



PROPRIEDADE INTELECTUAL E PROTEÇÃO DA CAPACIDADE DE INOVAR: A PRÓXIMA FRONTEIRA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

*Edson Beas Rodrigues Junior**

1. Introdução

A partir da década de 70 e das duas grandes crises do petróleo, o eixo auto-motriz da economia baseado em energias não renováveis ruiu, e buscou-se novas alternativas para a expansão econômica. Desde então, o Brasil – como reflexo do que vem ocorrendo no mundo – passou por um processo de substituição do paradigma econômico da sociedade industrial fordista e atualmente se encontra em processo de consolidação do paradigma da sociedade da informação.

Nos anos 70, durante o milagre econômico brasileiro, a economia brasileira tinha como pilares o capitalismo das grandes empresas fordistas de produção em massa; o território – seguindo ainda a lógica de Barão de Rio Branco – era elemento de poder; e o combustível catalisador do desenvolvimento industrial era o petróleo. Neste modelo econômico, o direito das obrigações e o direito do trabalho eram os ramos do direito de maior relevância para a economia.

A partir da década de 80¹, em um período marcado pela estagnação e transição econômica, nos países desenvolvidos dá-se início a mudança do paradigma econômico - que se refletirá no Brasil apenas tardiamente, a partir da década de 90 – ciclo que apresenta como pilares: Ciência & Tecnologia, Pesquisa & Desenvolvimento; a economia passar a ter como eixo de desenvolvimento a universidade como pólo gerador de inovação. No campo do direito, há a emergência do direito da propriedade intelectual e do direito dos contratos como instrumentos para garantir e aprofundar o fluxo de tecnologias das universidades para as empresas e das empresas para outras empresas. Este é o prenúncio da sociedade da informação.

Na década de 90, apresentando uma expansão do ciclo que se iniciou na década de 80 de forma mais tímida, há a consolidação da sociedade da informação, as novas tecnologias são indiscutivelmente o fio condutor da nova eco-

* Estudante de Direito da USP.

¹ Este novo ciclo é inaugurado pela aprovação pelo Congresso dos EUA do Bay Dohle Act de 1980 e pela decisão da Suprema Corte dos EUA no caso Diamond versus Chakrabarty. Aquela legislação investe todas universidades locais no direito de patentear os resultados de suas pesquisas que tenham sido financiadas parcial ou totalmente com recursos públicos. O caso Chakrabarty inaugura a era da biotecnologia nos EUA: a partir de então, a Suprema Corte passou a considerar patenteável “tudo sob o sol feito pelo homem”.



nomia; e a pilastra do poder é o conhecimento e a informação especializada. O eixo da economia é a biotecnologia, a tecnologia da informação, a química fina, as nanotecnologias. Os ramos do direito que emergem, ao lado de um aprofundamento internacional dos regimes de proteção da propriedade intelectual, são o direito da regulação e o direito antitruste.

A substituição de um ciclo criador econômico por outro é marcado pelo processo schumpeteriano de destruição criadora: em um momento de decadência de lucratividade, destrói-se inconscientemente o paradigma de produção anterior por intermédio da criação de novos modos de fazer negócio, de produção econômica, gerando-se novos patamares de lucratividade, período este que será seguido por um período de monopólios ou oligopólios de fato de alta lucratividade, os quais serão seguidos por uma fase de assimilação das novas tecnologias pelos competidores, diminuindo os patamares de lucratividade das empresas do fronte da inovação, instigando uma maior geração de inovação a partir da concorrência, quebrando-se o paradigma antigo de produção econômica mais uma vez, fato que dará lugar a um outro mais eficiente que terá maior potencial de distribuição de bem-estar social. Este conhecido processo de destruição criadora, que tem como pedra de toque a livre concorrência e a liberdade de iniciativa está em risco, e este é pouco conhecido e reconhecido no Brasil: os monopólios intelectuais ou Direito da Propriedade Intelectual (DPI).

O termo Direito da Propriedade Intelectual é extremamente criticável por abarcar ramos e interesses completamente diferentes: direitos autorais, patentes, marcas e sinais distintivos, variedades de plantas, programas de computadores, dentre outros. Porém, há algo de comum que permeia todos estes ramos aparentemente tão diferentes: a informação. O objeto de proteção do DPI é a informação. Apenas para ficarmos nas ramificações mais conhecidas, no direito autoral, o objeto da proteção é a expressão da informação e no direito patentário são as informações *per se*. E para o ciclo econômico em que vivemos, informação é condição *sine qua non* para desenvolvimento econômico e social. A Propriedade Intelectual não é um mal em si mesmo como alguns assinalam, especialmente, as organizações não governamentais, mas a partir do período inaugurado por TRIPS – a chamada fase global de proteção da propriedade intelectual – o DPI está se desvirtuando de seu objetivo primário, qual seja: estimular e difundir inovação, criação, expansão do bem-estar econômico, material e cultural da população. O Estado temporariamente concede este direito, apenas quando o direito exclusivo terá o potencial de oferecer maiores benefícios à sociedade que uma situação tradicional de livre concorrência – passando a desempenhar o papel de proteção de mercados cativos de empresas transnacionais, impedindo a entrada de novos competidores no mercado de forma quase permanente: enquanto a informação protegida tiver algum valor comercial.

Logo, o DPI está trabalhando para quebrar ou, pelo menos, para desacelerar a mudança dos ciclos econômicos. Seu papel de fato é o de manter o *status quo* dos grandes *players* da economia mundial da atualidade. É neste fato que se encontra o potencial de tensão entre o DPI e o direito concorrencial.

O DPI vem passando desde o final do século XIX por um período de ampla valorização, expansão de seus domínios, aprofundamento e sofisticação de suas regras. Este fenômeno, sob a batuta dos países industrializados, embora tenha como discurso público o objetivo de suprimir distorções no comércio internacional de bens que incorporam inovação e criatividade², fomentar transferência de tecnologia dos países industrializados para os de menor desenvolvimento, difundir bem-estar material³, na realidade dos bastidores, tinha e tem como verdadeiro intuito manter as corporações dos países industrializados permanentemente na dianteira do desenvolvimento econômico mundial, de forma inatingível e soberana.

A expansão dos DPI é tida como desarrazoada por ser marcada pelas seguintes características: expansão do escopo de proteção, de forma a incidir em áreas tradicionalmente tidas como de domínio público⁴; por outro lado, os freios e contrapesos destes regimes que se revelam nas normas limitadoras (limitações e exceções) estão em período de extinção. Em resumo, de um lado os monopólios intelectuais se expandem e se aprofundam, e por outro, ganham cada vez mais o caráter de direitos absolutos⁵, ao preverem cada vez menos limita-

² Primeiro considerando do Acordo TRIPS da OMC diz “Os Membros (...) desejando reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional e levando em consideração a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo (...)”;

³ Artigo 7 de TRIPS dispõe que “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”.

⁴ A título de ilustração, biodiversidade e recursos genéticos até meados da década de 90 eram recursos tidos como inalienáveis.

⁵ Esta é a posição do Prof. Denis Barbosa refletida em dois pareceres recentes de sua autoria: A Inconstitucionalidade da anuência da ANVISA no procedimento de concessão de patentes como manifestação discricionária da Administração Federal”, documento disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/anuencia.doc> e parecer sobre patenteabilidade de novos usos (documento sem título), disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>.



ções; e as poucas limitações que restam são de aplicação tão burocrática, que equivalem a normas programáticas⁶.

Em resposta à esta realidade iníqua, organizações da sociedade civil, grupos de consumidores⁷ conduzem um coro uníssono contrário ao DPI. Estes grupos vêem o DPI como obstáculo quase que intransponível para um acesso amplo a medicamentos e cultura e novas tecnologias pelos países em desenvolvimento. Os discursos destas organizações, embora defendam valores indiscutivelmente relevantes, em geral, são simplesmente tidos como descartáveis pelos governos e empresas ao apresentar um viés “excessivamente” humanitário e nada econômico. O que a sociedade civil, principalmente aquela dos países em desenvolvimento, ainda não percebe é que o DPI não apenas limita o acesso a medicamentos, à cultura, a novas tecnologias pelos países em desenvolvimento, mas, acima de tudo, restringe de forma cada vez mais firme a entrada de concorrentes no mercado que poderiam produzir estes mesmos bens em valores mais acessíveis. É neste contexto de monopólios legais de tendências ilimitadas em termos de escopo e duração que os abusos são praticados e o acesso à informação especializada é obstaculizado.

O DPI apenas será “re-limitado” e re-equilibrado com a necessidade de maior concorrência se esta necessidade for apresentada pelos atores econômicos que não podem concorrer em determinados setores vitais, devido aos novos patamares de proteção do DPI. Para isto, o Direito Concorrencial pode ganhar um novo papel: o de limitação externa ao DPI, protegendo-se, pois, a livre concorrência e livre iniciativa. O direito da propriedade intelectual, sob a perspectiva da mais moderna doutrina estrangeira, apresenta normas limitadoras tanto intrínsecas ao próprio sistema quanto as externas⁸. Tradicionalmente, os direitos fundamentais⁹ são as normas externas mais utilizadas pelo judiciário para limitar os abusos do

⁶ Ver Rodrigues Jr, Edson Beas. Influência do TRIPS na Harmonização das Regras de Licenciamento Compulsório. In: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial, n. 73, 2004. Este artigo apresenta uma análise de mais de trinta legislações estrangeiras sobre licenciamento compulsório de patentes e reflete algumas das dificuldades enfrentadas por países desenvolvidos e em desenvolvimento (especialmente estes últimos) para usar de tal instrumento em casos de abuso de direitos de propriedade intelectual.

⁷ Ver em www.cptech.org o trabalho da organização Consumers Project on TEchnology no setor do ativismo contra a expansão da propriedade intelectual.

⁸ Christophe Geiger: Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law? International Review of Industrial Property and Copyright Law. Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law. Heft 3, Munich, 2004.

⁹ Abbe E.L. Brown, The Interface Between Intellectual Property, Competition and Human Rights: Overview of Field and Proposed Contribution to Knowledge. Disponível em: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/publications/online/overview.htm>

DPI em casos em que haja conflitos entre interesses individuais humanos e dos titulares de Propriedade Intelectual; mas o direito concorrencial também pode servir de baliza de contenção do DPI, sendo um instrumento firme de defesa da concorrência nos casos de abusos incorridos pelos titulares de propriedade intelectual¹⁰. O que propomos aqui é que o DPI seja analisado e revisto pelos olhos do Direito Concorrencial, desmantelando a idéia de direito absoluto atemporal.

No presente artigo, apresentaremos um breve histórico da expansão do DPI, e como durante sua expansão o caráter anticoncorrencial foi se fortalecendo como característica onipresente neste ramo do direito; fixar-nos-emos no direito patentário e em recentemente inovações que apresentam caráter desmedidamente anticoncorrencial, assinalando a necessidade de uma aproximação imediata entre expertos em DPI e expertos em direito antitruste, de forma a se reformar a legislação e política brasileira de proteção da propriedade intelectual, refletindo, quiçá, no futuro, um regime efetivamente pró-concorrência, que desempenhe genuíno papel de catalisador de inovação e bem-estar econômico e social.

2. Um breve histórico do direito da propriedade intelectual

A evolução da proteção do direito da propriedade intelectual passa por quatro fases: i) a fase territorial é caracterizada pela ausência de um regime internacional de proteção; ii) a fase internacional, a qual se inicia em fins do século XIX é marcada pela celebração das Convenções de Paris e de Berna; iii) a fase global inicia-se em 1986, quando os EUA inserem com sucesso o tema propriedade intelectual no mandato negociador da Rodada Uruguai do GATT, culminando, em 1994 na formação da Organização Mundial do Comércio e na adoção do acordo TRIPS¹¹. Finalmente, a quarta fase apresenta um aprofundamento dos patamares de proteção da propriedade intelectual de TRIPS, é neste aprofundamento que o caráter anticoncorrencial torna-se mais palpável.

(i) O período territorial

O período territorial é dominado pelo princípio da territorialidade, significando que os direitos de propriedade intelectual não se estendem além do território soberano que concedeu os direitos, ou seja, o regime de proteção da

¹⁰ Jonathan BERGER, *Advancing public health by other means: Using competition policy to increase access to essential medicines*, University of the Witwatersrand, África do Sul, 2004.

¹¹ Para uma visão mais completa do assunto consultar Basso, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

propriedade intelectual aprovado pelo país A não se aplica no país B. Por conta deste princípio, os titulares dos direitos de propriedade intelectual enfrentaram um caso clássico de apropriação; alguns países se beneficiaram, pois, destas externalidades positivas¹². A tensão entre apropriação e externalidades positivas conduzem os Estados para a próxima fase de proteção da propriedade intelectual: o período internacional.

(ii) O período internacional

Durante o século XIX, os Estados europeus mais desenvolvidos passaram a se interessar em celebrar acordos de cooperação em matéria de propriedade intelectual, a fim de evitar apropriação das inovações e obras literárias e artísticas de seus residentes. Inicialmente, estes acordos tomaram a forma de bilaterais, e com a ineficiência gerada pelo excesso destes acordos, a solução mais eficiente encontrar foi a de celebrar acordos multilaterais. Neste período, existiam dois pólos claros: um formado por aqueles países que queriam banir, ou pelo menos, mitigar a chamada “pirataria”, e os outros que se beneficiavam das “externalidades positivas”, como é o caso dos Estados Unidos. Estes últimos protegiam apenas obras de cidadãos e residentes locais, propiciando a apropriação de obras e invenções de cidadãos estrangeiros.

Os dois principais movimentos em direção à uma cooperação internacional em matéria de proteção dos direitos de propriedade intelectual se consubstanciaram em dois acordos multilaterais: a Convenção de Paris de 1883, cujo escopo é o de proteger propriedade industrial (marcas, patentes, regras de concorrência desleal), e a Convenção de Berna de 1886 para proteção de obras literárias e artísticas. Ambas convenções internacionais tinham como pilares o Princípio do Tratamento Nacional – obrigação de concessão de tratamento igual a todos os cidadãos e residentes dos Estados-membros das convenções-, e existência um rol mínimo de direitos pré-convencionados em favor dos titulares.

As convenções de Berna e de Paris conduziram à uma proliferação de acordos multilaterais para proteção da propriedade intelectual¹³. E esta expansão do regime internacional de proteção da propriedade intelectual conduziu à

¹² Sobre o papel desempenhado pelo não reconhecimento de proteção para obras estrangeiras para o desenvolvimento norte-americano, ver Khan, Zorina, *Intellectual Property and Economic Development: Lessons from American and European history*. Study paper 1a. Londres, Comissão Britânica para Direitos da Propriedade Intelectual, 2001.

¹³ Vide, por exemplo, a lista de acordos de proteção da propriedade intelectual administrados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual em: <http://www.wipo.int/treaties/en/>

criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, em 1967, a qual, passou a integrar a família das Nações Unidas em 1974, como o braço especializado em propriedade intelectual.

A despeito desta expansão ímpar de acordos de cooperação em matéria de proteção dos direitos de propriedade intelectual, não houve, porém, uma harmonização das regras técnicas, nem uma real observância destas regras, por falta de um regime sancionador atrelado ao de proteção. Os Estados mantiveram sua discricionariedade para estabelecer os patamares de proteção dos direitos de propriedade intelectual, e a falta de harmonia entre os patamares de proteção da propriedade intelectual forçou sua entrada na era global.

(iii) O período global

Após a segunda Guerra Mundial, muitos países em desenvolvimento aderiram à Convenção de Paris e de Berna. E por conta da regra “um país, um voto”, os países em desenvolvimento formaram uma coalizão internacional contra os interesses dos países industrializados, bloqueando toda e qualquer negociação que pudesse se contrapor aos interesses daqueles países. A lógica que permeou a estratégia política dos países em desenvolvimento era o de aumentar o acesso a tecnologias e bens intangíveis cujo acesso era restrito. Durante o período internacional, apropriação/pirataria era mais ou menos tolerável, por conta da falta de um mecanismo de aplicação das normas de proteção da propriedade intelectual. O único mecanismo de aplicação era a Corte Internacional de Justiça da ONU, instância esta nunca utilizada

Os Estados Unidos, liderados pela sua indústria farmacêutica, do entretenimento e da cultura de massa, criaram redes de influência em âmbito nacional e internacional de forma a cooptar apoio governamental suficiente, dentro do mundo desenvolvido, para se inserir o tema proteção da propriedade intelectual na agenda de negociações do GATT, interligando propriedade intelectual e comércio, dando, por consequência, um caráter universal à propriedade intelectual.

Mas para se levar à uma aceitação maciça dos Estados, alguma pressão era imprescindível¹⁴. Em 1984, os EUA reformaram o Trade Act de 1974,

¹⁴ Sobre o histórico que levou à celebração do acordo TRIPS no âmbito do GATT/OMC ver Susan K. Sell, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights* (Cambridge Studies in International Relations), Cambridge University Press, 2003. Sobre como o Brasil foi pressionado a aceitar TRIPS durante as negociações da Rodada do Uruguai do GATT ver Maria Helena Tachinardi, *A Guerra das Patentes: o conflito Brasil X EUA sobre Propriedade Intelectual*. Editora Paz e Terra, 1993.



inserindo a Section 301¹⁵, a qual investe à autoridade comercial norte-americana (United States Trade Representative) na competência de julgar o nível de desrespeito da propriedade intelectual norte-americana em terceiros países, e a entrar em negociações com estes para remediar a situação. Em caso de insucesso, os países que desrespeitassem os interesses norte-americanos seriam retaliados comercialmente. Este foi o caso do Brasil, na segunda metade da década de 80, por não reconhecer como matéria patenteável produtos farmacêuticos. A lição que se pretendeu ensinar era que se os países não protegessem a propriedade intelectual em termos aceitáveis para os EUA, aqueles enfrentariam ações retaliatórias norte-americanas.

¹⁵ A seção 301 do *Trade Act of 1974* é a principal ferramenta norte-americana para combater práticas de outros países consideradas pelos EUA como desleais. Esta seção é aplicada para proteger os direitos dos EUA contemplados em acordos multi- e bilaterais, assim como para remediar práticas comerciais estrangeiras consideradas como não-razoáveis, injustificadas ou discriminatórias que restringem ou infringem o comércio norte-americano. Existem três categorias de ações 301:

- 301 Original: para práticas comerciais desleais;
- 301 Especial: para identificar os países que não dispõem de uma proteção efetiva e adequada dos direitos de propriedade intelectual ou não oferecem acesso justo e equitativo a seus mercados para cidadãos e/ou companhias norte-americanas. Aqueles países, cujas políticas e práticas comerciais afetam de forma importante os interesses dos EUA, ou que não participam de boa-fé em negociações, ou não que não realizam progressos significativos no sentido de solucionar estes problemas, são identificados como “países prioritários” e poderão ser objeto de investigação por parte do governo norte-americano. Seis meses depois de listados como “prioritários”, a situação desses países será reexaminada, a fim de se verificar se a situação contrária aos interesses norte-americanos no campo da propriedade intelectual persiste. Se a sim, decidir-se-á qual ação será tomada, e inclusive os EUA poderão vir a aplicar sanções comerciais unilaterais. Existe ainda uma lista de observação, onde figuram países, cujas práticas comerciais provocam um dano não apenas importante, mas sério aos interesses de empresas e cidadãos americanos;
- 301 Super: para identificar as práticas prioritárias que geram maiores barreiras comerciais, e cuja eliminação beneficiaria significativamente os EUA. Anualmente o Representante de Comércio dos EUA apresenta uma lista de práticas estrangeiras consideradas desleais, que poderão desencadear sanções comerciais unilaterais.

As sanções que podem ser impostas são: a) suspensão ou retirada de benefícios comerciais; b) imposição ou aumento de taxas tarifárias ou outras restrições comerciais; imposição de multas ou restrições de importações de determinado país por certo período de tempo, a ser determinado pelo Representante Comercial dos EUA; c) imposição de acordo, por meio do qual o país estrangeiro se comprometa a: 1) eliminar ou suspender a lei, política ou prática; 2) eliminar qualquer gravame ou restrição às atividades de empresas e cidadãos norte-americanos; 3) oferecer aos EUA benefícios comerciais compensatórios.

Em 1986, durante a Reunião Ministerial de Punta Del Este, Uruguai, propriedade intelectual foi incluída no mandato negociador. Oito anos mais tarde, em abril de 1994, a Rodada do Uruguai foi concluída em Marrakesh, Marrocos, culminando na formação da Organização Mundial do Comércio e em um pacote de acordos de liberalização do comércio internacional, e um destes acordos é conhecido como TRIPS. Por intermédio da regra do “single undertaking”, os Estados Membros da OMC não poderiam fazer qualquer reserva ou deixar de aderir a algum dos acordos do pacote de Marrakesh, ou seja, a regra do ou tudo ou nada, passando propriedade intelectual a permear o comércio internacional de forma ampla.

(iv) Era pós-TRIPS: o recrudescimento do caráter anticoncorrencial da propriedade intelectual

Por meio da conexão permanente entre propriedade intelectual e comércio internacional, o acordo TRIPS alcança todos Estados-membros do sistema multilateral de comércio. TRIPS suprime a discricionariedade dos Estados de eleger o patamar de proteção da propriedade intelectual mais adequado: tudo no acordo é obrigatório.

O acordo TRIPS opera sob os auspícios de um sistema institucional desenhado a promover a observância de suas obrigações: a OMC. O acordo da OMC estabeleceu o Conselho para TRIPS, que tem o papel de monitorar a implementação, pelos membros da organização, das obrigações assumidas. A não implementação das obrigações em termos aceitáveis pode levar à abertura de procedimentos especiais perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. O significado deste sistema é que propriedade intelectual, ao contrário do que ocorria até então, durante o período internacional, deixou de ser uma mera “carta de princípios”, que os Estados escolhiam implementar e observar ou não, de acordo com seus interesses nacionais, e passou a ser obrigatório, com o estabelecimento de um órgão sancionador internacional.

O período pós-TRIPS não é marcado apenas pelo período de implementação e adequação dos Estados aos novos patamares de proteção do DPI, mas também por um processo de expansão de negociação e celebração de novos acordos bilaterais, regionais e sub-regionais de proteção da propriedade intelectual, cujo escopo é o de expandir os poderes dos titulares destes direitos, reduzindo e, se possível, suprimindo a concorrência pelo período mais amplo possível¹⁶. A era TRIPS-plus surge a partir dos embates entre países em desen-

¹⁶ O acordo para estabelecimento da Área de Livre Comércio das Américas, o acordo Comunidade Européia e Mercosul, o Acordo sobre Livre Comércio entre América Central

volvimento e países desenvolvidos na OMC acerca de propostas destes para fortalecimento dos patamares de proteção da propriedade intelectual além do previsto em TRIPS. Encontrando dificuldades em se aprovar normas no âmbito multilateral, negociações bilaterais e regionais foram os meios mais simples de se aprovar estes patamares¹⁷.

Estes acordos TRIPS-plus, conforme já mencionado, apresentam normas cujo único escopo é expandir os poderes dos titulares atuais de propriedade intelectual, por meio da restrição da livre concorrência pelo período de tempo mais amplo possível. A seguir apresentamos as normas mais comuns TRIPS-plus presentes nestes acordos:

- Expansão da matéria patenteável e dos direitos conferidos: supressão das flexibilidades previstas no Artigo 27.2 e 27.3 do TRIPS¹⁸
- Extensão do período de proteção das patentes
- Extensão do período de proteção dos direitos autorais
- Limitação da capacidade dos governos de adotar medidas de proteção à saúde pública: impede-se a possibilidade dos Estados de utilizarem as novas flexibilidades introduzidas pela Declaração de Doha sobre TRIPS e Saúde Pública que, em resumo, sustenta que DPI está abaixo do direito dos Estados de gerir sua saúde pública.

e EUA são todos acordos ou minutas de acordos que apresentam carácter TRIPS-plus. Sobre o assunto ver: Maristela Basso, *Propriedade Intelectual na Era Pós-OMC*. Livraria do Advogado, 2005.

¹⁷ No site www.bilaterals.org está disponível a maior parte dos acordos bilaterais e regionais de comércio celebrados entre países desenvolvidos e em desenvolvimento que apresentam normas TRIPS-plus.

¹⁸ 2 - 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.

3 - Os Membros também podem considerar como não patenteáveis:

- a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais;
- b) 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.

· Direitos exclusivos sobre dados farmacêuticos: informações clínicas são geralmente exigidas pelas autoridades governamentais para aprovar a comercialização de novas drogas. De acordo com o TRIPS, os Estados Membros da OMC devem proteger os resultados de testes e outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos que utilizem novas entidades químicas, “contra seu uso comercial desleal”. Os Membros também devem adotar providências para impedir que esses dados sejam divulgados “exceto quando necessário para proteger o público”¹⁹. Os Acords TRIPS-plus exigem direitos exclusivos de comercialização sobre esses dados e informações por um prazo mínimo de cinco (5) anos, limitando a entrada de produtos genéricos no mercado, no caso de emissão de licenças compulsórias.

- Maior burocratização do uso de licenças compulsórias
- Inexistência de disposição sobre tratamento diferencial e especial para em desenvolvimento e com menor desenvolvimento relativo.

O resultado da expansão do DPI a patamares anticoncorrençiais: a tragédia dos “anticommons”

A propriedade comum é apontada como a principal causa para a má gestão de recursos escassos; não havendo limites nem instrumentos legais para se impedir que terceiros utilizem os recursos comuns de maneira não-razoável, os indivíduos não terão outra alternativa senão explorar ao máximo aqueles recursos, em detrimento de sua conservação. Esta super-exploração dos recursos comuns gera a “tragédia da propriedade comum” (*tragedy of the commons*). Garret Hardin cunhou esta expressão ao tratar sobre como um recurso comum sofreria tal destruição se estivesse sujeito à exploração de muitos e ninguém tivesse o direito de impedir terceiros de fazê-lo²⁰. Este é um dos argumentos mais freqüentes para justificar a propriedade privada em detrimento da propriedade comum ou estatal. Propriedade privada é tida, conseqüentemente, como muito mais eficaz, uma vez que o titular privado da propriedade tem o objetivo de melhor administrá-la para maximizar os seus benefícios. Para a escola utilitarista, as falhas intrínsecas à propriedade comum dos bens podem ser sobrepostas apenas por meio de sua privatização. Entretanto, os teóricos que trabalham com a justificação do direito de propriedade baseado na expansão de sua eficiência ignoram uma conseqüência igualmente nefasta associada ao seu reconhecimen-

¹⁹ Artigo 39.3 do TRIPS.

²⁰ Michael A. Heller e Rebecca S. Eisenberg. Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research. Revista Science, volume 280, maio de 1998, pág. 698 e ss.



to cada vez mais amplo: a tragédia dos “anticommons”, ou seja, a possibilidade de sub-utilização dos bens quando muitas pessoas detêm o direito de excluir terceiros de sua fruição. O termo refere-se a um tipo de propriedade, na qual muitos detêm direitos em relação a determinados bens e ninguém tem qualquer direito de usá-los, exceto quando for autorizado pelos demais titulares. Este é o caso atual da propriedade intelectual²¹.

A propriedade intelectual, diferentemente da propriedade sobre bens tangíveis, pode ser fruída de forma não-exclusiva, ou seja, seu consumo por um indivíduo não impede que terceiros também os consumam, além disso, embora seu desenvolvimento seja custoso, sua reprodução implica em baixos custos. Decorre desta realidade que os inventores, criadores não tendo certeza sobre a possibilidade de se receber recompensa pelo trabalho e investimentos incorridos, não se estimulam em inovar e criar. Logo, para se suprimir o efeito destas externalidades que desencorajam inovação e progresso, o Estado estabelece marcos legais de proteção da propriedade intelectual, oferecendo incentivos para inovar, criar, limitando apropriação dos bens intangíveis por terceiros. Entretanto, no período atual de uma corrida do patenteamento, gerar e introduzir novos produtos mais eficientes e modernos no mercado passou a ser um desafio extremamente caro, moroso e imprevisível, que envolve não apenas os altíssimos investimentos em Pesquisa & Desenvolvimento, mas também aqueles decorrentes de licenciamentos de tecnologias detidas pelos concorrentes²². Em resumo, a expansão das normas de propriedade intelectual está gerando um solapamento das pesquisas que estão sendo bloqueadas por conta do número cada vez maior

²¹ Giuseppe Colangelo, Avoiding the tragedy of the anticommons: collective rights organizations, patent pools and the role of the antitrust. LE Lab Working Paper number IP – 01 – 2004.

²² O desenvolvimento de novas tecnologias, produtos, processos pode envolver dezenas de diferentes tecnologias protegidas por patentes. Para se colocar novos produtos no mercado, deve-se, pois, negociar acordos individuais de licenciamento. Porém, dependendo do número de patentes de competidores envolvidas no novo produto, o seu lançamento pode não apenas tornar-se extremamente custoso, fadando-o ao insucesso comercial, impedindo a entrada de novos competidores no mercado, mas tal fato pode simplesmente bloquear a sua entrada no mercado. O caso Golden Rice é interessante neste sentido: um tipo novo de arroz rico em pró-vitamina A foi desenvolvido para suprir as deficiências desta vitamina em populações do sudeste asiático, região em que a cegueira decorrente da falta de vitamina A atingiu níveis alarmantes. Este novo tipo de arroz envolveu dezenas de patentes, porém, uma única patente deteve o poder de bloquear o lançamento do produto, de forma filantrópica, no mercado asiático: a empresa Astra Zeneca. Ver em: <http://www.i-sis.org.uk/rice.php>

de títulos de DPI²³ que, por sua vez, implicam em altos custos de licenciamento, imprevisibilidade (devido aos riscos de processos judiciais e devido à possibilidade de concorrentes utilizarem suas patentes para impedir a entrada de novos produtos concorrentes no mercado). Em poucas palavras: o que não foi previsto pelos legisladores é que a privatização dos resultados das novas pesquisas pode ter um efeito contrário ao de estimular concorrência e inovação: muitos titulares de direitos sobre “tijolos” que serão a base para o desenvolvimento de novas tecnologias e produtos podem bloquear o seu desenvolvimento.

Como estão sendo gerados questão anticoncorrenciais por intermédio do DPI?^{24, 25}

D) concessão de patentes sobre fragmentos concorrentes: patentes concedidas sobre fragmentos de genes e ferramentas de pesquisas, que formam espécies de tijolos na construção de bens de valor comercial criam um direito de propriedade fragmentado que, embora não tenha em si o valor comercial de um produto pronto e acabado a ser introduzido no mercado, representa necessariamente uma ferramenta para alcançá-lo. Logo, a estratégia é licenciamento: e licenciamentos podem ser muito custosos; os titulares destes “tijolos” podem exigir royalties leoninos, co-propriedade sobre a pesquisa resultando do uso deste material protegido. Quando se pensa que um novo produto de valor comercial pode envolver muitos “tijolos” – e em geral, envolvem – multiplicar os custos econômicos decorrentes destas negociações individuais, pode facilmente desestimular qualquer entrada de novos produtos e, conseqüentemente, concor-

²³ Empresas do setor das novas tecnologias estão reivindicando mais e mais patentes sobre “fragmentos de invenções” que não apresentam qualquer valor inovador, ou seja, reivindicam patentes sobre fragmentos de genes, sobre incrementos de invenções passadas que figuram como tijolos na construção de outras invenções. Tais patentes apresentam **caráter defensivo**: novas invenções genuinamente inventivas podem envolver dezenas, centenas e até milhares de outras invenções patenteadas. A mera necessidade de se negociar acordos individuais de licenciamento com cada titular de patente é por si só um desestímulo para se inovar e entrar no mercado. No mais, cada titular de patente está investido no poder de bloquear o lançamento das novas invenções, adquirindo o poder de barganhar altas taxas de royalties sobre sua comercialização ou até mesmo co-propriedade, aumentando os custos ao consumidor, restringindo o acesso às novas tecnologias, ou até mesmo impedindo a entrada de novos concorrentes, quando isso for mais interessante economicamente. Nesta última hipótese, restaria a possibilidade de se pedir judicialmente uma licença compulsória, mas a morosidade do judiciário esvaziaria a pesquisa.

²⁴ Heller e Eisenberg, op.cit.

²⁵ Relatório Final da UK IPR Commission de 2003, capítulo 6, disponível em: http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/Ch6final.pdf

rentes no mercado. O resultado disto será toda a espécie possível e imaginável de abusos na ordem econômica.

II) Ineficiência no exame e concessão de patentes biotecnológicas e farmacêuticas : embora possa ser dito, tecnicamente, que o mero depósito de um pedido de patente não é uma patente, na prática, a incerteza decorrente do escopo da patente e da concessão (ou não) da patente, obriga empresas a celebrarem acordos de licenciamento em relação a tecnologias que talvez nem venham a ser protegidas ao final do período de exame, de modo a não postergar ainda mais o desenvolvimento de suas pesquisas. Conseqüentemente, gerar-se-ão maiores custos no desenvolvimento das novas tecnologias que serão repassados ao produto final, sem se mencionar a que durante o período de pendência de uma patente, no caso do depositário da patente se negar a negociar sua tecnologia, não será possível, legalmente, pedir, perante o judiciário, uma licença compulsória para uso da tecnologia. No Brasil, atualmente, o exame de uma patente leva em média 8 anos, enquanto no mundo desenvolvido leva apenas a metade, e na Índia, a partir da aprovação de sua nova legislação patentária em 2005, prevê-se que levar-se-á apenas um ano para o exame e concessão da patente²⁶. A demo-
ra gera um monopólio de fato mais poderoso que a própria patente, uma vez que tal “monopólio” não poderá ter sua validade impugnada, uma vez que a legislação brasileira de propriedade industrial apenas permite a impugnação judicial ou administrativa após a concessão efetiva da patente; o receio de que a patente seja concedida bem como aquele decorrente do direito retroativo do titular da patente à data do depósito a receber indenizações, impede o desenvolvimento de novos produtos e o surgimento de novos concorrentes.

III) Reach through license agreements (RTLAs)²⁷ – RTLAs ou acordos de licenciamento de amplo alcance sobre ferramentas de pesquisa patenteadas investem nos titulares destas patentes – as quais são utilizadas em pesquisas em estágio pré-comercial – direitos sobre os produtos decorrentes – direta ou indiretamente – do uso destas ferramentas. Tais direitos tomam a forma de royalties sobre as vendas dos produtos finais, direito à uma licença exclusiva ou não-exclusiva de uso sobre o produto final, ou ainda, o direito de negociar contratos de licença que envolvam o produto final que foi desenvolvido a partir da ferramenta patentada, expandindo, pois, o poder da titular da patente sobre a ferramenta de pesquisa para além do escopo de proteção da patente, criando-se,

²⁶ Informações fornecidas pela Dra. Ruchi Tiwari, atual Controller of Patents and Designs da Índia.

²⁷ Sobre as práticas de licenciamento no setor biotecnológico ver Government, University and Biotechnology Licensing. Disponível em: <http://www.lexisnexis.com/practiceareas/ip/pdfs/531CH6A.pdf>

na prática, uma patente de escopo variável e ampliável, quase que ilimitada.

As dificuldades gerenciais e econômicas de se acessar diversos bens protegidos por direitos de propriedade intelectual necessários para o lançamento de um novo produto vêm estimulando o surgimento de associações, comunidades que congregam os titulares destes direitos, reduzindo os custos de transação. A indústria do entretenimento, aviação, automobilística tradicionalmente se unem organizações que congregam os grandes players do setor, facilitando a celebração de acordos de cross-licensing, entretanto, no setor farmacêutico e biotecnológico a realidade é diferente: estas empresas, em geral, não trabalham no esquema de patent pools.

V) estratégia evergreening: O acordo TRIPS, no tocante à matéria patenteável, estabelece apenas que qualquer invenção seja de produto ou de processo, em todo e qualquer setor tecnológico, deverá ser protegível, desde que preencha os tradicionais três requisitos de patenteabilidade, a saber: novidade, passo inventivo e, por fim, aplicação industrial²⁸. Ao não definir esses requisitos, o acordo deixa espaço aos Estados-membros da OMC para definirem o conteúdo de cada um de forma a refletir suas peculiaridades econômicas e sociais. Sendo mais claro, os Estados podem usufruir desta discricionariedade legal a fim de estabelecer standards de patenteabilidade mais ou menos altos, dependendo dos interesses locais a serem resguardados. Os países desenvolvidos estão reduzindo os patamares de patenteabilidade em seus países, ou seja, estão adotando ficções jurídicas que permitem o patenteamento de técnicas, produtos, processos que já fazem parte do estado da arte, expandindo a duração das patentes. Um caso típico é o das patentes de segundos e novos usos: Patentes envolvendo novos usos farmacêuticos se referem à descoberta de novos usos para substâncias, princípios ativos, moléculas, composições já previamente conhecidos, e muitas vezes, já em domínio público. Novos usos farmacêuticos envolvem tanto a segunda indicação quanto as subseqüentes, ou seja, envolve a descoberta de um novo uso para um produto que já era aplicado no campo médico. O INPI do Brasil passou a conceder patentes sobre novos usos, embora não haja previsão legal. O fundamento da concessão é apenas um ato administrativo interno que extrapola na capacidade do INPI de legislar.

3. Federal Trade Commission e a propriedade intelectual: uma diretriz para o Brasil

Em um período de inovação rápida, expansão dos setores

²⁸ Artigo 27.1 do TRIPS.



biotecnológicos e farmacêuticos, e o paralelo fortalecimento do DPI como instrumento para estimular a expansão destes setores, surge a pergunta: qual é o ponto de equilíbrio entre proteção da propriedade intelectual e concorrência e bem-estar social e econômico? Vivemos, no caso brasileiro, em um cenário de inexistência de regras fortes dos direitos de propriedade intelectual até meados da década de 90, e atualmente experienciamos uma situação inversa: expansão contínua dos DPI, e, conseqüentemente, sub-geração de novas tecnologias genuinamente nacionais, a partir da privatização de informações que tradicionalmente eram parte do domínio público. Quando se trata que a expansão do DPI, embora possa, num primeiro momento, ser tido como um elemento positivo ao oferecer estímulos para geração de inovação, este mesmo instrumento apresenta num segundo momento obstáculos para esta mesma inovação, gerando crescente obstáculo para a livre-concorrência: a propriedade intelectual, a partir de TRIPS perdeu o seu carácter de instrumento de desenvolvimento econômico a partir da inovação, passando a desempenhar papel de proteção de mercados cativos de grandes empresas transnacionais, criando obstáculos atemporais para a entrada de novos concorrentes em seus mercados²⁹.

Tendo consciência desta realidade, em novembro de 2002, o Departamento de Justiça e o Federal Trade Commission dos EUA co-organizaram uma série de audiências que congregou especialistas em direito concorrencial, patentes, inventores, empreendedores, representantes de pequenas e médias empresas, visando explorar, de maneira mais aprofundada: i) a interface entre concorrência e patentes; ii) meios para viabilizar a expansão da economia da informação a partir da inovação; iii) meios para a criação de regime em que coexista harmonicamente concorrência e direito patentário, com vistas à geração de inovação e bem-estar econômico e social. Em Outubro de 2003, o FTC publicou um estudo³⁰ que sumariza os resultados das discussões travadas nos

²⁹ Uma das críticas mais ferozes ao TRIPS é o efeito gerado pelo princípio da não discriminação entre produtos produzidos localmente e no exterior, previsto no artigo 27. Na prática, esta disposição cria a seguinte situação: empresas transnacionais no setor de novas tecnologias patenteiam seus produtos e processos em todos os mercados relevantes, e produzem tais produtos em determinados países, distribuindo-os globalmente a partir destes pontos focais, suprimindo suas linhas de produção nos outros países. Conseqüentemente, o DPI passam a ser meros instrumentos de proteção de mercados, vetando a entrada de competidores locais no mercado. Sobre o assunto ver: Paras Gorasia, *The Impact of Article 27 of the TRIPS Agreement on Foreign Direct Investment and Transfer of Technology to Developing Countries*, 2002.

³⁰ Federal Trade Commission, *To Promote Innovation: the proper balance of competition and patent law and policy*.

Workshops de 2002, apresentando uma série de sugestões de reforma do sistema patentário norte-americano a fim de torná-lo “innovation-friendly”. Embora o sistema patentário brasileiro apresente algumas diferenças em relação ao regime norte-americano de proteção, o Brasil, a partir de 1997 vem seguindo mais e mais – mesmo que de forma velada – as diretrizes norte-americanas de patenteabilidade, logo, o estudo do FTC deve servir de guia para repensarmos nosso marco legal e política em inovação.

Tanto a competição quanto política patentária podem fomentar inovação, mas cada um destes regimes exige um equilíbrio com as regras do outro para se alcançar tal objetivo. Competição entre firmas é o meio mais eficiente para se conseguir os melhores preços, quantidades, qualidade dos produtos e serviços para os consumidores, maximizando o bem-estar dos consumidores. As patentes também podem ser um instrumento de fomento à inovação. A patente, ao conferir ao seu titular o direito de excluir terceiros de produzir, usar ou comercializar o produto/processo protegido por um período de vinte anos do depósito do pedido, estimula a competição para desenvolvimento e lançamento de novos produtos no mercado: o que chegar primeiro no escritório de patentes pode vir a ser o empreendedor de maior sucesso. Ainda, o direito patentário ao exigir que haja publicação da invenção e de seu *modus operandi*, promove a disseminação de informação técnica, favorecendo inovações que partem das inovações publicadas.

O FTC reconhece que patentes não necessariamente conferem poderes monopolísticos para seus titulares, e mesmo quando uma patente confere um poder monopolístico, este não automaticamente gera uma infração anticoncorrencial. O direito patentário reflete intrinsecamente um equilíbrio entre a necessidade de se encorajar inovação e aquela de se evitar monopólios que possam bloquear concorrência, sem necessariamente haver avanços científicos e das artes. Os critérios de patenteabilidade (novidade, inventividade e aplicação industrial) são fundamentados na noção de que as informações que são óbvias devem permanecer no domínio público, e este apresenta aos criadores e inventores o ferramental básico para novas criações. Consequentemente, a concessão de uma patente sobre uma invenção óbvia prejudica a competição. O estudo do FTC menciona um caso de uma patente concedida em 1895 em benefício de George Selden, a qual reivindicava proteção para todo e qualquer automóvel. A reivindicação presente na carta-patente era tão ampla que abarcava não apenas o automóvel especificamente desenvolvido por Selden, mas também todo e qualquer automóvel que viesse a ser desenvolvido. A associação que licenciou a invenção de Selden acabou restringindo o lançamento de novos automóveis no mercado norte-americano ao encarecer as licenças de uso da tecnologia, até que Henry Ford, dentre outros, impugnou a validade da patente e restringiu o escopo de proteção da patente de Selden em 1911.

Ao mesmo tempo, uma aplicação “ultra-zelosa” do direito concorrencial à propriedade intelectual pode também restringir usos competitivos de patentes válidas. Por isto a necessidade de um equilíbrio entre os dois regimes legais.

4. Conclusões e recomendações do FTC

Em regra, o regime de proteção patentária apresente um equilíbrio com políticas de defesa da concorrência, ao conceder direitos de exclusivo apenas quando há a necessidade de se incentivar geração de inovação, desenvolvimento comercial de determinado setor comercial ou publicação/difusão de uma inovação. Entretanto, a comunidade empresarial norte-americana observou que patentes de baixa qualidade (as chamadas “bad patents”³¹) e procedimentos administrativos e judiciais fracos e deficientes – tendenciosos em favor dos depositários de patentes - para analisar pedidos de patentes pode inadvertidamente conferir poder de mercado indesejável e aumentar os custos para inovar, restringindo competição, que deveria existir para gerar inovação.

Durante as audiências públicas, representantes da indústria de biotecnologia sustentaram que muitas pesquisas estão sendo abortadas por envolverem tecnologias que são protegidas por patentes amplas, para se evitar possíveis litígios de infração a direitos patentários. Por conseqüência, as “bad patents” freiam a entrada de empresas no setor de pesquisas que são cobertos por estas patentes, bloqueando, indiretamente, a entrada de novos competidores no mercado, o desenvolvimento de novas tecnologias, suprimindo a concorrência nestes mercados. Se a empresa competidora escolhe conduzir pesquisas no setor coberto por uma “bad patent” de duas uma: ou estará sujeita a processos milionários de infração a direitos de patente ou, caso escolha negociar uma licença de uso da tecnologia coberta pela “bad patent” e pagar royalties pelo uso, os custos para inovar e desenvolver novos produtos podem ser proibitivos para o lançamento dos produtos no mercado. E mesmo que se escolha o caminho de se impugnar administrativa ou judicialmente a validade destas patentes de baixa qualidade, estes procedimentos são extremamente custosos, morosos. Ou seja, todos os caminhos inibem futuras pesquisas, e, por conseqüência, a entrada de novos competidores no mercado.

³¹ Bad patents ou patentes de baixa qualidade ou questionáveis são aquelas que provavelmente seriam inválidas se tivessem sido examinadas mais detidamente pelos examinadores de patentes ou apresentam reivindicações de proteção muito amplas, expandindo seu escopo de proteção para outras invenções que serão ainda gestadas por outras empresas.

A seguir apresentaremos algumas das sugestões do FTC, flexibilizadas para serem aplicadas no Brasil, bem como algumas outras que podem viabilizar uma melhor coexistência entre direito patentário e concorrência, entre direitos exclusivos e inovação e difusão de informações:

I) ampliação da possibilidade de impugnação da validade das patentes por via administrativa: no Brasil, muito mais que nos EUA, o tempo do judiciário é extremamente moroso, gerando-se decisões iníquas e contrárias ao interesse público. Ainda é importante frisar que o judiciário brasileiro não está totalmente habilitado para atuar eficientemente em causas envolvendo DPI, especialmente, patentes. Atualmente, no Brasil, apenas é possível se impugnar a validade de uma patente pela via administrativa (INPI), no período de até seis meses a contar-se da data de concessão da patente. Após este período, o judiciário é a última e única alternativa. Logo, recomenda-se que a possibilidade de oposição seja permanente, bem como que um tribunal administrativo de patentes se substituía ao judiciário nestas causas que tenham sido originariamente lá apresentadas, restringindo as possibilidades de uso de recursos para esvaziar a eficiência do processo.

II) Regras de impugnação de validade de patentes fundamentadas no princípio da “predominância da evidência” em substituição ao princípio da “evidência clara e convincente”: o Instituto Nacional de Propriedade Industrial do Brasil, órgão responsável pelo exame dos pedidos de patentes aqui depositados, encontra-se em gravíssima crise econômica e em termos de recursos humanos, e a consequência disto é a fraqueza das patentes concedidas por este órgão. O regime patentário, por si só, já favorece a concessão de patentes, uma vez que apenas o depositário da patente participa do processo sozinho, os examinadores de patentes do INPI estão sobrecarregados de trabalho e detêm poucos recursos para examinar os pedidos, havendo poucas possibilidades de se fazer uma avaliação adequada do estado da arte e do preenchimento dos critérios de patenteabilidade do pedido de patente depositado. Não há a possibilidade de intervenção de terceiros durante o processo de exame de pedidos de patentes, inibindo a possibilidade de se evitar a concessão de patentes de baixa qualidade. Por estas razões, todo o procedimento é tendencioso em favor do depositário da patente, logo, a regra para invalidar estas patentes deve transferir aos titulares das patentes o ônus de provar que sua invenção preenche os critérios de patenteabilidade, devendo-se substituir a regra da “evidência clara e convincente” das provas apresentadas para impugnar a validade de patentes, pela da “predominância da evidência”, facilitando o procedimento de revogação de “bad patents”.

III) fortalecimento dos standards legais utilizados para se avaliar inventividade: inventividade é o critério que verifica se uma determinada invenção envolve um desenvolvimento técnico significativo que não poderia ser previsto por um técnico



co habilitado naquele setor da técnica, ou seja, verifica-se se a inovação era ou não previsível para um conhecedor da área. Se o estado da arte sugerir a possibilidade de desenvolvimento de certa invenção, logo, esta invenção não será inventiva. Tanto os EUA quanto o Brasil estão abusando de interpretações legais que levam ao *evergreening*³², ou seja, uso de interpretações legais e ficções legais que levam à concessão de patentes óbvias que, por sua vez, conferem poder de mercado injustificado para os titulares destas patentes, coibindo a livre concorrência. O marco regulatório brasileiro é o único no mundo que apresenta um instrumento controverso, porém eficaz de bloqueio na concessão de patentes de baixa qualidade no setor de fármacos: o mecanismo conhecido como Anuência Prévia. Este mecanismo permite que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária examine pedidos de patentes sobre produtos e processos farmacêuticos conjuntamente com o INPI. Em geral, há um conflito claro entre o INPI e a ANVISA: O real conflito decorre da adoção pelos dois órgãos de diretrizes conflitantes para análise dos pedidos de patentes na área farmacêutica. O INPI consubstanciou sua linha de trabalho no documento “Diretrizes para o exame de pedidos de patentes nas áreas de biotecnologia e farmacêutica depositados após 31.12.1994”³³. Já a ANVISA sabidamente adota uma postura mais restritiva que a adotada pelo INPI; um quadro incompleto sobre sua linha de trabalho é formado a partir de declarações, decisões, notas técnicas que paulatinamente vão vindo ao conhecimento público. Logo, o verdadeiro conflito entre os dois órgãos está no nível dos standards de patenteabilidade: enquanto o INPI adota standards mais próximos aos dos países desenvolvidos, a ANVISA adotou, dentro das flexibilidades do TRIPS, standards mais rígidos, permitindo a patenteabilidade apenas de invenções que atinjam esse nível mais elevado de inventividade e novidade. A postura mais interessante da ANVISA é a de evitar a concessão de patentes que tenham caráter *evergreening*. O argumento da ANVISA é que este tipo de patente cria obstáculos para um amplo acesso a

³² Evergreening is a mechanism most commonly associated with pharmaceutical drug manufacturers of “blockbuster” (high volume) drugs. The process involves filing “new use” patent claims over the process, dosage form, or method of administration, rather than the active ingredient itself. When successful, the patent term effectively is extended for either the “new use” or even the “old use”. This extension of the pharmaceutical company’s monopoly delays the generic manufacturer’s entry into the market. (...) Evergreening is seen by some as the single most important strategy used by US drug manufacturers to retain profits from “blockbuster” drugs for as long as possible. http://www.corrs.com.au/corrs/website/web.nsf/Content/Pub_3420588M_InBrief_IP_161204_Generics_See_Evergreening_as_Red

³³ Ver em <http://www.agif.com.br/download/INPI-diretrizes%20para%20exame.doc>.

medicamentos. Este instrumento muito mais do que útil para proteção da saúde pública brasileira, é um instrumento único para proteção do equilíbrio entre patentes e concorrência. A anuência prévia está em risco de não sobreviver por muito tempo, por pressões da indústria farmacêutica internacional. Ao nosso ver, os expertos do direito concorrencial e empresas nacionais deveriam apoiar mais explicitamente a manutenção deste mecanismo, bem como sua expansão para outras áreas, protegendo o mercado de posturas anticoncorrenciais.

IV) necessidade de maiores investimentos no INPI, principalmente em recursos humanos³⁴;

V) necessidade de se esclarecer que o INPI está a serviço do interesse público e não dos depositários de patentes: o INPI deve proteger o interesse público contra a concessão de patentes inválida que podem coibir a livre concorrência, o livre desenvolvimento de novas tecnologias, etc. Apenas para ilustrar esta necessidade, referiremo-nos a um episódio que presenciamos recentemente: durante seminário organizado pela organização Médicos Sem Fronteiras sobre os dez anos do acordo TRIPS, em abril de 2004, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, representantes de alta hierarquia do INPI declararam que o órgão tem a mera função de avaliar pedidos de patentes, sendo um órgão neutro, sem qualquer viés social.

VI) necessidade de estudos de impacto econômico e concorrencial antes de se propor qualquer emenda legislativa para expandir o escopo de proteção da propriedade intelectual. Vale lembrar que o artigo 5, XXIX da Constituição Federal dispõe que a proteção da propriedade industrial tem como balizas o desenvolvimento humano, social e tecnológico do Brasil.

VI) emenda da legislação brasileira de propriedade industrial a fim de se possibilitar a apresentação de *amicus curiae* tanto por terceiros interessados quanto pela Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça em casos privados envolvendo DPI que tenham conseqüências concorrenciais.

VII) necessidade de estabelecimento de um canal de diálogo permanente entre o INPI e a SDE, criando-se a obrigação da SDE de intervir em processos patentários (administrativos e judiciais) que sabidamente envolvam patentes que possam interferir na livre concorrência.

VIII) incorporação na legislação brasileira de PI de todas as flexibilidades oferecidas por TRIPS, dentre elas: ³⁵: a exceção de *early working*³⁶ para genéricos,

³⁴ CRISE FINANCEIRA QUASE LEVA INPI À FALÊNCIA, Valor Econômico, 23 de junho de 2003. Ver ainda: http://www.universia.com.br/html/materia/materia_ecbj.html

³⁵ Para outras opções, ver em World Bank (2002), páginas 141 e 142.

³⁶ A exceção de *early working* se relaciona à situação de um potencial competidor –



limitação da extensão da proteção de dados de testes³⁷, adoção do princípio da exaustão internacional de direitos de propriedade intelectual/importação paralela³⁸, vedação da patenteabilidade de polimorfos³⁹.

normalmente um produtor de genéricos – usar uma invenção protegida, sem o consentimento do detentor da patente, para se praticar atos necessários para a obtenção de aprovação regulatória e registro de um produto genérico, antes da patente expirar. O fito desta exceção é a de não estender, na prática, o período de validade de uma patente, ao favorecer que os produtores de genéricos lancem seus produtos no mercado imediatamente após o fim do monopólio patentário. Musungu, Villanueva e Blasetti, Op.cit., p. 16 e 17.

³⁷ O artigo 39.3 do TRIPS estabelece que “*Os Membros que exijam a apresentação de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos, que utilizem novas entidades químicas, protegerão esses dados contra seu uso comercial desleal. Ademais, os Membros adotarão providências para impedir que esses dados sejam divulgados, exceto quando necessário para proteger o público, ou quando tenham sido adotadas medidas para assegurar que os dados sejam protegidos contra o uso comercial desleal*”. Os Estados tem a discricionariedade de limitar a extensão desse direito de exclusividade, quando tal direito for utilizado em detrimento do consumidor, ou seja, o interesse público se sobrepõe quando o direito de exclusividade sobre os dados for utilizado como um obstáculo legal para a entrada, em tempo razoável, de medicamentos genéricos no mercado. Musungu, Villanueva e Blasetti, ob.cit., p.18.

³⁸ Importação paralela se refere a uma situação onde uma terceira parte, sem o consentimento do detentor local da patente, importa um artigo estrangeiro colocado no mercado exterior de forma legítima pelo detentor da patente ou por seu licenciado, de forma a se criar uma competição local entre estes produtos e aqueles produzidos localmente pelo detentor da patente ou por seu licenciado. Esta prática é baseada no princípio que o detentor da patente foi remunerado quando da primeira venda do produto protegido, e o controle sobre futuras revendas do mesmo produto engessaria o comércio e a concorrência, ou seja, uma vez comercializado o produto, o detentor da patente teria seu direito exaurido. O artigo 6º do acordo TRIPS permite que os Estados-membros da OMC decidam qual regime de exaustão de direitos adotarão. Uma vez que empresas farmacêuticas fixam preços diferenciados para um mesmo produto em países diferentes, a importação paralela possibilita aos consumidores terem acesso ao produto sem afetar o direito do detentor da patente de ser remunerado no país onde a primeira venda é efetivada. Musungu, Villanueva e Blasetti. Ob.cit., p.13-14. Sobre o assunto ver Herman Cohen Jehoram, ‘International exhaustion versus importation right: a murky area of intellectual property law’, *GRUR International* 1996-4, p. 280-284.

³⁹ Polimorfismo é a capacidade que têm um composto de se cristalizarem em diversas formas. Estas formas podem ser consideradas parte do estado da técnica se forem produ-

VIII) apoio da comunidade empresarial brasileira à proposta feita pelo Brasil e Argentina perante a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, em 2004, para estabelecimento da Agenda do Desenvolvimento.

IX) criação pela Secretária de Direito Econômico de guidelines sobre práticas de licenciamento de tecnologia anticoncorrenciais.

5. Conclusões

Proteção da propriedade intelectual é um caminho sem volta, no curto e médio prazo, porém, os seus limites são negociáveis. Todas as críticas feitas ao regime corrente de proteção da propriedade intelectual são feitas por organizações da sociedade civil que, muitas vezes, adotam um tom de ruptura inviável. O regime de propriedade intelectual, conforme discutimos, tem um forte potencial anticoncorrencial devido à natureza da sua expansão durante a última década, porém este desequilíbrio pode e deve ser corrigido. O próprio acordo TRIPS, de forma tímida, reconhece que o DPI pode dar ensejo a práticas anticoncorrenciais e abusos, oferecendo aos membros da OMC a possibilidade de instituição de regras que inibam tais práticas⁴⁰. Entretanto, poder não é dever, e raros são os casos em que os países em desenvolvimento implementaram tão flexibilidade.

O ambiente internacional nunca esteve tão propício à reforma do regime internacional de propriedade intelectual, entretanto, meras manifestações panfletárias de ativistas não terão qualquer efeito para se alcançar um equilíbrio entre DPI e concorrência. Está nas mãos das comunidades empresarial e dos expertos de direito concorrencial trabalharem para influenciarem negociadores e parlamentares na aprovação de reformas que viabilizem maior transferência e difusão tecnológica, concorrência desembaraçada, maior espaço para a livre iniciativa.

Na esfera internacional, o Brasil está no fronte das negociações para equilíbrio do DPI, no interno não. Mas mesmo assim, há espaço para se mudar: a diretora da SDE é especialista em direito antitruste e DPI, sendo sensível a possíveis projetos que gerem uma aproximação entre DPI e concorrência, o Brasil utiliza largamente o mecanismo da anuência prévia, sem ter consciência que está defendendo a livre concorrência. Para nós outros, uma solução para as atuais incongruências da legislação brasileira – que refletem as incongruências internacionais – apenas será construída a partir de uma aproximação entre expertos da

tos que são inevitavelmente obtidos ao se seguir o processo da patente originária sobre o princípio ativo ou se estiverem cobertas pela patente de produto anterior. Correa, Ob.cit., 2000, 53.

⁴⁰ Artigo 8 de TRIPS.



propriedade intelectual e do direito concorrencial – só a partir deste diálogo, intercâmbio e trabalho conjunto será possível o estabelecimento de um regime que gere inovação e difusão de bem-estar social e material em países em desenvolvimento.