20 jan. 2014.

³²⁷ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. INPI reduz prazo estimado para concessão de patentes. Publicado em: 26/01/2012. Disponível em: <
<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=11270> > Acessado em: 12 jan. 2014.

³²⁸ BARTON, 2005, p. 342-347.

³²⁹ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Op. cit..

Conforme salientado por Fernandes, os critérios de patenteabilidade somente poderão ser aferidos pelo INPI, se o relatório descritivo apresentado pelo requerente for “completo, compreensível e objetivo”, apresentando novidade, atividade inventiva e a possibilidade de emprego do invento na indústria³³⁰. Ocorre que, quando a patente envolve microorganismos, a descrição exigida pelo art.24 da Lei de Propriedade Industrial esbarra em questões práticas.

As patentes que envolvem células nem sempre apresentam de forma clara a descrição suficiente. Isso pode ocorrer em razão das dificuldades geradas pela própria natureza das células ou mesmo pelas omissões propositais para dificultar a compreensão do conteúdo da invenção ou da descoberta delas decorrentes. Por isso, no caso de patenteamento de micro-organismos deverá ser feito o depósito do material em instituições autorizadas por lei ou definidas em acordos internacionais³³¹.

Entretanto, pelo menos até 2012, não havia qualquer instituição latino-americana autorizada pelo INPI a receber estes materiais para o fim de obtenção de patente, obrigando os depositantes a manterem o material biológico armazenado em outros países³³².

Denis Barbosa salienta ainda a dificuldade em se avaliar a novidade dos microorganismos. Além da falta de documentação técnica sobre os microorganismos já existentes, “o simples acesso físico ao objeto não assegura se ele se conforma às reivindicações ou – característica de um ser biológico – se já não sofreu algum tipo de mutação”³³³.

São estas questões que também afetam a eficiência do sistema brasileiro de patentes. Outros dados estatísticos, a serem examinados no item seguinte, ajudarão a compreender os impactos do TRIPs no Brasil.

4.3 Números relevantes

³³⁰ FERNANDES, 2012, p.113.

³³¹ FERNANDES, 2012, p. 114.

³³² FERNANDES, 2012, p.114, nota 186.

³³³ *Apud* DEL NERO, 2008, p.178.

O tema deste trabalho não pode ser aferido apenas pela ciência jurídica ou pela teoria econômica. É preciso buscar dados mensuráveis, que tenham relação com nossa adesão ao TRIPs. Os dados apresentados a seguir seriam praticamente inúteis se considerados isoladamente. Porém, tomados em conjunto, possibilitam que se forme uma ideia dos efeitos (e da falta de efeitos) do referido acordo sobre o nosso desenvolvimento.

De acordo com a “série histórica do balanço de pagamentos” publicada pelo Banco Central do Brasil (BACEN)³³⁴, o Brasil tradicionalmente é um país pagador de *royalties*, apresentando déficits nesta área desde 1953³³⁵. Em 1993, às vésperas da criação da OMC, o país recebeu 34 milhões de dólares a título de *royalties* e remeteu ao exterior US\$ 120 milhões, gerando um saldo negativo de recolhimento de *royalties*³³⁶ de US\$ 86 milhões. Em 1998, quando a Lei 9.279/96 já estava em vigor há mais de um ano, estes números já haviam experimentado uma mudança substancial: o saldo negativo alcançara US\$ 1,3 bilhão. Em 2012, último dado disponível, o saldo negativo chegou a US\$ 3,15 bilhões, embora o Brasil tenha recebido US\$ 511 milhões em *royalties*.

Mesmo se levarmos em conta a inflação da moeda americana neste período, resta ainda o fato de que a relação entre remessa e recebimento de *royalties* subiu do patamar de 4 para 1 em 1993 para 7 para 1 em 2012. Os dados demonstram que o atual sistema brasileiro (e mundial) ampliou o papel da Propriedade Industrial como mecanismo de transferência de renda do Brasil para países desenvolvidos ou com maior capacidade de P&D.

Mas o impacto do sistema atual não está apenas na remessa de *royalties*, nem esta remessa é o único efeito sobre o balanço de pagamentos brasileiro.

Durante a Rodada Uruguai, os defensores de uma legislação mais rígida na área de patentes aduziam que a aprovação do TRIPs produziria um impacto positivo sobre a inovação, promovendo a criatividade em escala global. Isto compensaria,

³³⁴ Dados da série histórica disponíveis em: < <http://www.bcb.gov.br/?SERIEBALPAG>> Acessado em: 17 jan. 2014.

³³⁵ Ao que parece, estes dados não eram computados antes desta data.

³³⁶ O termo “royalties” não implica apenas receitas e despesas referentes a licenças de exploração de patentes ou fornecimento de tecnologia, mas também o uso de outros direitos intelectuais.

particularmente para os países em desenvolvimento, o fato de terem que assumir custos associados à concessão desses direitos³³⁷.

No que toca ao Brasil, contudo, o exame dos depósitos dos pedidos de patentes não confirma esta previsão.

Em 2012 os residentes no Brasil foram responsáveis pelo depósito de 587 pedidos de patente pelo sistema PCT (*Patent Cooperation Treaty*), significando 53% dos pedidos formulados pelos países da América Latina e Caribe³³⁸.

Dizer que os norte-americanos depositaram 51.207 pedidos³³⁹ naquele mesmo período não é o bastante para demonstrar o quanto os números do Brasil são tímidos. A pouca dimensão dos resultados brasileiros fica mais evidente quando comparada com os depósitos da empresa japonesa Panasonic Corporation (2.951³⁴⁰) e da Universidade da Califórnia (351)³⁴¹. Embora o Brasil seja a 7ª economia do planeta, de acordo com os dados da Organização das Nações Unidas³⁴², o número de patentes requeridas por residentes no Brasil, através do sistema PCT, é historicamente inferior ao de pequenos países desenvolvidos, como a Dinamarca³⁴³, 33ª economia mundial.

Dizia-se ainda, na década de 1980, que “a proteção mais forte aos direitos de propriedade intelectual acarretaria, do ponto de vista dos países desenvolvidos, fluxos maiores de tecnologia e investimento para os países em desenvolvimento”³⁴⁴.

No entanto, passados vinte anos, estes fluxos de investimento em P&D ainda não se fizeram presentes. Em 2010 o Estado brasileiro ainda era responsável por 53% dos valores investidos neste setor, ao passo que, nos países desenvolvidos e em alguns países em desenvolvimento, a iniciativa privada é a maior responsável pela injeção de recursos³⁴⁵. Para o ano de 2014 a meta do Governo Federal é de que cerca de 25 bilhões

³³⁷ CORREA, 2005, p.37.

³³⁸ Organização Mundial da Propriedade Intelectual. PCT Yearly Review, 2013, p.28. Disponível em: <<http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/pct/>> Acessado em: 11 nov. 2013.

³³⁹ Op. cit., 2013, p.27.

³⁴⁰ Op. cit., 2013, p.34.

³⁴¹ Op. cit., 2013, p.35.

³⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. GDP/breakdown at current prices in US Dollars (all countries) Disponível em: <http://unstats.un.org/unsd/snaama/dnltransfer.asp?fid=2> Acessado em: 23 jan. 2014.

³⁴³ Em 2006, foram 1.160 pedidos de depósito dinamarqueses contra 333 brasileiros (DI BLASI, 2010, p.153).

³⁴⁴ CORREA, 2005, p.37.

³⁴⁵ Sessenta e seis por cento era o índice de investimento do setor privado em P&D nos Estados Unidos e na Alemanha em 2009. Na Coreia do Sul (2010) e na China (2008) o índice ultrapassou os 70%.

de reais³⁴⁶ (entre recursos públicos e privados) sejam destinados ao setor de ciência, tecnologia e inovação. Para que se tenha uma ideia do que isto representa, diga-se que a empresa japonesa Toyota investiu mais de 19 bilhões de dólares em P&D, apenas no ano de 2009³⁴⁷.

Outro perfil interessante da situação brasileira pode ser vislumbrado dos pedidos de patente formulados junto ao INPI. Em 1975, 3.421 pedidos (31,28% do total) foram formulados por brasileiros, enquanto 7.515 (68,72%) foram formulados por estrangeiros. No mesmo ano, o escritório norte-americano de patentes registrou uma proporção praticamente inversa, com os estadunidenses respondendo por cerca de 64% dos pedidos formulados naquele país³⁴⁸. A adesão ao TRIPs não melhorou o panorama interno do Brasil, de modo que em 2011 os pedidos de “não residentes” no Brasil alcançaram 75,6% do total³⁴⁹.

Não se pode nem se deseja afirmar que o acordo TRIPs prejudicou os investimentos em pesquisa e desenvolvimento no Brasil. O que parece ser demonstrável é que a promessa do art. 7º do TRIPs não se cumpriu nesta parte. A defasagem do Brasil continua considerável, mesmo diante de alguns países em desenvolvimento, como a Índia³⁵⁰.

Interessante referir que a China somente entrou para a OMC e aderiu ao TRIPs em 2001. Até aquela data, e mesmo depois³⁵¹, o país se valeu de normas bastante frágeis na área da Propriedade Intelectual para obter vantagens competitivas frente às nações desenvolvidas. Como consequência, as empresas americanas deixaram de ganhar bilhões de dólares, apesar das sanções econômicas e retaliações impostas pelo governo americano contra a República Popular. Atualmente, o país já pode tirar grandes vantagens do TRIPs, visto que a China e as empresas ali instaladas já têm condições de

Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/inovacao/orcamento-publico-ciencia-tecnologia-e-inovacao-investimento-bilhoes-governo-do-brasil.aspx> > Acessado em: 17 jan. 2014.

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ DOMINGUES, 1980, p.100.

³⁴⁹ Disponível em: < <http://www.inovacao.unicamp.br/destaques/pedidos-de-patentes-cresceram-63-no-brasil-em-2012-aponta-inpi> > Acessado em: 18 jan 2014.

³⁵⁰ Depositou 1208 pedidos pelo PCT em 2012. OMPI, 2013, p.28.

³⁵¹ Para um exame sobre o tema: YU, Peter K.. From Pirates to Partners (Episode Two): Protecting Intellectual Property in Post-WTO China. Michigan State University. Research Papers Series. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=578585> > Acessado em: 21 nov. 2011.

investir maciçamente em tecnologia, tendo formulado 18.627 pedidos de patentes no PCT, apenas em 2012³⁵².

Neste campo, a equipe liderada pelo professor John Barton, da Universidade de Stanford, concluiu que:

[...] na maioria dos países com baixa renda *per capita* e infraestrutura científica e tecnológica débil, a proteção da PI, nos níveis impostos pelo TRIPs, não favorece o crescimento de forma significativa. Pelo contrário, o crescimento rápido está associado mais frequentemente a uma proteção menor da PI³⁵³.

O Brasil e suas empresas já deram provas de serem capazes de proezas tecnológicas relevantes, como foi o caso do Projeto Pró-alcool na década de 1970, inteiramente desenvolvido no país³⁵⁴. Mas em vários setores estratégicos a defasagem do país não apresenta sinais de melhora vinte anos após a redação do TRIPs.

O relatório de Lima Neto, citando trabalho de Carlos Correa, aponta que “dentre as 278 patentes farmacêuticas concedidas pelo INPI entre 2003 e 2008 (...), apenas uma é de titularidade de produtor brasileiro”³⁵⁵. Outro reflexo deste panorama é apontado por Zich Moysés Junior que, como Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, do Ministério da Saúde, concluiu que

a partir de 1996, [o Brasil] passou a conceder patente para produtos farmacêuticos e, ainda assim, um parque local não se desenvolveu. O país passou a importar, saindo de um déficit de US\$ 1 bilhão para US\$ 10 bilhões no setor farmacêutico³⁵⁶.

Estatísticas como esta levaram Correa a concluir que:

A visão simplista de que a proteção intensa a direitos de propriedade intelectual necessariamente leva a maior inovação e a futuros benefícios à sociedade é teórica e empiricamente insustentável³⁵⁷.

Ainda tomando a indústria farmacêutica como exemplo, pode-se examinar a evolução de números relacionados aos contratos de transferência de tecnologia, outro

³⁵² OMPI, 2013, p.28.

³⁵³ BARTON, John (org.), Op. cit., p.84.

³⁵⁴ DOMINGUES, 1980, p.105.

³⁵⁵ LIMA NETO, 2013, p.29.

³⁵⁶ LIMA NETO, 2013, p.28-29.

³⁵⁷ CORREA, 2005, p.47.

dos objetivos apontados pelo acordo TRIPs. Meiners cita um estudo feito por Oliveira *et al.* onde se compara a situação antes e depois do acordo. Ele mostra

ter havido queda de quase 70% na assinatura de contratos no setor farmacêutico no período que vai de 1992 a 2001, observando-se que o tipo de tecnologia transferida em pouco contribui para o desenvolvimento de P&D local³⁵⁸.

Os números referidos neste item são uma pista de que a adesão do Brasil a padrões mais rígidos de Propriedade Industrial, na linha do que já fora adotado por países desenvolvidos, ainda não levou o país a qualquer salto de desenvolvimento.

Esta constatação não deve causar surpresa. Quando o sistema de inovação de um país é frágil, ele não evolui repentinamente apenas porque se decidiu introduzir um sistema de patentes mais rigoroso. Conforme assinala Carlos Correa,

A criação de habilidades tecnológicas é um processo cumulativo que leva tempo e – ao contrário da predição da teoria de ‘eliminação de estágios’ – exige a atualização gradual da infra-estrutura científica e da educação, e um aprendizado eficaz no nível das empresas³⁵⁹.

O exame atento dos números acima apresentados também trazem à memória o ensinamento de Douglas North. Este prêmio Nobel de Economia, ao discorrer sobre as privatizações, desmistifica também a utopia sobre a qual repousa a imposição do acordo TRIPs:

Economias que adotam as regras formais de outras economias terão performances bem diferentes do seu modelo, dada a existência de diferentes regras informais e de cumprimento de acordos. A consequência é que transferir organizações políticas e regras econômicas dos países desenvolvidos para os subdesenvolvidos não é uma condição suficiente para o sucesso econômico³⁶⁰.

Neste ponto, pode-se dizer que, em que pese a necessidade de padrões internacionais no que tange à proteção dos titulares de patentes, não parece adequado que sejam estes pinçados entre os sistemas mais rigorosos.

³⁵⁸ MEINERS, Constance Marie Milward de Azevedo. Patentes farmacêuticas: um entrave para o acesso a medicamentos? Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental - Vol. 5, No. 2 - Jul/Dez 2006, p.36.

³⁵⁹ CORREA, 2005, p.49.

³⁶⁰ NORTH, Douglas. Economic Performance Through Time. The American Economic Review, Vol. 84, No. 3. (Jun., 1994), pp. 366.

4.4 Engessamento ou flexibilidade?

Viu-se que o atual sistema brasileiro de patentes foi bastante influenciado por pressões externas, das quais o TRIPs é a forma mais ostensiva e perene. Muitos dos dispositivos da Lei nº 9.279/96 estão milimetricamente vinculados às suas disposições.

O sistema brasileiro atual, entretanto, ainda não alcançou um ponto de estabilidade. Podem-se identificar movimentos tendentes a transformá-lo, em dois sentidos.

Por um lado, novas pressões, já bem presentes sobre outros países em desenvolvimento, buscam alcançar um patamar mais elevado de proteção às patentes. Tem se identificado um panorama de acordos bilaterais, ou firmados no bojo de blocos econômicos, que convencionou-se chamar de TRIPs-Plus. Realizados fora do âmbito da OMC, elevam a proteção das patentes, dificultando o acesso da sociedade aos avanços tecnológicos³⁶¹.

Fernandes, referindo-se aos Estados Unidos e alguns países europeus, afirma:

Observa-se que as modificações que esses países propõem, em âmbito internacional, dizem respeito, frequentemente, a uma reinterpretação dos requisitos exigidos para a concessão das patentes (...) como peças adaptadas de um quebra-cabeças, visando implementar e expandir suas próprias regras nessa área, para que novos interesses mercadológicos possam se encaixar e serem limitados pelo direito internacional³⁶².

Em sentido contrário a esta corrente, que ameaça os interesses da sociedade, a declaração de Doha demonstrou que é possível encontrar fragilidades na aliança que os países desenvolvidos vinham mantendo em matéria de patentes. “Com temas urgentes e clamantes, como a Aids, quebrou-se a opressão pétrea do sistema que só atendia o interesse do proprietário”³⁶³. Esta constatação anima a perspectiva de mudanças normativas, com ou sem uma revisão do TRIPs.

³⁶¹ Sobre a temática, vide: PLAZA, 2008, p.6320.

³⁶² FERNANDES, Márcia Santana. Bioética, Medicina e Direito de Propriedade Intelectual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.99.

³⁶³ BARBOSA, D., 2010, p.780.

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992, é uma das brechas, dentro do Direito Internacional, para se buscar uma alteração do TRIPs ou, simplesmente, mudanças na forma de interpretá-lo. Afinal, entre as metas da CDB, encontra-se (art.1º):

[...] a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes.

Dentre os dispositivos que interessam à matéria, o parágrafo 3º do art. 16 da CDB dispõe que:

Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso, para que as Partes Contratantes, em particular as que são países em desenvolvimento, que provêm recursos genéticos, tenham garantido o acesso à tecnologia que utilize esses recursos e sua transferência, de comum acordo, incluindo tecnologia protegida por patentes e outros direitos de propriedade intelectual, quando necessário [...]

O Brasil, país que abriga entre 15 e 20% da biodiversidade do planeta³⁶⁴, tem interesse especial em aproximar as normas internacionais de patentes à garantia de uma “repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos”³⁶⁵.

Sobre a temática, Wachowicz e Rover destacam as ações do Brasil junto à OMC, no sentido de aproximar o texto do art. 27.3 do TRIPs dos princípios da CDB. Em caso de sucesso, os diferentes escritórios de patentes, ao examinarem um pedido de patente oriundo de recursos genéticos ou de conhecimento tradicional associado, passariam a exigir do depositante a comprovação do cumprimento de três novas condições:

- a) Divulgar a origem declarando em que país foi obtido o recurso genético ou o conhecimento tradicional;
- b) comprovar o consentimento prévio da autoridade nacional do país correspondente; e

³⁶⁴ Ministério do Meio Ambiente, *apud* WACHOWICZ, Marcos; ROVER, Aires José. Propriedade Intelectual: conhecimento tradicional associado e a biopirataria. In IACOMINI, Vanessa (org.). Propriedade Intelectual e Biotecnologia. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p.48.

³⁶⁵ WACHOWICZ; ROVER, 2007, p.58.

c) comprovar que houve a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes daquela proteção intelectual³⁶⁶.

No plano interno, a declaração de Doha vem a ser um incentivo à flexibilização, tendo estimulado a apresentação de projetos de lei com vistas a excluir a proteção patentária dos medicamentos voltados ao combate da AIDS³⁶⁷.

Em 2013 o Centro de Estudos e Debates Estratégicos, vinculado à Câmara dos Deputados, produziu um relatório de 276 páginas sobre a reforma da “Lei de Patentes”. Este relatório traz algumas propostas de alteração da Lei nº 9.279/96 que não ferem o acordo TRIPs. Por exemplo, sugere a supressão do parágrafo único do art. 40, “de modo a deixar clara a impossibilidade de se estender para além de 20 anos o período de vigência de uma patente em decorrência de demora em sua concessão”³⁶⁸.

Ao referir as possibilidades de flexibilização do sistema, seja pela mera interpretação, seja por alterações normativas, não se quer incentivar aquele parasitismo que a doutrina estrangeira chama de “*free rider*”. Qualquer flexibilização há de ser minuciosamente sopesada *cum grano salis* com vistas a obter uma maior eficiência econômica, além de buscar alcançar os objetivos do sistema de patentes. A questão básica, na opinião de Correa, está em como conciliar “o benefício dos consumidores a curto prazo (eficiência estática) com a necessidade de assegurar a obtenção de benefícios futuros a longo prazo, como resultado da inovação (eficiência dinâmica)”³⁶⁹.

4.5 A nova estrutura dos conflitos

No capítulo anterior viu-se que o TRIPs adota o mecanismo de solução de controvérsias da OMC (arts. XXII e XXIII do GATT 1994³⁷⁰), prevendo a possibilidade de aplicação de sanções aos infratores. Agora há que se aferir como este novo modelo vem impactando o sistema de patentes no Brasil.

³⁶⁶ WACHOWICZ; ROVER, 2007, p.59.

³⁶⁷ PRONER, 2007, p.373; DEL NERO, 2008, p.260-261.

³⁶⁸ LIMA NETO, Newton (Coord.). A revisão da lei de patentes: inovação em prol da competitividade nacional. Brasília: Centro de Estudos e Debates Estratégicos – CEDES, 2013, p.63.

³⁶⁹ Correa, 2005, p.40.

³⁷⁰ Segundo Art.64.1 do TRIPs.

4.5.1 O sistema formal

Do ponto de vista prático, um dos aspectos mais importantes para o Brasil é no sentido de se saber que, havendo desentendimentos relacionados à aplicação do TRIPs, os Estados não poderão (em tese) aplicar retaliações unilaterais, ignorando o foro de soluções da OMC. O art. 64 do TRIPs é imperativo neste sentido³⁷¹.

Da mesma forma, eventuais punições somente poderão ser aplicadas na hipótese de infração às regras da OMC. O simples fato de um país tomar medidas que ferem os interesses econômicos de outro Estado não pode dar ensejo a sanções. O Estado infrator precisa estar adotando um grau de proteção à propriedade intelectual inferior ao definido pelo TRIPs ou estar utilizando o seu regime de proteção para criar obstáculos indevidos ao comércio internacional³⁷².

Embora os parâmetros e procedimentos da Organização possam ser desfavoráveis em alguns casos, a situação agora “é melhor para o Brasil do que era na época das sanções unilaterais americanas”³⁷³. Afinal, no contexto anterior, o país sofria punições mesmo quando não havia ferido qualquer acordo internacional e não tinha força econômica para reagir isoladamente. As soluções tinham um caráter muito mais político do que técnico.

Outro aspecto positivo do sistema atual está no fato de que, ao se centralizar o mecanismo de apaziguamento, em uma estrutura multilateral, obtém-se um grau de consenso muito maior, entre os países da OMC, no que toca à observância das decisões que emanam da entidade. Conseguiu-se, assim, nas palavras de Celso Lafer “domesticar as tendências unilaterais das ‘razões de Estado’ *‘power oriented’*”³⁷⁴.

Barral e Prazeres observaram que, entre janeiro de 1995 e outubro de 2001, 239 casos foram submetidos ao sistema de solução de controvérsias da OMC. Os Estados Unidos foram o país a computar o maior número de disputas (125) seguidos da União

³⁷¹ CABANELLAS, 2004, p.392.

³⁷² CABANELLAS, 2004, p.398.

³⁷³ BARBOSA, D., 2010, p.780.

³⁷⁴ *Apud* ROCHA, Thiago Gonçalves Paluma. Proteção da Propriedade Intelectual pelo TRIPS e transferência de tecnologia. In BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007, p.155.

Europeia, com 88 casos. Curiosamente o Brasil, país ainda em desenvolvimento, é o seguinte da fila (28 casos), empatado com o Canadá³⁷⁵. Dentre as suas participações, o Brasil foi o reclamante em 16 dos casos³⁷⁶.

Uma das reclamações contra o Brasil (feita pelos Estados Unidos) dizia respeito ao art.68 §1º inc. I da Lei nº 9.279/96 (caso WT/DS199/3 de 09/01/2001), que prevê, entre as hipóteses justificadoras da licença compulsória, “a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto (...)”. Para Remiche, a obrigação de exploração industrial no país que concedeu a patente, desapareceu desde que a Convenção da União de Paris incorporou o art.5A,1³⁷⁷. Para este autor:

Tendo em vista o fato de que o direito das patentes é antes de tudo um direito nacional, temos plena consciência que seria impossível manter uma obrigação de explorar a invenção protegida por uma patente no território de cada Estado, tendo dado um título, e que sua implementação estrita teria sido totalmente antieconômica³⁷⁸.

O Brasil, a seu turno, também acusou os Estados Unidos de violação do TRIPs (caso WT/DS224/1). As duas questões, entretanto, acabaram sendo resolvidas por acordo³⁷⁹.

O fato dos Estados Unidos estarem frequentemente sendo acusados de violação às regras da OMC tem gerado reações internas singulares. Entre os projetos de lei apresentados ao Congresso daquele país e examinados por Cabanellas, existem “diversos” que prevêm o “direito” de deixar de cumprir as sanções da OMC caso estas ultrapassem uma certa quantidade. Outros projetos contemplam, inclusive, em tais casos, a opção de se retirar da OMC³⁸⁰. Este fenômeno, em certa medida, também

³⁷⁵ BARRAL, Welber; PRAZERES, Tatiana. Solução de Controvérsias. In BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007, p.35.

³⁷⁶ Op. cit., p.29.

³⁷⁷ REMICHE, 2005, p.117-118.

³⁷⁸ REMICHE, 2005, p.118.

³⁷⁹ BARBOSA, Denis Borges. Trips e a experiência brasileira. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005, p.153-154.

³⁸⁰ CABANELLAS, 2004, p.388, nota 427.

mostra que as disputas na área do comércio internacional se tornaram mais justas, fato que interessa ao Brasil.

4.5.2. Negociando sob o novo cenário

No exato momento em que a OMC era formada, um grande problema de saúde pública se alastrava pelo mundo. Era a epidemia da AIDS, doença sem cura e que, naquele momento, somente podia ser controlada por medicamentos que vinham sendo comercializados por preços elevados. Para países em desenvolvimento era inviável manter programas de saúde pública nesta área, quando o preço da terapia de primeira linha, baseada no uso da estavudina, lamivudina e nevirapina, custava US\$ 10.439,00 por paciente ao ano³⁸¹. Por outro lado, a proteção patentária permitia aos titulares da Propriedade Industrial manter os preços artificialmente altos, além de obstaculizar a livre concorrência.

Por parte dos laboratórios titulares das patentes não havia uma afronta direta aos termos do TRIPs. Porém, países como o Brasil perceberam que o próprio TRIPs oferecia normas e princípios capazes de mitigar aquele problema. Além do cabimento da licença compulsória (referida no item 3.3.5), existia a possibilidade de aplicação dos objetivos expressos no art.8º do acordo TRIPs, que incluem a proteção à saúde e o combate aos abusos no exercício da propriedade industrial.

O Brasil iniciara, em 1997, o PN-DST/AIDS³⁸², programa que viria a ser copiado em muitos países, em virtude do seu sucesso, e que oferecia acesso gratuito a medicamentos³⁸³. Porém, sua consolidação dependia de uma drástica redução no custo da aquisição ou produção de remédios patenteados.

O país não fez, naquele momento, uso do mecanismo da licença compulsória. Contudo, ameaçou com esta possibilidade como forma de pressão³⁸⁴, para negociar

³⁸¹ Para o ano de 2000. LIMA NETO, 2013, p.35.

³⁸² Programa Nacional de Combate a Doenças Sexualmente Transmissíveis/AIDS.

³⁸³ PRONER, 2007, p.364.

³⁸⁴ Arts. 68, §1º, I e 71 da Lei nº 9.279/96.

melhores preços e eventualmente obter licenças voluntárias para a fabricação local de alguns medicamentos, mediante pagamento dos *royalties* acordados³⁸⁵. Foi nesta oportunidade, janeiro de 2001, que os EUA pediram a abertura de um painel contra o Brasil na OMC. Contudo o pedido foi retirado em julho do mesmo ano e os Estados Unidos acabaram por apoiar o movimento liderado pelo Brasil e pela Índia³⁸⁶ que deu ensejo à “Declaração sobre o TRIPs e saúde pública” referida no item 3.4.

A Declaração de Doha veio a tornar mais confortável a política adotada pelo Brasil, na medida em que os membros da OMC acataram a necessidade de combater as epidemias e outras doenças que atingem os países menos desenvolvidos, “reafirmando a possibilidade de utilização do licenciamento compulsório de medicamentos, em casos de emergência ou urgência nacional”³⁸⁷.

Como resultado deste episódio relacionado à AIDS, sem que houvesse qualquer quebra de patente por parte do governo brasileiro, forçou-se uma mudança de atitude dos laboratórios, obtendo-se “redução de mais de 99% no preço do tratamento”³⁸⁸. Isto permitiu ao país distribuir medicamentos a todos os infectados, gerando benefícios que logo puderam ser computados. Entre 1996 e 2002, a taxa de mortalidade relacionada à AIDS caiu 50% e a taxa de hospitalização por complicações relacionadas à doença foi reduzida em 80%³⁸⁹.

Nos anos de 2003 e 2004 o Brasil realizou novas pressões e, mais uma vez, conseguiu entrar em acordo com as empresas, obtendo substancial redução dos valores³⁹⁰.

Este estudo de caso, embora sucinto, presta-se a demonstrar que, sob a ordem criada com a OMC existe, além dos mecanismos formais de resolução de controvérsia, razoável margem de manobra para que países em desenvolvimento, como o Brasil, obtenham sucesso contra o uso abusivo do sistema de patentes.

³⁸⁵ MERCER, Henrique da Silva. Patente de Medicamentos conforme o TRIPs: o caso da gripe aviária. BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007, p.363.

³⁸⁶ MERCER, 2007, p. 367.

³⁸⁷ MERCER, 2007, p.363.

³⁸⁸ LIMA NETO, 2013, p.35.

³⁸⁹ MEINERS, 2006, p.40.

³⁹⁰ BARBOSA, Denis Borges. Trips e a experiência brasileira. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005, p.164.

4.5.3. Convivendo com velhas práticas

Apesar do muito que foi dito até agora, sobre a resolução de conflitos no âmbito da OMC, algumas antigas práticas continuam sendo aplicadas, tendentes a obrigar outros Estados a modificar suas condutas, ainda que não tenham desrespeitado as normas e princípios da Organização.

Um exemplo que interessa ao Brasil particularmente é o “*Special 301 Report*”, realizado anualmente nos Estados Unidos, de acordo com as regras do Trade Act de 1974. Tem por base o mesmo mecanismo que levou aquele país a aplicar sanções comerciais ao Brasil na década de 1980. Cuida-se de um relatório que não se limita a apontar violações aos tratados internacionais relacionados à Propriedade Intelectual. O USTR³⁹¹ deve identificar os países que negam “proteção adequada e eficaz” aos direitos de Propriedade Intelectual ou “negam acesso ao mercado justo e equitativo para as pessoas que dependem de proteção de direitos de propriedade intelectual”³⁹², classificando-os segundo a gravidade.

Dentro da referida classificação, aqueles países cujos atos ou políticas forem considerados especialmente contrários aos interesses norte americanos são designados “*Priority Foreign Countries*”³⁹³. Atualmente a Ucrânia é o único país nesta situação³⁹⁴. No segundo nível mais grave, os países são incluídos na *Priority Watch List*, como é o caso da China, Rússia e Venezuela³⁹⁵. O Brasil, em uma situação um pouco menos grave aos olhos do USTR, está na classificação seguinte, a *Watch List*³⁹⁶.

³⁹¹ United States Trade Representative

³⁹² KIRK, Ronald. 2012 Special 301 Report. [s.l.]: Office of the United States Trade Representative, 2012, p.53. Disponível em: <
http://www.ustr.gov/sites/default/files/2012%20Special%20301%20Report_0.pdf > Acessado em: 20 jan. 2014.

³⁹³ KIRK, Ronald. 2012, p.52.

³⁹⁴ MARANTIS, Demetrios. 2013 Special 301 Report. [s.l.]: Office of the United States Trade Representative, 2013, p.28. Disponível em: <
<http://www.ustr.gov/sites/default/files/05012013%202013%20Special%20301%20Report.pdf> > Acessado em: 20 jan. 2014.

³⁹⁵ MARANTIS, Demetrios. 2013, p.30-43.

³⁹⁶ MARANTIS, Demetrios. 2013, p.45.

Embora o *Special Report* de 2013 aponte melhoras no combate do Brasil à violação de direitos da Propriedade Intelectual, o relator mostra-se especialmente preocupado com as regras que atribuem à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA “autoridade para rever pedidos de patentes farmacêuticas”³⁹⁷. Parece ser uma referência clara ao art. 229-C da Lei nº 9.279/96 que determina:

A concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.

De fato, a referência do USTR ao art. 229-C³⁹⁸, embora sucinta, apresenta riscos para o Brasil perante a OMC. Afinal, o artigo pode ser interpretado “como uma forma de o governo impedir a concessão de patentes, mesmo sendo legítimo o pedido”³⁹⁹. Na área farmacêutica, a anuência da ANVISA passa a ser um requisito a mais para a concessão, ao lado da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Mesmo que se aposte na boa-fé do legislador brasileiro, ainda assim a norma é reprovável. Como já se referiu em outro ponto, é necessário separar a noção de concessão de patente da de autorização para fabricação e comercialização de produto.

Esta inclusão do Brasil na *Watch List* tem gerado preocupação em várias entidades representativas das empresas brasileiras, como a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e a Confederação Nacional da Indústria (CNI). Por este motivo, nos últimos cinco anos, estas entidades têm enviado requerimentos à USTR pleiteando a retirada do Brasil da referida lista⁴⁰⁰.

O último requerimento, enviado em 2013, busca demonstrar que o Brasil não apenas incorporou à sua legislação interna o TRIPs antes do prazo exigido, como ainda o fez adotando regras que, em alguns casos são mais rigorosas do que o mencionado

³⁹⁷ Ibidem.

³⁹⁸ Inserido na LPI pela Lei n. 10.196/01

³⁹⁹ LEONARDOS, Gabriel Francisco; CASTRO, Raul Murad Ribeiro. Notas em defesa da licença compulsória: da fundamentação à eficácia. Revista Eletrônica do IBPI, ano II, nr 4. [s.l.]: Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, [s.a.], p.96.

⁴⁰⁰ Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) et al. A carta está disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/fiesp-pede-que-eua-removem-brasil-da-lista-de-violacao-a-propriedade-intelectual-3/>> Acessada em: 30 dez. 2013.

acordo⁴⁰¹. Entretanto, não faz qualquer referência direta ao art. 229-C da Lei nº 9.279/96.

A questão do “*Special 301 Report*” é significativa para o presente estudo por dois motivos em particular. Primeiro porque mostra que o sistema brasileiro de patentes ainda sofre pressões por mecanismos externos à OMC. Porém, embora o exemplo escolhido tenha um profundo impacto psicológico sobre o setor industrial brasileiro, a justificar a redação da referida carta, algo de profundo mudou com o advento do TRIPs. A inscrição do Brasil na *Watch List* não significa mais a possibilidade de sanção unilateral por parte dos Estados Unidos, ato que hoje depende, conforme já se salientou, do emprego dos mecanismos próprios da OMC.

⁴⁰¹ Carta da FIESP et al., p.7.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A razão de ser deste trabalho teve por centro a percepção dos reflexos (positivos ou negativos) que o Acordo TRIPs teve sobre o sistema de patentes no Brasil.

De todo o exposto, viu-se que o instituto da patente possui características capazes de corrigir falhas de mercado que prejudicam a alocação de recursos suficientes em áreas sensíveis relacionadas à pesquisa e ao desenvolvimento. Porém, quando excessivamente rigoroso, acaba por criar outros custos, afetando a difusão do conhecimento, o desenvolvimento de alguns setores tecnológicos e interesses de terceiros (como outros inventores e consumidores). Estas premissas, que nos remetem a uma ideia de equilíbrio, são importantes quando analisamos o acordo TRIPs e seus impactos sobre o sistema brasileiro.

O modelo de proteção às patentes adotado pelo TRIPs parece ter sido feito sob medida para atender os interesses de empresas situadas em países desenvolvidos, com reflexos positivos no balanço de pagamentos dos seus Estados de origem, dentre outras vantagens. Foi, também, um modelo construído em função de uma realidade dos anos 1980, onde países em desenvolvimento, como o Brasil, praticamente não tinham condições de marcar posição durante os debates da Rodada Uruguai. Assim, o país viu-se forçado a absorver o TRIPs sem saber como integrá-lo ao seu projeto de desenvolvimento. A norma que se seguiu (Lei nº 9.279/96) não representa, portanto, uma evolução do sistema jurídico brasileiro. Foi, na linha de raciocínio de alguns dos doutrinadores citados, a materialização da submissão do país às “boas regras” de um modelo para o qual não estava preparado.

O problema não está na ideia de uma harmonização internacional do sistema de patentes, com a criação de padrões mínimos de proteção. Máxime quando tal harmonização está atrelada a acordos econômicos em outras áreas da economia, dentro de uma estrutura como a OMC. O que se pode questionar é o grau de rigidez dos padrões ditos “mínimos”, quando elevados a um patamar incapaz de favorecer a economia e a sociedade do país aderente.

No caso do acordo TRIPs, como foi demonstrado, adotou-se um sistema de harmonização mais rígido do que o caminho que assinalava a evolução jurídica brasileira.

Às vésperas do TRIPs, a legislação brasileira de patentes era uma das peças de um projeto de desenvolvimento, que buscava incentivar alguns setores da indústria nacional (como o farmacêutico e químico), permitindo-lhes o livre uso da tecnologia existente, inclusive estrangeira, sem pagamento de *royalties*. Embora com efeitos controvertidos, foi uma fórmula usada com sucesso por países desenvolvidos, como a Itália, o Japão e a Alemanha. Cumpre lembrar, inclusive, que a Convenção da União de Paris não opunha obstáculos a esta prática. Por força do TRIPs, este projeto econômico foi abruptamente abandonado, para adotar um sistema que concede patentes em todas as áreas da tecnologia. Além disso, ao promulgar em curto prazo a Lei nº 9.279/96, o Brasil optou por abrir mão (em certos aspectos) do prazo de transição previsto no acordo, o que talvez tivesse permitido às indústrias farmacêutica, química e alimentícia se adaptarem à nova realidade. Bem diferente fez a Índia, cuja indústria farmacêutica continuou operando sob regras menos rígidas até 2005, no exato limite do que lhe era autorizado pelo TRIPs.

Contrariando novamente a sistemática nacional no campo da Propriedade Industrial, o prazo de proteção teve que ser elevado de 15 para 20 anos, para todo tipo de invento, postergando os benefícios da livre concorrência e da transferência de tecnologia. É bem verdade que o legislador brasileiro, por conta própria, onerou ainda mais a sociedade, ao redigir o parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/96, que possibilita a extensão do prazo de proteção em caso de demora excessiva na concessão da patente.

Estes são apenas alguns exemplos do efeito direito sobre o sistema normativo.

Neste passo, decorridos quase vinte anos, os dados estatísticos demonstram que o país continua com um baixo nível de investimento em P&D e de pedidos de patentes próprias, sendo alcançado até por empresas grandes e nações pequenas, como a Dinamarca. A sociedade brasileira continua a ser dependente da tecnologia estrangeira e, cada vez mais, pagadora de *royalties*. Seu perfil, ante os exemplos históricos

coletados, não combina com países que se beneficiaram com normas de Propriedade Industrial rigorosas.

Em resumo, o TRIPs, no plano internacional, gerou uma igualdade entre nações puramente formal, ignorando realidades econômicas e sociais díspares e assimétricas. Como consequência, o Brasil outorgou altos níveis de privilégio em seu mercado, sem que seus agentes econômicos possam, em linhas gerais, tirar proveito disto.

Entretanto, o próprio TRIPs oferece parte da solução, pois autoriza interpretações que poderiam ter sido melhor utilizadas pelo legislador pátrio. Neste sentido, pode-se citar como exemplo seu artigo 7º que aponta entre os objetivos do acordo “a transferência e difusão de tecnologia” o “benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico” e o “equilíbrio entre direitos e obrigações”.

Da mesma forma, não se pode esquecer que o sistema brasileiro de patentes está integrado a uma ordem constitucional que lhe é superior. Assim, os direitos dos “autores de inventos industriais” não pode perder de vista “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (art. 5º, XXIX da Constituição Federal). Seguindo este caminho, muito do que foi normatizado pode vir a ser modificado, se houver a vontade de enxergar o sistema sob a luz dos valores que ele tem a intenção de servir ou tutelar. Afinal, a par do interesse privado do inventor, existe o interesse da sociedade, o direito à saúde, o direito à sadia qualidade de vida, etc.

Paralelamente, mudanças no panorama internacional findaram por tornar o TRIPs mais palatável para as nações em desenvolvimento. As Conferências Ministeriais de Seattle (1999) e Doha (2001) mostraram que a sociedade civil organizada é capaz de influenciar os rumos da OMC, com vistas a flexibilizar as tendências firmadas ao tempo da Rodada Uruguai. A isto se somam as divergências entre países desenvolvidos, que permitiram o advento das declarações de Doha.

Doha significou um divisor de águas na história da OMC, ao se firmar a necessidade de aplicação do TRIPs em consonância com o desenvolvimento da saúde pública. A licença compulsória, embora prevista de forma ampla no acordo, foi então oficialmente reconhecida como um instrumento para que o Estado alcance seus objetivos na área social. Disto resultaram reflexos práticos para o sistema no Brasil,

concedendo um poder de barganha para a obtenção de medicamentos mais baratos contra a epidemia da AIDS.

Por fim, conforme se pôde observar, a adesão à OMC permitiu que o Brasil, em conflitos envolvendo patentes, se tornasse menos vulnerável a sanções unilaterais, como aquelas que sofreu ao tempo da Rodada Uruguai. Este reflexo, talvez inesperado, praticamente afastou a possibilidade de retaliações unilaterais, dada a necessidade de prévia remessa da questão ao foro de soluções de controvérsias da OMC, na forma do art.64 do TRIPs.

Assim, parece ser possível afirmar que, por um lado, o acordo TRIPs impôs regras de proteção das patentes incompatíveis com as características socioeconômicas do país, sem benefícios aparentes para o seu desenvolvimento. Por outro lado, trouxe ao país certa segurança na convivência com as grandes potências, como se pôde testemunhar da frustração dos congressistas norte-americanos. Ademais, alguns dos reflexos negativos (parte deles definitivos, outros não) podem ser atribuídos ao legislador brasileiro, que não se mostrou capaz de compreender as opções à sua frente.

Ter um sistema de proteção ao inventor ainda é uma necessidade. Assim, quando se fala em tirar proveito das brechas deixadas pelo acordo TRIPs, não se sugere aqui demolir suas estruturas ou incentivar o parasitismo. O que se vislumbra é a necessidade de usar o sistema como um instrumento amplo de desenvolvimento econômico e social. No formato atual, isto não parece possível.

Referências:

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As tragédias dos comuns e dos anticomuns. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 49-61.

ARGENTINA. Poder Legislativo. Lei nº 111/1864.

BALASUBRAMANIAM, K.. Access to Medicines and Public Policy Safeguards under TRIPS. Bangladesh, 2002. Disponível em <www.ppl.nl/bibliographies/wto/files/6368.pdf> Acesso em: 12 de novembro de 2011.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Série Histórica do Balanço de Pagamentos. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SERIEBALPAG>> Acessado em: 17 jan. 2014.

BARBOSA, Cláudio R.. Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____, Denis Borges. Trips e a experiência brasileira. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005.

_____, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BARRAL, Welber; PRAZERES, Tatiana. Solução de Controvérsias. In BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

BARTON, John (org.). Propriedad intelectual y políticas de desarrollo. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2005.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. Manual de Direito da Propriedade Intelectual. Aracajú: Evocati, 2007.

BASHEER, Shamnad. India's Tryst with TRIPs: The Patents (Amendment) Act, 2005. The Indian Journal of Law and Technology, volume 1, 2005.

BASTOS, Ediberto Luz. História Econômica Geral e Formação Econômica do Brasil. Rio de Janeiro: Luna, 1979

BENETTI, Daniela Vanila Nakalski. Proteção às patentes de medicamentos e comércio internacional. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BENSADON, Martín. Derecho de Patentes. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

BETIOLI, Antônio Bento. Introdução ao Direito. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.

BRASIL. Poder Legislativo. Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências.

BRASIL. Poder Legislativo. Lei nº 10.196, de 14 de fevereiro de 2001. Altera e acresce dispositivos à Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e dá outras providências.

BRASIL. Poder Executivo. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66.

BRASIL. Poder Legislativo. Lei nº 9.279, de 14 de maio 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

BRASIL. Poder Legislativo. Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971. Institui o Código da Propriedade Industrial, e dá outras providências.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho de las patentes de invención. Buenos Aires: Heliasta, 2004.

CANADÁ. Canadian Patent Act (R.S.C., 1985, c. P-4). Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/P-4/page-1.html>> Acessado em: 12/04/2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Edições Almedina, 2003

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial, volume II, tomo I, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial, volume I, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. Direito & Economia. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORREA, Carlos M.. Aperfeiçoando a Eficiência Econômica e a Equidade pela Criação de Leis de Propriedade Intelectual. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005.

CROWNE-MOHAMMED, Emir Aly. Canadian Patent Appeal Board denies Amazon.com's one-click patent application. Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2010, Vol. 5, No. 1 Disponível em: <<http://jiplp.oxfordjournals.org/content/5/1/5.abstract>> Acessado em: 25 mai 2013.

DAL POZ, Maria Ester; BARBOSA, Denis Borges. Incertezas e Riscos no Patenteamento de Biotecnologias: a situação brasileira corrente. In IACOMINI, Vanessa. Propriedade Intelectual e Biotecnologia. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.116/117.

DAVIS, Kevin E. Davis; TREBILCOCK, Michael J.. A Relação entre Direito e Desenvolvimento: otimistas versus céticos. REVISTA DIREITO GV, São Paulo. p. 217-268, jan-jun 2009 Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/12_-_a_relacao_entre_direito_e_desenvolvimento_-_kevin_davis_e_michael_trebilcock.pdf> Acessado em: 09 jun. 2013.

DENT, Chris. “Generally Inconvenient”: The 1624 Statute of Monopolies as Political Compromise. Melbourne University Law Review, Volume 33, Issue 2, 2009

DI BLASI, Gabriel. A Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

_____, Gabriel; GARCIA, Mario Augusto Soerensen; MENDES, Paulo Parente Marques. A Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. Direito Industrial – Patentes. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DURANCE, Philippe. L’abbé Grégoire et l’essor industriel de la France. Disponível em: <http://pdurance.blog.lemonde.fr/files/2010/01/2010DuranceCnamHGregoire.pdf> Acessado em: 12/09/2013.

Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), Confederação Nacional da Indústria (CNI); Brazilian Section of the Brazil-U.S. Business Council (CEBEU); Brazil Industries Coalition (BIC). Carta ao United States Trade Representative (USTR) de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/fiesp-pede-que-eua- retirem-brasil-da-lista-de-violacao-a-propriedade-intelectual-3/>> Acessada em: 30 dez. 2013.

FERNANDES, Márcia Santana. Bioética, Medicina e Direito de Propriedade Intelectual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. World Economic outlook - April 2012. Growth Resuming, Dangers Remain. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2012/01/pdf/text.pdf>> Acessado em: 26 jan. 2014.

GONÇALVES, Luís M. Couto. Manual de Direito Industrial. Coimbra: Almedina, 2008.

GEYER, Carlos Alexandre. Seminário Internacional Patentes, Inovação e Desenvolvimento (SIPID). Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: http://www.abifina.org.br/arquivos/II_sipid_3_hormonizacao.pdf Acessado em: 12/01/2014.

GRAU, Eros Roberto et all. Contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de São Paulo CCSL/USP em conjunto com Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - CTS-FGV acerca do documento: “Procedimentos para o exame de pedidos de patentes envolvendo invenções implementadas por programa de computador” submetido à Consulta Pública pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior- INPI/MDIC. Disponível em: <http://softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/inpi-contribuicao-ccsl-usp-cts-fgv> Acessado em: 25/06/2013.

GRAU-KUNTZ, Karin. Direito de Patentes – Sobre a interpretação do Artigo 5º, XXIX da Constituição brasileira. Disponível em: < http://www.newmarc.com.br/ibpi/d_pat.html > Acessado em: 13 nov. 2012.

INPI, estatísticas mensais 2013. Disponível em: < http://www.inpi.gov.br/images/docs/dirma_dirpa_dicig_estat_mensais_portal_jan_jun_13_0.pdf > Acessado em: 20 jan. 2014.

GUISE, Mônica Steffen. Comércio Internacional e Propriedade Intelectual: Limites ao desenvolvimento? In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

IACOMINI, Vanessa. Os Direitos de Propriedade Intelectual e a Biotecnologia. In IACOMINI, Vanessa (org.). Propriedade Intelectual e Biotecnologia. Curitiba: Editora Juruá, 2007

KALAKOTA, Ravi; ROBINSON, Marcia. E-business: estratégias para alcançar o sucesso no mundo digital. Porto Alegre: Bookman, 2002.

KINSELLA, N. Stephan. Contra a Propriedade Intelectual. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

KIRK, Ronald. 2012 Special 301 Report. [s.l.]: Office of the United States Trade Representative, 2012. Disponível em: < http://www.ustr.gov/sites/default/files/2012%20Special%20301%20Report_0.pdf > Acessado em: 20 jan. 2014.

KITCH, Edmund W.. The nature and function of the patent system. Journal of Law and Economics, vol 20, No. 2 (Oct., 1977): pp.265-290 Publicado por The University of Chicago Press. Disponível em:

http://bayhdolecentral.com/bremmerPDF/The_Nature_and_Function_of_the_Patent_System_by_Edmund_W._Kitch.pdf Acessado em: 28/01/2013.

LATOUCHE, Serge. Pequeno Tratado do Decrescimento Sustentável. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEONARDOS, Gabriel Francisco; CASTRO, Raul Murad Ribeiro. Notas em defesa da licença compulsória: da fundamentação à eficácia. Revista Eletrônica do IBPI, ano II, nr 4. [s.l.]: Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, [s.a.].

LIMA NETO, Newton (Coord.). A revisão da lei de patentes: inovação em prol da competitividade nacional. Brasília: Centro de Estudos e Debates Estratégicos – CEDES, 2013.

MACEDO, Maria Fernanda Gonçalves; PINHEIRO, Eloan dos Santos. O impacto das patentes farmacêuticas em países em desenvolvimento e as perspectivas para o Brasil. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005.

MARANTIS, Demetrios. 2013 Special 301 Report. [s.l.]: Office of the United States Trade Representative, 2013, p.28. Disponível em: < <http://www.ustr.gov/sites/default/files/05012013%202013%20Special%20301%20Report.pdf> > Acessado em: 20 jan. 2014.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. Medidas de Fronteira TRIPS-PLUS e os Direitos de Propriedade Intelectual. Curitiba: Juruá, 2012.

MEINERS, Constance Marie Milward de Azevedo. Patentes farmacêuticas: um entrave para o acesso a medicamentos? Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental - Vol. 5, No 2 - Jul/Dez 2006.

MENELL, Peter; SCOTCHMER, Suzanne. Intellectual Property. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=741424 > Acessado em 14 nov. 2012.

MERCER, Henrique da Silva. Patente de Medicamentos conforme o TRIPS: o caso da gripe aviária. BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

NACHBAR, Thomas B.. Monopoly, Mercantilism, and the Politics of Regulation. Virginia Law Review, Vol. 91, 2005.

NORTH, Douglas. Economic Performance Through Time. The American Economic Review, Vol. 84, No. 3. (Jun., 1994), pp. 359-368.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. Disponível em: < www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf > Acessado em: 6 nov 2013.

PACÓN, Ana María. Derecho de Patentes y Salud Pública: Impacto de los Tratados de Libre Comercio. Revista Eletrônica do IBPI, ano II, nr.4, [s.d.].

PIMENTEL, Luiz Otávio; DEL NERO, Patrícia Aurélia. Propriedade Intelectual. In BARRAL, Welber (org). O Brasil e a OMC. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila; CARRARO, Fábio. Propriedade Intelectual: patentes e cultivares. In: PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila et al (coord.). Propriedade Intelectual na Agricultura. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

_____, Charlene Maria Coradini de Ávila; CARRARO, Fábio. Propriedade Intelectual – Patentes e Cultivares. In: PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila et al. (Coord.). Propriedade intelectual na agricultura. Belo Horizonte: Fórum, 2012

_____, Charlene Maria Coradini de Ávila. Proteção patentária e inovação nas indústrias farmacêuticas: os mecanismos do evergreening e as alternativas do fair followers. Brasília: Anais do CONPEDI, 2008 Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/02_436.pdf Acessado em: 23 jan 2014.

_____, Charlene Maria Coradini de Ávila; SANTOS, Nivaldo dos. Interpretação de Direitos de Proteção em Propriedade Intelectual: O caso das patentes de invenção e cultivares. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010.

PRONER, Carol. Propriedade Intelectual e Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

REMICHE, Bernard. Revolução Tecnológica, Globalização e Direito de Patentes. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROCHA, Thiago Gonçalves Paluma. Proteção da Propriedade Intelectual pelo TRIPS e transferência de tecnologia. In BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

RONAN, Colin A.. História Ilustrada da Ciência. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987, Volume I.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHUMPETER, Joseph Alois. História da análise econômica. Rio de Janeiro: USAID, 1964.

SHIVA, Vandana. Biopirataria. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiro Editores, 2011.

SILVEIRA, Newton. Propriedade Intelectual. Barueri, SP: Manole, 2011.

_____, Newton; FRANCISCO, Alison. A UPOV 1991 e um novo marco regulatório para as cultivares no Brasil. In: PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila et al. (Coord.). Propriedade intelectual na agricultura. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Marcos da Cunha e. A patente de invenção e sua função social na ordem econômica. In: NICZ, Alvacir Alfredo; KLEIN, Adriano Alves (Orgs.). Princípios constitucionais: efetividade e desenvolvimento. São Paulo: Iglu Editora, 2013.

_____, Marcos da Cunha e. A proteção das patentes em uma sociedade de decrescimento sustentável. Anais do Universitas e Direito 2012, v.1, n.1, 2012.

TIMM, Luciano Benetti e CAOVIOLA, Renato. As Teorias Rivais sobre a Propriedade Intelectual no Brasil. *Economic Analysis of Law Review (EALR)*, V. 1, nº 1, p. 49-77, Jan-Jun, 2010.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). *Environment and Trade: A Handbook*, 2005. Disponível em: <<http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=754>> Acessado em: 14 jan. 2014.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. *Sanções Econômicas Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

VARELLA, Marcelo Dias. Políticas Públicas para a Propriedade Intelectual no Brasil. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2005.

_____, Marcelo Dias; MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. Propriedade intelectual e exportação de soja: reflexões a partir da experiência argentina e brasileira face aos julgados pelas Cortes europeias. In: PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila et al (coord.). *Propriedade Intelectual na Agricultura*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento econômico e tecnologia da informação. In BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

_____, Marcos; ROVER, Aires José. Propriedade Intelectual: conhecimento tradicional associado e a biopirataria. In IACOMINI, Vanessa (org.). *Propriedade Intelectual e Biotecnologia*. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

_____, Marcos. O comércio internacional e a proteção da propriedade intelectual segundo os princípios da OMC. *Revista Ius Gentium (Facinter)*, v. 1, p. 135-156, 2007.

WINTER, Luis Alexandre Carta; WACHOWICZ, Marcos. Os paradoxos da sociedade informacional e os limites da propriedade intelectual. *Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Boiteaux, 2007.

YU, Peter K.. *From Pirates to Partners (Episode Two): Protecting Intellectual Property in Post-WTO China*. Michigan State University. *Research Papers Series*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=578585>> Acessado em: 21 nov. 2011.

ZUCCHERINO, Daniel R.; MITELMAN, Carlos O.. *Derecho de Patentes: Aislamiento o Armonización*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1994.