

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

HENRIQUE ROMANINI SUBI

**O SEGUNDO MOVIMENTO DE CERCAMENTO: O ACORDO TRIPS NO ABUSO
DO DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL**

São Paulo

2015

HENRIQUE ROMANINI SUBI

O SEGUNDO MOVIMENTO DE CERCAMENTO: O ACORDO TRIPS NO ABUSO
DO DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alessandro Serafin Octaviani Luis

São Paulo

2015

S941s Subi, Henrique Romanini

O segundo movimento de cercamento: o Acordo TRIPS no abuso do direito à propriedade intelectual. / Henrique Romanini Subi. – 2015.

110 f.; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) –
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015.

HENRIQUE ROMANINI SUBI

O SEGUNDO MOVIMENTO DE CERCAMENTO: O ACORDO TRIPS NO ABUSO
DO DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alessandro Serafin Octaviani Luis

Aprovado em ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alessandro Serafin Octaviani Luis

Prof. Dr. Silvio Luiz de Almeida

Prof. Dr. Ricardo Machado Ruiz

Ao meu filho, Leonardo, que trouxe novas razões para tudo.

AGRADECIMENTOS

A realização do sonho de concluir o grau de Mestrado Acadêmico não seria possível sem o concurso de diversas pessoas ao longo desse árduo caminho; algumas delas antes dos primeiros passos, outras que encostaram os ombros durante a caminhada para que ninguém pensasse em desistir.

No primeiro grupo estão aqueles que, não estivessem aqui, não haveria motivos para começar. Aqueles nos quais eu pensava a cada linha escrita, a cada texto estudado ou aula assistida. Sempre li em seções de agradecimento de trabalhos acadêmicos a famosa frase: “obrigado pelas horas tomadas de seu convívio”. Não imaginava, até viver pessoalmente, o quanto essa expressão já consagrada representa a mais pura verdade.

Tatiana e Leonardo, que sem pestanejar me deram asas e, ao mesmo tempo, os mais sólidos e profundos motivos para sempre voar de volta.

Maria Teresa, Alexandre e a pequena Isabel, pelas portas e braços abertos, mesmo cansados, ao me receberem em sua casa.

Nas primeiras passadas, ainda deslumbrado e perdido nas arcadas, tive a calorosa ajuda da Dra. Michele Asato Junqueira, para cumprimento das obrigações acadêmicas diversas, e do Prof. Dr. Felipe Chiarello Pinto, para colocar o projeto de pesquisa nos eixos. Ao Prof. Dr. Alysson Leandro Barbate Mascaro, meu sincero agradecimento por ensinar muito mais que Filosofia.

Minha pesquisa não chegaria ao fim sem as cuidadosas e precisas intervenções de meu orientador, Prof. Dr. Alessandro Serafin Octaviani Luis, cujo conhecimento sobre o tema e a empatia e receptividade com seus alunos engrandecem um ao outro.

Enfim, mas longe de ser o menos importante, também não poderia deixar de agradecer ao Prof. Dr. Silvio Luiz de Almeida e ao Prof. Dr. Ricardo Machado Ruiz pelos apontamentos feitos na fase de qualificação, que iluminaram o caminho para a conclusão do trabalho.

“It would be interesting to discover how far a seriously critical view of the benefits to society of the law of copyright (...) would have a chance of being publicly stated in a society in which the channels of expression are so largely controlled by people who have a vested interest in the existing situation.”

(Friedrich A. Hayek)

RESUMO

Os direitos de propriedade intelectual vêm sendo objeto de ampliação nas últimas décadas, quando passaram a ser reconhecidos sobre coisas e inovações até então imunes à apropriação privada, como organismos vivos, processos de negócios e até o genoma humano. Vivemos, assim, um segundo “movimento de cercamento” da propriedade, capitaneado pela indústria de ponta radicada nos países desenvolvidos e que visa a garantir o maior retorno financeiro possível aos seus investimentos em pesquisa. O alargamento desses direitos gera situações de abuso que, além de desviarem sua finalidade, causam prejuízos a outros princípios caros ao mercado, como a livre concorrência e a livre iniciativa. Os tratados internacionais têm participação importante nessa realidade, sendo o Acordo TRIPS o principal deles e que, a despeito de sua tentativa de evitar tais abusos, acaba por ser demasiadamente aberto em suas cláusulas e indiretamente os autoriza e lhes dá guarida jurídica.

Palavras-chave. Direitos de propriedade intelectual. Abuso. Acordo TRIPS.

ABSTRACT

Intellectual property rights have been object of expansion in recent decades, when they began to be recognized on things and innovations hitherto immune to private appropriation, like living organisms, business methods and even the human genome. We live, as well, a second "enclosure movement" of the property, led by high-tech industry rooted in developed countries and aims to ensure the highest possible financial return on their investments in R&D. The extension of these rights creates situations of abuse that, besides diverting their purpose, cause damage to other principles applicable to the market, such as free competition and free enterprise. International treaties play an important role in this reality, with the TRIPS Agreement as the main one and that, despite his attempt to prevent such abuses, turns out to be too open in their terms and indirectly empower them and give them legal lair.

Palavras-chave. Intellectual property rights. Abuse. TRIPS Agreement.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Evolução da interpretação da relação entre propriedade intelectual e livre concorrência	62
Tabela 2 – Ano da primeira legislação sobre patentes.....	84
Tabela 3 – Períodos de transição do Acordo TRIPS.....	85
Tabela 4 – Países que se anteciparam aos prazos previstos no TRIPS.....	86
Tabela 5 – Acordos <i>TRIPS-Plus</i>	98

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Valor médio das indenizações concedidas por infração a patente.....68

Gráfico 2 – Valor médio comparado das indenizações concedidas por infração a patente para entidades praticantes e não praticantes.....69

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIDS	<i>Acquired Immune Deficiency Syndrome</i>
ARV	Antirretroviral
AZT	Azidotimidina
BIRPI	<i>Bureaux Internationaux Reunis pour la Protection de la Propriete Intellectuelle</i>
DNA	<i>Deoxyribonucleic Acid</i>
FDA	<i>Food and Drug Administration</i>
GATS	<i>General Agreement on Tariffs and Services</i>
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
HIV	<i>Human Immunodeficiency Virus</i>
IP	<i>Intellectual Property</i>
LDC	<i>Less Developed Country</i>
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
OMS	Organização Mundial da Saúde
OPAS	Organização Pan-Americana de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
P&D	Pesquisa e desenvolvimento
TPP	<i>Trans-Pacific Partnership</i>
TRIPS	<i>Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i>
TTIP	<i>Transatlantic Trade and Investment Partnership</i>

UNICEF *United Nations Children's Fund*

UNSTATS *United Nations Statistics Division*

WHO *World Health Organization*

WIPO *World Intellectual Property Organization*

WTO *World Trade Organization*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O CERCAMENTO DAS TERRAS COMUNS	15
1.1 O primeiro movimento de cercamento e o nascimento da noção moderna do direito de propriedade	16
1.2 O segundo movimento de cercamento	20
1.3 A contramedida em face do novo cercamento.....	32
1.4 A função social da propriedade como evolução do direito individual	37
2 USO E ABUSO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL	45
2.1 Abuso do direito de propriedade intelectual.....	45
2.2 Requisitos para concessão de patentes	50
2.3 <i>Evergreening</i>	53
2.4 Influências do <i>evergreening</i> no direito da concorrência.....	59
2.5 <i>Patent trolls</i>	65
3 O ACORDO TRIPS	71
3.1 Propriedade intelectual antes do TRIPS	71
3.2 Da convenção de Paris ao acordo TRIPS	77
3.3 O impacto do TRIPS sobre áreas estratégicas: o caso da saúde pública	88
3.4 TRIPS e abuso do direito à propriedade intelectual.....	94
CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS	104

INTRODUÇÃO

O tema da propriedade intelectual ganha relevância dia após dia na sociedade do conhecimento conforme os ativos intangíveis dos agentes econômicos se tornam mais relevantes e valiosos do que os bens corpóreos. Nas palavras de Rocha:

A propriedade intelectual ganha ainda mais relevo tendo em vista a mudança de paradigmas na própria economia, que deixa de ser uma economia baseada em bens materiais tangíveis e passa a ser uma *new economy*, onde a força motriz é o valor da informação.

A propriedade imaterial se torna não só uma ferramenta de atuação estratégica das empresas, como também a espinha dorsal de atividades das mais diversas, desde a indústria farmacêutica, indústria do entretenimento e, especialmente, indústrias de tecnologia.¹

Esses ramos do conhecimento, a partir dessa mudança de paradigmas, alavancaram sua presença no cenário econômico, passando a exigir uma proteção cada vez maior às inovações por eles promovidas. Com o aumento de seu poder econômico e influência no crescimento dos países desenvolvidos, vêm tais indústrias obtendo sucesso nesse caminho de alargamento dos direitos de propriedade intelectual.

Essa ampliação é quantitativa – abraça um número cada vez maior de obras do intelecto humano, ainda que naturalmente ausentes os requisitos clássicos da patenteabilidade (novidade, atividade inventiva e aplicação industrial) – e qualitativa – a proteção é reconhecida de maneira mais e mais absoluta pelos tribunais nacionais e internacionais. Surge, daí, o questionamento: até que ponto o direito de propriedade intelectual pode ser reconhecido, utilizado e reforçado pelos tribunais sem constituir o abuso de direito? Se tais direitos servem ao desenvolvimento social e tecnológico, seu exagero poderia causar o efeito contrário:

Os direitos autorais ao invés de estimularem as criações artísticas estão a permitir um controle exacerbado dos autores sobre trabalhos e conteúdos que inegavelmente já se incorporam ao *pool* cultural comum. As patentes por sua vez, estão a limitar o acesso e o desenvolvimento de tecnologias que poderiam fazer avançar a fronteira do conhecimento humano. Marcas,

¹ ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Implicações do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência sobre o perfil constitucional da propriedade intelectual. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, pp. 4.277-4.295.

símbolos e significados são retirados do universo cultural comum, apropriados e revendidos com exclusividade à própria sociedade.²

Para tanto, mostrou-se indispensável perscrutar as origens da propriedade nos moldes que conhecemos hoje, tomando por base o referencial teórico de Polanyi, que relata a expropriação das terras comuns na Inglaterra no século XV para entrega a uns poucos senhores como ponto inicial do regime da propriedade privada capitalista. Esse primeiro “movimento de cercamento” trouxe à luz a apropriação do trabalho humano e da terra como mercadorias e implicou a exclusão social dos trabalhadores e sua migração para as recém-formadas cidades com sua nascente indústria, justamente para que pudessem vender sua força de trabalho.³

Os *Enclosure Acts* britânicos serviram de paradigma para a revolução atual do direito de propriedade, agora ligada não mais à terra e sim à inovação intelectual. Vivemos hoje o “segundo movimento de cercamento”, na expressão de Boyle,⁴ cujo objetivo é, mais uma vez, diminuir o espaço do que é público e atribuir direitos de propriedade sobre bens que são, por natureza, acessíveis a todos.

Encontram-se à frente desse movimento os países desenvolvidos e suas indústrias de ponta, que buscam assegurar a máxima obtenção de lucros com as vendas de seus produtos patenteados, em regime equivalente ao monopólio, em todas as regiões do globo, pois utilizam esse fator financeiro (o lucro obtido com a exclusividade na exploração) como justificativa para o alargamento das concessões de patentes e direitos que lhe são conexos.

A pesquisa, contudo, demonstra que esses mesmos países, na verdade, forçam aqueles economicamente menos favorecidos a uma pressão que eles mesmos não atravessaram, pois se recusavam, em estágios similares de desenvolvimento, a reconhecer direitos de propriedade intelectual sobre produtos estrangeiros, organismos vivos ou processos.

Quando estavam em situação de *catching-up*, os PADs [países atualmente desenvolvidos] protegiam a indústria nascente, cooptavam mão de obra especializada e contrabandeavam máquinas dos países mais desenvolvidos, envolviam-se em espionagem industrial e violavam obstinadamente as patentes e marcas. Entretanto, mal ingressaram no

² *Ibid.*, p. 4.287.

³ POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

⁴ BOYLE, James. **The second enclosure movement and the construction of the public domain**. Law and contemporary problems, p. 33-74, 2003.

clube dos mais desenvolvidos, puseram-se a advogar o livre-comércio e a proibir a circulação de trabalhadores qualificados e de tecnologia; também se tornaram grandes protetores das patentes e marcas registradas. Assim, parece que as raposas têm se transformado em guardiãs do galinheiro com perturbadora regularidade.⁵

Os instrumentos à disposição das potências econômicas são, além do ínsito poder econômico que trazem consigo e a força na mesa de negociação que dele decorre, os tratados internacionais, já que representativos da vontade livre de Estados soberanos que, em tese, buscam a satisfação de interesses convergentes.

O mais expressivo deles, o Acordo sobre Aspectos Relacionados ao Comércio dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS), é um marco na regulação jurídica sobre o tema, dado que celebrado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1994, no contexto da Rodada Uruguai. A partir dele, todos os países ligados à OMC tiveram um prazo para se adequar a um padrão de reconhecimento de direitos de propriedade intelectual único – representativo muito mais dos interesses norte-americanos e europeus do que africanos e sul-americanos. Um estudo aprofundado do tratado pretende indicar qual a extensão de sua participação em eventuais abusos no exercício dos direitos de exclusividade conferidos pelas patentes.

O presente trabalho se apresenta, assim, em três capítulos, além desta introdução e da conclusão. No primeiro, apresentamos seu referencial teórico, com reflexões sobre o primeiro e segundo “movimentos de cercamento” e os impactos de suas consequências na construção do cenário econômico. O segundo capítulo dedica-se ao estudo da teoria do abuso de direito e suas manifestações no campo da propriedade intelectual, com ênfase para o *evergreening* e os *patent trolls* e os efeitos que eles causam ao Direito Econômico. O último capítulo, por sua vez, investiga as origens do Acordo TRIPS e as variações de procedimento para sua implementação pelos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, seu impacto em políticas públicas estratégicas, como as ações de saúde pública, e sua participação nos casos de abuso de direito abordados na passagem anterior.

⁵ CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada**: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

1 O CERCAMENTO DAS TERRAS COMUNS

Tornar claro como a propriedade privada foi fincada nos sistemas jurídicos modernos, permitindo a apropriação fictícia e artificial dos meios de produção, é essencial para compreender as razões pelas quais o conhecimento é, nos dias de hoje, objeto do mesmo intento. A ordem jurídica nacional e internacional caminha para a garantia absoluta do direito de propriedade, ainda que às custas do desenvolvimento social e tecnológico dos países.

Este capítulo aborda essas questões, subdividido em quatro tópicos: no primeiro, analisa-se a questão histórica do primeiro movimento de cercamento das terras comuns, que atingiu as glebas rurais da Inglaterra no século XV, e seu legado para o capitalismo, tendo como referencial teórico os estudos de Polanyi;⁶ o segundo tópico explora o conceito do segundo movimento de cercamento cunhado por Boyle⁷ sobre a expansão dos direitos de propriedade relacionados às criações do intelecto humano, suas semelhanças e diferenças em relação ao primeiro movimento; o terceiro subtítulo estuda novos meios de produção baseados na mútua colaboração de diversas pessoas sem que a elas se atribua um direito de exploração econômica exclusiva, perscrutando quais os incentivos envolvidos e os resultados já encontrados no mercado baseados nessas propostas; no quarto tópico, enfim, buscamos compreender como a ordem jurídica vigente acolheu os postulados econômicos liberais e, ao mesmo tempo, procurou limitar uso e fruição da propriedade a critérios socialmente úteis. Ao final, concluímos que Boyle fez uma boa comparação com o cercamento inglês ao usar o mesmo termo para definir a atual política sobre direitos de propriedade intelectual, bem como demonstramos que se trata de uma apropriação igualmente artificial da informação como insumo para a produção de novas tecnologias.

⁶ *Op. cit.*

⁷ *Op. cit.*

1.1 O primeiro movimento de cercamento e o nascimento da noção moderna do direito de propriedade

O reconhecimento de um direito exclusivo de propriedade sobre a terra é um dos sustentáculos da chamada “economia de mercado”, o modelo econômico que se tornou dominante no Ocidente a partir da Revolução Industrial. Mais do que um de seus pilares, tornou-se um axioma inquestionável das interações humanas e passou a ser vendido como verdade universal e atemporal, vista como uma “manifestação interna do indivíduo”, sua natural vocação para proteger e garantir o que é seu. Como exteriorização de vontade subjetiva, constitui instrumento de soberania do indivíduo.⁸ Esse credo liberal, de forma bastante conveniente, ignora a historicidade de suas premissas. Polanyi anota que

a descoberta mais importante nas recentes pesquisas históricas e antropológicas é que a economia do homem, como regra, está submersa em suas relações sociais. Ele não age desta forma para salvaguardar seu interesse individual na posse de bens materiais, ele age assim para salvaguardar sua situação social, suas exigências sociais, seu patrimônio social. Ele valoriza os bens materiais na medida em que eles servem a seus propósitos. Nem o processo de produção, nem o de distribuição está ligado a interesses econômicos específicos relativos à posse de bens. Cada passo desse processo está atrelado a certo número de interesses sociais, e são estes que asseguram a necessidade daquele passo. É natural que esses interesses sejam muito diferentes numa pequena comunidade de caçadores ou pescadores e numa ampla sociedade despótica, mas tanto numa como noutra o sistema econômico será dirigido por motivações não econômicas.⁹

A transposição dessa organização voltada precipuamente para a consecução de interesses sociais, na qual as questões econômicas eram um mero instrumento desse objetivo, para a sociedade atual, onde a economia tornou-se um fim em si mesmo, foi o que Polanyi chamou de “grande transformação”, porquanto significou a destruição do tecido social então vigente e a reorganização das pessoas e dos bens em torno de uma nova integração homem-natureza.¹⁰

É somente nesse cenário que surge a apropriação da terra como bem de valor, fato muito antes jurídico do que econômico.¹¹ O solo, como expressão da

⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139.

⁹ *Op. cit.*, p. 48.

¹⁰ *Ibid.*, *passim*

¹¹ “O instituto jurídico da propriedade em sua construção histórico-cultural é um modo normativo de organização, reconhecimento e proteção da titularidade de pessoas, físicas ou jurídicas, sobre diversos tipos de bens, materiais e intelectuais, que possuem significado econômico derivado de sua utilidade para reserva, uso duradouro, consumo, produção e extração de rendimentos, sendo que o valor na negociação dos direitos decorrentes dessa titularidade pode variar em consequência dos

natureza, nunca fora atribuído exclusivamente a um dono, justamente porque dele se extraía o sustento de todos os habitantes de determinada região. Seu uso, conforme demonstra a história da humanidade, servia a propósitos comuns e não de exclusivo interesse de um só.¹² Contudo, o avanço da doutrina liberal impunha a subserviência de todas as coisas ao sistema de permuta e troca – tudo, nessa esteira, deveria tornar-se mercadoria. “Foi este, precisamente, o ajuste que ocorreu sob o sistema de mercado. O homem, sob o nome de mão de obra, e a natureza, sob o nome de terra, foram colocados à venda”.¹³

Esse movimento tem suas raízes em tempos mais remotos, mais precisamente no século XV, durante o primeiro período Tudor na Inglaterra. Com vistas a ampliar a produção de lã, num impulso que mais tarde daria início à Revolução Industrial, foram editados os primeiros *Enclosure Acts*, ou Atos de Cercamento, que subtraíam parcelas de terras de uso comum do povo para entrega a titulares exclusivos de seu domínio, que literalmente cercavam suas terras para evitar o esbulho possessório por parte daqueles que, subitamente, viram-se sem espaços para arar e transformaram-se em mendigos e ladrões.¹⁴ Marx destaca a natureza fraudulenta da apropriação das terras pelo Estado e definiu os Atos de Cercamento como “roubo das terras do povo”, “decretos pelos quais os senhores fundiários fazem presente a si mesmos da terra do povo”.¹⁵ Os efeitos dessa política sobre a organização social não poderiam ser mais nefastos:

os cercamentos foram chamados, de uma forma adequada, de revolução dos ricos contra os pobres. Os senhores e os nobres estavam perturbando a ordem social, destruindo as leis e os costumes tradicionais, às vezes pela violência, às vezes por pressão e intimidação. Eles literalmente roubavam o pobre na sua parcela de terras comuns, demolindo casas que até então, por

níveis de sua demanda ou oferta, consistindo a propriedade no mais pleno desses direitos”. (VIEIRA, Gabriel Antonio de Abreu. Visão histórica do instituto jurídico da propriedade no mundo ocidental nas dimensões ideológicas do pensamento liberal e da realização da função social. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza, 2010).

¹² Marx explica que, até o início do século XV, a maioria da população rural inglesa consistia de “camponeses livres, economicamente autônomos, qualquer que fosse a etiqueta feudal que ocultasse sua propriedade”. Sua autonomia consistia, além do recebimento de um salário, no recebimento de terras aráveis de cerca de 4 acres além da sua residência; “além disso, junto com os camponeses propriamente ditos, gozavam o usufruto das terras comunais, em que pastava seu gado e que lhes forneciam ao mesmo tempo combustíveis, como lenha, turfa etc.” (MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Vol. 1, tomo 2. 3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, pp. 253-254).

¹³ POLANYI, *op. cit.*, p. 146

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Op. cit.*

força de antigos costumes, os pobres consideravam como suas e de seus herdeiros. O tecido social estava sendo destruído (...).¹⁶

Houve ainda outros prejuízos mais difíceis de quantificar, como a perda de uma forma de viver e de ver a si mesmo na relação com o meio ambiente, e a consequência imediata do lançamento abrupto dessas pessoas como desempregados e mendigos nas cidades, sujeitando-as à exploração de sua mão de obra pela nascente indústria.¹⁷ Ainda assim, o cercamento obteve êxito, perdurou até o século XIX e propiciou uma expansão sem paralelos das possibilidades de produção. Para seus defensores, tais perdas são custos razoáveis quando comparadas com os benefícios trazidos pela nova forma de produção para uma sociedade devastada por guerras e pragas ao longo desses quatro séculos.¹⁸ O sucesso seria a prova daquilo que Hardin enunciou como a “tragédia dos comuns” já no século XX, aprofundando a lição de Aristóteles sobre o tema.¹⁹

Ainda que tratando dos problemas causados pelo crescimento populacional, Hardin se vale exatamente do exemplo das pastagens para fundamentar sua teoria. Nessa comparação, ele recria a figura do uso comum da terra por todos os camponeses, sendo que cada qual tem como interesse primário o aumento de sua produção individual. Dado que os custos do aumento do rebanho são suportados por todos os rurícolas, porém os benefícios são auferidos apenas pelo proprietário daquelas reses, a decisão racional leva todos os pastores a acrescentar animais ao pasto. O resultado seria a superexploração e o exaurimento dos recursos naturais. Segundo o autor,

cada homem está vinculado a um sistema que o compele a aumentar seu rebanho sem limite – em um mundo que é limitado. Ruína é o destino para o qual todo homem se dirige quando cada um persegue seu próprio interesse

¹⁶ POLANYI, *op. cit.*, p. 37

¹⁷ “Assim, o povo do campo, tendo sua base fundiária expropriada à força e dela sendo expulso e transformado em vagabundos, foi enquadrado por leis grotescas e terroristas numa disciplina necessária ao sistema de trabalho assalariado, por meio do açoite, do ferro em brasa e da tortura”. (MARX, *op. cit.*)

¹⁸ BOYLE, *op. cit.*

¹⁹ “Que todas as pessoas chamem sua a mesma coisa no sentido em que o fazem, pode ser algo excelente, mas é impraticável; ou se as palavras são assumidas noutra sentido, tal unidade de forma alguma conduz à harmonia. E há outra objeção a esta proposta. Aquilo que é comum para muitos recebe o mínimo de cuidados. Todos pensam principalmente em si mesmos, dificilmente no interesse comum; e somente quando ele preocupa-se enquanto indivíduo. Além de outras considerações, todos estão mais inclinados a negligenciar o dever que espera que outro cumpra; como nas famílias, muitos serviços são frequentemente menos úteis do que uns poucos.” (ARISTÓTELES. **Politics**. Tradução de Benjamin Jowett. Kitchener: Batoche Books, 1999).

em uma sociedade que acredita na liberdade sobre os bens públicos. Liberdade sobre os bens públicos traz ruína para todos.²⁰

A teoria de Hardin ganhou apoio daqueles favoráveis ao cercamento das terras comuns, servindo como o fundamento acadêmico necessário para embasar suas pretensões econômicas. Não tardou, contudo, para que outras vozes se levantassem para contrapor as conclusões de Hardin.

Ostrom aponta que as premissas utilizadas por Hardin (usuários de recursos naturais comuns são todos maximizadores de ganhos individuais imediatos e não têm propensão para cooperar para superar dilemas que encontrem em sua atividade; é fácil desenvolver um sistema de normas que altere os padrões de incentivo dos participantes de um dado mercado; e qualquer organização depende, para ser tratada como tal, de uma gestão centralizada) cedem frente ao resultado de pesquisas realizadas em laboratório e em campo.²¹ Destaca a autora que

Uma conclusão que por ser firmemente aceita sob a luz de extensas evidências empíricas é, na verdade, que superexploração e destruição dos recursos comuns não é uma consequência fatal e inevitável quando múltiplos usuários enfrentam o “dilema dos comuns”. Acadêmicos começaram a identificar as condições de um recurso, o dos usuários desse recurso, que são mais conducentes a que os usuários locais se auto-organizem para encontrar soluções para os “dilemas dos comuns” (veja Ostrom, 1992, 1998b; Balland & Platteau, 1996).²²

Ostrom também comprova que a presença de um governo central atuando no direito de propriedade e de exploração dos recursos econômicos não leva, necessariamente, a um melhor aproveitamento desses mesmos recursos. Ela cita a situação híbrida criada após a nacionalização das terras e recursos hídricos nas décadas de 1950 e 1960, uma vez que a incapacidade dos governos de fiscalizar a atuação dos agentes econômicos levou-os a enxergarem os insumos como de livre acesso (“*de facto open-access regime*”) dentro de um sistema jurídico de propriedade governamental (“*de jure government-property regime*”). “Os problemas de um típico ‘dilema dos comuns’ foram acentuados porque aos usuários locais foi implicitamente

²⁰ HARDIN, Garrett. **The tragedy of the commons**. Science, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 1968.

²¹ OSTROM, Elinor. Coping with tragedies of the commons. **Annual review of political science**, v. 2, n. 1, pp. 493-535, 1999, p. 493.

²² *Ibid.*, p. 495. (“One conclusion that can firmly be made in light of extensive empirical evidence is, however, that overuse and destruction of common-pool resources is not a determinant and inescapable outcome when multiple users face a commons dilemma. Scholars have begun to identify the conditions of a resource, and of the users of a resource, that are most conducive to local users self-organizing to find solutions to commons dilemmas (see E Ostrom 1992, 1998b; Baland & Platteau 1996).”)

dito que eles não receberiam os benefícios de adotar uma visão de longo prazo no uso dos recursos”^{23,24}.

Mesmo que colocados sob a ótica desenvolvimentista, a proteção da propriedade como um fim em si mesmo não é necessariamente boa, considerando que há várias passagens históricas nas quais foi justamente o desrespeito ao direito de propriedade, fosse ele comum ou individual, que levou a um incremento na produção de riquezas – não só o *enclosure* inglês, como também o reconhecimento do direito de posse no Oeste norte-americano, o favorecimento da indústria de carvão na Pensilvânia, a reforma agrária no Japão, Coreia e Taiwan e a nacionalização de indústrias austríacas e francesas.²⁵ Daí a conclusão de que

O que importa para o desenvolvimento econômico não é, portanto, a mera proteção de todos os direitos de propriedade em vigor, independentemente de sua natureza, e sim qual direito de propriedade está sendo protegido e em que condições. Havendo grupos capazes de utilizar melhor certas propriedades do que seus proprietários, é possível que convenha mais à sociedade não proteger o direito de propriedade vigente e criar outro, novo, que transfira o patrimônio àqueles grupos.²⁶

Ainda assim, a visão de Hardin prosperou. A adoção irrestrita dessa política jurídico-econômica levou os Estados a utilizarem o direito de propriedade como instrumento cada vez mais arraigado e garantidor da exclusão de terceiros sobre diversos aspectos da vida.

1.2 O segundo movimento de cercamento

A crítica à existência e ao alcance de direitos de propriedade intelectual encontra como principal campo de discussão sua importância (ou não) para o desenvolvimento tecnológico, entendido esse como o “processo de mudanças endógenas da vida econômica, que alteram o estado de equilíbrio previamente existente”,²⁷ considerando os benefícios obtidos pelos investimentos privados no

²³ “*The incentives of a typical commons dilemma were accentuated because local users were implicitly told that they would not receive the benefits of adopting a long-term view in their use of the resource.*” (*Ibid.*, p. 495)

²⁴ O fracasso da intervenção governamental foi estudado na Tailândia, Índia e Nepal. Nesse último país, por exemplo, restou comprovado que os rústicos sistemas de irrigação criados e compartilhados pelos próprios agricultores eram muito mais eficazes do que os avançados sistemas operados por agências públicas. Para uma análise econômica desses fatos, v. Ostrom (*Ibid.*, pp. 495 e ss.).

²⁵ CHANG, *op. cit.*, pp. 144-145.

²⁶ *Ibid.*, p. 145.

²⁷ BERCOVICI, *op. cit.*, p. 45.

setor da economia que se convencionou chamar de “Pesquisa e Desenvolvimento – P&D”.

Conforme explicitado com maior acuidade adiante,²⁸ o direito ao desenvolvimento é tido como essencial à sociedade, tendo alcançado o degrau de reconhecimento como direito humano, pois, juntamente com o bem-estar, constituiriam a nova forma de justiça.²⁹ A preocupação com o crescimento do domínio sobre as informações e a sua implicação positiva na economia aproximava até mesmo os blocos polarizados da Guerra Fria, como observou Comparato:

Ora, o que caracteriza a política econômica do Estado contemporâneo, tanto a Leste quanto a Oeste, não só nas sociedades industrializadas como nos países subdesenvolvidos, é o objetivo de expansão. Assegurar as condições de um aumento elevado e constante da renda nacional *per capita* aparece, hoje em dia, acima das querelas ideológicas e políticas, como a tarefa primeira e indeclinável do Poder Público. Nestas condições, a iniciativa, ou melhor, a responsabilidade do Estado na vida econômica deixa de ser a exceção para transformar-se em princípio.³⁰

A tese que sustenta a relevância socioeconômica do desenvolvimento é a possibilidade que dele emerge de atingirmos novos conhecimentos que trarão, cada um na sua área de aplicabilidade, melhores condições de vida para a população,³¹ redução das desigualdades³² e ampliação das redes de comércio no mercado internacional.

²⁸ V. tópico 1.4, *infra*.

²⁹ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 114

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável Direito Econômico**. In: **Ensaio e pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 464.

³¹ “A *dignidade da pessoa humana* assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição.” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 194-195 – itálico no original)

³² Garantir o desenvolvimento nacional é um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso II, da Constituição Federal) e a redução das desigualdades regionais e sociais, um dos princípios da ordem econômica (art. 170, inciso VII, da Lei Maior). Sobre o tema, ensina Bercovici (*op. cit.*, p. 37) que estamos diante de uma “cláusula transformadora”, que “explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. Deste modo, ela impede que a Constituição considere realizado o que ainda está por se realizar, implicando a obrigação do Estado em promover a transformação da estrutura econômico-social. (...) A eficácia jurídica (...) do nosso art. 3º não é incompatível com o fato de que, por seu conteúdo, a realização desses preceitos tenha caráter progressivo e dinâmico e, de certo modo, sempre inacabado. Sua materialização não significa a imediata exigência da prestação estatal concreta, mas uma atitude positiva, constante e diligente do

Inicialmente, sustenta-se que a definição precisa dos direitos que serão cometidos ao desenvolvedor de um novo produto ou da melhora de um produto ou tecnologia existente é essencial para que se criem os incentivos necessários a tal atividade. A afirmação pode ser encontrada já em Vidigal:

O regime jurídico da propriedade e do contrato constitui o núcleo das condições para a atividade econômica.

A empresa se definirá dinamicamente quando qualidades de iniciativa, inovação e organização, amparadas em disposição de aceitar o risco e a responsabilidade, se defrontarem com regime jurídico adequado.³³

Em Romeiro e Santos:

Em países desenvolvidos, a indústria relacionada com a Propriedade Intelectual, caracterizada hoje como bem de alto valor agregado, vem crescendo continuamente em ritmo mais acelerado do que qualquer outro segmento da economia. É um reflexo do novo ciclo de evolução das indústrias embasada no dinamismo tecnológico que tem, como matéria-prima para os meios de produção, o conhecimento, elemento dependente da criatividade. Torna-se necessário compreender que os bens imateriais que os direitos da Propriedade Intelectual protegem, assumirão cada vez mais um grau de importância estratégica e vital para a sobrevivência das indústrias no plano nacional e internacional.³⁴

Em Cerqueira, após discorrer longamente sobre as tertúlias doutrinárias referentes ao tema:

Concluindo, temos que o direito do autor é um direito natural de propriedade e que o trabalho constitui a via de acesso a essa propriedade, o título legítimo de sua aquisição, e não o seu fundamento. O Estado deve, pois, reconhecer e proteger o direito de autor, como uma exigência do direito natural, bem como regular a sua aquisição e exercício, de acordo com essa exigência e com as do bem comum.^{35,36}

Estado". A presença de preceptivos desse jaez faz de nossa Carta Política uma constituição dirigente, no sentido de que "não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social". (BERCOVICI, *op. cit.*, p.

35)

³³ *Op. cit.*, p. 88.

³⁴ ROMEIRO, Viviane; SANTOS, Nivaldo. Direito internacional da proteção da propriedade intelectual: questão do desenvolvimento. In: **Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. A3.

³⁵ CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**, v. 1, parte 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 98.

³⁶ Para Lemos, cabe ao Estado intervir nessa matéria com vistas a: "a) verificar o curso das condições de que dependem o reconhecimento e a proteção dos direitos; b) dar publicidade aos atos relativos à concessão dos privilégios e garantias industriais, à sua extinção, às mutações da propriedade etc., para conhecimento de terceiros, formalidade que é indispensável à segurança das relações jurídicas; c) zelar pelos interesses de ordem pública e pelos da coletividade ligados à propriedade industrial." (LEMONS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 99).

Albuquerque destaca ainda suas vantagens em relação a outros meios de proteção:

As patentes constituem uma importante fonte pública de informação tecnológica. Comparando-a com um segredo industrial, seu proprietário tem mais garantia de que não será diretamente copiado. Porém, quando registra o pedido da patente e torna pública a nova informação, o inovador permite a seus concorrentes a compreensão da inovação: muitas vezes os concorrentes estão trabalhando no mesmo tópico, tendo acumulado razoável conhecimento. De posse dessa nova informação agora pública, podem os concorrentes realizar pequenos melhoramentos e adotar a política do *inventing around* (podem ainda obter conhecimento suficiente para realizar uma invenção de segunda geração).³⁷

E também Boyle reconhece que “direitos de propriedade intelectual são males necessários que devem ser cuidadosamente circunscritos pela legislação”,³⁸ vez que não seria exagero afirmar que eles são desenhados para moldar nosso mercado de informações.³⁹ Para evitar que tenham o efeito contrário indesejado de coibir ao invés de estimular a inovação, Boyle conclui que os direitos de propriedade intelectual devem observar cinco características básicas:

Primeiro, as coisas que protegemos com direitos de propriedade intelectual têm certas diferenças vitais em relação às coisas que protegemos com direitos de propriedade tangíveis. Parcialmente por conta dessas diferenças, Jefferson, como a maioria de seus sucessores nos Estados Unidos, não vê a propriedade intelectual como a exigência de um direito natural baseado no trabalho empreendido. Ao contrário, ele é um monopólio temporário criado pelo Estado para encorajar mais inovações.

Segundo, não há direito líquido e certo ao direito de propriedade intelectual. Tais direitos podem ou não ser concedidos sob critérios de “oportunidade e conveniência” sociais sem “petições ou reclamações de qualquer um”.

Terceiro, direitos de propriedade intelectual não são e não devem ser permanentes; de fato, eles devem ser estritamente limitados no tempo e não devem perdurar um dia a mais do que o necessário para encorajar a inovação em primeiro lugar.

Quarto, como consequência, eles têm um considerável risco monopolístico – eles podem muito bem produzir mais “embarços do que vantagens”. De fato, dado que direitos de propriedade intelectual restringem a benéfica tendência das “ideias (...) livremente espalharem-se de uma pessoa para outra através do globo, para a moral e mútua instrução da humanidade”, eles podem, em alguns casos, na verdade desestimular em vez de encorajar a inovação.

Quinto, decidir ter um sistema de propriedade intelectual é só a primeira decisão de uma longa série. Ainda que se acredite que a propriedade intelectual é uma boa ideia, no que eu firmemente acredito, ainda restarão os árduos trabalhos de dizer que tipos de inovação ou informação “justificam para o público o embarço” de um direito exclusivo e de

³⁷ ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e. Patentes segundo a abordagem neo-schumpeteriana: uma discussão introdutória. **Revista de Economia Política**, vol. 18, n. 4 (72), outubro-dezembro de 1998.

³⁸ BOYLE, James. **The public domain: enclosing the commons of the mind**. New Haven: Yale University Press, 2008, pp. 21-22.

³⁹ *Ibid.*, p. 7

desenhar os limites desse direito. Essa tarefa de desenhar as linhas limítrofes se mostra bastante difícil.⁴⁰

Reichman, por seu turno, lembra que a proteção aos direitos de propriedade intelectual não está necessariamente ligada ao desenvolvimento econômico do país, variando essa conexão ao longo do tempo de país para país e de região para região:

De forma similar, Japão, Índia, China, Coreia, Malásia e Brasil conseguiram todos alcançar níveis relativamente altos de crescimento econômico sem direitos de propriedade intelectual fortes. O surpreendente sucesso da indústria farmacêutica indiana que começou nos anos de 1970 foi alcançado por meio de uma política estatal que proibia o patenteamento de produtos medicinais. Esse fenômeno nos lembra que os direitos de propriedade intelectual não são mais do que um componente do crescimento econômico geral; que diferentes Estados estão sujeitos a diferentes fatores; e que em muitos países, especialmente aqueles em estágio inicial de desenvolvimento, é mais provável que uma política de agricultura em boas condições ou uma sadia política industrial pró-competitividade com o auxílio da estrutura legal e política estimulem o crescimento econômico do que direitos de propriedade intelectual.⁴¹

Até esse ponto, contudo, a discussão ainda se engendrava no antigo embate contra a construção capitalista pelos estudiosos de viés socialista, como Mascaro,⁴² e pretendia ser sepultada com a previsão constitucional expressa da propriedade

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 21-22. (“First, the stuff we cover with intellectual property rights has certain vital differences from the stuff we cover with tangible property rights. Partly because of those differences, Jefferson, like most of his successors in the United States, does not see intellectual property as a claim of natural right based on expended labor. Instead it is a temporary state-created monopoly given to encourage further innovation.

Second, there is no ‘entitlement’ to have an intellectual property right. Such rights may or may not be given as a matter of social ‘will and convenience’ without ‘claim or complaint from any body.’

Third, intellectual property rights are not and should not be permanent; in fact they should be tightly limited in time and should not last a day longer than necessary to encourage the innovation in the first place.

Fourth, a linked point, they have considerable monopolistic dangers — they may well produce more ‘embarrassment than advantage.’ In fact, since intellectual property rights potentially restrain the benevolent tendency of “ideas . . . [to] freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man,” they may in some cases actually hinder rather than encourage innovation.

Fifth, deciding whether to have an intellectual property system is only the first choice in a long series. Even if one believes that intellectual property is a good idea, which I firmly do, one will still have the hard job of saying which types of innovation or information are ‘worth to the public the embarrassment’ of an exclusive right, and of drawing the limits of that right. This line-drawing task turns out to be very difficult.”)

⁴¹ REICHMAN, Jerome. Intellectual property in the twenty-first century: will the developing countries lead or follow?. *Houston law review/University of Houston*, v. 46, n. 4, p. 1115, 2009. (“Similarly, Japan, India, China, Korea, Malaysia, and Brazil all managed to attain relatively high levels of economic growth without strong intellectual property rights. The astounding success of the Indian pharmaceutical industry that began in the 1970s was achieved by means of a state policy that largely prohibited the patenting of medicinal products as such. This phenomenon reminds us that intellectual property rights are but one component of overall economic growth; that different states have different factor endowments; and that in many countries, especially those at an early stage of development, a sound agricultural policy or a sound pro-competitive industrial policy with a supportive political and legal infrastructure are more likely to stimulate economic growth than intellectual property laws.”)

⁴² MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

intelectual como um direito individual.⁴³ Entretanto, quando a comunidade internacional, através de acordos e tratados, ou mesmo um determinado Estado, por meio de sua legislação, entrega o direito de exploração econômica exclusiva de uma parte do genoma humano a um único indivíduo ou organização, é certo que estamos caminhando para a extensão máxima da apropriação com fins lucrativos⁴⁴ e confirmando a afirmação de Boyle de que os direitos de propriedade intelectual foram esticados para proteger mais objetos, aprofundados para protegê-los por um tempo maior, alargados para protegê-los de mais maneiras,^{45,46} e de Ascensão, de que vivemos o paradoxo da sociedade da informação: nunca houve tanta informação disponível e ao mesmo tempo a liberdade de informação nunca foi tão ameaçada.⁴⁷

Para Menegatti,

uma das causas do aumento do número de patentes reside na atual tendência de “alargamento do conjunto de realidades que podem ser protegidas por direitos de propriedade intelectual”. Por um lado, o TRIPS obrigou seus signatários a um rol mínimo de matérias patenteáveis – incluindo produtos farmacêuticos, que não eram protegidos em muitos países, inclusive no Brasil. Por outro, brotam modelos híbridos e proteções *sui generis*, como aquelas relativas a cultivares e a circuitos integrados. Além disso, em alguns ordenamentos, passam a ser aceitas patentes em

⁴³ Que, assim como o direito de propriedade em geral (v. nota 121), foi previsto em todas as Constituições brasileiras: art. 179, inciso XXIV, da Constituição de 1824; art. 72, § 25, da Constituição de 1891; art. 113, item 18, da Constituição de 1934; art. 16, inciso XXI, da Constituição de 1937 (a única que não o elencou expressamente como direito individual, mas entregava à União, no preceptivo mencionado, a competência para legislar privativamente sobre os “privilégios de invento”); art. 141, § 17, da Constituição de 1946; art. 150, § 24, da Constituição de 1967; e art. 150, § 24, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

⁴⁴ “Embora inadmitido no Brasil, não constitui uma questão meramente teórica, pois existe uma tendência nos países industrializados em admitir o patenteamento de material genético humano. Entre 1981 e 1995 foram concedidas 1.175 patentes para sequências de DNA humano em todo o mundo e pretende-se patentear todos os genes do genótipo humano, cerca de cem mil, até 2003. O laboratório Kidd Lab, da Universidade de Yale (EUA), patenteou os códigos genéticos de 15 povos, dentre os quais de índios Karitiana e Suruí, de Rondônia, e obteve plenos direitos para a sua comercialização” (CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Patentes de produtos de origem biológica**. 2001).

⁴⁵ BOYLE, James. Cruel, mean, or lavish? Economic analysis, price discrimination and digital intellectual property. **Vanderbilt Law Review**, v. 536, 2007, pp. 2007-2039, p. 2010 (“*Intellectual property rights have been broadened to cover more subjects, deepened to cover them for a longer time, widened to cover them in more ways*”).

⁴⁶ A OCDE, ao analisar as mudanças nos regimes de patentes dos Estados Unidos, União Europeia e Japão nos últimos 20 (vinte) anos, destaca: aumento da cobertura da propriedade intelectual; as patentes passaram a conferir uma produção mais ampla, alcançando aplicações não previstas no tempo da concessão; desburocratização e barateamento dos sistemas de registro de patentes, principalmente no nível internacional; os direitos dos detentores de patentes passaram a ser mais frequentemente e mais fortemente reconhecidos nos tribunais; e aumentaram as restrições para o uso excepcional relacionado à pesquisa (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Patents and innovation: trends and policy challenges**. 2004, p. 18)

⁴⁷ ASCENSÃO, José Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. **Revista Esmafe: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 3, mar. 2002.

matérias nas quais os tradicionais requisitos de patenteabilidade dificilmente podem ser cumpridos satisfatoriamente.^{48,49}

Perscrutando o atual cenário dos sistemas patentários e de proteção aos direitos de autor, Boyle constatou que a informação e o conhecimento, de forma excessivamente ampla, vêm sendo objeto de apropriação exclusiva de alguns amparados pela ordem jurídica vigente.^{50,51,52} Descreveu, a partir de seus estudos, aquilo que chamou de “*second enclosure movement*”, o “segundo movimento de cercamento”. Em suas palavras:

Estamos no meio de um segundo movimento de cercamento. Soa grandiloquente chamá-lo de “o cercamento das intangíveis propriedades comuns da mente humana”, mas em um sentido muito real é exatamente isso. Deveras, os novos direitos de propriedade intelectual criados pelo Estado podem ser “intelectuais” ao invés de “reais”, mas uma vez mais coisas que sempre se pensaram como propriedade comum ou impossíveis de serem transformadas em mercadorias estão sendo cobertas por novos, ou recentemente estendidos, direitos de propriedade.⁵³

A natureza artificial da propriedade dos frutos do intelecto e criatividade humanas, que sustenta a teoria do segundo movimento de cercamento de Boyle,⁵⁴ é

⁴⁸ MENEGATTI, André Luís. **Pools de patentes**: entre uma possível solução à tragédia dos anticomuns e ameaças à concorrência. Revista de Defesa da Concorrência, v. 1, n. 1, p. p. 16-51, 2013.

⁴⁹ Destacam-se, além da já mencionada proteção a sequências específicas do genoma humano, as patentes de métodos de negócios (ou *business methods patents*), que protegem uma determinada forma de realizar uma transação econômica – como a obtida pela Amazon.com naquilo que chamou de “compra com um clique” – e as patentes *upstream*, que, como o nome sugere, têm por objeto não a invenção em si (o medicamento, por exemplo), mas uma determinada molécula química essencial para o desenvolvimento de outros fármacos. Para maiores detalhes, v. Menegatti (*ibid.*).

⁵⁰ *Op. cit.*, 2003.

⁵¹ “A expansão do âmbito dos direitos intelectuais é acompanhada por um reforço constante dos poderes assegurados aos titulares. Um dos aspectos mais salientes está na incessante redução dos limites dos direitos intelectuais. Isto é preocupante, porque através dos limites se dá entrada nestes domínios a objectivos de ordem geral, nomeadamente aos que traduzem interesses comuns. Quando não são abolidos, os limites são frequentemente transformados em direitos de remuneração: a utilização não está dependente de autorização, mas o beneficiário fica em contrapartida vinculado a remunerar o titular pela utilização que fizer. Assim acontece em larga medida por força da recente directriz da Comunidade Europeia sobre os direitos de autor e conexos na sociedade da informação. Em qualquer caso, o que era livre deixa de o ser: é mais um domínio que passa a ser apropriado.” (ASCENSÃO, *op. cit.*)

⁵² “Boyle aponta áreas em que os direitos de propriedade intelectual estão surgindo, tornando-se mais detalhados e sendo objeto de política de adjudicação mais intensa: métodos de realização de negócios, dados científicos, o mundo digital, arte, cultura, cópias de material didático em escolas e o genoma humano. Poderiam ser citadas para se juntar ao quadro as iniciativas referentes às sementes e a produtos de saúde. As estratégias de reescrever o ordenamento da propriedade intelectual passam pela Organização Mundial do Comércio – OMC através do acordo TRIPs, pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI e pelas legislações nacionais”. (LUIS, Alessandro Serafini. **Recursos genéticos e desenvolvimento**: os desafios furtadiano e gramsciano. 2008. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 26).

⁵³ BOYLE, 2003, *op. cit.*

⁵⁴ *Ibid.*

facilmente verificada a partir das características dos objetos que se pretende cometer a um único dono. A informação, matéria-prima da propriedade intelectual, não se coaduna com os fundamentos da propriedade clássica, porque é indivisível, podendo trazer retornos crescentes; e é intangível, de forma que seu uso por uma pessoa não impede que outra a aplique simultaneamente.⁵⁵ Tais aspectos, usualmente denominados “não exclusividade” e “não rivalidade”, respectivamente, são peculiaridades atribuídas aos bens públicos.⁵⁶

Vem daí o resgate da “tragédia dos comuns”⁵⁷ antes mencionado. Uma das justificativas da criação e expansão dos direitos de propriedade intelectual é a suposta ineficiência alocativa dos recursos comuns, porquanto seu uso indiscriminado e a figura do “carona” (*free-rider*) os levariam à exaustão. O ponto crucial, do qual a doutrina clássica liberal se esquiva, é que a informação, ainda que utilizada diversas vezes, não se exaure;⁵⁸ “a ameaça de superutilização de campos e pescados geralmente não é um problema com a informação e os bens comuns da inovação”.⁵⁹ Ela, a informação, sempre está disponível para uma nova abordagem, uma nova aplicação ou evolução em relação ao estado da técnica – criando um movimento perpétuo de inovação a partir das conclusões obtidas no estágio anterior. De forma inversa, portanto, o excesso de controle sobre a propriedade intelectual geraria a elevação desmedida dos custos de transação e, na verdade, criaria

⁵⁵ LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. **A análise econômica da propriedade intelectual**. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

⁵⁶ MORAES NETO, Benedito Rodrigues de. **O conhecimento como propriedade capitalista: observações sobre o "second enclosure movement"**. In: **Anais do XXXVI Encontro Nacional de Economia**. ANPEC-Associação Nacional dos Centros de Pós-graduação em Economia, 2008; OSTROM, *op. cit.*

⁵⁷ “Common” é palavra inglesa de difícil tradução, porque encerra uma série de significados. Optamos pelo seu cognato direto, “comum”, para representar “o recurso natural ou criado pelo homem do qual é difícil excluir ou limitar usuários uma vez que o recurso é colocado à disposição e o consumo de parte do recurso por uma pessoa torna essas unidades indisponíveis para os outros”. (OSTROM, *op. cit.*)

⁵⁸ “If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possess the less, because every other possess the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property.” (JEFFERSON apud BOYLE, 2008, *op. cit.*, p. 20)

⁵⁹ BOYLE, 2003, *op. cit.*

obstáculos para o desenvolvimento tecnológico. Essa contraparte ficou conhecida como “tragédia dos anticomuns” – “quando vários donos têm direitos de exclusão sobre terceiros relativamente a um recurso escasso e nenhum desses donos exerce um efetivo privilégio de uso sobre o recurso”.⁶⁰ Lemos constatou, por sua vez, que o direito de propriedade intelectual, apesar de pretender o avanço da tecnologia e o retorno de capital para o autor ou inventor, acaba por criar monopólios privados e ineficiências econômicas que vão além da compreensão jurídica sobre o tema.⁶¹

O fundamento para o novo cercamento é a noção neoliberal aprovada no Consenso de Washington,⁶² que trouxe, como uma de suas 10 (dez) diretrizes aprovadas, a garantia da propriedade privada como requisito indispensável para o desenvolvimento dos países latino-americanos.⁶³ Desde então, espalhou-se a ideia de que somente com os mecanismos de proteção da propriedade intelectual é que se obteria qualquer inovação.⁶⁴ Boyle resume o argumento:

A dificuldade chega por causa da ideia de que os produtos da informação não são apenas não rivais (os usos não interferem uns nos outros), assume-se que eles também são não excludentes (é impossível, ou no mínimo difícil, impedir que uma unidade do produto satisfaça um infinito número de usuários a custo marginal zero). Piratas irão copiar a música, a ratoeira, a fórmula do medicamento. O resto do argumento é bem conhecido. Na falta de poder para excluir, os criadores estarão inaptos a cobrar por suas criações; não haverá incentivos adequados para criar.

⁶⁰ FILIPE, José António; COELHO, Manuel; FERREIRA, Manuel Alberto Martins. **A Tragédia dos Anti-Comuns: um novo problema na gestão da pesca?**. ISEG. UTL. Seminário do Departamento de Economia (Nº15/2005/2006). Working paper, 2006.

⁶¹ *Op. cit.*, pp. 65-66.

⁶² A expressão foi cunhada por Williamson para referir-se ao conjunto de políticas e estratégias de desenvolvimento defendidas no final da década de oitenta, as quais foram objeto de deliberação em reunião de representantes do governo norte-americano, Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BUSTELO, Pablo. **Desarrollo económico: del Consenso al Post-Consenso de Washington y más allá**. Estudios en homenaje al profesor Francisco Bustelo, 2003).

⁶³ “Hoje, estão na ofensiva os que acreditam que todos os países devem adotar um conjunto de ‘instituições boas’ (coisa que, infelizmente, quase sempre significa copiar as norte-americanas), outorgando-se aos países pobres um prazo mínimo de transição (cinco-dez anos): os melhores exemplos são os diversos acordos da OMC. (...) Exatamente quais instituições hão de entrar no ‘pacote da boa governança’ é coisa que varia de uma recomendação para outra, mesmo porque ainda não se conseguiu entender a relação entre determinadas instituições e o desenvolvimento econômico. Em todo caso, esse pacote de ‘instituições boas’ geralmente inclui a democracia, uma burocracia e um Judiciário limpos e eficientes; a forte proteção ao direito de propriedade (privada), inclusive de propriedade intelectual; (...)”. (CHANG, *op. cit.*, p. 124)

⁶⁴ “*Intellectual property rights, though costly in social terms, stimulate the production of needed inventions and cultural goods that might remain underprotected in a purely free-market system.*” (REICHMAN, Jerome. Legal hybrids between the patent and copyright paradigms. **Columbia Law Review**, v. 94, n. 8 (Dec, 1994), pp. 2432-2558).

Então, a lei precisa dar um passo e criar um monopólio limitado chamado direito de propriedade intelectual.⁶⁵

Em trabalhos posteriores, Boyle reconhece as vantagens e até mesmo a necessidade dos sistemas de proteção à propriedade intelectual, porém ressalta que a meta é usá-lo somente para atingir o mínimo de proteção necessária para incentivar a inovação;⁶⁶ qualquer excesso consiste em peso morto.^{67,68} Para ele,

direitos de propriedade intelectual, e a motivação do lucro mais genericamente, possuem um vital e benéfico papel na transposição das inovações dos balcões dos laboratórios para a cabeceira da cama, das simulações em computadores para o verdadeiro voo. A pergunta não é se direitos de propriedade intelectual são úteis como parte do desenvolvimento científico e tecnológico. A pergunta é que tipo de direitos eles devem ser, onde no processo de pesquisa esses direitos devem incidir da melhor forma, como eles devem coexistir com as pesquisas científicas e tecnológicas básicas financiadas pelo Estado, quão amplos eles devem ser, como eles devem lidar com novas tecnologias, quanto tempo eles devem durar, como eles devem tratar as inovações decorrentes de outras.⁶⁹

Não obstante, essa definição se mostra bastante complexa na prática e, na dúvida, pende-se a balança para a maior proteção ao invés de se proteger a liberdade de trânsito do conhecimento;⁷⁰ “o cidadão comum defronta-se crescentemente com o arame farpado. Há cada dia mais zonas cuja entrada está proibida ou reservada. Com isso, o diálogo social perde fluidez”.⁷¹ Quanto mais complexos os meandros do sistema patentário, maiores as distorções legislativas e

⁶⁵ *Op. cit.*, 2003.

⁶⁶ *Op. cit.*, 2008, pp. 62-63.

⁶⁷ “If it remains true that a country cannot play in the knowledge economy without suitable intellectual property rights (IPRs), experience in many OECD countries is demonstrating that badly configured, unbalanced, over-protectionist IP regimes gradually stifle innovation by making inputs to future innovation too costly and too cumbersome to sustain over time.” (REICHMAN, 2009, *op. cit.*)

⁶⁸ “Different bundles of property rights, whether they are *de facto* or *de jure*, affect the incentives individuals face, the types of actions they take, and the outcomes they achieve. An important difference often discussed in economics is that between owners, who hold a complete set of rights, and all other users who do not hold complete rights. (...) Ownership, however, does not guarantee the survival of a resource. If owners use a relatively high discount rate, they may still destroy a resource (Clark, 1973, 1974) or engage in activities leading to substantial ‘overexploitation, resource abuse, and overcapitalization’ (van Ginkel, 1989, 102; see also Larson and Bromley, 1990)”. (SCHLAGER, Edella; OSTROM, Elinor. Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis. **Land Economics**, v. 68, n. 3, 1992, pp. 249-262).

⁶⁹ “Intellectual property rights, and the profit motive more generally, have a vital and beneficial role in moving innovations from lab bench to bedside, from computer simulation to actual flight. The question is not whether intellectual property rights are useful as part of scientific and technological development. The question is what type of rights they should be, where in the research process those rights are best deployed, how they should coexist with state funded basic scientific and technological research, how broad they should be, how they should deal with new technologies, how long they should last, how they should treat follow-on innovations.” (BOYLE, 2008, *op. cit.*, pp. 160-161)

⁷⁰ “Patente é a codificação de uma inovação. Uma inovação é um conjunto de novas informações. Onde a matéria-prima básica de uma patente é a informação” (ALBUQUERQUE, *op. cit.*).

⁷¹ ASCENSÃO, *op. cit.*

de mercado⁷² e mais rapidamente erodem as paredes que protegem o domínio público.⁷³

Na esteira do que foi dito até aqui, entendem as organizações internacionais capitalistas que, quanto menores forem os custos de cópia e difusão dos produtos intelectuais, maior deve ser a proteção conferida a tais bens,⁷⁴ considerando que o capitalismo é “um sistema dinâmico em que a introdução de inovações é uma característica central”.⁷⁵ Caso contrário, seguindo a velha máxima econômica de que “o homem reage a incentivos”, ninguém se sentiria motivado a investir no desenvolvimento de novas tecnologias, dada a ausência de retorno financeiro.

A partir desse raciocínio, a Microsoft, por exemplo, trabalha no desenvolvimento de um novo modelo de integração entre *hardware* e *software* que permitirá, dentre outros tantos usos, o estabelecimento de chaves de segurança seguras o suficiente para garantir que o usuário tenha acesso ao conteúdo do arquivo somente na extensão autorizada pelo titular dos direitos de propriedade intelectual.⁷⁶ Esse nível de proteção, que Lemos chama de “mecanismo arquitetônico de regulação”, representa a máxima potência do direito de propriedade sobre a informação, porque possui “uma característica de autoexecutoriedade e inflexibilidade que nenhuma das outras formas de regulação possui”.⁷⁷

No mesmo sentido, mas em outro campo, a União Europeia, em decisão polêmica, editou a Diretiva nº 96/9/EC, que confere uma espécie *sui generis* de propriedade intelectual para bancos de dados cujo criador demonstre “ter havido substancial investimento, qualitativo e/ou quantitativo”.⁷⁸ Em outras palavras, o segundo movimento de cercamento atinge agora também fatos que foram

⁷² BOYLE, 2008, *op. cit.*, p. 65

⁷³ *Ibid.*, p. 171

⁷⁴ “O argumento, que é apregoado infinitamente pelas indústrias de conteúdo – e não sem razão – pode ser reduzido a: a força dos direitos de propriedade intelectual precisa variar inversamente aos custos de cópia. (...) Conforme os custos de cópia se aproximam do zero, direitos de propriedade intelectual devem atingir o controle total. Precisamos fortalecer os direitos, protelar o termo dos direitos, aumentar as penalidades e transformar a cópia ilícita para uso não comercial em crime.” (*Ibid.*, pp. 60-61)

⁷⁵ ALBUQUERQUE, *op. cit.*

⁷⁶ O projeto, antes conhecido como Palladium, foi renomeado para Next-Generation Secure Computing Base (NGSCB). Oficialmente, a Microsoft destaca que o sistema, em si, não é hábil a bloquear acesso sem ordens do usuário. Reconhece, por outro lado, que os distribuidores podem inserir chaves de acesso que interajam autonomamente com o sistema. Para maiores detalhes, cf. <<http://technet.microsoft.com/en-us/library/cc723472.aspx>>.

⁷⁷ LEMOS, *op. cit.*, p. 27

⁷⁸ Art. 7 da mencionada Diretiva.

simplesmente catalogados, em patente ameaça ao desenvolvimento tecnológico por força do aumento excessivo e generalizado dos custos de acesso à informação, restrições às empresas de tecnologia dependentes de informação acessível e barata e danos à comunidade científica e a pesquisadores em geral.^{79,80}

No Brasil, uma tentativa similar ocorreu por parte da Imprensa Nacional, que pretendeu vedar o uso comercial do conteúdo disponível em sua base de dados.⁸¹ Ocorre que tal compilação é constituída de textos normativos e decisões judiciais, espécies que estão expressamente excluídas da proteção do direito autoral.⁸² A sanha restritiva do novo cercamento é tamanha que pretende alcançar instituições sobre as quais não há direito exclusivo de apropriação por força de lei. Felizmente, a tentativa não durou mais do que 12 dias – a Portaria nº 209, de 10 de setembro de 2003, revogou a malfadada Portaria nº 188.⁸³

Há, por fim, o emblemático exemplo das patentes concedidas sobre sequências do DNA humano.⁸⁴ Contestadas sob diversos aspectos, desde sua natureza de “invenção” até a ausência de aplicação industrial, a proteção patentária do código genético atenta frontalmente contra o art. 4º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos:⁸⁵ “o genoma humano em seu estado natural não deve ser objeto de transações financeiras”,⁸⁶ afinal, “de nada vale que seja publicado e difundido o mapa do genoma, se a posterior utilização pela

⁷⁹ LEMOS, *op. cit.*, pp. 141-142

⁸⁰ “Todos concordam que seria inadmissível que, tendo alguém organizado uma base de dados, os concorrentes a fossem comercializar livremente – em muito melhores condições de preço até, por não terem que amortizar nenhum investimento. Mas para evitar isso basta a *concorrência desleal*, porque o acto seria tipicamente parasitário. Não é necessário criar um direito exclusivo para este efeito.” (ASCENSÃO, *op. cit.* – itálico no original)

⁸¹ IMPRENSA NACIONAL. **Portaria nº 188, de 29 de agosto de 2003.**

⁸² “Art. 8º. Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: (...) IV – os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; (...)” (BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências).

⁸³ LEMOS, *op. cit.*

⁸⁴ “Assim, a informação sobre o funcionamento da vida é buscada agora para, como insumo produtivo, gerar produtos que poderão trazer lucros adiante. Essa construção (tratar o mecanismo da vida como informação que integrará um processo produtivo e, portanto, a partir dessa opção, atribuir-lhe um valor), só é possível agregando-se no esquema a instituição jurídica da propriedade intelectual (momento no qual o Estado sanciona a operação, dizendo ser eficaz uma teoria biológica com forte conteúdo de determinismo genético – e que, a todo tempo, quer invisibilizar a biologia desenvolvimental e outros enfoques a ela críticos – e impulsionando a atribuição e valor que antes não teria”. (LUIS, *op. cit.*, p. 113)

⁸⁵ Adotada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 29ª Sessão.

⁸⁶ UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION– UNESCO. **Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos.** 1997.

comunidade científica da informação gerada pode ser influenciada ao outorgarem-se direitos de propriedade intelectual sobre genes ou sequências de genes”.⁸⁷ Ainda assim, diversos países vêm concedendo a proteção a essa nova forma de propriedade intelectual, mesmo que não se conheça ainda as exatas funções de uma determinada sequência genética.^{88,89}

1.3 A contramedida em face do novo cercamento

Mesmo com todo o movimento internacional no sentido de enrijecer e ampliar o alcance dos direitos de propriedade intelectual, cujos mecanismos jurídicos estudaremos no terceiro capítulo, a realidade científico-tecnológica, em algumas partes, caminha em outra direção.

Nesse sentido, encontramos, por exemplo, os diversos movimentos de desenvolvimento de *softwares* livres,⁹⁰ que demonstram que o ser humano pode agir com vistas a objetivos outros que não o enriquecimento financeiro: uns “consideram esta atividade divertida, outros o fazem porque acreditam estar retribuindo conhecimento à sociedade, e outros ainda porque passam a se sentir parte de uma iniciativa global, que pode beneficiar diretamente centenas de milhares de pessoas, senão a humanidade como um todo”.⁹¹ É o que Benkler chamou de “ganho

⁸⁷ BERGEL, Salvador D. A situação limite do sistema de patentes: em defesa da dignidade das invenções humanas no campo da biotecnologia. **Limites: a ética e o debate jurídico sobre acesso e uso do genoma humano**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, p. 185-208, 2000.

⁸⁸ FARIA, Carmen Rachel Scavazzini Marcondes. **Patentes biológicas**. Senado Federal, 2001.

⁸⁹ “Aqui, o segundo cercamento opera com intensidade, sendo as patentes sobre informações e sequências de genes um dos ‘Novos Mundos’ exploráveis do momento. A institucionalidade do segundo cercamento (jurídica, científica, tecnológica) olha para tudo com minúcia panóptica, e vê a megabiodiversidade brasileira em seus detalhes (...). Assim, voltadas as baterias para a natureza, poder-se-á encapsular em propriedade intelectual o que se predica como informação e agregar-lhe valor. Esse movimento está em pleno curso”. (LUIS, *op. cit.*, pp. 114-115)

⁹⁰ Tradicionalmente, o direito de propriedade intelectual garante ao desenvolvedor do *software* o acesso exclusivo ao seu código-fonte, de forma que somente ele tem condições de fazer alterações no funcionamento do programa. “*Software* em regime livre, entretanto, requer exatamente o oposto: o autor exige, valendo-se de suas prerrogativas como tal, que o *software* deve conferir a qualquer usuário o direito de acesso ao seu código-fonte, incluindo liberdade para usar, modificar e criar trabalhos derivados a partir daquele código-fonte específico, bem como aplicá-lo para quaisquer propósitos. E não é só: o autor confere também liberdade para redistribuir e copiar livremente o *software* em questão.” (LEMOS, *op. cit.*, p. 72)

⁹¹ LEMOS, *op. cit.*, pp. 81-82

hedônico” ou “apropriação indireta”,⁹² incentivos que se tornam triviais se houver um número suficientemente grande de contribuições.

Assim fazendo, iniciativas como o GNU/Linux,⁹³ um conhecido sistema operacional, e a Wikipedia,⁹⁴ a maior enciclopédia disponível na Rede Mundial de Computadores,⁹⁵ desafiam o modelo tradicional de mercado e custos de transação. Ao desenvolver um *software* a partir de ampla colaboração de todos os interessados, que se vinculam ao projeto não por interesses econômicos diretos, essa forma de inovação tecnológica rompe com a até então inquestionável doutrina de Coase sobre custos de transação, firma e mercado.^{96,97} Isso ocorre porque “a produção por colaboração é limitada não pelo custo total ou complexidade do projeto, mas por sua modularidade, a granularidade de seus componentes e o custo de integração”, considerando que ela (a produção por colaboração) se baseia na identificação da melhor pessoa para cobrir cada fase do projeto tendo em vista as habilidades de cada um e a disponibilidade de tempo em face dos prazos atribuídos a cada tarefa.⁹⁸

Ao final, o sucesso do projeto, facilmente verificável a partir da qualidade de seus resultados finais, e seu avanço como novo modelo econômico consistem em um perfeito exemplo de subversão da instituição jurídica com relação “ao direito de propriedade, que torna possível gerar níveis de descentralização maiores, sem sacrificar escala ou eficiência”.⁹⁹

Direitos de propriedade sobre informações carregam consigo intrinsecamente alguma medida de ineficiência, ao menos porque elevam o custo de acesso à informação existente como insumo, que é zero.¹⁰⁰ Donde se conclui que a previsão jurídica de tais garantias reduz o universo de informações disponíveis e,

⁹² BENKLER, Yochai. Coase’s penguin or Linux and the nature of the firm. **Yale Law Journal**, 2002, pp. 369-446.

⁹³ www.gnu.org

⁹⁴ www.wikipedia.org

⁹⁵ LEMOS, *op. cit.*, p. 80

⁹⁶ COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

⁹⁷ Para aqueles que procuram apropriação indireta como reputação, capital humano ou contratos de serviços, um alto grau de uso do produto final (incluindo “caronas” que não contribuiram para sua produção) aumenta o valor social do produto e melhora o valor de mercado da contribuição para a reputação, capital humano e serviços (BENKLER, *op. cit.*).

⁹⁸ BENKLER, *op. cit.*

⁹⁹ UNGER *apud* LEMOS, *op. cit.*, p. 75

¹⁰⁰ BENKLER, *op. cit.*

considerando que o núcleo da produção por colaboração baseada em domínio público é prover sem apropriação direta, e considerando que apropriação indireta – sejam ganhos intrínsecos pela participação, ou ganhos indiretos extrínsecos de reputação, capital humano, trabalho coletivo etc. – não depende do controle da informação, mas de sua mais ampla disponibilidade possível, propriedade intelectual não oferece nenhum ganho, apenas perda, para a produção por colaboração.¹⁰¹

Em termos econômicos, a avaliação das vantagens sobre cada modelo de exploração das informações como insumos de inovação¹⁰² (domínio público, direitos de propriedade intelectual ou produção em colaboração) é feita casuisticamente, de acordo com as circunstâncias e características de cada objetivo que se pretende alcançar. Bem esclarece Benkler:

Enquanto o custo de implementação e de fortalecimento de direitos de propriedade sobre um dado recurso for maior que o valor do aumento total na eficiência da utilização do recurso que seria ganha pela introdução do regime de propriedade onde ele não existia antes, o recurso vai operar como domínio público. Uma vez que o valor do recurso aumente em razão de circunstâncias exógenas – um avanço tecnológico ou o descobrimento de uma nova civilização – de forma que a intensificação de sua utilização por meio de apropriação exclusiva compense o custo de implementação dos direitos de propriedade, direitos de propriedade surgirão. (...) Quando o custo de organizar uma atividade em base de colaboração é menor que o custo de usar o mercado, e o custo de colaborar é menor que o custo da organização hierárquica, então a produção em colaboração surgirá.¹⁰³

Se bem observada essa dinâmica, e se evitado o peso morto de direitos de propriedade intelectual atribuídos por questões meramente ligadas ao exercício do poder econômico¹⁰⁴ de alguns países, há espaço para projetos realizados em

¹⁰¹ BENKLER, *op. cit.*

¹⁰² Ainda no final do século XX, Comparato destacou que “o salto tecnológico da segunda revolução industrial acrescentou novas razões justificadoras do movimento concentracional. Assim é que a inovação tende a constituir, para a empresa contemporânea, a principal fonte de lucros. (...) Em certos setores ultramodernos, como a indústria química, já se considera normal que a metade do volume de negócios de uma empresa se funde na fabricação de produtos cuja existência data de menos de dez anos” (COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, pp. 4-5).

¹⁰³ BENKLER, *op. cit.*

¹⁰⁴ “De uma banda porque a concorrência livre – não *liberdade de concorrência*, note-se – somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto – o poder econômico – é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. O § 4º do art. 173 refere “abuso do *poder econômico*”. Vale dizer: a Constituição de 1988 o reconhece. Não que não devesse fazê-lo, mesmo porque a circunstância de não o ter reconhecido não teria o condão de bani-lo da realidade. (...). O que, não obstante – repito – seria inteiramente em vão [deixar de reconhecê-lo no texto constitucional]: nem por isso o poder econômico deixaria de se manifestar no mundo real – mundo do ser – a braçadas.” (GRAU, *op. cit.*, p. 206 – itálico no original)

colaboração que capitalizem grandes quantidades de criatividade e vontade latentes em diversos grupos de estudiosos.^{105,106}

A questão é que, retomando os primeiros aspectos estudados, ao considerar que tudo aquilo que pode ser apropriado deve ser cometido a um único dono, o sistema capitalista de mercado difundiu a falsa, mas convincente, ideia de que essa medida é natural e necessária para a segurança jurídica das relações econômicas, que é essencial para a exploração ótima dos recursos escassos e umbilicalmente ligada ao progresso tecnológico, pois sem ela não haveria qualquer incentivo para tanto.¹⁰⁷

Vimos, por outro lado, que o trabalho comum em prol da criação de produtos e serviços de qualidade é economicamente eficiente e até mesmo financeiramente interessante, dadas as possibilidades de ganhos indiretos (comercialização de apoio técnico e administrativo, cursos de capacitação etc.). Movimentos como o *software* livre servem para demonstrar as extensas margens de atuação de novos modelos econômicos que prescindem da apropriação privada de informações – muito ao contrário, repudiam-na como forma de barateamento do acesso a esses dados e, destarte, destacam a pulverização e a replicação do conhecimento humano.¹⁰⁸ Para Luis:

¹⁰⁵ BENKLER, *op. cit.*

¹⁰⁶ Em 2005, emergiu um movimento social global reunido em torno de uma agenda desenvolvimentista na OMPI e a elaboração de um novo tratado para “Acesso ao Conhecimento (A2K)”. Essas campanhas foram complementadas por iniciativas para promover a inovação por fontes abertas, acesso amplo a materiais educacionais, *pools* de patentes e modelos alternativos de licenciamento como licenças para uso humanitário, licenças *Creative Commons*, *CopyLeft* e a *General Public License* – GLP (DEERE, Carolyn. **The implementation game: the TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2009, p. 135). A OMPI, a propósito, tornou-se, com o passar do tempo, um importante fórum de debates sobre os rumos do regramento internacional e um relevante *player* nesse cenário (*Ibid.*, p. 140).

¹⁰⁷ “When you set up the property rules in some new space, you determine much about the history that follows. Property rules have a huge effect on power relationships and bargaining positions. (...)the early-twentieth-century rules treating unions as “conspiracies in restraint of trade” or the Supreme Court decisions that dispossessed the American Indians on the theory that they did not comprehend the concept of property and thus did not “own” the land being taken from them. We were at a comparable point in the history of cyberspace. What was being set up here was a vision of economy and culture, a frame of mind about how the world of cultural exchange operates, and eventually a blueprint for our systems of communication.” (BOYLE, 2008, *op. cit.*, p. 56)

¹⁰⁸ “A Internet nascera como espaço de liberdade. A actividade científica, nomeadamente, afeiçoara-se a essa livre comunicação. O *trânsito brusco da Internet* para uma espécie de gigantesco centro comercial, em que por natureza tudo é venal, se por um lado teve os seus defensores – e como não, quando as próprias empresas de informática surgiam entre as empresas com maiores lucros do mundo? – por outro lado suscitou reacções. Apareceu uma corrente libertária, que pretendeu que a

Assim, o segundo cercamento, moralmente indefensável pela política normativa do liberalismo (pois anula a autonomia criativa individual de muitos em nome do salvamento de um específico e decadente setor), haverá de ser confrontado no terreno do exercício prático – de produção de bens e de sua regulação – que poderá desembocar em um novo modo de produção, não hierarquizado, que pode superar a produção gerencial e autoritária do mercado capitalista e do Estado centralizador. A utopia de Benkler articula o liberalismo político e o cooperativismo, agora turbinado pelo acúmulo e compartilhamento de recursos que a rede mundial de computadores e as novas tecnologias propiciam.¹⁰⁹

Além disso, a própria indústria, principalmente quando extremamente dependente da concessão de patentes, como a farmacêutica e a de alta tecnologia,¹¹⁰ começa a perceber que um sistema de proteção levado ao extremo age contra seus próprios interesses. “As assim chamadas ‘entidades não exploradoras’ (NPEs [na sigla em inglês] também conhecidas como “*patent trolls*”),¹¹¹ que adquirem patentes para extrair *royalties* de grandes corporações e que se baseiam em um sistema de proteção forte, são percebidas como uma ameaça real por muitas grandes corporações”.¹¹²

Não se pode subestimar, nesse ponto da explanação, que o segundo movimento de cercamento proposto por Boyle tem raízes profundas, resgatando a ruptura com as formações econômicas anteriores que Polanyi chamou de “grande transformação”, sendo que “ao fim e ao cabo, o destino da falsa mercadoria informação repete a violência expropriadora das *enclosures*, a interdição de acesso ao que até então era comum, por onde tudo começou quinhentos anos atrás”.¹¹³

Internet fosse um “espaço livre de direito”. No caso, que não ficasse submetida aos exclusivos que quadriculavam a vida fora da rede. (...)

Mas há também um entendimento, não apenas anti-legalista mas libertário, que se tornou muito nítido na polémica em torno do Napster; mas é também actuante noutros domínios menos conhecidos, como o que levou à rejeição do chamado direito *sui generis* sobre as bases de dados. Há pois um movimento vivo, que terá necessariamente derrotas mas teve também vitórias.” (ASCENSÃO, *op. cit.*, itálico no original)

¹⁰⁹ *Op. cit.*, p. 31.

¹¹⁰ ALBUQUERQUE, *op. cit.*

¹¹¹ O “*patent troll*” mais comentado dos últimos anos é a Rockstar Consortium, formada por empresas concorrentes entre si no mercado de telecomunicações e informática – Microsoft, Apple, RIM, Ericsson e Sony – e que adquiriu em 2011 o portfólio de mais de 6.000 (seis mil) patentes relacionadas a tecnologias sem fio e de motores de busca na Internet na Nortel, Inc., após a decretação de sua falência. Em outubro de 2013, a Rockstar processou a Google e alguns de seus parceiros e fornecedores por quebra de patente; em dezembro do mesmo ano, a Google atacou, acusando judicialmente a Rockstar de concorrência desleal. Discutimos a atuação dos “*patent trolls*” com maior vagar no tópico 2.5, *infra*.

¹¹² NORRGÅRD, Marcus. The European Principles of IP Enforcement: Harmonisation Through Communication?. **Common principles of european intellectual property law**, Ansgar Ohly, ed., Mohr Siebeck, 2010.

¹¹³ ARANTES *apud* LUIS, *op. cit.*, p. 33.

1.4 A função social da propriedade como evolução do direito individual

Vimos que a propriedade privada, jurídica e artificialmente integrada à economia de mercado, hoje serve de lastro para todas as decisões adotadas nessa seara. Para se ter uma ideia da força que opera nos dias atuais, tornou-se lugar comum que

a apropriação de um bem é o pré-requisito para a troca. Com as trocas ou transações comerciais ocorre a circulação de bens, dos indivíduos que os valorizam menos para os outros que os valorizam mais. Assim, a transação sempre gera valor adicionado, ou seja, gera uma riqueza não só entre as partes da transação, mas para a sociedade.¹¹⁴

A ausência da proteção da propriedade condenaria os povos à estagnação.¹¹⁵

Nessa esteira, os braços do direito de propriedade passaram a tentar alcançar o maior número possível de setores, mesmo aqueles que, tal qual a terra, não estariam naturalmente sujeitos à apropriação e às normas do mercado. Polanyi¹¹⁶ destaca também a incorporação do homem (através de sua força de trabalho) e da organização produtiva (o sistema de acumulação).¹¹⁷

Daí porque as Constituições modernas, inclusive as organizadoras de Estados socialistas,¹¹⁸ cuidam de garantir a propriedade privada e o direito de herança aos seus nacionais,¹¹⁹ demonstrando o erro na visão que Bercovici chamou

¹¹⁴ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

¹¹⁵ A afirmação é de Vera, que sugere que a existência de regras de impedem a acumulação de capital é a razão para a atrasada realidade econômica e tecnológica da tribo Yanomami. (*op. cit.*)

¹¹⁶ *Op. cit., passim.*

¹¹⁷ Antes dele, Marx chamou esse processo de “acumulação primitiva de capital”, no qual “a intermitente e sempre renovada expropriação e expulsão do povo do campo, como foi visto, forneceu à indústria urbana mais e mais massas de proletários, situados totalmente fora das relações corporativas” e liberou, “com os trabalhadores, não apenas seus meios de subsistência e seu material de trabalho para o capital industrial, mas criou também o mercado interno”. (*op. cit.*, pp. 272-273)

¹¹⁸ Grau explica que “a essência do capitalismo não se encontra contida na consagração da propriedade privada dos bens de produção, porém na posição ocupada pelo indivíduo diante da produção social, mercê da qual o acesso a ela se dá através do intercâmbio (não, pois, em razão do caráter coletivo da produção)”. (*op. cit.*, p. 172)

¹¹⁹ V. a consolidação exposta por Grau, que lista como exemplos a Constituição da República Popular da China, de 1982; a Constituição da República de Cuba, de 1976; a Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 1977; a Constituição da República Democrática da Alemanha (conhecida como Alemanha Oriental), de 1974; a Constituição da República Popular da Hungria, de 1949 (com as alterações sancionadas em 1972 e 1975); a Constituição da República Popular da Polônia, de 1952; a Constituição da República Socialista da Tchecoslováquia, de 1960; a Constituição da República Popular da Bulgária, de 1971; a Constituição da República Socialista da Romênia, de 1975; a Constituição da Nicarágua, de 1986; a Lei Constitucional da República Popular

de “maniqueísta” na abordagem do tema.¹²⁰ Não foi diferente nas Cartas Magnas que vigoram no Brasil desde a declaração de sua independência,¹²¹ inclusive a Lei Maior de 1988 (art. 5º, XXII).

O que se destaca em todas essas Cartas Políticas é, ao mesmo tempo, a percepção de que os povos nela representados desde logo fizeram incluir “uma alteração na própria estrutura da propriedade”,¹²² chamada *função social*. Prossegue Grau:

Expressão das modernas tendências que caracterizam o tratamento conferido pelo Direito à realidade social, as modernas concepções de propriedade são aplicadas à preservação de uma situação de equilíbrio entre o individual e o social (...). Por isso que, tendo em vista sua integração como elemento inerente às estruturas dos direitos de propriedade (...), a introdução do conceito de função social no sistema que reconhece e garante a propriedade implica a superação da contraposição entre público e privado – isto é, a evolução da propriedade em sentido social implica uma verdadeira metamorfose qualitativa do direito na sua realização concreta, destinada à satisfação de exigências de caráter social. A propriedade passa, então, a ser vista desde uma visão prospectiva comunitária, e não mais sob uma visão individualista.¹²³

É antiga a lição de Comparato sobre o tema. Antecipando-se à sua consagração na nossa Constituição Federal em 1988, escreveu:

Ora, a propriedade dinâmica, ou controle sobre bens de produção, não tem por objetivo a fruição, mas a produção de outros bens ou serviços, e, por isso mesmo, implica, necessariamente, uma relação de poder sobre outros homens, na medida em que a produção sai da fase artesanal para a industrial. A propriedade dinâmica dos bens de produção é a que se realiza sob a forma de empresa. Perante uma propriedade desse tipo, a problemática fundamental não é a de proteção e tutela contra turbações externas, mas sim a de fiscalização e disciplina do seu exercício, a fim de se evitar o abuso ou desvio de poder.¹²⁴

Dando ênfase à necessária aproximação entre a Constituição real, a realidade histórica, e a Constituição jurídica, que se condicionam mutuamente sem depender uma da outra, Bercovici assinala que

de Angola, de 1975; a Constituição da República de Cabo Verde, de 1980; e a Constituição da República Popular de Moçambique, de 1975. (*op. cit.*, pp. 233-234)

¹²⁰ *Op. cit.*

¹²¹ Art. 179, inciso XXII, da Constituição do Império do Brasil, de 1824; art. 72, § 17, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891; art. 113, item 17, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934; art. 122, item 14, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937; art. 141, § 16, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1946; art. 150, § 22, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967; e art. 150, § 22, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

¹²² GRAU, *op. cit.*, p. 243.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Op. cit.*, 1970, p. 102.

A evolução do Direito moderno, a partir de 1918, evidencia uma série de traços comuns. O principal diz respeito à relativização dos direitos privados pela sua função social. O bem-estar coletivo deixa de ser responsabilidade exclusiva da sociedade, para conformar também o indivíduo. Os direitos individuais não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo em seu exclusivo interesse, mas como instrumentos para a construção de algo coletivo. Hoje não é mais possível a individualização de um interesse particular completamente autônomo, isolado ou independente do interesse público.¹²⁵

E prossegue o professor:

A mudança ocorrida foi de mentalidade, deixando o exercício do direito de propriedade de ser absoluto. A função social é mais que uma limitação. Trata-se de uma concepção que consubstancia-se no fundamento, razão e justificação da propriedade. A função social da propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral. A função social passou a integrar o conceito de propriedade, justificando-a e legitimando-a.¹²⁶

As afirmações de Bercovici são referendadas por Silva, que narra que

Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-o aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social.¹²⁷

O conceito de função social integra, portanto, a própria noção de propriedade na nova ordem constitucional, relativizando-a. Em vez do absolutismo do direito historicamente garantido,¹²⁸ o sistema capitalista atualmente baliza-se na propriedade socialmente útil. Ela tem proteção jurídica enquanto for utilizada no benefício da coletividade. Graue, desenvolvendo o raciocínio, nega à propriedade que não atenda a sua função social o próprio *nomen juris*:

Assim, se a partir deste ponto deixarmos fluir coerentemente o raciocínio, forçosamente concluiremos que a propriedade dotada de função social, que não esteja a cumpri-la, já não será mais objeto de proteção jurídica. Ou seja, já não haverá mais fundamento jurídico a atribuir direito de propriedade ao titular do bem (propriedade) que não está a cumprir sua função social. Em outros termos: já não há mais, no caso, bem que possa, juridicamente, ser objeto de direito de propriedade. Logo – sigo pelo caminho de raciocínio, coerentemente – não há, na hipótese de propriedade que não cumpre sua função social, “propriedade” desapropriável. Pois é

¹²⁵ *Op. cit.*, pp. 142-143.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 147

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 788.

¹²⁸ V. Comparato (*op. cit.*, 1970, p. 101).

evidente que só se pode desapropriar a propriedade; onde ela não existe, não há o que desapropriar.¹²⁹

Suficientemente demonstrada a natureza e extensão da previsão da função social da propriedade, cumpre avançar sobre sua aplicabilidade aos bens intangíveis produto do intelecto humano. Em outras palavras, podemos aplicar tais institutos jurídicos às invenções e outros avanços tecnológicos experimentados nas mais diversas áreas?

Se a noção de uso exclusivo de um determinado bem resulta da ação de poder lastreada em comandos normativos¹³⁰ sobre bens corpóreos, tangíveis, suscetíveis de apropriação física, como vimos anteriormente ao analisarmos o movimento de cercamento inglês sobre as áreas rurais, não haveria de ser outra a solução para se entregar o monopólio de exploração de sua criação intelectual ao respectivo criador. Afinal, a chamada propriedade intelectual não se baseia em qualquer substrato físico, mas tão somente na ficção jurídica criada especialmente para esse fim.¹³¹ Daí a conclusão de Edelman:

A ficção jurídica – a propriedade é um conceito de direito, “os caminhos de ferro não pertencem verdadeiramente aos accionistas mas aos estatutos” – permite, pelo funcionamento desta mesma ficção, franquear a *passagem* do invisível – a “inteligência”, a “criação”, o “gênio” – ao visível – o imóvel, o “tangível”, o “verdadeiro” – do imaterial ao material. O funcionamento da ficção denuncia o seu papel: trata-se de dar ao *invisível* – o pensamento do homem – o *carácter do visível* – a propriedade privada; já se sabia disso, sem o saber, não se podia deixar de saber que o invisível era o que é visível, já que ele aparece no visível.¹³² (itálicos no original)

Algumas décadas depois, Zibetti pontua:

(...) há dificuldade de se justificar os direitos de propriedade intelectual sob essa definição [recursos escassos], tendo em vista que eles não surgem da escassez dos bens (intelectuais) apropriados. Ocorre então que o propósito desse direito é justamente criar uma escassez, ou seja, neste caso a lei não

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 337.

¹³⁰ “(...) as definições exclusivamente normativas de Constituição não definem seu conceito, sua essência, que inclui (embora não se limite a eles), na definição de Ferdinand Lassalle, os célebres fatores reais de poder, ou seja, forças ativas que conformam as instituições jurídicas, que, quando colocados em uma folha de papel (*blatt papier*), erigem-se em direito. A grande contribuição de Lassalle foi chamar a atenção para o fato de que as questões constitucionais são, também, questões políticas, questões de poder.” (BERCOVICI, *op. cit.*, p. 12).

¹³¹ Sustentam Helmes e Sunstein que “a propriedade é uma relação social legalmente constituída, um conjunto de regras de acesso e exclusão criadas legislativa e judicialmente e judicialmente exigíveis. (...) Isso é obviamente verdade para direitos sobre propriedade intangível (como contas bancárias, ações ou marcas registradas), porque o direito a essa propriedade não pode ser assegurado pela posse física, apenas por uma ação da lei.” (HELMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** Nova Iorque: WW Norton & Company Inc., 1999.)

¹³² EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia:** elementos para uma teoria marxista do direito. Coimbra: Centelho, 1976, p. 46.

protege a propriedade de um bem escasso primeiramente, senão que a escassez é criada pela mesma lei, trata-se de uma escassez artificial. (...) se a informação (conhecimento) não for um bem apropriável, os incentivos para criá-la faltarão. Então, exemplificativamente, patentes e direitos autorais são inovações sociais projetadas para criar escassezes artificiais onde não existe naturalmente. Essa escassez é pretendida para criar a necessidade de incentivos para adquirir a informação.¹³³

Aprofundar o estudo das discussões que se travaram sobre a possibilidade de se atribuir direitos de propriedade às criações do espírito humano escaparia do objetivo deste trabalho.¹³⁴ Reconhecida ela no direito nacional e internacional, cabe somente indagar se aplicar-se-iam a ela (à propriedade intelectual) indistintamente as exigências decorrentes da ideia de função social.¹³⁵

A resposta novamente é positiva. A própria obrigação de iniciar a exploração econômica dos bens protegidos pelos direitos de propriedade intelectual (mormente as invenções e modelos de utilidade) contida no art. 68, § 1º, da Lei nº 9.279/96 é manifestação do uso social útil.¹³⁶ Tratando especificamente da constituição brasileira, Grau conclui:

No mais, quanto à inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica, tem o condão de não apenas afetá-los pela função social – conúbio entre os incisos II e III do art. 170 – mas, além disso de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna.¹³⁷

Do mesmo teor é a colocação de Ascensão, quando aduz que “os direitos exclusivos têm pois limites; e não podem deixar de os ter, por força do princípio constitucional da função social da propriedade. Os direitos exclusivos, que são

¹³³ ZIBETTI, Fabíola Wüst. **Propriedade intelectual**: Direito e Economia na era do conhecimento. 2006.

¹³⁴ Para uma análise completa do tema, v. CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**, v. 1, parte 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹³⁵ Para Ascensão, “no que respeita aos *direitos industriais*, há que distinguir fundamentalmente duas categorias: - inovações industriais, como as invenções; - os sinais distintivos do comércio, como as marcas. São todos abrangidos pelo art. 5, XXIX da Constituição, que refere um ‘privilégio temporário’, ‘tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país’. Há aqui um evidente acentuar do interesse social. Esses direitos são conferidos na medida em que há interesse do país na sua concessão. E são expressamente apresentados como temporários. Manifesta-se visivelmente uma preocupação pelo interesse público, muito mais expressa que no respeitante ao direito de autor e direitos conexos. Há ainda outro preceito particularmente importante para este efeito. (...) Em si, representa um limite do direito de propriedade. Impõe a esta um limite funcional intrínseco: o desempenho numa função social. (...) Para que não se limite tudo a uma declaração oca, o princípio terá de se prolongar nos regimes positivos” (*op. cit.* – itálico no original).

¹³⁶ GRAU, *op. cit.*, p. 245.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 247.

criados tendo em vista um interesse social, não podem na sua existência ignorar a função social que os justifica”.¹³⁸

A inovação tecnológica, no seu constante passo, envolve questões de saúde pública,¹³⁹ alimentação, educação e o próprio direito de acesso à cultura e ao desenvolvimento – todos eles garantidos em tratados internacionais¹⁴⁰ –, de sorte que os interesses privados do criador não poderiam a eles se sobrepor.¹⁴¹ Logo, não se poderia conceber que o direito individual garantido, por exemplo, pela patente ou registro sobrepujasse o interesse social. Conforme leciona Zanin Neto,

à luz dos direitos humanos, o direito à propriedade intelectual cumpre uma função social, que não pode ser obstada em virtude de uma concepção privatista deste direito que eleja a preponderância incondicional dos direitos do autor em detrimento da implementação dos direitos sociais, como o são, por exemplo, a saúde, a educação e a alimentação. Observe-se ainda que, via de regra, o conflito não envolve os direitos do criador versus os direitos sociais de toda uma coletividade; mas, sim, o conflito entre os direitos de exploração comercial (por vezes abusiva) daquele e os direitos sociais da coletividade.¹⁴²

De mais a mais, a concessão de uma patente, registro ou reconhecimento de direito autoral cria um “monopólio privado”,¹⁴³ no qual “ao detentor do direito de propriedade industrial é assegurada a exclusividade de sua exploração”.¹⁴⁴ Sua existência constitui, então, uma exceção ao princípio da livre concorrência,¹⁴⁵ que

¹³⁸ *Op. cit.*

¹³⁹ Nesta seara, a questão é proposta por Carvalho, ao analisar o conflito entre o direito ao acesso a medicamentos e o direito à obtenção de patentes farmacêuticas: “pela ordem internacional ambos são direitos humanos; pela ordem nacional, são direitos fundamentais (porque humanos), e mais: o acesso a medicamentos, como espécie do direito à saúde, é direito social; e a patente farmacêutica, como espécie do direito de propriedade, é direito individual, com relevância social. O direito à saúde não possui condicionantes, todavia, a propriedade está condicionada pela função social, a qual colabora para com o acesso a medicamentos. Assim, questiona-se o que deve prevalecer: o direito individual ou o direito social? Existe alguma medida que resolva a situação? A função social pode ser o critério resolutivo?” (CARVALHO, Patrícia Luciane de. **Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 137).

¹⁴⁰ Com destaque para o art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada por meio do Decreto nº 678/1992.

¹⁴¹ ZANIN NETO, Armando. **Propriedade intelectual e direitos humanos: a inovação tecnológica pode favorecer o desenvolvimento social do Brasil?**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2010, p. 22.

¹⁴² *Ibid.*, p. 24.

¹⁴³ “Não é um direito de propriedade presumivelmente absoluto. É uma garantia condicionada de um monopólio limitado e temporário. Não se pode partir da presunção de que o detentor tem direitos absolutos sobre todos os possíveis usos e a partir de então toda vez que um cidadão fizer uso de um trabalho por qualquer meio, o detentor dos direitos está autorizado a receber um pagamento ou de acusar o outro de ‘pirataria’ se o pagamento não acontecer” (BOYLE, 2008, *op. cit.*, p. 66)

¹⁴⁴ GRAU, *op. cit.*, p. 290

¹⁴⁵ A afirmação não é pacífica na doutrina. No sentido exposto no texto: “filho da livre concorrência, porém excluindo-a, o sistema patentário é um clássico exemplo da tensão entre os monopólios e o livre-mercado: um escopo de proteção muito restrito ofereceria incentivos insuficientes para fomentar

detém o mesmo *status* constitucional.¹⁴⁶ A antinomia aparente há de ser resolvida com o sopesamento dos valores envolvidos, tendo em vista que “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto normativo da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir desse texto até a Constituição”.¹⁴⁷ Esse raciocínio fará prevalecer o interesse público sobre o privado na medida em que “a existência de direitos exclusivos para proteger bens imateriais representa uma restrição à liberdade do comércio e das manifestações do pensamento. Essa limitação apenas faz sentido na medida em que um interesse social é atendido”.¹⁴⁸

No mesmo sentido é a conclusão de Spengler:

Quando dois princípios entram em colisão irreversível, um deles obrigatoriamente tem que ceder diante do outro, o que, porém, não significa que haja a necessidade de ser declarada a invalidade de um dos princípios, senão que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que o outro e em outras circunstâncias poderá suceder o inverso.¹⁴⁹

E de Barroso:

Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial.¹⁵⁰

inovação, enquanto, ao revés, um escopo muito amplo obstaculizaria inovação e levaria a uma alocação ineficiente de recursos. Entretanto, uma recomendação econômica em direção ao escopo ideal à proteção é quase impossível: Machlup já provou que, no fim das contas, nenhuma das justificações para a existência e manutenção do sistema patentário (...) é conclusiva.” (HEATH, Christopher. **Os limites dos direitos patentários em termos temporais, geográficos e de conteúdo**. In: RODRIGUES JR., Edson Beas; POLIDO, Fabrício (orgs.). **Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2007). Em sentido contrário: “da e na proteção dos brevês, marcas, know-how etc. emerge autêntico monopólio privado; ao detentor do direito de propriedade industrial é assegurada a exclusividade de sua exploração. Aqui também não há, em rigor, exceção à livre concorrência ou à livre iniciativa, na medida em que essa exclusividade de exploração consubstancia uma condição necessária do mercado.” (GRAU, *op. cit.*, p. 290).

¹⁴⁶ Constituição Federal, art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência”.

¹⁴⁷ GRAU, *op. cit.*, p. 161

¹⁴⁸ LUCHESI, Thiago. **A propriedade intelectual e o Direito Internacional Privado**. In: RODRIGUES JR., Edson Beas e POLIDO, Fabrício (orgs.). **Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2007

¹⁴⁹ SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. **Flexibilização das garantias constitucionais na repressão à macrocriminalidade econômica: uma abordagem à luz da proporcionalidade**. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006.

¹⁵⁰ BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Vol. 9, n. 24. Porto Alegre: PGE, 1979-.

Estabelecidos os direitos de propriedade em torno da produção intelectual das pessoas, ela passa a ter valor de troca e se afigura apropriável como mercadoria.¹⁵¹ Ascensão, nesse sentido, também anota que

Há que estar atento à variação de significado da informação na sociedade contemporânea. A informação é cada vez menos saber, e cada vez mais um produto.

É cada vez menos saber, com o seu carácter individualizado. É cada vez mais objecto, como realidade que se separa daquele que sabe.

Diz-se que na sociedade da informação a informação se transforma em novo factor de produção, a acrescer aos classicamente enumerados.

Sem entrarmos em divagações económicas, diremos que o que parece claro é que a informação se transformou em mercadoria. Ela é apropriada e transaccionada. O domínio das fontes da informação dá poder. E esse poder é possivelmente hoje o mais forte de todos os factores de denominação, substituindo mesmo o terror atómico, que se revelou ineficaz por força do seu carácter excessivo e reversível.¹⁵²

A extensão dessa apropriação, hodiernamente, parece não encontrar limites, como destacou-se no item 1.2, e cria cenários de abuso no exercício dos direitos de propriedade artificialmente conferidos, tema que será aprofundado no capítulo seguinte.

¹⁵¹ MARX, *op. cit.*

¹⁵² *Op. cit.*

2 USO E ABUSO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Vimos no capítulo anterior como a ordem jurídica nacional e internacional trata o direito de propriedade, desde sua origem histórica até as Cartas Constitucionais modernas. No campo da propriedade intelectual especificamente, analisamos o cenário político e econômico que desenha o segundo movimento de cercamento.

Cumpramos investigar agora a teoria do abuso de direito e sua aplicação ao direito de propriedade intelectual, para verificarmos em que medida o sistema patentário abre margens à atuação fora de suas finalidades e se possui ferramentas eficazes para sua mitigação ou supressão.

Este capítulo está dividido em 5 partes. Inicialmente, faz-se uma revisão, com base no direito nacional e internacional, da teoria do abuso de direito em geral e sua aplicação no direito de propriedade intelectual em particular; em seguida, o segundo tópico aborda os requisitos para a concessão das patentes e analisa o apuro com o qual os escritórios de patentes ao redor do mundo cuidam da verificação desses pressupostos para conceder ou negar a proteção patentária. O terceiro tópico, a partir do conceito de “patentes fracas”, estuda o fenômeno do *evergreening*, consistente na perenização dos direitos de propriedade intelectual por meio de diferentes estratégias de gerenciamento de patentes, ligando-se à parte seguinte que aborda as influências desse fenômeno no direito da concorrência e as consequentes falhas de mercado verificadas. Por fim, analisa-se a participação dos *patent trolls* no mercado, pessoas jurídicas cujo objeto é unicamente a aquisição de direitos de propriedade intelectual para obter faturamento pelo seu licenciamento, e se tal conduta constitui abuso de direito.

2.1 Abuso do direito de propriedade intelectual

O exercício de um direito subjetivo por seu titular, não raro, implica dissabores ou limitações à ação de outrem que não devem, de modo algum, ser vistos como

atos ensejadores de responsabilidade por eventuais danos causados.¹⁵³ Assim ocorre com o proprietário que solicita a desocupação do imóvel locado para uso próprio, por exemplo, donde não se questiona que sorte terá o locatário na procura por uma nova moradia. Ou com o detentor de uma patente, que pode impedir a exploração de sua invenção por outrem e mandar retirar os itens produzidos sem sua autorização do mercado, mesmo que não esteja usufruindo economicamente de sua inovação.

Diz-se que, nesses casos, o titular do direito subjetivo está usando-o conforme as finalidades concretas estatuídas pelo ordenamento jurídico, sejam elas econômicas ou sociais. A norma, portanto, cria o direito e a esfera de licitude de seu exercício. Vale transcrever a lição de Pereira:

Dita, pois, o direito objetivo uma conduta, de que resulta a faculdade de querer atribuída a um indivíduo. Exercendo este o seu poder de vontade, tem em vista uma finalidade concreta, que persegue com observância dos preceitos instituídos pela ordem jurídica. Poder de ação, interesse e submissão ao direito objetivo, eis os elementos componentes do direito subjetivo.¹⁵⁴

Verificados esses elementos componentes, temos que o titular está usando legitimamente seu direito. A posição de superioridade que ele ocupa, contudo, em relação àqueles que devem respeitar seu direito subjetivo pode ensejar um desvio na finalidade de seu exercício, fazendo surgir o que a doutrina conhece como abuso do direito.

Superada a discussão antiga sobre a possibilidade lógica de sua existência,¹⁵⁵ houve o esforço dos juristas para chegar a um conceito de abuso que se aplicasse a todas as áreas do Direito. Para Gaudemet,¹⁵⁶ “todo direito se faz acompanhar de um dever, que é o de se exercer perseguindo a harmonia das atividades. A contravenção a este dever constitui abuso do direito”.

¹⁵³ “No propósito de apresentar o problema, René de Page começa por assentar que o exercício dos direitos é condicionado a certas ‘regras fundamentais de polícia jurídica’. Sem dúvida que todo direito enseja uma faculdade ou prerrogativa ao seu titular, mas ao mesmo tempo reconhece que tal prerrogativa deve ser exercida na conformidade do objetivo que a lei teve em vista ao concedê-la ao indivíduo.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999 p. 252)

¹⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: introdução ao Direito Civil. Teoria geral de Direito Civil. Vol. 1. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 36.

¹⁵⁵ A doutrina do abuso de direito encontrou resistência em sua concepção em alguns juristas, principalmente Planiol, que viam na hipótese uma verdadeira contradição nos termos, dado que um fato não poderia ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito. Para maiores detalhes sobre esse aspecto histórico, v. Pereira (*op. cit.*).

¹⁵⁶ *apud* PEREIRA, *op. cit.*, p. 253

Para Josserand:¹⁵⁷

Os direitos se realizam, não em um direção qualquer, mas em uma ambiência social, em função de sua missão e na conformidade destes princípios que são, como se disse, subjacentes à legalidade, e constituem, em seu conjunto, um direito natural de conteúdo variável e como uma superlegalidade. (...) É a teoria do abuso de direito que o mantém em seu caminho, e o impede de se agastar dele, conduzindo-o assim num impulso seguro até a finalidade a atingir.

Também Carbonnier¹⁵⁸ exalta a questão da finalidade, ao afirmar que “existe abuso de direito quando o titular o exerce com a finalidade única de prejudicar outrem, sem interesse sério para si mesmo”.

E entre os doutrinadores franceses que adotam uma posição mista, enxergando o abuso de direito tanto pela intenção do agente quanto independente dela, encontramos que “a jurisprudência subordina a condenação por abuso de direito à existência de uma intenção de prejudicar ou à má-fé patente”.¹⁵⁹ No mesmo sentido, “pode haver abuso de direito em duas hipóteses: 1º) exercício de um direito unicamente para prejudicar a outrem ou sem motivo legítimo; e 2º) exercício de um direito de maneira incorreta ou infundada independentemente da intenção de prejudicar”.¹⁶⁰

Não tardou para que o abuso de direito, e o subsequente dever de indenizar, fosse acolhido pela legislação civil dos países da Europa Continental, inicialmente na Prússia¹⁶¹ e de lá para aqueles que permaneceram na tradição do *civil law*. O instituto é encontrado no Código Civil espanhol,¹⁶² português,¹⁶³ grego,¹⁶⁴ suíço¹⁶⁵ e no *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) alemão.¹⁶⁶

¹⁵⁷ *apud* PEREIRA, *op. cit.*, p. 255

¹⁵⁸ *apud* PEREIRA, *op. cit.*, pp. 255-256

¹⁵⁹ WEILL e TERRÉ *apud* PEREIRA, *op. cit.*, p. 256

¹⁶⁰ LALOU *apud* PEREIRA, *op. cit.*, p. 256

¹⁶¹ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Díaz. **Os princípios gerais do direito e os *standards* jurídicos no código civil**. 2008. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 230

¹⁶² Art. 7 (2): “*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*”. (A Lei não ampara o abuso de direito ou o exercício antissocial do mesmo. Toda ação ou omissão que pela intenção de seu autor, por seu objeto ou pelas circunstâncias em que se realizada ultrapasse manifestamente os limites normais do exercício de um direito, com dano para terceiro, dará lugar à correspondente indenização e à adoção das medidas judiciais ou administrativas que impeçam a continuidade do abuso).

Entre nós, texto idêntico ao do Código Civil português foi inserido no art. 187 do Código Civil de 2002.¹⁶⁷ Em comentário a esse preceptivo, destacam Nery Jr. e Nery:

Não há direito absoluto no ordenamento brasileiro. A norma comentada impõe como limites ao exercício de um direito legítimo, fazê-lo sem exceder os fins sociais e econômicos desse mesmo direito, bem como com observância da boa-fé e dos bons costumes. Há três cláusulas gerais na norma ora analisada: exercício do direito de acordo com seus fins sociais e econômicos; boa-fé; bons costumes. “Essa talvez seja, do ponto de vista do Direito Obrigacional, a cláusula mais rica do Projeto. Reúne, em um único dispositivo, os quatro princípios básicos que presidem o sistema: o abuso de direito, o fim social, a boa-fé e os bons costumes. Bastaria acrescentar a ordem pública para tê-los todos à vista”¹⁶⁸

Diante das mencionadas cláusulas gerais,¹⁶⁹ leciona Gomes que

Identificar esta caracterização é função jurisdicional, uma vez que tais limites não são expressos pela fonte normativa. O magistrado, na busca desses limites, há de perquirir não a intenção do agente, mas a *atipicidade* do exercício, isto porque o *abuso de direito* ou se configura pelo *animus nocendi* (intenção de prejudicar alguém sem proveito próprio) ou, simplesmente, pela *atipicidade* no exercício de um direito mediante desvio de sua função.¹⁷⁰ (itálicos no original)

E conclui Pereira, sobrelevando a desnecessidade de comprovação de culpa pelo titular do direito para se caracterizar o abuso:

O artigo [art. 187 do Código Civil] oferece os extremos da caracterização do abuso de direito, assentando que o exercício dele há de ser limitado. O

¹⁶³ Art. 334: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”

¹⁶⁴ Art. 281: “*Η άσκηση του δικαιώματος απαγορεύεται αν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος*”. (O direito é proibido se exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes ou a finalidade social ou económica desse direito).

¹⁶⁵ Art. 2 (2): “*L’abus manifeste d’un droit n’est pas protégé par la loi*”. (O manifesto abuso de um direito não é protegido por lei).

¹⁶⁶ §226: “*Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*”. (O exercício de um direito é proibido se ele só pode ter por propósito prejudicar outrem).

¹⁶⁷ Art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

¹⁶⁸ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁶⁹ “Não se enclausurando em fórmulas rígidas de sentido preciso (as quais, por isso mesmo, demandam reforma legislativa sempre que seu conteúdo normativo se tornar obsoleto ou descompassado com a realidade social ou axiológica em que se aplicam), as cláusulas gerais são propositadamente imprecisas e abertas. Admitem, por isso, uma variedade imensa de conteúdos e, para sua concreção, é indispensável a colheita pelo aplicador de valores na realidade social e nos princípios normativos de relevância hierarquicamente superior”. (MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 47).

¹⁷⁰ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 61.

parâmetro instituído no novo Código está em que o sujeito de um direito subjetivo não o pode exercer em afronta à finalidade econômica ou social dele, ou contrariando o princípio da boa-fé ou os bons costumes. Não importa, na caracterização do uso ilícito do direito, a deliberação de malfazer - *animus nocendi*. É suficiente determinar que, sem esta indagação extremamente subjetiva, abusa de seu direito aquele que leva o seu exercício ao extremo de convertê-lo em prejuízo para outrem sem vantagem para si mesmo. O propósito de causar dano não requer apuração de intenção íntima do titular. Induz-se o abuso da circunstância de se servir dele o titular, excedendo manifestamente o seu fim econômico ou social, ou atentando contra a boa-fé ou os bons costumes.¹⁷¹

Vale, ainda, salientar que o instituto do abuso de direito obviamente espalha-se por todo o ordenamento jurídico, não se limitando às situações localizadas diretamente sob a égide do Código Civil. Sustentam essa leitura não só o caráter de norma geral atribuído à Lei Substantiva de 2002 como também a localização do preceptivo dentro do Código – o art. 187 encontra-se em sua “Parte Geral”, não no Livro específico do Direito das Obrigações ou em qualquer outro de sua “Parte Especial”. Some-se, por fim, a interpretação gramatical do dispositivo, que traz apenas o termo “direito”, sem qualquer adjetivação a lhe limitar a amplitude.¹⁷²

Na seara da propriedade intelectual, na mesma esteira em que citamos anteriormente, o exercício do direito de exclusivo conferido pela patente traz ínsita a limitação a outros direitos: a livre iniciativa e a livre concorrência são exemplos inevitáveis, na medida em que o proprietário intelectual pode impedir que outrem explore o conhecimento por ele desenvolvido e protegido, ainda que, num primeiro momento, ele mesmo não esteja obtendo proveitos econômicos.

Cabe-nos, então, verificar em que situações que o exercício do direito de propriedade intelectual escapa de sua normalidade, deixa de atender à sua função social, transmuda-se de incentivo à inovação em instrumento criticável do segundo movimento de cercamento – ou seja, torna-se abusivo.

Partindo dos requisitos para sua concessão, veremos como a análise dessas características pode induzir ao abuso do direito conferido pela patente em duas hipóteses, conhecidas como *evergreening* e *patent trolling*; antes, porém, deitemos os olhos sobre os requisitos exigidos para a concessão de patentes.

¹⁷¹ *Op. cit.*, 2005, p. 675

¹⁷² MARIANO, *op. cit.*, pp. 48-49

2.2 Requisitos para concessão de patentes

A partir da assinatura do Acordo TRIPS,¹⁷³ os países membros da OMC passaram a ter de seguir um padrão mínimo de preceptivos legais definidores do âmbito de proteção aos direitos de propriedade intelectual em seu ordenamento jurídico interno.

Especificamente em relação aos critérios de concessão das patentes de invenção, assunto mais diretamente ligado ao escopo deste trabalho, dispõe o Acordo:

Artigo 27. 1. Nos termos do previsto nos parágrafos 2 e 3, patentes devem estar disponíveis para quaisquer invenções, sejam de produtos ou processos, em todos os campos da tecnologia, desde que sejam **novas**, envolvam um **passo inventivo** e sejam hábeis à **aplicação industrial**.¹⁷⁴
(destaques nossos)

A partir do texto do tratado, portanto, os signatários adaptaram sua legislação para contemplar as três características que fazem do produto ou serviço candidato à proteção patentária, ainda que se valendo de palavras similares.¹⁷⁵ É importante destacar que não existem “patentes internacionais”, ou seja, a proteção ao direito do inventor é limitada ao território do país onde foi requerida e concedida a patente.¹⁷⁶

Novidade é a característica da coisa até então desconhecida, não compreendida no “estado da técnica” – “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”.¹⁷⁷ Dada a abrangência do conceito de novidade, costuma-se afirmar que a invenção, para ser patenteável, deve comprovar a

¹⁷³ Analisaremos o plano de fundo e as características do TRIPS com maior atenção no capítulo seguinte.

¹⁷⁴ “Article 27. 1. Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)**. 1994)

¹⁷⁵ O próprio Acordo TRIPS reconhece os termos “não obviedade” e “utilidade” como sinônimos de “passo inventivo” e “hábil à aplicação industrial” (nota de rodapé nº 5). No Brasil, por exemplo, encontramos, respectivamente, “novidade”, “atividade inventiva” e “aplicação industrial” (BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual).

¹⁷⁶ ZALFA, Viviane Mega de Andrade. **Comprimidos de liberação modificada: análise dos pedidos de patente depositados no Brasil e da utilização destes na prática do evergreening**. 2008. Dissertação (Mestrado em Vigilância Sanitária) – Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2008, p. 3

¹⁷⁷ BRASIL, *op. cit.*

“novidade absoluta”¹⁷⁸ – não pode ser conhecida por qualquer meio em qualquer lugar do mundo.

Passo inventivo, não obviedade ou atividade inventiva é a ação propriamente dita do intelecto humano, aquilo que diferencia a invenção das meras decorrências lógicas ou naturais de determinados fenômenos. Usualmente definida por exclusão, é a criação que não é evidente à luz do estado da técnica anterior para um *expert* no assunto.¹⁷⁹ Segundo Correa:

Uma pessoa habilitada no estado da arte não é apenas um entendido no seu campo técnico, mas uma pessoa que deve ter algum grau de imaginação e intuição. Ele não deve apenas confiar nos documentos encontrados durante a pesquisa sobre a novidade, mas aplicar sua experiência e seu conhecimento. Um examinador como esse deve ser particularmente rigoroso quando examina o passo inventivo.¹⁸⁰

O conceito, porém, é aberto o suficiente para criar realidades diferentes em cada país. A lei brasileira não define com precisão o que chama de atividade inventiva, limitando-se a descrevê-la como “sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica”.¹⁸¹ Entende Zalfa que o produto ou processo não pode “resultar de um simples acaso ou ser encontrado na natureza”, razão pela qual não são patenteáveis “meras combinações de meios conhecidos ou substituições de materiais por outros que sabidamente tenham a mesma função”.¹⁸² A lei mexicana, por sua vez, considera invenção toda criação humana que permita a transformação de matéria ou energia existente na natureza para benefício do homem ou para satisfazer suas necessidades concretas, ao passo que em Taiwan é definida como uma criação de alto nível de conceitos técnicos a partir da utilização de regras naturais. Em todos esses casos, ao fim e ao cabo, o texto legal remete a criações ao invés de simples descobertas do que ainda não havia sido divulgado previamente; não obstante, há jurisdições nas quais descobertas úteis para a solução de um problema são

¹⁷⁸ ZALFA, *op. cit.*, p. 3

¹⁷⁹ PÉREZ, Miriam Martínez. Las patentes sobre ‘second generation products’ utilizadas como estrategia para dilatar la entrada de genéricos en el mercado de la Unión Europea. **CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL**, v. 6, n. 2, p. 175-200, 2014

¹⁸⁰ “A person skilled in the art is not just an expert in his technical field but a person who should have some degree of imagination and intuition. He should not only rely on the documents found in the novelty search, but apply his experience and his knowledge. Such an examiner should be particularly strict when examining the inventive step.” (CORREA, Carlos María. **Guidelines for the examination of pharmaceutical patents**: developing a public health perspective. ICTSD, WHO, UNCTAD (2007). Pharmaceutical Sector Inquiry. Comunidade Europeia. 2009)

¹⁸¹ BRASIL, *op. cit.*

¹⁸² *Op. cit.*, p. 3

patenteáveis.^{183,184} Na prática, diferentes países adotam diferentes metodologias baseadas em indicadores verificados pelo servidor do escritório de patentes responsável pela concessão do direito, sempre lembrando que aquilo que é óbvio ou não óbvio pode variar com o passar do tempo.

Em derradeiro, a aplicação industrial ou utilidade da invenção pressupõe a possibilidade do invento ser “empregado em uma atividade econômica qualquer”.¹⁸⁵ Não pode, porém, ser mera especulação; ela, a invenção, deve ter um uso, uma utilidade: “uma sequência de DNA para a recombinação de um fragmento de gene com uma função bem definida é uma invenção patenteável, enquanto sequência de DNA sozinha sem qualquer indicação de função ou de seus atributos úteis não o é”.^{186,187}

Ainda que fundados em conceitos legais abertos, é certo que os requisitos da novidade e da aplicação industrial não costumam gerar grandes discussões administrativas ou judiciais na prática. Sua verificação dá margens a graus muito estreitos de subjetividade, o que não acontece com o requisito da atividade inventiva. Seja pela falta de pessoas entendidas na área da solicitação da patente, pelo elevado número de pedidos a serem examinados por um número restrito de pessoas ou pela política de desenvolvimento e inovação adotada pelo país, um baixo grau de exigência na interpretação desse conceito leva à concessão de “patentes fracas”, conceito que exploraremos com maior vagar no próximo tópico.

¹⁸³ CORREA, *op. cit.*, p. 3

¹⁸⁴ “La OEP [Oficina Española de Patentes] aplica la prueba de ‘problema-solución’ a la hora de evaluar el requisito de la actividad inventiva, de tal modo que éste quedará acreditado si, ante un problema que necesita ser resuelto, se le da solución a través de la invención” (PÉREZ, *op. cit.*).

¹⁸⁵ ZALFA, *op. cit.*, p. 4

¹⁸⁶ PARKER, Scott; MOONEY, Kevin. Is ‘evergreening’ a cause for concern? A legal perspective. **Journal of Commercial Biotechnology**, v. 13, n. 4, p. 235-243, 2007

¹⁸⁷ “(...) in the area of biotechnology, it needs some consideration, given concerns that patent applications claiming gene-related inventions would block the use of the claimed gene sequence for uses that were not yet known by the applicant and, therefore, would not justify the grant of a patent in respect of the function which the applicant was not even aware of.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Promoting access to medical technologies and innovation**. 2012, p. 59)

2.3 Evergreening

A doutrina de propriedade intelectual atualmente divide as patentes em dois grupos, conforme seu objeto:

a) Patentes primárias (*basic patents*), solicitadas e conferidas para um produto “considerado em si mesmo”: uma nova molécula para um produto farmacêutico, por exemplo;

b) Patentes secundárias (*follow-on patents*), solicitadas e conferidas para aspectos não essenciais do produto objeto da patente primária. Mantendo o exemplo dos medicamentos, seriam polimorfos do princípio ativo,¹⁸⁸ novas formas de dosagem, segunda indicação terapêutica¹⁸⁹ etc.¹⁹⁰

A existência das patentes secundárias não é criticável em si. Desde que obedeçam a todos os critérios de patenteabilidade (novidade, atividade inventiva e aplicação industrial), devem ser concedidas.¹⁹¹

A questão que se coloca é justamente o cumprimento dos requisitos. A partir do momento em que se pleiteia um direito de exclusividade sobre um produto que já se encontra dentro do estado da técnica por conta de uma inovação feita sobre ele, há de se questionar se estamos realmente diante de uma invenção patenteável.¹⁹² Dentro desse campo de análise, o termo “patentes fracas” é comumente utilizado para se referir às proteções concedidas a invenções que cumprem de forma

¹⁸⁸ Chama-se polimorfismo a capacidade dos princípios ativos de adotar diferentes configurações moleculares (PÉREZ, *op. cit.*).

¹⁸⁹ Entende-se por segunda (ou sucessiva) indicação terapêutica a descoberta da possibilidade de usar o mesmo medicamento para uma outra doença (MARQUES, João Paulo F. Remédio. O âmbito de proteção das patentes de uso terapêutico de substâncias químicas compreendidas no estado da técnica e a concessão a terceiros de AIM de medicamentos genéricos contendo o mesmo ingrediente ativo para diferente utilização terapêutica. **Revista de Propriedade intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição**. Aracaju, ano III, n. 5/2014, pp. 323-370, fev/2014).

¹⁹⁰ PÉREZ, *op. cit.*

¹⁹¹ *Ibid.*; PARKER e MOONEY, *op. cit.*

¹⁹² “La calidad de las patentes refleja directamente la calidad y el alcance de la innovación que da lugar a una solicitud de patente. No obstante, es extremadamente complejo determinar precisamente qué nivel de aportación a la ciencia o avance en la misma debería premiarse con un derecho de monopolio. Dado que el plazo de vigencia de una patente siempre es el mismo, y que el derecho concedido siempre es un monopolio, los legisladores y los organismos de examen pretenden establecer el estándar mínimo que merece este nivel de protección, exigiendo que la invención patentable presente las características de novedad y actividad inventiva. La vigilancia necesaria para mantener este estándar en las patentes claramente supone un reto importante.” (EUROPEAN GENERIC MEDICINES ASSOCIATION. **Barreras de entrada a los medicamentos genéricos en la Unión Europea**: un análisis de las debilidades del actual sistema europeo de patentes, y su impacto en el acceso al mercado de los medicamentos genéricos. 2008, p. 13)

duvidosa os parâmetros de concessão, diuturnamente por conta de dois fatores: a baixa qualidade das solicitações e a avaliação pouco rigorosa dos escritórios de patentes.¹⁹³

Em relação à qualidade dos pedidos depositados, afirma Pérez que “frequentemente as solicitações apresentadas carecem de qualquer mérito inovador”, sugerindo que houvesse uma “obrigação legal que fizesse possível exigir dos solicitantes um dever de franqueza e boa-fé na apresentação de solicitações”,¹⁹⁴ além de obrigar-lhes a divulgar todas as informações relevantes para a análise do pedido.

Sobre o segundo fator, explica Pérez, citando o exemplo das patentes na União Europeia:

Em segundo lugar, em referência ao exame pouco rigoroso dos requisitos de patenteabilidade, o problema nasce ante a falta de recursos suficientes por parte dos escritórios de patentes para levar a cabo corretamente o mencionado exame. O número de solicitações de patentes apresentadas para o Escritório Europeu de Patentes vem aumentando de forma dramática nas últimas décadas. Isso se traduz em um número escasso de horas que o examinador pode dedicar à análise de cada pedido de patente. Essa carência poderia ser corrigida aumentando-se o número de examinadores. Preservar a qualidade das patentes secundárias, e em geral de todas as patentes, passa por uma aplicação estrita dos requisitos de patenteabilidade, principalmente os da novidade e da atividade inventiva.¹⁹⁵

A dificuldade que circunda a verificação desses requisitos resulta muitas vezes da ausência de publicações sobre o tema, diminuindo o campo dos estudos do responsável pela concessão da patente, que deve apurar a sua obviedade ou não obviedade. A proteção patentária não pode ser usada para pequenas inovações que não são mais que propriedades inerentes ao próprio produto já protegido.^{196,197}

¹⁹³ PÉREZ, *op. cit.*

¹⁹⁴ “A menudo, las solicitudes presentadas carecen de cualquier mérito innovador. Debiera existir una obligación legal que hiciese posible exigir a los solicitantes un deber de franqueza y buena fe en la presentación de solicitudes; además de obligarles a divulgar toda la información por ellos conocida y que fuese relevante a efectos de examen de la patentabilidad de la invención”. (*Op. cit.*)

¹⁹⁵ *Ibid.* (“En segundo lugar, en referencia al examen poco riguroso de los requisitos de patentabilidad, el problema nace ante la falta de recursos suficientes por parte de las oficinas de patentes para llevar a cabo dicho examen correctamente. El número de solicitudes de patentes presentadas ante la Oficina Europea de Patentes se ha visto incrementado de forma dramática en las últimas décadas. Esto se traduce en el escaso número de horas que el examinador puede dedicarle al análisis de cada solicitud de patente. Esta carencia podría corregirse aumentando el número de examinadores. Preservar la calidad de las patentes secundarias, y en general de todas las patentes, pasa por una aplicación estricta de los requisitos de patentabilidad, concretamente los de novedad y actividad inventiva.”)

¹⁹⁶ *Ibid.*

Essas condições peculiares da *praxis* dos sistemas patentários ao redor do mundo permitem que empresas ligadas à inovação se valham das patentes secundárias para criar um “matagal” (*thicket*) de patentes, uma densa rede na qual os direitos de propriedade intelectual se sobrepõem e se entrelaçam de forma a dificultar sobremaneira o trabalho das empresas que pretendam explorar a tecnologia.¹⁹⁸

Como cada nova patente secundária obtida é, para todos os efeitos, uma nova patente, tem ela novo prazo de 20 (vinte) anos de validade contado de seu depósito. Esse procedimento permite, destarte, a visualização de um fenômeno conhecido como *evergreening*, ou perenização dos direitos de propriedade intelectual.

Atuando de forma estratégica para impedir que as empresas concorrentes, interessadas na exploração da tecnologia previamente objeto de uma patente primária, ingressem no mercado por meio da engenharia reversa, as empresas inovadoras depositam inúmeros pedidos de patentes secundárias para garantir o direito de exploração econômica exclusiva por mais tempo. No mais das vezes, esses pedidos não resultam de qualquer atividade inventiva ou trazem em si qualquer benefício para a inovação,¹⁹⁹ porém algumas são concedidas por força do contexto mencionado acima.²⁰⁰

¹⁹⁷ Parker e Mooney, por outro lado, anotam que não há que se medir a inovação – pequena, média ou grande, estando presente, a patente deve ser concedida. “*Accordingly, the distinction made by the FDA between the ‘most innovative’ types of new drugs, those that provide ‘moderate innovation’ and ‘modest innovation’ is irrelevant when assessing patentability. There are no gradations of novelty or non-obviousness*”. A lição é antiga e já era recitada por Kitch (1977): “*these forcing rules however, would be of little effect if a valid patent application had to disclose an invention in fully developed or commercially valuable form. It need not. The application need only disclose an invention that works. If the claim is for a battery, it must produce current – not much, not reliably, nor inexpensively. If the claim is for a copying process, the copies need not be legible, cheap or useful, but they must in some sense be copies. Indeed, the application need not show that the inventor has actually made the invention work. If the instructions can later be followed and they work, the patent is good. The combined effect of these rules is that whenever a technological innovation has been discovered, it is risky not to immediately seek a patent – even though the practical significance of the innovation may be but dimly perceived.*” (PARKER e MOONEY, *op. cit.*)

¹⁹⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION. **To promote innovation:** the proper balance of competition and patent law and policy. 2003, p. 6

¹⁹⁹ *Ibid.*, pp. 6-7

²⁰⁰ “*En la industria farmacéutica, se ha convertido en práctica habitual entre los titulares de las patentes de casi todos los medicamentos estrella ampliar el monopolio de mercado más allá del período inicialmente concedido por la patente básica sobre su principio activo. Una de las estrategias empleadas es la utilización de patentes de segunda generación relativas a características no-essenciales, una práctica conocida como perpetuación o evergreening. Los innovadores presentan*

Os defensores do sistema lembram que a patente secundária, justamente por, em tese, ter passado pelos critérios de patenteabilidade, não pode ser considerada nefasta para o mercado. Discutem essa conclusão da alegada perenização dos direitos de patente com base no alcance da patente secundária: ela se limitaria ao novo uso ou nova característica desenvolvida para o produto, não impedindo a exploração econômica da versão original. Caberia somente ao mercado, em sua visão mais liberal, a decisão sobre as vantagens e desvantagens de cada uma das apresentações do produto. Nas palavras de Parker e Mooney:

Um corolário importante da proibição do “duplo patenteamento” é que a patente que cobre uma versão melhorada de um produto farmacêutico (ou qualquer outro) não afasta a empresa de genéricos de copiar em todas as formas o produto original uma vez que as patentes que o protegiam tenham expirado. Por exemplo, se uma empresa que vende um produto farmacêutico patenteado o reformula como um xarope para administração pediátrica e então solicita a patente dessa nova fórmula, a competição genérica sobre a formulação original para adultos será possível uma vez que sua patente tenha expirado ou seja invalidada. A existência da patente sobre a fórmula pediátrica não vai atrasar ou evitar a competição genérica sobre a formulação original. A companhia inovadora continuará, entretanto, a ter o direito de exclusividade para vender a fórmula pediátrica pelo tempo de vida restante da patente respectiva.

Se no exemplo acima o avanço feito não fosse uma fórmula pediátrica, mas uma formulação de lenta administração que permitisse a ingestão do medicamento apenas uma vez por dia, aumentando a adesão do paciente ao produto como resultado da maior conveniência, médicos e pacientes terão uma escolha entre as versões genéricas da fórmula original ou o novo produto a ser ingerido uma vez por dia tão logo a patente sobre o primeiro expire. As patentes sobre a versão de lenta administração não vão atrasar ou evitar que a versão original seja comercializada. O mercado decidirá, então, se os benefícios oferecidos pela fórmula melhorada fazem valer a pena pagar por eles em face de versões mais baratas do produto original. A resposta para essa questão irá inevitavelmente variar de mercado para mercado e entre as diferentes populações de pacientes. Em qualquer caso, o paciente aparentemente irá se beneficiar do aumento das opções disponíveis.²⁰¹

numerosas solicitudes de patentes de segunda generación que cubren el medicamento, con la esperanza de que al menos una de ellas sea concedida y supere cualquier proceso que se inicie en su contra.” (EUROPEAN GENERICS MEDICINE ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 13).

²⁰¹ *Op. cit.* (“An important corollary to the prohibition on ‘double patenting’ is that patent covering an improved version of a pharmaceutical (or any other) product does not preclude a generic company from copying all forms of the originator product once the patents protecting these forms have expired. For example, if a company selling a patented pharmaceutical reformulates that product as a syrup for paediatric administration and then patents the new formulation, generic competition to the original adult formulation will be possible once the patents covering it expire or are invalidated. The existence of the patent on the paediatric formulation will not delay or prevent generic competition on the original formulation. The innovator company will, however, continue to have the exclusive right to sell the paediatric formulation for the remainder of the life of the patent covering this specific improvement. If in the above example the improvement made is not a paediatric formulation but a slow release formulation that allows once daily dosing and so improves patient compliance as a result of increased convenience, doctors and patients will have a choice between generic versions of the original formulation or the new once-daily product once any patent on the original formulation expires. The patents on the slow release formulation will not delay or prevent marketing of the original formulation.

O argumento, apesar de tecnicamente irrepreensível, não se sustenta diante da realidade das forças que definem os rumos do mercado. O poder econômico dita muitas das regras em qualquer relação econômica, de sorte que não se encontra na prática uma concorrência perfeita. Seguindo no exemplo dos medicamentos, obtida uma patente secundária, principalmente se relacionada a um produto líder de vendas (*blockbuster*), a indústria farmacêutica não poupará esforços publicitários para convencer médicos e pacientes que seu “novo” produto é muito mais eficaz e confiável do que os genéricos à disposição.^{202,203}

Outrossim, a concessão de “patentes fracas” pode ter efeitos negativos para a concorrência, aspecto que exploraremos com mais vagar no tópico 2.4, *infra*.

Um exemplo concreto ocorreu na União Europeia com o medicamento Fosamax, do laboratório Merck Sharpe & Dohme. Após a obtenção de um emaranhado de patentes secundárias, quando teve diversas delas declaradas inválidas por tribunais de diferentes países, lançou ao mercado o remédio Fosavance – que se trata do mesmo alendronato sódico associado a uma pequena dose de vitamina D, o que não lhe soma qualquer valor terapêutico substancial. Quando as patentes que protegiam o Fosamax (e o alendronato sódico) expiraram, as ações de *marketing* do laboratório já haviam conseguido migrar o público do medicamento original para o Fosavance, ele também objeto de patente específica.²⁰⁴

Seus defensores cunharam o termo “patentes estratégicas” para contrapor a crítica sobre essa espécie de planejamento, o qual seria absolutamente lícito por utilizar exclusivamente previstos na legislação e tratados internacionais sobre o tema.²⁰⁵ Por outro lado, a maior parte da doutrina pesquisada para a elaboração do presente trabalho caminha em outra direção. Como no exemplo citado, a doutrina

The market will then decide whether the benefits offered by the improved formulation make it worth paying for in the face of cheaper versions of the original product. The answer to this question will inevitably vary from market to market and between different patient populations. Either way the patient would appear to benefit from the increased choice available.)

²⁰² PÉREZ, *op. cit.*

²⁰³ “Em um mercado perfeito, compradores e vendedores são seguidores de preço que percebem o poder estrutural das forças de mercado da oferta e demanda que estão além do seu controle. Mas se diferenciarem suficientemente seu produto para criar um mercado imperfeito, podem conseguir um poder de preço e se tornar mais determinadores do que seguidores de preço. A propaganda que cria uma lealdade à marca é um bom exemplo disso.” (NYE JR., Joseph S. **O futuro do poder**. São Paulo: Benvirá, 2012, p. 82)

²⁰⁴ EUROPEAN GENERIC MEDICINES ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 16

²⁰⁵ PARKER e MOONEY, *op. cit.*

identifica uma série de usos alegadamente abusivos do instituto das patentes para a perenização do direito de exclusividade:²⁰⁶

a) Novo uso ou segundo uso, quando a patente secundária é concedida para proteger a descoberta de uma nova possibilidade de uso do produto não prevista inicialmente, sem que tenha havido qualquer incremento no produto. Exemplo: descoberta de que o AZT, desenvolvido para o tratamento de algumas espécies de câncer, seria bastante efetivo no combate ao HIV.²⁰⁷ Questiona-se a existência de atividade inventiva em patentes desse tipo, dado que se trata de simples descoberta;

b) Patentes de associação fixa (*combo patents*), que protegem a junção de dois produtos objetos de patentes específicas anteriores como se fosse algo novo, porém não há qualquer inovação em nenhum deles. Exemplo: a patente concedida para o medicamento Caduet, da Pfizer, que nada mais é do que a associação de atorvastatina com amlodipina, ambos já objetos de privilégio da própria Pfizer.²⁰⁸ Mais uma vez a proteção carece de atividade inventiva, na medida em que o paciente poderia tomar dois comprimidos e obter o mesmo efeito;

c) Polimorfos e isômeros óticos, que Arruda e Cerdeira chamam de “patentes de seleção”.²⁰⁹ Consistem na solicitação de privilégios de exclusividade sobre formas diferentes da molécula do mesmo princípio ativo já conhecido, ou seja, o conhecimento já pertence ao estado da técnica;

d) Patentes de constituição, cujo objeto é o mesmo produto já protegido, apenas apresentado em uma nova forma de uso. Exemplo: as diversas patentes concedidas sobre o ofloxacino, uma para forma oral, outra para uso intravenoso e

²⁰⁶ Vale citar também a lição de Correa: “*éstas incluyen las llamadas estrategias de blanketing -cuyo fin es crear una "jungla" o "campo minado" con patentes sobre cada etapa de un procedimiento de fabricación -floodíng -consistente em obtener numerosas patentes en tomo del mismo producto-, y fencing -cuyo objetivo es bloquear las líneas de investigación en torno de productos protegidos. Naturalmente, sólo las empresas que cuentan con grandes presupuestos para tramitar patentes y embarcarse en costosos litigios judiciales pueden hacer uso de estas estrategias.*” (CORREA, Carlos María. *Patentar inventos o inventar patentes: medicamentos, propiedad intelectual y abusos del poder del mercado. Le Monde Diplomatique en español*, 19 mar. 2010)

²⁰⁷ ARRUDA, Gustavo Fávoro; CERDEIRA, Pablo de Camargo. **Patentes de medicamentos e saúde pública**. In: RODRIGUES JR., Edson Beas; POLIDO, Fabrício (orgs.). **Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2007, p. 123

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 125

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 127

ainda outra para uso tópico ocular.²¹⁰ A falta de novidade como requisito para patente é evidente nesse caso. Seria o mesmo que patentear novamente o produto porque foi alterado o formato de sua embalagem.

O espriar dessas condutas entre as indústrias inovadoras transformou os mercados por elas explorados, na medida em que as estratégias de todos os atores passam a depender de uma análise meticulosa de todas as patentes em vigor para cada produto, ainda que eles não mereçam mais a proteção jurídica nos termos estudados anteriormente. O tamanho dessa influência e das falhas de mercado criadas são objeto do tópico seguinte.

2.4 Influências do *evergreening* no direito da concorrência

A relação entre os direitos de propriedade intelectual e o direito da concorrência foi, no seu início, bastante controversa. Afinal, cada um deles parece defender pontos de partida diametralmente opostos e, em uma primeira análise, mutuamente excludentes: enquanto os primeiros servem para garantir a exclusividade na exploração econômica de um determinado item, afastando com isso eventuais concorrentes, o segundo busca exatamente afastar o abuso de poder econômico e garantir a presença do maior número possível de atores em cada mercado relevante.²¹¹

Essa percepção perdurou por algumas décadas, por força da leitura dominante de que os direitos de propriedade intelectual assemelhar-se-iam a monopólios, “no sentido de os detentores desses direitos estarem autorizados, por força dos dispositivos legais, a impedir que terceiros ofertem seu produto”.²¹² É a posição de Rocha:

Tais formas de recompensa/incentivo viriam por meio de uma exclusividade temporária sobre a ideia ou invenção, reconhecida pelo Estado. Assim, a maneira mais simples, mais barata e mais efetiva para a sociedade garantir

²¹⁰ *Ibid.*, p. 128

²¹¹ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 16, n. 1, 2009, pp. 121-147; ROSENBERG, Barbara. **Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual**. In: ZANOTTA, Pedro e BRANCHER, Paulo (orgs.). **Desafios atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2008, pp. 169-189

²¹² ROSENBERG, *op. cit.*, pp. 171-172

os incentivos é conceder e garantir monopólios temporários na forma de direitos exclusivos de patente sobre invenções.²¹³

Partia-se, então, do pressuposto de que o monopólio é nocivo quando comparado aos benefícios ao bem-estar social criados pela existência de concorrência, na visão da teoria econômica tradicional de que há maiores incentivos “para os agentes econômicos atuarem de forma a incrementar o bem-estar social, seja na forma de melhores produtos ou processos, seja na forma de preços mais baixos, naquelas situações em que o grau de concorrência é superior”.²¹⁴

Segundo a doutrina mais recente, contudo, o termo “monopólio”, quando tratamos da concessão de uma patente, por exemplo, não é adequado para classificar a relação de exclusividade de seu detentor com os demais agentes econômicos. Afinal,

A propriedade intelectual pode oferecer uma vantagem importante, mas não é um monopólio. Num monopólio, especialmente quando for criado por iniciativa governamental, como é frequente em muitos países comunistas e em desenvolvimento, a empresa, na verdade, não fracassa porque ela é protegida. A propriedade intelectual protege a ideia, a invenção, a expressão criativa, mas não a empresa. No caso da propriedade intelectual, o produto da mente pode fracassar ou ser suplantado no mercado. No caso de um monopólio, é a própria empresa o objeto de proteção.²¹⁵

A partir dessa noção, foi possível enxergar que os direitos de exclusivo e a proteção da concorrência, longe de serem antagônicos, são, na verdade, institutos complementares na visão neoliberal de que serve o direito ao desenvolvimento econômico e social. Explica Rosenberg:

Com efeito, a legislação de defesa da concorrência e a legislação de propriedade intelectual visam a promoção da eficiência econômica, ainda que por meios complementares e aparentemente antagônicos. Se, por um lado, a exclusividade na exploração dos direitos de propriedade intelectual pode mitigar a concorrência *estática* e criar ineficiências alocativas que resultam em custos sociais, por outro lado essa exclusividade tem efeitos positivos, em termos de eficiência dinâmica, na medida em que estimula a concorrência pela inovação. Diante disso, pode-se afirmar, portanto, que os direitos de propriedade intelectual e o direito concorrencial perseguem a promoção do bem-estar social, ainda que por meios diversos.²¹⁶

Carvalho exemplifica alguns desses efeitos positivos potencialmente obtidos pelo sistema patentário:

²¹³ *Op. cit.*, p. 4284

²¹⁴ ROSENBERG, *op. cit.*, p. 173

²¹⁵ SHERWOOD *apud* ROCHA, *op. cit.*, p. 4286

²¹⁶ ROSENBERG, *op. cit.*, p. 174-175

(i) incentiva as invenções (e inovações) no sector privado, motivadas pelos benefícios potenciais associados a uma situação monopolista; (ii) incentiva a divulgação de informação científica e técnica, que de outro modo seria protegida pelo segredo industrial, e cria condições para o avanço no conhecimento; (iii) pode evitar o desperdício de recursos em actividades de I&D porque a divulgação da informação evita o esforço de outros na procura dessa informação; (iv) as patentes podem promover a transferência de tecnologia através do licenciamento; (v) pode ter um impacto concorrencial positivo quando facilitam a entrada no mercado e a criação de empresas, que pode acontecer quando as pequenas empresas detentoras de patentes conseguem impor os seus direitos junto de grandes empresas.²¹⁷

A afirmação pacificadora parte do pressuposto, obviamente, de que os direitos de propriedade intelectual estejam sendo utilizados com vistas ao desenvolvimento tecnológico e que as descobertas daí advindas estejam sendo postas à disposição da sociedade. Contudo, é fato que o poder econômico, muitas vezes indissociável do portfólio de patentes detidas por um determinado agente, é capaz de desbalancear a relação sadia com o direito da concorrência. É de se perguntar em que medida o abuso do direito de propriedade intelectual implica prejuízos à livre concorrência de forma a ser coibida pelo Estado. Conforme anota Cueva:

(...) tem havido, sobretudo nos EUA, desde meados da década de 1980, um expressivo aumento do número de patentes registradas, o que talvez possa ser explicado não apenas pela expansão da pesquisa em muitas áreas, mas também pela crescente função de bloqueio das patentes, que acabam por prestar-se a dificultar o acesso de concorrentes ao mercado, além de servirem de instrumentos para alavancar o poder de barganha das empresas em negociações de consórcios de patentes e de licenças cruzadas.²¹⁸

Essa análise, apesar de recente no Brasil, já é objeto de diversos estudos no direito anglo-saxão. A partir da experiência dos países de tradição da *common law*, mormente os Estados Unidos da América, a Tabela 1 demonstra a evolução da interpretação da influência da propriedade intelectual sobre a livre concorrência:

²¹⁷ CARVALHO, Adão. **Racionalidade econômica dos direitos de propriedade intelectual.**

Documento de trabalho nº 2004/10. Universidade de Évora – Departamento de Economia, p. 7

²¹⁸ *Op. cit.*, p. 122

Tabela 1 – Evolução da interpretação da relação entre propriedade intelectual e livre concorrência

Período	Visão
1890-1920	A propriedade intelectual é lícita por si só; sendo um “monopólio” legal, não poderia ela ser, ao mesmo tempo, ilícita.
1920-1980	É lícita a propriedade intelectual cuja prática se encontre dentro do escopo do direito de exclusividade conferido.
1980-dias atuais	A patente é um insumo como qualquer outro. Seu uso será lícito conforme exista ou não concorrência entre diversos produtos substitutos.

Fonte: elaboração do autor, a partir dos dados disponibilizados por Rosenberg²¹⁹

No cenário contemporâneo, em que os escritórios de proteção à concorrência adotam, em geral, a teoria da concorrência-meio,²²⁰ o julgamento da licitude na exploração dos direitos conferidos pela patente passa, necessariamente, pela verificação da existência de poder de mercado²²¹ da detentora da propriedade intelectual. A existência da exclusividade não pode ser considerada como uma restrição nefasta à concorrência *per se*, senão após sua contextualização dentro do mercado relevante. É a chamada “regra da razão”,²²² segundo a qual

Se, após a definição de mercado relevante, ficar demonstrada a existência de poder de mercado, a análise deve prosseguir a fim de que se verifiquem os efeitos da prática restritiva, para, somente na hipótese de se constatar efeito líquido negativo à concorrência, adotar-se remédio consoante os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima.²²³

Se a investigação sobre a licitude do exercício do direito de propriedade intelectual no âmbito concorrencial flui necessariamente sobre as vantagens sociais do ato econômico, os abusos de direito já estudados serão objetos inafastáveis dessa análise.

²¹⁹ *Op. cit.*, pp. 180-183

²²⁰ “A livre concorrência pode ser concebida como uma concorrência-fim (Escola de Harvard) ou como uma concorrência-meio. No primeiro caso, a finalidade da defesa da concorrência é um valor absoluto – tanto que se proíbe a conduta que possa causar danos potenciais à concorrência. Já a segunda escola vê na concorrência um meio, um instrumento de busca de eficiência alocativa de recursos sociais – o que permite o prestígio a condutas monopolistas, p. ex., desde que a eficiência alocativa advenha como resultado delas”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Os princípios constitucionais da atividade econômica. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 45, n. 0, 2006, pp. 109-110)

²²¹ “Market power is the ability profitably to maintain prices above, or output below, competitive levels for a significant period of time.” (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE e U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION. **Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property**, de 6 abr. 1995)

²²² Para uma análise detalhada da aplicação da regra da razão pelo CADE, v. CUEVA, *op. cit.*

²²³ CUEVA, *op. cit.*, p. 147

Na seara do uso (ou abuso) estratégico das patentes para perenização dos direitos por ela conferidos, salta a importância de se verificar a relação do tempo de exclusividade conferido pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, não estaria o *evergreening* radicado no superdimensionamento da duração da patente, maculando, assim, a concorrência?

O debate sobre a duração ideal da patente expõe a tentativa de reunir duas questões basilares no cenário comparativo entre o direito individual da propriedade e os direitos sociais de participar das evoluções tecnológicas. Ficam frente a frente o interesse das empresas inovadoras de obter maiores ganhos financeiros pelo uso exclusivo – quanto maior o período, melhor – e os prejuízos ao livre mercado, reduzida que fica a atuação dos concorrentes enquanto perdurar a patente – quanto maior o período, pior.²²⁴

Nordhaus, em 1969,²²⁵ foi o pioneiro nessa discussão:

Quais são os aspectos que determinam a duração (life) óptima de uma patente? A medida que a duração aumenta, duas forças antagônicas afectam o nível de bem-estar económico. Primeiro, uma duração mais longa aumenta a invenção e resulta assim num saldo favorável de resultados (outputs) para cada nível de investimento (inputs). Isto é um resultado positivo. Segundo, uma duração mais longa significa que o monopólio da informação dura mais tempo e assim há mais perdas de ineficiências associadas com o monopólio. A duração óptima de uma patente é o ponto no qual as duas forças se equilibram na margem.

A partir daí, diversos estudos foram apresentados divulgando conclusões bastante díspares sobre a duração óptima de uma patente.²²⁶ O ponto de toque de todos eles, contudo, é a constatação de que um período fixo para toda e qualquer indústria ou inovação é sempre sub-ótimo, porque ignora aspectos essenciais para a definição de uma retribuição justa ao inventor: elasticidade da demanda, âmbito de proteção, modelos estáticos e dinâmicos de concorrência, estratégia de investimento, entre outros.²²⁷

Destarte, dever-se-ia buscar um sistema no qual o período de exclusividade variasse conforme o mercado atingido, possibilitando a análise incidental, caso a

²²⁴ CARVALHO, 2004, *op. cit.*, p. 6

²²⁵ *apud* CARVALHO, 2004, *op. cit.*

²²⁶ Os resultados variam desde 13 (treze) a 30 (trinta) anos até 17 (dezessete) a 20 (vinte) anos, dependendo das variáveis consideradas pelo pesquisador. Para maiores detalhes, v. Carvalho (2004, *op. cit.*, pp. 10-12).

²²⁷ CARVALHO, 2004, *op. cit.*, p. 10; ALBUQUERQUE, 1998a.

caso, de cada pedido. É de ser reconhecido, não obstante, que essa solução ideal esbarra em altíssimos custos administrativos, sem contar o elevado grau de detalhamento (com prejuízos à compreensão, portanto) exigido da legislação aplicável.

De toda forma, por qualquer ótica que se adote, é certo que a extensão da garantia patentária não pode se prolongar *ad infinitum*, vez que a distorção à livre concorrência e ao livre mercado atingiria níveis incontornáveis. Donde se conclui que as medidas tendentes ao *evergreening*, por exemplo, extrapolam o uso corriqueiro do direito de propriedade intelectual e configuram restrições antijurídicas de acesso ao mercado.

Essa posição foi reconhecida, inclusive, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em decisão seminal sobre a prática da perenização dos efeitos da patente. No caso, o laboratório AstraZeneca foi condenado por duas práticas: a prestação de informações enganosas a serviços de patentes de diversos países europeus para a obtenção de direitos de exclusividade que, pela legislação aplicável, não fazia jus e pela solicitação de revogação antecipada da autorização da venda de seu medicamento patenteado à base de omeprazol para dificultar o acesso de medicamentos genéricos no mercado.^{228,229}

²²⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Processo T-321/05**. Concorrência - Abuso de posição dominante - Mercado dos medicamentos contra as úlceras - Decisão que constata uma violação do artigo 82.º CE - Definição de mercado - Pressões concorrenciais significativas - Utilização abusiva dos procedimentos relativos aos certificados complementares de protecção para os medicamentos e dos procedimentos de autorização de colocação no mercado de medicamentos - Declarações enganosas - Revogação das autorizações de colocação no mercado - Obstáculos à colocação no mercado de medicamentos genéricos e às importações paralelas - Coimas.

²²⁹ Pela sua pertinência e precisão teórica, vale transcrever os seguintes trechos do acórdão: “Segundo jurisprudência constante, o conceito de exploração abusiva é um conceito objectivo que visa os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado, no qual, precisamente em consequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm por efeito impedir, através do recurso a mecanismos diferentes dos que regulam a concorrência normal de produtos ou de serviços com base nas prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência (...). Consequentemente, a Comissão aplicou de forma correcta o artigo 82.º CE, ao considerar que constituía um abuso de posição dominante a apresentação, por uma empresa que goza de tal posição, de declarações objectivamente enganosas aos serviços de patentes, susceptíveis de levarem estes últimos a conceder-lhes CCP [Certificado Complementar de Protecção] às quais não tem direito ou a que tem direito por um período mais limitado e, por essa via, a eliminar a concorrência. O carácter objectivamente enganoso dessas declarações deve ser apreciado à luz das circunstâncias e do contexto específicos de cada caso. No presente processo, a apreciação factual operada pela Comissão a este respeito é objecto do segundo fundamento.”

Já no que toca à própria concessão de “patentes fracas”, seus efeitos sobre o direito da concorrência podem ser bastante negativos, diante do poder de negociação conferido aos seus titulares nos acordos de licenciamento cruzado de patentes:

Acordos de licenciamento cruzado e *pools* de licenciamento são usualmente eficientes e pró-competitivos. Há, contudo, vários caminhos pelos quais patentes pendentes podem ser usadas de forma anticompetitiva nesses contratos. Eles incluem barreiras à entrada e cenários de *patent flooding*, onde uma firma dominante requer uma grande quantidade de patentes de baixa qualidade que estão próximas da patente original da outra companhia, com o objetivo de manter o concorrente fora do mercado ou forçá-lo a licenciar sua valiosa tecnologia, frequentemente sem a cobrança de *royalties*. Essas estratégias se baseiam no fato de que mesmo patentes fracas pendentes de análise podem ter um efeito poderoso na competição. A vítima provavelmente não terá tempo ou recursos para determinar a validade de tantas patentes pendentes e há uma boa chance de ao menos alguma fração delas ser concedida. Além do mais, o risco de infringir uma patente fraca pendente ou concedida pode ser extremamente alto no caso da validade dela ser mantida, o que implicará indenizações substanciais ao seu proprietário.²³⁰

Resta, ainda, analisar a ação de empresas voltadas exclusivamente à aquisição de patentes para inviabilizar o desenvolvimento econômico alheio, objeto do último tópico deste capítulo.

2.5 *Patent trolls*

A multiplicação da concessão de patentes, com a criação dos “matagais” já referidos, nos mercados sujeitos a uma maior tendência de inovação, como a indústria farmacêutica e a de tecnologia da informação, tem como efeito a criação de um novo mercado, cujo objeto é o fluxo de transações comerciais envolvendo direitos sobre a propriedade intelectual. Como vimos, o segundo movimento de cercamento, ao atribuir direitos quase irrestritos de propriedade às criações do intelecto humano, transformou-as em mercadoria – passíveis, portanto, de serem negociadas entre os atores do mercado de tecnologia.²³¹

²³⁰ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Policy roundtables:** competition, patents and innovation II. 2009, p. 8

²³¹ V. tópico 1.2, *supra*.

Vuorinen divide esses atores em três grupos:²³² os inovadores (“*innovators*”), que investem em P&D e obtêm as patentes para as invenções que desenvolvem; os produtores (“*producers*”), que operacionalizam uma patente ao dar aplicação industrial ao invento; e os especuladores (“*rent seekers*”²³³), entidades que usam as patentes para obter renda com seu licenciamento.

O último grupo é o que demanda atenção em sua forma de atuar, porque transita no limiar entre a exploração razoável da exclusividade e o abuso desse direito. Inicialmente, deve-se diferenciar a razão do não uso da patente pelo seu proprietário e, ao mesmo tempo, se a decisão é tomada em virtude de uma finalidade lucrativa.

No primeiro caso, são normalmente classificados os inventores pessoa física, que não possuem condições materiais de produzir o objeto de seu exercício intelectual, e as universidades e outras instituições sem fins lucrativos, que usualmente reúnem diversas patentes aguardando interessados em sua exploração. Tais pessoas são denominadas “entidades não exercentes” – “*nonpracticing entities*”.²³⁴ No segundo caso, quando a razão de ser da entidade é unicamente a aquisição de patentes para ameaçar e efetivamente processar outras empresas sob a alegação de que infringem seus direitos de propriedade intelectual, têm recebido o nome de “*patent trolls*” – nos dizeres de Peter Detkin, ex-conselheiro da Intel, “alguém que tenta conseguir muito dinheiro de uma patente que ele não está explorando, não tem intenção de explorar e na maioria dos casos nunca explorou”. O “*patent troll*”, em vez de produzir riquezas, obtém, licencia e exige judicialmente o respeito a suas patentes.^{235,236}

²³² VUORINEN, Jarkko. The challenge of patent trolls. **International conference on legislative studies**. Helsinque, 2008, p. 259

²³³ A expressão *rent seeker* não encontra perfeita tradução para o Português. Explica Vuorinen: “*rent seeking describes a behavior when a company seeks to make money by manipulating the economic or legal environment rather than by trade and production of wealth*”. (*Ibid.*, p. 261)

²³⁴ “*A nonpracticing entity (NPE) is defined as an entity that does not have the capability to design, manufacture, or distribute products with features protected by the patent*”. (PRICEWATERHOUSE COOPERS. **2014 Patent Litigation Study**: as case volume leaps, damages continue general decline, p. 27)

²³⁵ MCDONOUGH III, James F. **The myth of the patent troll**: an alternative view of the function of patent dealers in an idea economy. Law & Economics Research Paper Series n. 07-7, v. 56. Emory University School of Law: 2006, p. 192

²³⁶ O termo “*troll*” é obviamente pejorativo, resultante da carga crítica sobre a atuação dessas entidades no mercado. Remete ao monstro da mitologia escandinava, grande, pesado e violento.

Vuorinen oferece uma visão mais analítica para separar o “*troll*” dos NPE’s.

Segundo o autor:

O termo “patent trolls” possui as seguintes características: companhias proprietárias de muitas patentes e que procuram obter acordos para evitar o incômodo daqueles que alegam ser infratores; companhias que exigem judicialmente o respeito a patentes em uma área onde não tem atividade comercial efetiva; companhias que ameaçam com litígios sobre uma patente muito vaga ou genérica; companhias que adquirem patentes para gerar receita e, finalmente, uma combinação de tudo que foi dito acima.²³⁷

Sua presença no mercado é tida pela maioria dos agentes econômicos como nefasta e prejudicial, justamente porque a preocupação dessas empresas não é encontrar uma solução “ganha-ganha” em caso de utilização concomitante do conhecimento tecnológico. Os “*trolls*” nada produzem e nada querem produzir, de sorte que suas ações judiciais, ou o simples temor de que sejam movimentadas, leva ao pagamento dos maiores *royalties* possíveis no licenciamento da patente e, conseqüentemente, a uma elevação dos preços dos produtos e serviços ao consumidor final. Outrossim, nada têm a perder ao processar qualquer indústria. O próprio mercado de patentes possui um sistema interno de freios e contrapesos que consiste na contramedida judicial em face da empresa que, em vez de negociar um licenciamento cruzado, por exemplo, prefere levar a cabo as medidas jurídicas aplicáveis. Em outras palavras, quando o fabricante de um determinado produto é processado ou ameaçado de ser processado por outra indústria detentora de um direito de exclusividade, é usual que ele traga para a mesa de negociação a ameaça de que revidará a ofensiva judicial com base em uma patente sua. Como o “*patent troll*” não atua diretamente no mercado, é imune a essa contramedida e livre para exigir vultosos *royalties*.²³⁸

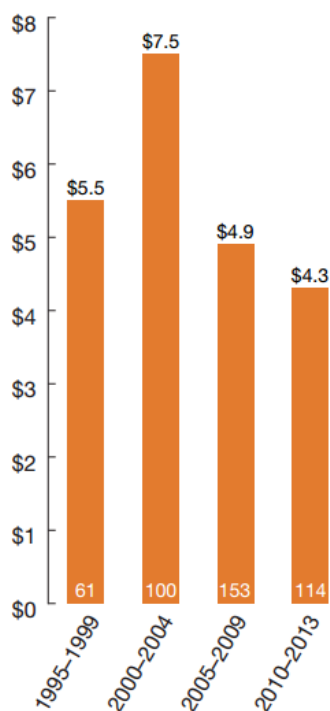
Os efeitos de sua atuação podem ser medidos nos números do Poder Judiciário. Somente nos Estados Unidos da América, onde estão disponíveis os dados mais recentes sobre essa questão, 67% (sessenta e sete por cento) das ações judiciais sobre direitos patentários ajuizadas em 2013 foram movidas por NPE’s, porém apenas 20% (vinte por cento) das decisões judiciais publicadas

²³⁷ VUORINEN, *op. cit.*, p. 260. (“*The term patent trolls has at least the following characteristics: companies owning many patents and seeking ‘nuisance-value’ settlements from alleged infringers; companies that enforce patents in an area where they are not commercially active; companies which threatens litigation on an overbroad or vague patent; companies which acquire patents for generating revenue and finally a combination of the above.*”)

²³⁸ *Ibid.*, pp. 258; 261-262

envolveram essas entidades, estampando a tendência de que seus processos terminem em acordo entre as partes.²³⁹ Sua atuação estratégica leva em conta também o foro para ajuizar a ação: a jurisprudência local indica quais órgãos do Poder Judiciário seriam mais “amigáveis” aos argumentos das NPE’s e, por isso, concentrariam as ações analisadas. Deveras, ainda considerando os EUA, cinco cortes distritais concentraram 41% (quarenta e um por cento) de processos judiciais envolvendo NPE’s.²⁴⁰ Ao compararmos, por fim, o valor das condenações judiciais obtidas pelas NPE’s com as conferidas a entidades que exploram diretamente os produtos patenteados (chamadas de “*practicing entities*”), o real objetivo das primeiras fica bastante claro.²⁴¹

Gráfico 1 – Valor médio das indenizações concedidas por infração a patente (em milhões de dólares)



Fonte: Pricewaterhouse Coopers²⁴²

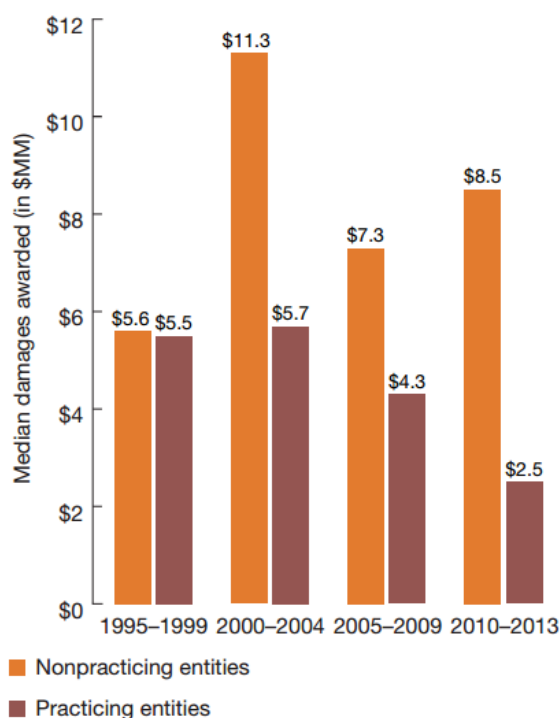
²³⁹ PRICEWATERHOUSE COOPERS, *op. cit.*, p. 2

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 4

²⁴¹ A pesquisa da PriceWaterhouse Coopers, divulgada em 2014, não diferencia, nas estatísticas, os “*patent trolls*” das NPE’s “legítimas”, como pessoas físicas sem capacidade financeira de industrialização de sua patente ou universidades e outras entidades sem fins lucrativos.

²⁴² *Op. cit.*, p. 6

Gráfico 2 – Valor médio comparado das indenizações concedidas por infração a patente para entidades praticantes e não praticantes (em milhões de dólares)



Fonte: Pricewaterhouse Coopers²⁴³

O gráfico 1 demonstra que o valor médio das indenizações em geral concedidas em casos de desrespeito à propriedade intelectual vem caindo; todavia, em relação às NPE's, a tendência é de crescimento ao longo dos anos (gráfico 2), comprovando o intuito arrecadatário dessas medidas judiciais.

Havemos de ressaltar a existência de argumentos favoráveis à atuação dos chamados “*trolls*”. Seus defensores apontam que, primeiramente, se toda a histórica construção jurídica em torno do direito de propriedade foi moldada para garantir a exploração exclusiva de um bem, tangível ou intangível, como já vimos, então as NPE's apenas estariam dando às patentes um uso conforme sua natureza: um direito de propriedade. Além disso,

esses *trolls* agem como intermediários no mercado de patentes. *Patent trolls* propiciam liquidez, melhores preços de compensação e aumentam a eficiência do mercado de patentes – os mesmos benefícios que corretores de seguros entregam ao mercado de capitais. (...) a emergência de *patent*

²⁴³ *Ibid.*

trolls é simplesmente um estágio na evolução natural do mercado de patentes.^{244,245}

Essa visão confirma a teoria de Boyle sobre o segundo movimento de cercamento: defender a existência de pessoas, físicas ou jurídicas, cuja função no mercado é agir como intermediária da compra e venda de patentes é reconhecer que o produto do intelecto humano virou, definitivamente, mercadoria e pode ser negociada livremente como uma espécie de *commodity*.²⁴⁶

Essas duas hipóteses de abuso de direito de propriedade intelectual, *evergreening* e *patent trolls*, estão escoradas, como não poderia deixar de ser, no ordenamento jurídico internacional que define as vigas mestras do sistema patentário mundial. Trata-se do Acordo TRIPS, objeto de estudo dedicado ao capítulo seguinte.

²⁴⁴ MCDONOUGH III, *op. cit.*, p. 190. (“*These trolls act as a market intermediary in the patent market. Patent trolls provide liquidity, market clearing, and increased efficiency to the patent markets—the same benefits securities dealers supply capital markets. (...) the emergence of patent trolls is simply a stage in the natural evolution of the patent market.*”)

²⁴⁵ Também Vuorinen faz essa anotação: “*the general attitude towards patent trolls is almost uniformly negative. However, they bring capital to investors and level the playing field for small inventors*”. (*op. cit.*, p. 262)

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 269

3 O ACORDO TRIPS

O regime jurídico internacional sobre a propriedade intelectual pode ser dividido, *grosso modo*, em dois momentos históricos: antes de 1994, enquanto vigoraram plenamente as Convenções de Paris e Berna, sobre patentes e direitos de autor, respectivamente; e depois de 1994, com o fim da Rodada Uruguai e a assinatura do Acordo TRIPS, que remeteu à recém-criada Organização Mundial do Comércio (OMC) o debate sobre os deveres de seus membros de proteger a propriedade intelectual. Cada um desses dois momentos é marcado por características bastante próprias que definiram o sistema de propriedade intelectual que temos hoje.

O capítulo está estruturado em quatro partes: na primeira, é feita uma leitura do período anterior a 1994, no qual os países eram livres para criar e estabelecer um sistema patentário condizente com sua realidade política, econômica e social; a seguir, investigam-se as origens do Acordo TRIPS, os interesses em jogo durante sua negociação e as transformações que sua aprovação operou na ordem jurídica internacional e na legislação pertinente dos países em desenvolvimento; na terceira parte, é abordado o tema da saúde pública no mundo pós-TRIPS, com ênfase para o caso brasileiro diante da posição estratégica do país no bloco dos emergentes e pelas peculiaridades das negociações engendradas para uso das flexibilidades previstas no Acordo TRIPS. Por fim, estabelecemos um paralelo da participação do Acordo TRIPS no cenário do abuso dos direitos de propriedade intelectual, verificando-se se suas cláusulas autorizam e incentivam as condutas do *evergreening* e do *patent trolling*, estudadas no capítulo anterior, se condenam tais práticas ou são a elas indiferentes.

3.1 Propriedade intelectual antes do TRIPS

Conforme visto no primeiro capítulo, a noção vigente de propriedade como direito de excluir o uso e a fruição da coisa por terceiros é fruto de um processo político-jurídico iniciado principalmente na Inglaterra durante o século XV que ficou conhecido como “movimento de cercamento”. Não se trata, pois, de um conceito de

origem cultural ou consuetudinária, mas de algo outorgado a partir do interesse econômico de alguns.

No que toca à propriedade sobre os frutos da mente humana, o transcurso histórico não é diferente, principalmente em relação aos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.²⁴⁷ Suas primeiras leis de proteção à propriedade intelectual derivam diretamente do período colonial, pois “os administradores da colônia tinham as leis ‘costumeiras’ e ‘tradicionais’ em baixo apreço, particularmente porque elas não serviam aos interesses comerciais dos colonizadores, determinados a extrair da colônia tantas riquezas quanto pudessem”.^{248,249}

A política colonial é a expressão primeira da expansão internacional do capitalismo, que se replica nos diferentes sistemas políticos, conforme observa Grau:

De outra parte, o capitalismo, inicialmente “ordenado” no interesse de cada Estado, vai à busca de uma “ordenação internacional” – a ordem econômica internacional – que enseja aos Estados desenvolvidos recolher nos subdesenvolvidos as parcelas de mais-valia já não coletáveis internamente de modo intenso.²⁵⁰

Brisco²⁵¹ destaca com precisão a lógica das metrópoles, aplicada com o fito de perpetuar sua supremacia econômica. Analisando a relação da Grã-Bretanha com suas colônias, relata:

Mediante regulamentações comerciais e industriais, tentou-se limitar as colônias ao fornecimento de produtos primários à Inglaterra e, assim, desestimular a implantação de qualquer manufatura que viesse a concorrer

²⁴⁷ Utilizaremos as expressões “país subdesenvolvido” (ou “país menos desenvolvido”) e “país em desenvolvimento” conforme a “Composição das regiões macrogeográficas (continentais), sub-regiões geográficas, economias selecionadas e outros agrupamentos” da Divisão de Estatísticas das Nações Unidas (UNITED NATIONS STATISTICS DIVISION – UNSTATS. **Composition of macro geographical (continental) regions, geographical sub-regions, and selected economic and other groupings**. 2013). Não se pode deixar de ressaltar, porém, que a própria ONU reconhece a falibilidade e a ausência de critérios técnicos nessa divisão. A UNSTATS atesta na apresentação do documento que “as designações ‘desenvolvido’ e ‘em desenvolvimento’ visam à conveniência estatística e não necessariamente expressam um julgamento sobre o estágio alcançado por um determinado país ou região no processo de desenvolvimento”. Em reiteração, a nota de rodapé “c” do mesmo estudo afirma: “não há convenção estabelecida para a designação de ‘desenvolvido’ ou ‘em desenvolvimento’ para países e áreas no sistema das Nações Unidas”.

²⁴⁸ DEERE, 2009, *op. cit.*, pp. 34-36

²⁴⁹ Além disso, os países desenvolvidos, uma vez atingido esse grau, passaram a lançar mão de meios questionáveis para garantir sua posição de superioridade. A Grã-Bretanha, por exemplo, controlava a emigração de mão de obra especializada e a exportação de máquinas (CHANG, *op. cit.*, p. 37).

²⁵⁰ *Op. cit.*, p. 28

²⁵¹ *apud* CHANG, *op. cit.*, p. 95

com a metrópole e reservar seus mercados para os comerciantes e fabricantes ingleses.

Os tratados internacionais²⁵² são justamente a expressão contemporânea desse propósito, dado que o avanço das pretensões de independência dos países colonizados observado nos séculos XIX e XX não mais permite a exploração direta de suas riquezas após o reconhecimento de sua soberania econômica.²⁵³

Nesse contexto, o direito à propriedade intelectual, desde a última década do século XX, passou por um intenso processo de internacionalização.²⁵⁴ O esvanecimento das fronteiras no comércio mundial e o aumento do poder conferido às organizações internacionais, em grande medida controladas pelos países desenvolvidos, determinaram a mitigação da soberania interna de cada Estado sobre a regulamentação da propriedade intelectual. Conforme explica Proner,

a resistência dos grupos de países periféricos sucumbiu diante da crise econômica mundial nos anos 70 e, com ela, desapareceu também, de certo modo, a mobilização nacionalista que ganhara coro nos países latino-americanos e africanos. Dentre outros fenômenos, passa a ocorrer a perda de centralidade do Estado ao mesmo tempo em que faz notar a intensificação das inter-relações tradicionais além-fronteiras e a emergência de organização de uma classe capitalista transnacional.²⁵⁵

O primeiro contato de países em desenvolvimento com uma ordenação internacional do direito de propriedade intelectual foi a Convenção para a Proteção da Propriedade Industrial (a Convenção de Paris), de 1883, e a Convenção para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas (a Convenção de Berna), de 1886.²⁵⁶ Tais convenções nasceram do avanço tecnológico inevitável dos países em desenvolvimento, conforme explica Chang:

Na metade do século XIX, as tecnologias-chave tinham se tornado tão complexas que a importação de mão de obra qualificada e de maquinário já não bastava para se chegar ao domínio de uma tecnologia. Refletindo isso, a proibição britânica da emigração de trabalhadores especializados e da

²⁵² “No século XIX, fora das colônias formais, as tentativas da Grã-Bretanha (e dos outros PADs [países atualmente desenvolvidos]) de tolher o desenvolvimento da indústria nos países menos desenvolvidos assumiram principalmente a forma de imposição do livre-comércio pelos chamados ‘tratados desiguais’ que normalmente envolviam a imposição de tetos tarifários, quase sempre em torno dos 5%, e a privação da autonomia tarifária (Bairoch, 1993, p. 41-2)”. (CHANG, *op. cit.*, p. 97)

²⁵³ “Afirmar a *soberania econômica nacional* como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e como objetivo particular a ser alcançado é definir programa de políticas públicas voltadas – repito – não ao isolamento econômico, mas a viabilizar a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional” (GRAU, *op. cit.*, p. 227).

²⁵⁴ Para um estudo aprofundado da internacionalização do direito e seu escopo desenvolvimentista, v. Luis (*op. cit.*, pp. 41-58).

²⁵⁵ PRONER, Carol. **Propriedade intelectual**: para uma outra ordem jurídica possível. Cortez Editora: São Paulo, 2007

²⁵⁶ DEERE, 2009, *op. cit.*, p. 36

exportação de máquinas também já fora abolida. Desde então, a transferência ativa, pelo proprietário do conhecimento tecnológico, mediante o licenciamento das patentes, passou a ser um importante canal de transferência de tecnologia em algumas indústrias. Isso conferiu às políticas e instituições voltadas para a proteção dos direitos de propriedade intelectual (...) uma importância muito maior do que anteriormente.²⁵⁷

Não obstante sua importância histórica, ambas tinham, quando elaborados os documentos finais, alcance bastante limitado: apenas 14 (catorze) países foram signatários originais da Convenção de Paris²⁵⁸ e 12 (doze) da Convenção de Berna. Sua aplicabilidade foi sendo estendida com o passar dos anos conforme novas potências aderiam aos tratados, culminando com a criação Escritório da União Internacional para Proteção da Propriedade Intelectual (BIRPI, na sigla em francês), o antecessor da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI,²⁵⁹ criada em 1967 e integrada ao sistema das Nações Unidas em 1974.²⁶⁰

O sistema fundado no texto da Convenção de Paris²⁶¹ tinha como linha mestra a garantia de três princípios básicos: o do tratamento nacional, pelo qual depositantes de pedidos de patentes deveriam ser tratados com os mesmos direitos e deveres, independentes se nacionais do país onde se solicitou a proteção ou estrangeiros; o da prioridade, segundo o qual ao depositante do pedido de patente em qualquer dos países signatários teria um prazo para replicá-lo em outros Estados sem que um eventual pedido nesse outro território invalidasse o seu; e o da independência das patentes, garantindo a cada país membro o direito de decidir sobre suas patentes sem qualquer influência, e sem que sua decisão exercesse qualquer influência, sobre os demais Estados participantes.²⁶²

Nota-se desde logo a ausência de preocupação, nesse momento, de limitar ou impor normas comuns de proteção à propriedade intelectual entre os países que participaram da negociação. A liberdade e a soberania dos membros foram a tônica dos textos aprovados, o que permitiu a cada um deles uma abordagem ao tema

²⁵⁷ *Op. cit.*, p. 103

²⁵⁸ Brasil, Bélgica, Espanha, França, Guatemala, Itália, Países Baixos, Portugal, El Salvador, Sérvia, Suíça, Grã-Bretanha, Tunísia e Equador (INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL – INPI. **Convenção de Paris**. S/d).

²⁵⁹ DEERE, 2009, *op. cit.*, p. 37

²⁶⁰ DUTRA, Paula Hebling. Breve história das negociações internacionais em propriedade intelectual. **Inovação Uniemp**, Campinas, v. 3, n. 6, dez. 2007

²⁶¹ A despeito da relevância da Convenção de Berna, doravante referir-nos-emos somente ao Texto de Paris pela sua maior aderência ao tema do presente trabalho.

²⁶² GONTIJO, Cícero. **As transformações do sistema de patentes, da convenção de Paris ao acordo TRIPS**. Brasília: Fundação Heinrich Böll no Brasil, 2005

condizente com sua condição socioeconômica. Com o fim do ciclo colonial, “convencidos que os governos devem ter papel central no avanço do desenvolvimento nacional, [países das Américas e da Ásia] adotaram políticas com o foco em construir a capacidade industrial doméstica e em alterar sua vantagem comparativa na economia internacional”, como o controle de importação, subsídios governamentais, regulação de investimentos estrangeiros, entre outros.²⁶³ O reflexo mais importante dessa autonomia, contudo, era a possibilidade de circunscrever o campo do patenteável: *v. g.*, o Código da Propriedade Industrial brasileiro de 1971 proibia a patente de produtos alimentícios e farmacêuticos,²⁶⁴ limitação similar à encontrada na Lei de Patentes indiana de 1970 (*The Patents Act*).²⁶⁵ A bem da verdade, nessa época, somente os Estados Unidos da América garantiam proteção a produtos farmacêuticos.²⁶⁶

Tais medidas não foram suficientes para garantir o desenvolvimento industrial dos países subdesenvolvidos e emergentes. Na década de 1970, pessoas nacionais de países em desenvolvimento detinham somente um por cento das 3,5 milhões de patentes registradas no mundo.²⁶⁷ Mais do que isso, cerca de 80% (oitenta por cento) das patentes registradas ao redor do globo eram de grandes corporações de cinco países industrializados.²⁶⁸

Esses dados são suficientes para demonstrar as ineficiências geradas pelo sistema jurídico de proteção à propriedade intelectual que comentamos no capítulo um, criando “castas” na ordem econômica internacional.²⁶⁹ Pelo mesmo raciocínio, “a

²⁶³ DEERE, 2009, *op. cit.*, p. 39

²⁶⁴ “Art. 9º Não são privilegiáveis: (...) c) as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos, de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação; (...)” (BRASIL. **Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971**. Institui o Código da Propriedade Industrial e dá outras providências)

²⁶⁵ “Chapter II – Inventions not patentable – **3. What are not inventions** – *The following are not inventions within the meaning of this act: (...) (i) Any process for the medicinal, surgical, curative, prophylactic diagnostic, therapeutic or other treatment of human beings or any process for a similar treatment of animals to render them free of disease or to increase their economic value or that of their products; (...)*”

²⁶⁶ DEERE, 2009, *op. cit.*, p. 40

²⁶⁷ PATEL *apud* DEERE, 2009, *op. cit.*, p. 43

²⁶⁸ O'BRIEN *apud* DEERE, 2009, *op. cit.*, p. 43

²⁶⁹ “Segundo Sachs (*apud* VARELLA, Marcelo Dias; MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. A propriedade intelectual na OMC. **Revista do Programa de Mestrado em Direito da UniCEUB**, Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2005, p. 3), os países podem ser divididos em três categorias conforme a produção de tecnologia e o interesse pelos direitos de propriedade industrial. Em primeiro lugar estão os países excluídos tecnologicamente, importadores de tecnologia, que não possuem qualquer patente de invenção ou têm poucas, e nesse grupo encontra-se a maior parte dos países do mundo. Na segunda categoria estão os países adaptadores de tecnologia, que se destacam em alguns setores, com

segurança dos direitos de propriedade não pode ser encarada como algo bom em si”, porquanto os resultados das medidas constritivas variam grandemente conforme o momento histórico e os movimentos sociais por trás das legislações aprovadas.^{270,271}

Ainda assim, as grandes indústrias estabelecidas nos países desenvolvidos não estavam satisfeitas com tamanha liberdade legislativa entre os países menos desenvolvidos, porque “favoreciam detentores locais de propriedade intelectual sobre os estrangeiros e ofereciam pequena proteção efetiva para os detentores não nacionais”.²⁷² Iniciou-se, então, uma política de pressões unilaterais sobre os países em desenvolvimento para que enrijecessem sua legislação em prol dos interesses das grandes corporações voltadas à inovação.²⁷³ Esse fato foi especialmente verificado no comércio de medicamentos, alta tecnologia, indústria química e biotecnologia, principalmente nos Estados Unidos, setores cujo desenvolvimento mais recente na história do capitalismo liga-os à importância da proteção patentária.²⁷⁴ Tratava-se de setores representativos de grande parte do capital ligado a pesquisa e desenvolvimento que se viam impedidos de exercer seus direitos relacionados à propriedade intelectual nos países economicamente desfavorecidos pela ampla margem de liberalidade concedida pelas legislações locais, que insistiam em negar reconhecimento às proteções patentárias e registrárias estrangeiras.²⁷⁵ “Em cada um desses casos, o poder econômico estava presente na forma de

algumas inovações relevantes, mas que na maior parte conseguem apenas adaptar a tecnologia estrangeira, reproduzindo-a em seu território. Nesse grupo identificam-se alguns países desenvolvidos e em desenvolvimento. Em terceiro lugar encontram-se alguns poucos países que dominam a produção mundial de tecnologia e recebem sozinhos cerca de 93% dos benefícios advindos do sistema de proteção da propriedade industrial, e aí incluem-se os Estados Unidos, Alemanha, Japão, Holanda, França, Reino Unido e Finlândia.” (ZANIN NETO, *op. cit.*, pp. 34-35)

²⁷⁰ CHANG, *op. cit.*, pp. 144-145

²⁷¹ Conforme debatemos no item 1.1, *supra*.

²⁷² DEERE, 2009, *op. cit.*, p. 47

²⁷³ A medida surtiu efeitos práticos, dado que estava baseada tanto em ameaças de barreiras comerciais quanto em promessas de acesso a novos mercados e produtos caso as exigências fossem aceitas. Entre 1985 e 1995, Argentina, Bangladesh, Benin, Brasil, Burkina Faso, Chile, China, Colômbia, Equador, Indonésia, Coreia do Sul, Malásia, Mali, México, Paraguai, Peru, Tailândia e Venezuela realizaram reformas para ampliar seus sistemas de proteção à propriedade intelectual (DEERE, 2009, *op. cit.*, p. 51).

²⁷⁴ ALBUQUERQUE, 1998a.

²⁷⁵ CHAVES, Gabriela Costa *et al.* **A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos.** 2007

ameaças explícitas ou implícitas para a cooperação econômica, benefícios comerciais, auxílio ao desenvolvimento ou relações políticas estreitas.^{276,277,278}

Em paralelo, a agenda multilateral também foi alvo das pressões dos países economicamente mais favorecidos, conforme veremos no tópico a seguir.

3.2 Da convenção de Paris ao acordo TRIPS

Na prática, desde 1979 os Estados Unidos da América já demonstravam sua vontade de transferir as negociações ligadas à propriedade intelectual para o âmbito do *General Agreement on Tariffs and Trades* – GATT.^{279,280} Houve grande resistência por parte dos países menos desenvolvidos, considerando que eram menos organizados e menos representados no GATT do que na OMPI, sem contar que essa realmente se constituía no foro mais apropriado para discussão como a administradora da Convenção de Paris.²⁸¹

²⁷⁶ DEERE, 2009, *op. cit.*, p. 161

²⁷⁷ “A liberdade econômica, porque abria campo às manifestações do poder econômico, levou à supressão da concorrência. O proprietário de uma coisa, *res* (...), impõe sua vontade; o poder sobre as coisas engendra um *poder pessoal*; a propriedade, assim, de mero título para dispor de objetos materiais, se converte em um *título de poder* sobre pessoas e, enquanto possibilita o exercício do poder no interesse privado, converte-se em um título de domínio.” (GRAU, *op. cit.*, pp. 21-22).

²⁷⁸ “Os economistas contemporâneos estão em vias de liquidar a noção clássica de mercado, sobre a qual se fundou toda a análise econômica não-marxista desde Adam Smith. Na concepção tradicional, o mercado é sempre organizado em função do consumidor, cujas decisões fundamentam, em última análise, a correspondência entre ofertas e demandas, num regime de produção essencialmente concorrencial. A situação de monopólio é considerada excepcional e combatida como autêntica aberração. Hoje, reconhece-se que o mercado de bens, serviços e de força-trabalho é formado pelas decisões do conjunto de empresas dotadas de poder econômico, ao qual se submetem todas as demais unidades, pequenas ou médias. As relações que se estabelecem entre esses setores, o nuclear e o periférico, são em tudo análogas ao relacionamento entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos. O poder econômico, portanto, é a regra e não a exceção. Ora, a finalidade última desse poder, do qual todos nós dependemos, não pode ser apenas, nem principalmente, a produção e partilha de lucros entre proprietários ou capitalistas; não deve ser, tampouco, assegurar ao empresário um nível de elevada retribuição econômica e social. O poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade.” (COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 419)

²⁷⁹ Basso anota que o próprio acordo do GATT, de 1947, já considerava a importância dos direitos de propriedade intelectual para o comércio internacional, porém “de forma muito tímida. Isso porque, logo após a Segunda Guerra mundial, ainda não se tinha clara percepção da vinculação entre propriedade intelectual e comércio internacional, nem dos reflexos que poderiam advir, no mercado internacional, de um sistema mais eficaz de proteção desses direitos”. (BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 160)

²⁸⁰ Para uma discussão aprofundada sobre os prós e contras da transposição da discussão para o GATT, v. REICHMAN, Jerome H. *Intellectual Property in International Trade: Opportunities and Risks of a GATT Connection*. **Vand. J. Transnat'l L.**, v. 22, p. 747, 1989.

²⁸¹ GONTIJO, *op. cit.*; DEERE, 2009, *op. cit.*, p. 51

Avizinhava-se o início da Rodada Uruguai, oportunidade propícia para a inserção do tema na pauta de discussões.²⁸² Para minar a resistência dos países em desenvolvimento, com base na estratégia de pressão unilateral comentada no tópico anterior, os EUA publicaram periodicamente lista de Estados sujeitos a processos na OMC por práticas comerciais injustas e outros sujeitos à imposição de sanções comerciais. Entre 1985 e 1993, as ameaças foram dirigidas aos 21 países em desenvolvimento mais ativos nas negociações do GATT.²⁸³

Como resultado, “aspectos relacionados ao comércio” dos direitos de propriedade intelectual foram inseridos na pauta em 1989.²⁸⁴ O termo, que posteriormente deu nome ao acordo final,²⁸⁵ foi a expressão negociada com os países renitentes a falar de tais direitos no contexto da OMC, que passaram a ter a expectativa que ele impusesse limitações aos assuntos que seriam abordados.²⁸⁶ Além disso, justificava a transposição do tema de um foro específico (OMPI)²⁸⁷ para outro infinitamente mais amplo (OMC).^{288,289}

²⁸² “Muitos países em desenvolvimento, encabeçados pelo Brasil e Índia, empenharam-se para que o tema da propriedade intelectual continuasse sendo deliberado no âmbito da OMPI, relegando ao GATT questões que pudessem criar barreiras ao comércio de bens, entretanto, o desejo desses países não se concretizou e o tema passou a constar das negociações da Rodada Uruguai.” (HOIRISCH, Cláudia. **Licença compulsória para medicamentos como política pública: o caso do antirretroviral efavirenz**. 2010. Dissertação (Mestrado Executivo em Gestão Empresarial) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010, p. 26)

²⁸³ DEERE, 2009, *op. cit.*, p. 53

²⁸⁴ GONTIJO, *op. cit.*

²⁸⁵ TRIPS é a sigla em inglês para *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, ou Aspectos Relacionados ao Comércio dos Direitos de Propriedade Intelectual.

²⁸⁶ Deere explica ainda que esse foi, na verdade, o único ponto discutido pela maioria dos países signatários do TRIPS. Principalmente por força da ausência de conhecimentos técnicos suficientes para tomar parte das discussões e defender sua posição, menos de 20 dos 106 países hoje unidos pelo tratado estavam envolvidos diretamente na negociação de suas cláusulas. (DEERE, 2009, *op. cit.*, pp. 52 e 65)

²⁸⁷ Deere destaca que “*ensuring WIPO’s governance is fit for purpose is vital because WIPO is the primary multilateral forum for discussion of IP issues. It is well-established that multilateralism is threatened by fragmentation through the rising number of bilateral and regional agreements, and by ‘megalateral’ negotiations such as for a TransAtlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) and the Trans-Pacific Partnership (TPP). As the UN system’s key agency charged with IP, WIPO represents the best, albeit imperfect, option for pursuing much-needed multilateral approaches to norm-setting and development cooperation, the needs and priorities of developing countries, and the call for a balanced IP system that can serve public welfare goals of all of its Members.*” (DEERE, Carolyn. **Strengthening WIPO’s governance for the next 50 years: a time for action**, 2014)

²⁸⁸ “A inclusão de regras relativas à propriedade intelectual numa organização que trata de temas comerciais foi uma imposição principalmente dos Estados Unidos, que durante toda a Rodada Uruguai pressionou duramente os países que se opunham à proposta, dentre eles o Brasil. Ao final das negociações a nova organização contava com três acordos, seus três pilares: uma versão revisada do GATT, determinando regras para o comércio de bens industriais; o GATS, para o setor dos serviços; e o Trips (Trade-Related Intellectual Property Rights Agreement), tratando de propriedade intelectual.” (DUTRA, *op. cit.*)

A proposta norte-americana, que liderava os países desenvolvidos no movimento de reforma da ordem jurídica internacional de propriedade intelectual, era diametralmente oposta à sistemática criada pela Convenção de Paris. Tratava-se de “uma tentativa de harmonizar as regras de propriedade intelectual ao redor do mundo, trazendo-as para um patamar comum”.^{290,291} Naturalmente, esse patamar comum era algo bem acima do que a realidade da maior parte dos países em desenvolvimento, o que gerou a resistência ao Acordo suprarreferida.

Analisando a estrutura do Acordo, conclui Gontijo:

A proposta norte-americana negociada no GATT se estruturava em três pontos: a definição de regras-padrão mínimas (art. 9 a 40), a introdução de mecanismos de aplicação (art. 41 a 61) para os países membros (procedimentos administrativos e judiciais) e a criação de um forte sistema internacional de solução de controvérsias (art. 63 e 64). Tudo em contraste ao que era estabelecido na Convenção. Em vez de apenas dois princípios básicos, uma série ampla de conceitos e exigências a serem incluídos em todas as legislações, numa espécie de lei-tipo. Por outro lado, determinações rígidas de como a administração e as leis dos vários países devem atuar na aplicação das novas regras de propriedade intelectual (*enforcement*). E, por fim, montagem de um sistema amplo e prático de solução de controvérsias, de modo a evitar que os dissídios advindos dos temas de propriedade industrial ficassem sem solução mandatória em razão das soberanias dos Estados.²⁹²

Como era de se prever, a reação contrária foi muito forte, em particular de países em desenvolvimento. O projeto trazia grandes transformações às leis vigentes, todas elas em direção a uma maior proteção às patentes e marcas.²⁹³

Deere afirma que essa estrutura do TRIPS – regras mínimas, mecanismos de aplicação e sistema de resolução de controvérsias – é um dos “aspectos mais perniciosos” do acordo, porque permite que um signatário, entendendo que outro não cumpre os padrões estabelecidos no documento, pode levar o caso ao órgão de solução de controvérsias; se obtiver sucesso, o membro apontado como infrator pode pagar uma multa ou mudar a forma de agir. Se não o fizer, o próprio órgão

²⁸⁹ A partir de então, TRIPS e OMPI coexistem na missão de melhorar o reconhecimento, a disciplina e a proteção dos direitos de propriedade intelectual. “A OMPI continua se ocupando da harmonização legislativa do direito de propriedade intelectual, enquanto o TRIPS, dos aspectos comerciais internacionais relacionados com a matéria”. (BASSO, *op. cit.*, p. 276)

²⁹⁰ DUTRA, *op. cit.*

²⁹¹ “Por todo o lado aparece hoje esta palavra mágica [globalização] a justificar tudo o que acontece. O mundo marcha para uma unificação em que se apagam as posições particulares. Por isso, os interesses nacionais deverão dobrar-se em nome de uma racionalidade técnica. (...) Há que distinguir a realidade da aproximação dos povos, a necessidade de coordenação para a solução de problemas comuns, da realidade bem diferente consistente na dominação pelas grandes potências no sentido que lhes interessa.” (ASCENSÃO, *op. cit.*)

²⁹² Basso classifica cada grupo, respectivamente, como “normas substantivas”, “normas de procedimento” e “normas de resultado”. (*op. cit.*, p. 192)

²⁹³ *Op. cit.*

pode impor sanções de natureza comercial.²⁹⁴ Para países dependentes do comércio e da importação de propriedade intelectual,²⁹⁵ isso pode trazer resultados bastante indesejáveis.

Outrossim, o modelo de padrão único internacional de direitos de propriedade intelectual promovido pelo TRIPS é controvertido como o melhor formato para disposição dos critérios de concessão dos privilégios. Ghosh lança os argumentos:

O Acordo Trips foi originalmente formulado no estilo schumpeteriano,²⁹⁶ com empresas multinacionais trazendo investimentos estrangeiros diretos para os países em desenvolvimento, em resposta à reforma legal no mercado interno. No entanto, como os países em desenvolvimento empenharam-se em obter uma parte dos dividendos supostamente resultantes da reforma da propriedade intelectual, a concepção arrowiana²⁹⁷ tem um atrativo como base para a limitação dos direitos de propriedade intelectual que promovam a inovação por meio da concorrência. (...) A propriedade intelectual como agenda de desenvolvimento baliza um debate em curso sobre o papel da propriedade intelectual no cenário global contemporâneo, em que podem ser reconhecidos diferentes tipos de direitos de propriedade intelectual, em oposição a um padrão de regime único (*one size fits all*), que foi promovido sob o Trips desde o início.²⁹⁸

No que é seguido por Hoirisch:

Antes do TRIPS, os países signatários da Convenção de Paris possuíam liberdade para definir as melhores estratégias para seu desenvolvimento social, econômico e tecnológico. Com a entrada em vigor do Acordo TRIPS os países perderam a autonomia de optar pela concessão ou não de patentes farmacêuticas e de escolher o regime de proteção patentária que melhor favorecesse o desenvolvimento de políticas científicas e industriais condizentes com o estágio de desenvolvimento local e as necessidades de saúde pública (...). O nível de propriedade intelectual a ser adotado por um

²⁹⁴ *Op. cit.*, 2009, p. 65

²⁹⁵ “Talvez um dos sintomas mais pronunciados dessa dependência se encontre, nos nossos dias, (...), na dissociação entre a *tecnologia usada* e a *pobreza da tecnologia concebida ou concebível* pelas sociedades dependentes. No nosso caso, o processo de industrialização que nos legou um *capitalismo tardio* (...) produziu, entre outras sequelas, a da institucionalização de nossos agentes econômicos como meros intermediários entre produtores industriais estrangeiros e o mercado. Deles se fez agentes comerciais de repasse de tecnologia importada ao consumidor – cuida-se não de *produtores industriais*, mas de *fabricantes*. Os anos sessenta, com a consolidação das corporações multinacionais no mercado internacional, definiram, nitidamente, o nosso papel de consumidores de tecnologia externa” (GRAU, *op. cit.*, p. 226, itálicos no original).

²⁹⁶ “A busca de lucros pelas firmas é a motivação essencial para a introdução de inovações (Schumpeter, 1984). Dada essa associação básica, a introdução permanente (embora descontínua e sujeita a saltos) de inovações é uma característica distintiva da dinâmica capitalista”. (ALBUQUERQUE, 1998a)

²⁹⁷ “É importante anotar que Arrow, ao definir a informação como uma mercadoria, explicita uma diferenciação importante em relação às versões mais simplistas que rotulam a informação como um bem público livremente disponível. A caracterização da informação como uma mercadoria introduz em sua conceituação complexidades e sutilezas pouco captadas pelas análises tradicionais”. (ALBUQUERQUE, 1998a)

²⁹⁸ GHOSH, Shubha. **Propriedade intelectual no novo projeto de direito e desenvolvimento: comentários e exemplos da Índia.** In: SCHAPIRO, Mario G. e TRUBEK, David M. (orgs.). **Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 185

país depende de sua capacidade tecnológica que lhe é peculiar, entretanto, as diferentes realidades tecnológicas dos países não foram levadas em conta quando os padrões globais mínimos foram formulados, fazendo com que um mesmo nível de proteção global fosse aplicado para países com níveis tecnológicos distintos.²⁹⁹

Também por Correa, citando o exemplo das patentes farmacêuticas:

O Acordo também limitou substancialmente a liberdade que os países aproveitavam para desenhar e implementar seus próprios sistemas de propriedade intelectual. Sob o Acordo todos os membros da OMC agora estão vinculados a garantir proteção patentária por no mínimo 20 anos para qualquer invenção de produto farmacêutico ou processo que preencha os critérios de novidade, inventividade e utilidade. Essa obrigação não existia sob convenções internacionais anteriores, bem como nenhum desses padrões mínimos de direitos de propriedade intelectual. Antes da negociação do Acordo TRIPS, mais de 50 países não concediam proteção patentária para produtos farmacêuticos, muitos o faziam somente para processos e não produtos e a duração era muito menor que 20 anos em muitos países.³⁰⁰

E objeto de ácida comparação de Boyle com o mito grego do leito de Procusto:

Na mitologia grega, Procusto tinha um leito no qual ele encaixava seus ocupantes, quisessem eles ou não. Os altos eram cortados. Os baixos eram esticados no estrado. Especialistas em propriedade intelectual têm muitas semelhanças com Procusto. As tecnologias que são levadas a sua frente são feitas para encaixar nas caixas conceituais que a lei prevê, caixas com nomes como “direito de autor” e “patente”. Eventualmente, novas caixas conceituais são feitas, mas – por razões muito boas – na maior parte do tempo nós nos agarramos às caixas que temos. Como acontecia com Procusto, as coisas nem sempre se encaixam e o processo pode ser estressante para os envolvidos.³⁰¹

Registre-se, por outro lado, a posição contrária de Basso:

Tivemos que esperar a OMC-TRIPS para que a construção jurídica sobre a matéria adquirisse novos contornos e chegasse a sua maturidade científica, em uma perspectiva econômica internacional.

²⁹⁹ *Op. cit.*, p. 27

³⁰⁰ *Op. cit.*, 2007, p. vii. (“*The Agreement has also substantially limited the freedom that countries enjoyed to design and implement their own intellectual property systems. Under the Agreement all WTO Members are now bound to grant patent protection for at least 20 years to any invention of a pharmaceutical product or process which fulfils the criteria of novelty, inventiveness and usefulness. This obligation did not exist under previous international conventions, as none of these specified minimum standards for intellectual property rights. Prior to the negotiation of the TRIPS Agreement, more than 50 countries did not provide patent protection for pharmaceuticals, many provided only process, and not product, patents and the duration was much less than 20 years in many countries.*”)

³⁰¹ *Op. cit.*, 2008, p. 162. (“*In Greek mythology, Procrustes had a bed to which he fitted its prospective occupants, whether they liked it or not. The tall were trimmed down. The short stretched on the rack. Intellectual property lawyers have many similarities to Procrustes. The technologies that are brought before them are made to fit the conceptual boxes the law provides, boxes with names such as “copyright” and “patent.” Occasionally, new conceptual boxes are made, but—for very good reasons—most of the time we stick with the boxes we have. As with Procrustes, things do not always fit and the process can be distressing for its subjects.*”)

O aumento da proteção do direito de propriedade intelectual e a certeza da proteção ensejaram o aumento do poder de mercado e o desenvolvimento do comércio internacional.

Com a OMC-TRIPS, o reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual encontrou seu lugar na ciência do Direito, interno e internacional, possibilitando que países com o mesmo ou similar grau de civilização possam gozar das mesmas regras, e os titulares dos mecanismos que garantam o seu reconhecimento e eficácia.³⁰²

O texto aprovado do TRIPS na Rodada Uruguaí da OMC, no que toca às patentes, promoveu, então, grandes transformações na ordem jurídica internacional: o tempo mínimo de vigência das patentes passou a ser de 20 (vinte) anos³⁰³ (a Convenção de Paris não estabelecia prazo);³⁰⁴ deve haver proteção tanto para produtos como para processos, qualquer que seja a área do conhecimento;³⁰⁵ criou obrigações para os Governos no sentido de prever procedimentos para assegurar os direitos dos detentores de propriedade intelectual,³⁰⁶ incluindo previsões penais;³⁰⁷ estabeleceu a vedação ao retrocesso³⁰⁸ (os países signatários são proibidos de alterar suas legislações de forma a reduzir as garantias previstas no TRIPS); dentre outras.

Por outro lado, “apesar do processo assimétrico de negociação e do objetivo do Acordo ter sido elevar o nível de proteção da propriedade intelectual, ainda foi

³⁰² *Op. cit.*, p. 125

³⁰³ “Article 33. The term of protection available shall not end before the expiration of a period of twenty years counted from the filing date.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *op. cit.*)

³⁰⁴ Abordamos a questão da duração das patentes com maiores detalhes no item 2.4, *supra*.

³⁰⁵ “Article 27. 1. Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application.(...)” (*Ibid.*)

³⁰⁶ “Article 41. 1. Members shall ensure that enforcement procedures as specified in this Part are available under their law so as to permit effective action against any act of infringement of intellectual property rights covered by this Agreement, including expeditious remedies to prevent infringements and remedies which constitute a deterrent to further infringements. These procedures shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.” (*Ibid.*)

³⁰⁷ “Article 61. Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. Remedies available shall include imprisonment and/or monetary fines sufficient to provide a deterrent, consistently with the level of penalties applied for crimes of a corresponding gravity. In appropriate cases, remedies available shall also include the seizure, forfeiture and destruction of the infringing goods and of any materials and implements the predominant use of which has been in the commission of the offence. Members may provide for criminal procedures and penalties to be applied in other cases of infringement of intellectual property rights, in particular where they are committed wilfully and on a commercial scale.” (*Ibid.*)

³⁰⁸ “Article 65. (...) 5. A Member availing itself of a transitional period under paragraphs 1, 2, 3 or 4 shall ensure that any changes in its laws, regulations and practice made during that period do not result in a lesser degree of consistency with the provisions of this Agreement.” (*Ibid.*)

deixada uma pequena margem de manobra³⁰⁹ para que os países pudessem desenvolver suas próprias leis de patentes de acordo com as características de seus sistemas legais, situações de saúde pública e necessidades de desenvolvimento”.^{310,311} Como observou Correa,³¹² “o Acordo TRIPS, portanto, não consagra um paradigma ‘absolutista’ da propriedade intelectual, no qual só interessa a proteção dos direitos do titular. Pelo contrário, se baseia no equilíbrio entre a promoção da inovação e da difusão e transferência de tecnologia”.

Isso se deve, no mínimo, por uma questão de retribuição histórica. Afinal, os países ricos de hoje chegaram a esse patamar valendo-se de leis e decretos que estabeleciam possibilidades de discriminação contra produtos e tecnologias estrangeiras (mediante a recusa de patentes ou taxas mais altas para a proteção) e negando patenteabilidade a inovações baseadas em organismos vivos (como os híbridos e transgênicos) ou medicamentos. Paradoxalmente, esses mesmos países são os que agora exigem tratamento igualitário em relação às patentes conferidas em seus territórios quando exploradas além-fronteiras. As medidas que antes permitiram o desenvolvimento econômico dos países do norte agora são proscritas pelo TRIPS.^{313,314}

Essa visão baseada na história demonstra que, na verdade, os países atualmente desenvolvidos estão “chutando a escada” pela qual ascenderam ao topo,

³⁰⁹ É o que Deere chamou de “flexibilidades do TRIPS”: “*TRIPS includes a range of rights, safeguards, and options that WTO members can exploit in their implementation of the Agreement. The importance of these flexibilities was explicitly reaffirmed in the 2001 Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health. In the area of patents, TRIPS allows countries to exempt plants, animals and micro-organisms from patentability (Article 27.3(b)). (...) TRIPS also provides WTO members the option to choose a sui generis system for the protection of plant varieties (in lieu of patents). In addition, TRIPS includes certain safeguards, such as provisions specifying that countries can issue compulsory licenses under certain circumstances. Several elements of TRIPS are also ambiguous or broadly defined thereby providing governments some scope for interpretation and ‘reading between the lines’ when it comes to implementation. In addition, there are several issues related to the interpretation and administration of IP laws where TRIPS is silent and governments have scope to tailor their laws and administrative procedures as they see fit.*” (op. cit., 2009, p. 68)

³¹⁰ HOIRISCH, op. cit., p. 27

³¹¹ Isso foi suficiente para que lobistas das indústrias dos países desenvolvidos considerassem o Acordo muito fraco e facilmente contornável pelos países menos favorecidos, fazendo com que os debates sobre seu conteúdo estivessem longe de terminar logo que o texto entrou em vigor em janeiro de 1995 (DEERE, 2009, op. cit., p. 114).

³¹² apud BASSO, op. cit., p. 167

³¹³ COMISSÃO SOBRE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Integrating intellectual property rights and development policy**. Londres, setembro de 2002

³¹⁴ “*In their appeals to the media, critics of pro-IP pressures also emphasized the hypocrisy of asking developing countries to adopt levels of IP protection that are stronger than those that developed countries used at similar stages of development.*” (DEERE, 2009, op. cit., p. 174)

impedindo os países em desenvolvimento e os subdesenvolvidos de tentarem alcançar o mesmo patamar de evolução tecnológica e social.³¹⁵ De pronto, porque, conforme dito acima, a indústria desses países se desenvolveu com base na inexistência de direitos de propriedade intelectual por um largo período de tempo. As leis que os instituíram não chegaram antes do fim do século XVIII ou da primeira metade do século XIX:

Tabela 2 – Ano da primeira legislação sobre patentes

País	Ano
Grã-Bretanha	1623 ³¹⁶
França	1791
Estados Unidos da América	1793
Áustria	1794
Rússia	1812
Prússia (atual Alemanha)	1815
Bélgica	1817
Holanda	1817
Espanha	1820
Suécia	1834
Japão	1885

Fonte: elaboração do autor, com base nos dados de CHANG.³¹⁷

A questão mais relevante, todavia, não é a data da criação, mas sim a “qualidade” dos direitos de propriedade intelectual estabelecidos. Essas legislações eram muito deficientes comparadas com o padrão atual imposto pelo TRIPS. Na maior parte delas, não havia exigências de *disclosure*, os custos eram elevadíssimos e eram extremamente frouxas na verificação dos requisitos das patentes. “Nos Estados Unidos, por exemplo, até a reforma da lei em 1836, concediam-se patentes sem nenhuma prova de originalidade”. Mais ainda, não havia qualquer segurança para o inventor estrangeiro (que é justamente o que se buscou com a assinatura do TRIPS): “na maior parte dos países, incluindo Grã-Bretanha (1852), Holanda, Áustria e França, o patenteamento de invenções importadas muitas vezes era

³¹⁵ CHANG, *op. cit.*, *passim*

³¹⁶ A data é do *Statute of Monopolies*. Contudo, pesquisadores afirmam que o texto somente merece o nome de “Lei de Patentes” a partir da reforma de 1852 (MCLEOD *apud* CHANG, *op. cit.*, p. 145).

³¹⁷ *Op. cit.*, p. 145

explicitamente permitido”.³¹⁸ Por fim, poucos países autorizavam patentes de substâncias químicas e farmacêuticas.³¹⁹

Uma das medidas mais debatidas foi a concessão de prazos diferenciados para a total implementação das cláusulas do TRIPS.³²⁰ Em resumo, e considerando as prorrogações negociadas durante a vigência do Acordo, temos:

Tabela 3 – Períodos de transição do Acordo TRIPS

Períodos de transição do Acordo TRIPS	
1996	Países industrializados
2000	Países em desenvolvimento e economias em transição
2005	Países em desenvolvimento em relação a produtos que antes não eram patenteáveis
2013	Países menos desenvolvidos – prazo final geral revisado
2016	Países menos desenvolvidos – prazo final para patentes, proteção de dados e direitos exclusivos sobre produtos farmacêuticos ³²¹

Fonte: Adaptado de Deere³²²

³¹⁸ *Ibid.*, pp. 146-147

³¹⁹ “No que diz respeito à indústria farmacêutica, por um século os países desenvolvidos usufruem o direito de produzir suas versões com o propósito de fortalecer suas indústrias e garantir o desenvolvimento tecnológico de suas nações. A Suíça só reconhece patentes de fármacos em 1974; o Japão em 1976, obtendo em troca livre acesso a seus produtos nos Estados Unidos e Europa; a Itália reconhece em 1978; a Espanha e Áustria em 1987, para em troca serem admitidas na Comunidade Europeia e ainda assim, solicitam extensão de prazo até 1992 para poderem absorver tecnologia e diminuir sua dependência tecnológica. Alguns países que defendem um forte regime internacional de patentes passaram a reconhecer patentes para a indústria farmacêutica quando já possuíam uma indústria doméstica com capacidade tecnológica passível de competir no mercado internacional.” (HOIRISCH, *op. cit.*, p. 25)

³²⁰ Artigo 65. “1. *Subject to the provisions of paragraphs 2, 3 and 4, no Member shall be obliged to apply the provisions of this Agreement before the expiry of a general period of one year following the date of entry into force of the WTO Agreement.* 2. **A developing country Member is entitled to delay for a further period of four years the date of application, as defined in paragraph 1, of the provisions of this Agreement other than Articles 3, 4 and 5. (...)**”

Artigo 66. “1. *In view of the special needs and requirements of least-developed country Members, their economic, financial and administrative constraints, and their need for flexibility to create a viable technological base, such Members shall not be required to apply the provisions of this Agreement, other than Articles 3, 4 and 5, for a period of 10 years from the date of application as defined under paragraph 1 of Article 65. The Council for TRIPS shall, upon duly motivated request by a least-developed country Member, accord extensions of this period.*” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *op. cit.*, destaques nossos)

³²¹ “A única concessão do Acordo TRIPS em relação aos diferentes níveis de desenvolvimento sócio-econômico dos Países-Membros diz respeito à fixação de prazos de transição diferenciados. Dessa forma, os países desenvolvidos teriam até 1996 para incorporar o padrão mínimo de proteção em suas legislações, os países em desenvolvimento teriam até 2000 e os países de menor desenvolvimento relativo até o ano de 2006. O Acordo também estabeleceu que os países em desenvolvimento teriam até 2005 para reconhecer patentes em setores tecnológicos não protegidos anteriormente. Posteriormente, a Declaração de Doha estabeleceu que os países de menor desenvolvimento relativo poderiam estender o período de transição para produtos farmacêuticos até 2016.” (HOIRISCH, *op. cit.*, p. 28)

³²² *Op. cit.*, 2009, p. 68

A pressão exercida sobre os países durante as negociações, todavia, implicou uma miríade de reações nos Estados menos desenvolvidos e em processo de desenvolvimento, criando um verdadeiro “jogo para sua implementação”, na expressão cunhada por Deere.³²³ Do lado dos países em desenvolvimento, mais da metade deles não conseguiu cumprir o prazo final do ano 2000 para a implementação do TRIPS, enquanto outros deixaram de lado a flexibilidade do prazo e adaptaram-se ao novo padrão internacional muito antes do termo avençado; já entre os países menos desenvolvidos, mais da metade deles se antecipou ao prazo de meados de 2013 para adequarem-se integralmente ao TRIPS,³²⁴ conforme os exemplos abaixo:

Tabela 4 – Países que se anteciparam aos prazos previstos no TRIPS

Principais países em desenvolvimento que se anteciparam ao prazo do ano 2000	Argentina, Bolívia, Brasil, Brunei Darussalam, Camarões, Chile, Colômbia, Congo, Costa Rica, Costa do Marfim, Dominica, República Dominicana, El Salvador, Gabão, Guatemala, Honduras, Índia, Indonésia, Malásia, México, Marrocos, Peru, Cingapura, Coreia do Sul, Tailândia, Trinidad e Tobago
Principais países menos desenvolvidos que se anteciparam ao prazo do ano 2013	Benin, Burkina Faso, Camboja, República Centro-Africana, Chade, Guiné, Guiné-Bissau, Mali, Mauritânia, Nepal, Senegal, Togo

Fonte: Adaptado de Deere.³²⁵

A par disso, países em desenvolvimento adotaram medidas parciais ao longo do tempo para acolherem o TRIPS em sua ordem jurídica interna. Dificilmente viu-se a publicação de um único ato normativo sobre o assunto: em média, foram usados cinco leis ou documentos análogos para inserir as emendas necessárias na legislação já em vigor.^{326,327} Deve-se ressaltar, por outro lado, que o Conselho para o

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ibid.*, p. 303

³²⁵ *Ibid.*, p. 71

³²⁶ *Ibid.*

Acordo TRIPS da OMC decidiu, em março de 2013, que essa prorrogação de prazo não exime o país signatário de aplicar o tratado. Trata-se de um interregno para que os países pouco desenvolvidos elaborem suas legislações locais de proteção à propriedade intelectual. A partir o momento que o fizerem, devem, ao menos, respeitar as disposições de não discriminação e de respeito à nação mais favorecida.^{328,329}

As razões para essa variedade de posturas frente às obrigações assumidas junto ao TRIPS encontram-se na inter-relação de “(a) debates globais sobre propriedade intelectual pós-TRIPS; (b) pressões internacionais sobre os países em desenvolvimento; e (c) fatores políticos e econômicos nacionais nos países em desenvolvimento”.³³⁰ Todos esses aspectos atingiram diretamente o planejamento de políticas públicas ligadas a setores econômico-sociais que envolvessem produtos e processos protegidos por patentes, principalmente áreas estratégicas como educação, evolução da agricultura, pesquisas científicas e saúde pública,³³¹ a qual, por sua importância direta na qualidade de vida das pessoas e pela relevância do debate estabelecido na comunidade internacional, será objeto de análise mais detalhada no tópico seguinte.

³²⁷ Para uma análise detalhada da implementação do TRIPS nos países em desenvolvimento, v. Deere (*op. cit.*, pp. 70-104). Em passagem posterior, ela anota que “*most developing countries included a mix of TRIPS-minimum and TRIPS-plus standards in their suite of IP laws. But the number of countries with TRIPS-plus standards grew steadily over the post-TRIPS decade. In many instances, the flexibilities for which governments fought (and are continuing to fight) at the international level were forfeited at the national level.*” (*ibid.*, p. 303)

³²⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Poorest countries’ extended intellectual property transition: time-limited or indefinite?**. 2013

³²⁹ “Article 3. 1. Each Member shall accord to the nationals of other Members treatment no less favourable than that it accords to its own nationals with regard to the protection of intellectual property, subject to the exceptions already provided in, respectively, the Paris Convention (1967), the Berne Convention (1971), the Rome Convention or the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits. (...)”

Article 4. With regard to the protection of intellectual property, any advantage, favour, privilege or immunity granted by a Member to the nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other Members. (...)” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *op. cit.*)

³³⁰ “(...) variations in TRIPS implementation demands attention to the interplay of: (a) post-TRIPS global IP debates; (b) international pressures on developing countries; and (c) national economic and political factors within developing countries”. (DEERE, 2009, *op. cit.*, p. 303)

³³¹ REICHMAN, 2009, *op. cit.*

3.3 O impacto do TRIPS sobre áreas estratégicas: o caso da saúde pública

Quanto à expansão das áreas do conhecimento a serem atingidas pelos direitos de propriedade intelectual, não é de se estranhar que, entre todas, a que mais tenha causado furor entre os países em desenvolvimento foi a inserção compulsória dos produtos farmacêuticos sob o manto das patentes.

A começar pelo fato de que, como antes discutido, o texto do Acordo foi uma imposição dos países desenvolvidos, principalmente os Estados Unidos da América, e de sua forte e organizada indústria farmacêutica,³³² que visava aos mercados emergentes.³³³ Para Hoirisch,

As novas regras internacionais estabelecidas pelo Acordo TRIPS foram criadas por um pequeno grupo de indústrias com interesses específicos, com pouca ou nenhuma participação de autoridades de saúde pública e sem uma avaliação das possíveis implicações de tais regras na saúde pública, em especial do impacto nas pessoas mais pobres. Os países em desenvolvimento foram coagidos a aceitar as novas regras estabelecidas pelo Acordo, em troca de benefícios que supostamente iriam obter em outras áreas, como agricultura e têxteis, todavia, os benefícios não aconteceram conforme esperado por esses países.^{334,335}

Essa globalização da propriedade intelectual criou, a partir de então, uma nova realidade para os países subdesenvolvidos e em processo de desenvolvimento. Dada sua condição de países importadores, porque não produzem bens e serviços tecnologicamente avançados em face de seu padrão econômico, eles se viram como uma espécie de reféns das indústrias de ponta dos Estados

³³² “Também vale mencionar a importância crucial dos National Institutes of Health (NIH) [Institutos Nacionais de Saúde], governamentais, no financiamento da P&D da indústria farmacêutica e de biotecnologia, que assegurou a liderança do país nesses setores. Mesmo as informações fornecidas pela associação norte-americana da indústria farmacêutica dão conta que apenas 43% da P&D do setor é financiada pela própria indústria, ao passo que a participação do NIH se eleva a 29%”. (CHANG, *op. cit.*, p. 61)

³³³ “*In practice, if not theory, the law was predominantly a form of horizontal industry regulation of unfair competition — made by the people in the affected industries for the people in the affected industries.*” (BOYLE, 2008, *op. cit.*, p. 51)

³³⁴ *Op. cit.*, p. 27

³³⁵ Além disso, conforme explica Deere, “*studies of the relationship between IP laws in LDCs [Less Developed Countries] and innovation, technology transfer, and foreign direct investment highlight that contract law, business confidence in the legal and political system, the absence of political unrest, and factor endowments, such as the availability of skilled workers, are far more important than IP laws in determining the extent to which foreign companies invest and transfer technology.*” (*op. cit.*, 2009, p. 103)

exportadores, titulares de direitos de propriedade intelectual que as colocavam artificialmente na posição de únicas fornecedoras de produtos essenciais.^{336,337}

Nesse contexto, a propriedade intelectual protegida dos laboratórios de pesquisas de fármacos de ponta ficou exposta, recentemente, a diversas discussões sobre a viabilidade de manutenção dessas patentes em face da necessidade de acesso das populações mais pobres aos medicamentos.³³⁸ Nesse ponto, os países emergentes exsurtem como os principais interessados no resultado desse embate, considerando o alto número de pessoas vivendo abaixo da linha de pobreza em seus territórios³³⁹ a despeito de suas economias avançarem de forma promissora.

Isso porque seus programas e ações de saúde pública são utilizados por um grande número de pessoas, de forma que o aumento do preço resultante da criação de direitos de propriedade sobre os medicamentos que compõem essas políticas públicas causaram um grande impacto nos cofres do governo³⁴⁰ - no caso de fármacos utilizados para o tratamento da AIDS, por exemplo, o preço dos produtos não patenteados chega a ser 73,4% (setenta e três vírgula quatro por cento) menor

³³⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL - OMPI. **2011 World Intellectual Property Report: the changing face of innovation**

³³⁷ O que determinou, inclusive, um aumento sucessivo dos *royalties* pagos de um país a outro nos últimos anos – de US\$ 27.000.000.000,00 (vinte e sete bilhões de dólares americanos) em 1990 para US\$ 180.000.000.000,00 (cento e oitenta bilhões de dólares americanos) em 2009 (*Ibid.*).

³³⁸ A Índia, por exemplo, atravessa crise jurídica e social nesse sentido desde sua adequação ao TRIPS, que passou pela introdução de patentes em produtos farmacêuticos. A indústria indiana de medicamentos genéricos é internacionalmente conhecida pela sua capacidade de suprir países menos desenvolvidos com drogas a preços acessíveis, realidade que pode mudar em breve com o novo marco regulatório local de 2005 (BASHEER, Shammad. **A Índia “se rende” ao TRIPS: a Lei de Patentes de 2005.** In: RODRIGUES JR., Edson Beas; POLIDO, Fabrício (orgs.). **Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios.** Elsevier: Rio de Janeiro, 2007, p. 43).

³³⁹ Considerando como linha de pobreza a percepção real de até US\$ 1,25 (um dólar americano e vinte e cinco centavos) por dia, estavam nessa situação em 2005 na China 209,2 milhões de pessoas, o que equivale a 15,9% de sua população à época; na Índia, 461,76 milhões de pessoas, igual a 41,6% da população; no Brasil, em 2009, tínhamos 6,127 milhões de pessoas, ou 3,2% da população; e na África do Sul, cujos dados são do ano 2000, cerca de 11,665 milhões de pessoas viviam na pobreza, o que remonta 26,2% de sua população. A Rússia é o único país dentro do bloco que não apresentava pessoas vivendo abaixo da linha de pobreza (SILVÉRIO, Maria. **BRICS: desigualdades sociais nos países emergentes.** Observatório das Desigualdades, s/d).

³⁴⁰ “Para que o governo continue a manter a gratuidade e a universalidade do tratamento e como parte de um cenário para enfrentamento da epidemia é preciso administrar os altos preços cobrados pela indústria farmacêutica, manter a produção nacional de ARVs, respeitar a lei de patentes de modo a atender aos interesses transnacionais, levando sempre em conta os interesses nacionais.” (HOIRISCH, *op. cit.*, p. 14)

do que o dos medicamentos albergados por patentes.³⁴¹ É de se considerar, ainda, que

grande parte dos medicamentos que compõem o coquetel é constituído por drogas patenteadas de alta efetividade produzidas por laboratórios transnacionais cujos preços são extremamente altos. Em termos de custo, as drogas patenteadas representam o maior peso do coquetel. Para que haja atendimento à lei de distribuição gratuita dos antirretrovirais, uma das estratégias do governo foi investir nos laboratórios e recursos humanos nacionais para a produção de versões genéricas de medicamentos cujas patentes já expiraram.³⁴²

Essa dificuldade econômica criada pela adesão ao TRIPS, além da notória transferência de renda para os países mais ricos,³⁴³ fez com que o tema voltasse à baila na Rodada Doha da OMC, iniciada em 2001,³⁴⁴ como efeito daquilo que Deere chamou de “ressurgimento da confiança dos países em desenvolvimento”³⁴⁵ para cobrar maiores esforços na realização de revisões do TRIPS, afirmação das flexibilidades disponíveis e mais tempo, auxílio e recursos para implementar o Acordo.³⁴⁶ O resultado foi a publicação da “Declaração sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública”. No trecho pertinente, estatui o documento:

3. Nós reconhecemos que a proteção à propriedade intelectual é importante para o desenvolvimento de novos medicamentos. Nós também reconhecemos as preocupações sobre seus efeitos sobre os preços.

4. Nós concordamos que o Acordo TRIPS não proíbe e não deve proibir membros de tomar medidas para proteger a saúde pública. Nesse sentido, enquanto reiteramos nosso compromisso com o Acordo TRIPS, nós afirmamos que o Acordo pode e deve ser interpretado e implementado de maneira a incentivar o direito dos membros da OMC de proteger a saúde pública e, em particular, de promover o acesso a medicamentos para todos. Nesse contexto, nós reafirmamos o direito dos membros da OMC de usar, integralmente, as previsões do Acordo TRIPS, que conferem flexibilidade para esse propósito.

5. De acordo e sob a luz do parágrafo 4, acima, enquanto mantemos nosso compromisso com o Acordo TRIPS, nós reconhecemos que essas flexibilizações incluem:

a) Na aplicação de normas costumeiras de interpretação da legislação pública internacional, cada previsão do Acordo TRIPS deve ser lida sob a luz do objeto e do propósito do Acordo como expresso, em particular, nos seus objetivos e princípios;

³⁴¹ *Ibid.*, p. 69

³⁴² *Ibid.*, p. 44

³⁴³ Economistas estimam que a implementação do TRIPS levou os países em desenvolvimento a pagar cerca de US\$ 40.000.000.000,00 (quarenta bilhões de dólares americanos) em despesas anualmente somente para os Estados Unidos da América (DEERE, 2009, *op. cit.*, p. 119).

³⁴⁴ CÉSAR, Susan Elizabeth Martins; SATO, Eiiti. **A Rodada Doha, as mudanças no regime do comércio internacional e a política comercial brasileira**, 2012

³⁴⁵ *Op. cit.*, 2009, p. 118

³⁴⁶ Contribuíram para o ambiente político favorável os atentados de 11 de setembro de 2001 e o extremamente impopular processo que as grandes indústrias farmacêuticas dos Estados Unidos da América abriram contra o governo da África do Sul (*Ibid.*, p. 126).

b) Cada membro tem o direito de emitir licenças compulsórias e a liberdade de determinar os fundamentos sobre os quais tais licenças serão garantidas;

c) Cada membro tem o direito de determinar o que constitui uma emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência, sendo compreendido que crises de saúde pública, incluindo aquelas relacionadas com HIV/AIDS, tuberculose, malária e outras doenças epidêmicas, podem representar uma emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência. (...)³⁴⁷

A Declaração representou uma importante vitória política para os países em desenvolvimento, uma vez que, até então, eles se encontravam inseguros sobre como as flexibilidades do TRIPS seriam interpretadas e até onde seu direito de usá-las seria respeitado. Na verdade, a pressão para a edição da Declaração de Doha foi motivada mais no fato de alguns membros da OMC estarem impedindo o uso das flexibilidades do Acordo do que pela falta de clareza em seu texto.³⁴⁸ Como definiu Abbott:

Embora inicialmente tratada pelos Estados Unidos e outros países com o mesmo pensamento como uma afirmação radical, essa formulação parece direcionada a estabelecer uma proposição razoavelmente normal: que governos soberanos têm o direito de criar e manter sistemas de saúde pública sem restrições de um acordo que regulamenta o comércio internacional e direitos de propriedade intelectual. (...)

Na prática, nenhum governo responsável que tenha escolha colocaria a saúde pública de seus cidadãos abaixo dos interesses de uns poucos detentores de patentes.³⁴⁹

³⁴⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Declaration on the TRIPS agreement and public health**. Doha, novembro de 2001. (“3. We recognize that intellectual property protection is important for the development of new medicines. We also recognize the concerns about its effects on prices. 4. We agree that the TRIPS Agreement does not and should not prevent members from taking measures to protect public health. Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPS Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO members' right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all. In this connection, we reaffirm the right of WTO members to use, to the full, the provisions in the TRIPS Agreement, which provide flexibility for this purpose. 5. Accordingly and in the light of paragraph 4 above, while maintaining our commitments in the TRIPS Agreement, we recognize that these flexibilities include:

a) In applying the customary rules of interpretation of public international law, each provision of the TRIPS Agreement shall be read in the light of the object and purpose of the Agreement as expressed, in particular, in its objectives and principles.

b) Each member has the right to grant compulsory licences and the freedom to determine the grounds upon which such licences are granted.

c) Each member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent a national emergency or other circumstances of extreme urgency. (...)”)

³⁴⁸ DEERE, 2009, *op. cit.*, p. 120

³⁴⁹ ABBOTT, Frederick M. The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: lighting a dark corner at the WTO. **Journal of International Economic Law**, 2002. (“Although initially treated by the US/like-minded group as a radical statement, this formulation appears intended to establish a fairly unremarkable proposition: that is, sovereign governments have the right to establish and maintain public health systems without restriction by an agreement regulating international trade and

A divulgação da Declaração de Doha surtiu efeitos na segurança dos países em desenvolvimento de utilizar, por exemplo, o expediente do licenciamento compulsório – já previsto no artigo 31 do TRIPS, porém com uma extensa lista de requisitos para seu uso legítimo nos termos do tratado.³⁵⁰ Os principais casos envolveram medicamentos a serem utilizados em programas de saúde pública no Zimbábue, em 2002; Malásia, em 2003; Indonésia, Moçambique e Zâmbia, em 2004; Eritreia e Gana, em 2005; Tailândia, em 2006 e 2007; e Brasil, em 2007.³⁵¹ Explica Hoirisch que

na maioria dos casos, as autorizações em questão foram para uso governamental, o que permitia a compra de versões genéricas de medicamentos para programas públicos de saúde. As empresas detentoras das patentes continuavam a desfrutar da exclusividade de mercado nos mercados privados. Na maioria dos casos, os países contavam com os laboratórios indianos para o fornecimento de versões genéricas de medicamentos.³⁵²

O que mais chamou a atenção no caso brasileiro foi o paradoxo entre o tempo que levou para adotar os padrões mínimos do TRIPS em sua legislação de proteção à propriedade intelectual e a intransigência na firme postura de negociação posterior quando necessário à manutenção de seu programa de distribuição de medicamentos antirretrovirais para pacientes portadores do HIV.

Nos termos do Acordo, o Brasil, como país em desenvolvimento, teria dez anos para publicar os atos normativos compatíveis com o direito internacional, porém levou apenas dois,³⁵³ enquanto países no mesmo estágio de evolução

intellectual property rights. (...)As a practical matter, no responsible government with a choice would place the public health of its citizens below the interests of a few patent holders.”)

³⁵⁰ Em síntese: o direito de uso seja concedido por mérito do solicitante; negociação anterior com o titular da patente; limitação de tempo e de uso conforme autorização; a concessão do direito de uso do objeto patenteado não pode ser exclusiva; não é possível a sub-rogação do direito; a autorização deve ser voltada predominantemente para o mercado interno do país-membro que a determinar; remuneração adequada ao titular da patente; revisão das decisões de licenciamento compulsório pelo Poder Judiciário; critérios específicos para o caso de patentes dependentes.

³⁵¹ Para maiores detalhes sobre o caso da Tailândia, v. Hoirisch (*op. cit.*, p. 74); para o caso do Brasil, inclusive as diversas ameaças que antecederam a efetiva decretação do licenciamento compulsório, v. Deere (2009, *op. cit.*, pp. 230-231). É interessante notar também que grupos da sociedade civil ligados à saúde pública e aos direitos humanos chegaram a mover ações na Justiça Federal para obrigar a União a promover o licenciamento compulsório do medicamento Kaletra, componente do coquetel anti-AIDS, após o aumento do preço de sua nova formulação pelo laboratório Abbott, detentor de suas patentes, que praticamente anulou as reduções de valor obtidas em negociações anteriores (HOIRISCH, *op. cit.*, p. 73).

³⁵² *Op. cit.*, p. 74

³⁵³ O Acordo TRIPS, oficialmente o Anexo 1C do “Documento final que corporifica os resultados da Rodada Uruguai de Negociações de Comércio Multilaterais”, data de 15 de abril de 1994; a vigente Lei de Propriedade Industrial brasileira, Lei nº 9.279, foi publicada em 14 de maio de 1996.

tecnológica, como Índia e China, usaram todo o prazo disponível. O resultado disso foi a perda da chance de se valer do período de transição autorizado pelo TRIPS para fortalecer a indústria nacional a partir da prática de engenharia reversa dos medicamentos patenteados nos laboratórios aqui sediados, aperfeiçoando sua capacidade em P&D.³⁵⁴

Mais ainda, o texto da Lei nº 9.279/1996 pode ser considerado “*TRIPS-plus*”, porque consagra garantias de propriedade intelectual que vão além do disposto no Acordo, mormente as chamadas patentes retroativas (ou *pipeline*).³⁵⁵ Ao fazê-lo, infringiu a função social da propriedade intelectual e atrapalhou o desenvolvimento econômico e tecnológico do país:

Não atendem o interesse social do país, pois conceder a uma empresa o direito de monopólio comercial para um medicamento ou processo farmacêutico que já estava em domínio público, aumenta de forma desnecessária e injusta as despesas na aquisição dos medicamentos protegidos pelas patentes, tanto para os usuários de medicamentos como para os cofres públicos (...). Também não atendem ao interesse tecnológico e social do país, pois fez com que esses medicamentos perdessem a oportunidade de ser produzidos localmente, o que permitiria tanto o desenvolvimento do setor no país, como também a produção de versões genéricas mais baratas.³⁵⁶

Com esse pano de fundo, não se esperava a posição adotada pelos representantes nacionais nas negociações para aquisição de medicamentos patenteados. Atribuímos a determinação observada justamente às cláusulas “*TRIPS-plus*” adotadas pelo ordenamento jurídico pátrio: a partir do momento em que o Brasil internaliza rapidamente todas as disposições pactuadas e ainda as reforça com outras espontaneamente, entende-se no direito de utilizar todas as demais flexibilidades do TRIPS – inclusive o licenciamento compulsório para forçar os laboratórios estrangeiros titulares das patentes a reduzirem o preço cobrado do Governo brasileiro.

³⁵⁴ HOIRISCH, *op. cit.*, p. 37

³⁵⁵ “Art. 230. Poderá ser depositado pedido de patente relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, por quem tenha proteção garantida em tratado ou convenção em vigor no Brasil, ficando assegurada a data do primeiro depósito no exterior, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente.”

³⁵⁶ HOIRISCH, *op. cit.*, p. 37

A eficácia da estratégia estava vinculada à crença do efetivo uso do licenciamento compulsório baseada na possibilidade de produção local do medicamento, mas foi perdendo força nos anos de 2004 e 2005. Quando o Brasil não mais conseguiu obter descontos relevantes nos valores pagos à indústria farmacêutica, efetivamente lançou mão do expediente em 2007 sobre o medicamento “efavirenz”, da Merck Sharp & Dohme, atribuindo sua produção aos laboratórios públicos Farmanguinhos e Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco e importando versões genéricas por meio do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) junto a indústrias da Índia.³⁵⁷

Enfim, a tensa relação entre o TRIPS e a saúde pública dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos ainda consta da pauta de tratativas da OMC, que iniciou uma política de esforços conjuntos com a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a OMPI para, numa “abordagem holística e coordenada para cooperação trilateral”, construir uma sólida base para discussões sobre políticas e cooperações técnicas nas áreas de inovação e acesso a tecnologias médicas.³⁵⁸

3.4 TRIPS e abuso do direito à propriedade intelectual

O texto aprovado do Acordo TRIPS denota a preocupação, ao menos em tese, de se respeitar o aspecto social dos direitos de propriedade intelectual. Diante das tensões ocorridas durante o processo de sua negociação na Rodada Uruguaí da OMC,³⁵⁹ fica claro que os países em desenvolvimento e subdesenvolvidos buscaram garantir que fossem evitados determinados abusos praticados pelas empresas inovadoras.

³⁵⁷ *Ibid.*, pp. 72; 79

³⁵⁸ “*The idea was to build a broad base for policy discussion and technical cooperation in this critical area, and to break down the silos of expertise that can impede much-needed collaboration across sectors. And our coordinated, holistic approach to trilateral cooperation and policy dialogue has continued to evolve. In two weeks, for example, I will welcome to the WTO my counterparts, the Directors-General of the WHO and WIPO, for a trilateral policy symposium. So we are still working on coordinated effort.*” (AZEVEDO, Roberto. **Speech to a conference of the Federal Circuit Bar Association held in cooperation with the WTO, the World Intellectual Property Organization and The European Patent Office on 20 October in Geneva, 2014**)

³⁵⁹ V. tópico 3.2, *supra*.

Já no preâmbulo do Acordo encontramos o comprometimento dos Estados-partes em reconhecer que os direitos de propriedade intelectual não podem constituir uma barreira ao comércio e ao direito ao desenvolvimento dos países:

Desejando reduzir distorções e impedimentos ao comércio internacional, e levando em consideração a necessidade de promover proteção efetiva e adequada aos direitos de propriedade intelectual, e para garantir que medidas e procedimentos para reforçar os direitos de propriedade intelectual não se tornem eles mesmos barreiras ao legítimo comércio; (...) *Reconhecendo* os objetivos subjacentes das políticas públicas dos sistemas nacionais para a proteção da propriedade intelectual, incluindo objetivos de cunho desenvolvimentista e tecnológico; *Reconhecendo* também as necessidades especiais dos países-membros menos desenvolvidos no que toca à máxima flexibilização na implementação interna das leis e regulamentos para permitir que eles criem uma base tecnológica sadia e viável; (...) ³⁶⁰ (itálicos no original).

E este vetor interpretativo é encontrado logo na parte normativa do Acordo:

Artigo 7 – Objetivos

A proteção e a garantia de direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e disseminação de tecnologia, para a vantagem mútua de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e em uma maneira conducente ao bem-estar econômico e social e ao balanceamento de direitos e obrigações.

Artigo 8 – Princípios

(...)

2. Medidas apropriadas, desde que sejam consistentes com as previsões deste Acordo, podem ser necessárias para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual pelos seus detentores ou o uso de práticas que restrinjam o comércio de forma não razoável ou afetem negativamente a transferência internacional de tecnologia ³⁶¹

O que se vê, *prima facie*, é a preocupação dos Estados-partes de coibir o abuso dos direitos de propriedade intelectual, mas desde que não se deem por terra as disposições expressas do próprio TRIPS. Em outras palavras, caberá à lei

³⁶⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *op. cit.* (“*Desiring to reduce distortions and impediments to international trade, and taking into account the need to promote effective and adequate protection of intellectual property rights, and to ensure that measures and procedures to enforce intellectual property rights do not themselves become barriers to legitimate trade; (...) Recognizing the underlying public policy objectives of national systems for the protection of intellectual property, including developmental and technological objectives; Recognizing also the special needs of the least-developed country Members in respect of maximum flexibility in the domestic implementation of laws and regulations in order to enable them to create a sound and viable technological base; (...)*”)

³⁶¹ *Ibid.* (“*Article 7 – Objectives. The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations. Article 8 – Principles. (...). 2. Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology.*”)

nacional de cada país determinar quais ações constituirão abusos puníveis, mas não se aceitará que tais legislações arrefeçam os direitos de propriedade intelectual.

O Acordo traz, ainda, dois preceptivos de viés mais prático. O primeiro, encontrado em seu art. 40 (2), estabelece a proibição do abuso de direito em contratos de licenciamento a partir do momento em que causem efeitos adversos em mercado relevante.³⁶² Comentando esse dispositivo, Correa vincula-o ao artigo 8 (2) transcrito acima, chamando aquele de “aplicação concreta do princípio geral” estabelecido neste, e destaca que ele aplica a “regra da razão” para a conceituação do que seriam práticas anticompetitivas – negando, portanto, a existência de práticas ilícitas *a priori* e reforçando o exposto no tópico 2.4, *supra*.³⁶³

Serve, então, como substrato jurídico internacional tendente a mitigar os efeitos do *evergreening*, na medida em que permite avaliar os efeitos nefastos da prática sobre cada mercado individualmente considerado.

Logo adiante, no artigo 41 (2), tratando dos mecanismos de garantia de efetividade dos direitos de propriedade intelectual, ressalta que devem eles ser colocados à disposição de seus detentores tanto para fins preventivos – para evitar potenciais infrações ao seu direito – quanto para fins repressivos – para fazer cessar a infração já praticada. Sem embargo, reafirma que os instrumentos não podem ser utilizados com finalidade abusiva.³⁶⁴

Forçoso concluir, então, que o texto do Acordo TRIPS carrega uma série de previsões que reconhecem o potencial uso indevido dos direitos de propriedade intelectual e tenta a eles se antecipar. Contudo, deixa tal mister totalmente a cargo das legislações nacionais. A generalidade dos dispositivos, destarte, acaba por

³⁶² “Article 40. (...) 2. Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market. As provided above, a Member may adopt, consistently with the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such practices, which may include for example exclusive grantback conditions, conditions preventing challenges to validity and coercive package licensing, in the light of the relevant laws and regulations of that Member.” (*Ibid.*)

³⁶³ CORREA, Carlos María. **Acuerdo TRIPS: regimen internacional de la propiedad intelectual.** Ediciones Ciudad Argentina, 1996, *passim*

³⁶⁴ “Article 41. Members shall ensure that enforcement procedures as specified in this Part are available under their law so as to permit effective action against any act of infringement of intellectual property rights covered by this Agreement, including expeditious remedies to prevent infringements and remedies which constitute a deterrent to further infringements. These procedures shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *op. cit.*)

afrouxar a coibição dos abusos, vez que, inexistindo lei interna, os princípios poderão ficar a descoberto.

Contudo, sua efetividade esbarra no “jogo de implementação” já discutido.³⁶⁵ Mesmo durante a Rodada Uruguai, os Estados Unidos da América, por exemplo, já negociavam acordos paralelos com diversos outros países para assegurar o reconhecimento das patentes de seus nacionais independentemente do resultado das negociações na OMC.³⁶⁶ Após a elaboração do tratado, o qual, aos olhos dos países desenvolvidos, mostrou-se demasiadamente aberto e garantista aos países menos desenvolvidos, intensificaram-se as mesas de negociação para o estabelecimento de tratados bilaterais que ampliassem a proteção dos direitos de exclusivo.

Tais acertos, conhecidos como *TRIPS-Plus*, servem aos interesses dos países ricos muito mais do que aqueles em desenvolvimento ou menos desenvolvidos. “O termo *TRIPS-plus* está consagrado na doutrina e faz referência a políticas, estratégias, mecanismos e instrumentos que implicam compromissos que vão além daqueles patamares mínimos exigidos pelo Acordo TRIPS, que reduzem ou inviabilizam as flexibilidades ou ainda estabelecem padrões ou regulamentam questões não abordadas pelos TRIPS”.³⁶⁷

Reduzidos os participantes do processo de negociação, a influência do poder econômico dos países desenvolvidos torna-se abismal e busca-se fragilizar a defesa de posturas de interesse comum nos blocos dos países em desenvolvimento. Para Arbix:

Difícilmente os resultados das negociações de tratados bilaterais deixam de carregar a marca indelével da assimetria entre as partes, por vários motivos. A importância de produtos ou serviços caros às economias menores tende a ser diminuta nas pautas comerciais dos países com economias maiores e mais diversificadas; ademais, a internacionalização de suas empresas inclina até mesmo os setores naturalmente centrados no mercado interno a apoiarem iniciativas de liberalização comercial ousadas. A experiência com

³⁶⁵ Veja tópico 3.2, *supra*.

³⁶⁶ ARBIX, Daniel do Amaral. **Tratados *Trips-Plus* e o sistema multilateral de comércio**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009

³⁶⁷ CERQUEIRA, Wanilza Marques de Almeida. **TRIPS-Plus e acesso a medicamentos: um estudo baseado na regulamentação do comércio internacional pela Organização Mundial do Comércio**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012, p. 75

tais tratativas e a abundância de recursos humanos e materiais, finalmente, alavancam o desnível das mesas de negociação.³⁶⁸

Fruto desse movimento de autoproteção encampado pelos países desenvolvidos, a proliferação dos acordos *TRIPS-Plus* foi medida por Arbix,³⁶⁹ que demonstrou o alcance de tais pactos: as economias mais desenvolvidas, como Estados Unidos da América, Comunidade Europeia e Japão, beneficiam-se com cláusulas mais amplas do que aquelas previstas no TRIPS com países em todos os continentes e normalmente ainda não acreditados na OMC.

Tabela 5 – Acordos *TRIPS-Plus*

País	Número de Acordos	Continentes
EUA	17	América Central, América do Sul, África, Ásia e Oceania
Comunidade Europeia	23	América do Norte, América do Sul, Europa, África e Ásia
Suíça	8	Europa e Ásia
Japão	7	América do Sul, Europa e Ásia
Austrália	4	América do Sul e Ásia

Os termos negociados nesses tratados, portanto, são impostos pelos países desenvolvidos com vistas a assegurar os interesses de seus nacionais e a transferência de *royalties* para seu território.³⁷⁰ Conseqüentemente,

a nova agenda tem como objetivo eliminar as flexibilidades previstas no TRIPS, tornando as matérias não-patenteáveis passíveis de patenteamento, acabando com a possibilidade de importação paralela e de uso de licenciamento compulsório, aumentando o tempo mínimo de vigência de patentes e encurtando a flexibilidade temporal para implantação de direitos de propriedade intelectual. A proliferação dos mencionados acordos combinada à aplicação do princípio da nação mais favorecida da OMC estabelece indiretamente um novo padrão, mais elevado, de proteção a propriedade intelectual.³⁷¹

³⁶⁸ *Op. cit.*, pp. 122-123

³⁶⁹ Considerando-se apenas os acordos celebrados após a publicação do TRIPS, ou seja, a partir de 1995, e que contenham disposições mais protetivas da propriedade intelectual do que aquelas expressas na agenda multilateral. Para detalhes do corte metodológico utilizado, v. Arbix (*op. cit.*, pp. 103-109)

³⁷⁰ ARBIX, *op. cit.*, p. 126

³⁷¹ CERQUEIRA, Wanilza, *op. cit.*, p. 78

E o Acordo TRIPS e seus princípios já citados?

O próprio texto multilateral responde logo em seu artigo 1 (1), que afirma que os países-membros estão autorizados, mas não obrigados, a implementar proteção mais ampla do que aquela prevista nos preceptivos que se seguirão.³⁷²

Como decorrência fatal de uma disposição assim genérica, temos que o TRIPS é, ele mesmo, instrumento que, apesar de tentar acalmar os ânimos dos países importadores de tecnologia com seus princípios e normas protetivas, acaba por permitir, indiretamente, o estabelecimento de regras que, utilizadas com finalidade antissocial, abrem portas para o abuso dos direitos de propriedade intelectual.

³⁷² “Article 1 - Nature and Scope of Obligations. 1. Members shall give effect to the provisions of this Agreement. Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by this Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of this Agreement. Members shall be free to determine the appropriate method of implementing the provisions of this Agreement within their own legal system and practice.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *op. cit.*)

CONCLUSÃO

“O elemento de partida da criação intelectual é sempre o repositório precedente, cultural e técnico, da humanidade. Seria assim uma apropriação inadequada do domínio comum considerar como exclusivo o que já era de todos.”³⁷³

Pretendemos, com o presente trabalho, explorar e demonstrar as consequências atuais que a formação artificial dos direitos de propriedade implicam ao desenvolvimento tecnológico. A repetição dos moldes do cercamento das terras comuns na Inglaterra, nos idos do século XV, para garantir a apropriação dos resultados da atividade intelectual humana acarreta a criação de um peso morto sobre a informação – tornando mais oneroso e complexo o processo de inovação por parte daqueles que não detêm suficiente capital, sem contar os riscos de exclusão do mercado após sucessivos ataques judiciais por infração a patentes e outros direitos de propriedade intelectual.

O ordenamento jurídico internacional vigente permite, ainda que indiretamente, os abusos do direito de propriedade intelectual – dentre os quais destacamos o *evergreening* e os *patent trolls* – mormente por parte de empresas sediadas nos chamados países desenvolvidos, produtoras de inovação em face dos robustos investimentos financeiros que recebem. Esperam, pois, o retorno desse capital e agem incessantemente junto aos órgãos internacionais para elevar a proteção que recebem em outros territórios – mesmo que vivam realidade econômica totalmente diversa e/ou adversa. Fazem-no alardeando as vantagens de adotar tais políticas e apresentam-nas como as razões de seu sucesso. Isso, porém, não corresponde à verdade histórica:

“Assim, parece que estamos diante de um ‘paradoxo’ – pelo menos para quem não é economista neoliberal. Todos os países, mas principalmente os países em desenvolvimento, cresceram muito mais rapidamente no período em que aplicaram políticas ‘ruins’, entre 1960-1980, do que nas duas décadas seguintes, quando passaram a adotar as ‘boas’. A resposta óbvia para tal paradoxo é reconhecer que as políticas supostamente ‘boas’ nada têm de benéfico para os países em desenvolvimento, pelo contrário, na verdade é provável que as políticas ‘ruins’ lhes façam bem quando efetivamente implementadas.”³⁷⁴

³⁷³ BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. **Revista da ABPI**, n. 59, 2009

³⁷⁴ CHANG, *op. cit.*, p. 214

A par dessa constatação geral, foi possível constatar especificamente que:

- o primeiro movimento de cercamento, que transformou as terras aráveis comuns em propriedade privada, é o nascedouro do crescimento desordenado e do abismo social que encontramos atualmente;

- ainda assim, o sistema jurídico evoluiu para o reconhecimento de uma função social da propriedade, conceito que se aplica integralmente à propriedade intangível aplicável sobre as criações do intelecto humano;

- em contrapartida, está em curso um segundo movimento de cercamento, cujo objetivo é tornar privado aquilo que historicamente é bem público: a informação como insumo de pesquisa e motor do desenvolvimento tecnológico, entregando a um único dono, artificial e forçosamente, bens materiais e imateriais que não são, por natureza, apropriáveis;

- em um embate contra essa política de estirpe neoliberal, correm paralelos movimentos de produção de conhecimento que escapam à doutrina dominante da entrega de direitos de exclusivo aos desenvolvedores de novas tecnologias, vez que se baseiam em ganhos indiretos para estimular a participação de pessoas capazes de contribuir com o sucesso dos projetos;

- o uso das garantias de exclusivo conferidas pela propriedade intelectual em desacordo com suas finalidades econômico-sociais configura abuso de direito, em tese reprimível pelo ordenamento jurídico de diversos países;

- dentre os abusos comumente manifestados encontram-se o *evergreening*, fundado na concessão de “patentes fracas”, as patentes secundárias reconhecidas sem a análise detida dos requisitos legais para sua concessão, principalmente a atividade inventiva; e os *patent trolls*, empresas cujo objeto de negócio é a aquisição de patentes de outras empresas para delas extrair *royalties*, e não para explorá-las industrialmente;

- tais abusos trazem prejuízos ao direito da concorrência, na medida em que impedem a entrada de outros competidores no mercado ou aumentam sobremaneira o preço final ao consumidor diante dos inúmeros licenciamentos de patentes necessários para a regular comercialização do produto ou serviço;

- o Acordo TRIPS tem por origem a pressão dos países desenvolvidos nas reuniões do GATT para a padronização dos direitos de propriedade intelectual, tendo logrado êxito em inserir as negociações na Rodada Uruguai;

- o Acordo traz uma série de flexibilidades, contudo sua própria aplicação é restrita pelos países desenvolvidos com ameaças de sanções econômicas e os estabelecimentos de tratados bilaterais TRIPS-plus, ou seja, que contêm obrigações mais restritas sobre patenteabilidade e direitos de exclusivo conferidos;

- a unificação do modelo de proteção causou grandes prejuízos aos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, porque desvinculado de sua realidade econômica; mais do que isso, representa um paradoxo em relação à experiência pretérita dos países ricos, dado que estes gozaram de leis de propriedade intelectual mais lassas durante boa parte dos séculos XVIII e XIX;

- diante da generalidade de suas cláusulas, o Acordo TRIPS acaba por auxiliar, indiretamente, o abuso dos direitos de propriedade intelectual e sua influência negativa no direito da concorrência, porquanto permite a celebração dos tratados bilaterais mencionados e visa a garantir uma proteção forte aos direitos de exclusivo – criando, assim, um ambiente favorável para o *evergreening* e os *patent trolls*.

Este trabalho não tem a pretensão de exaurir o vasto tema da propriedade intelectual no cenário internacional. As conclusões apresentadas, na verdade, servem de norte para aprofundamentos futuros para aprimorar nossa compreensão sobre os fenômenos interdisciplinares que servem de pano de fundo para as negociações plurilaterais de comércio.

Marcadamente, sabe-se que a comparação entre as legislações patentárias de outrora e deste século carece de uma abordagem histórica mais precisa. Não se desconhece que as regras jurídicas e econômicas que vigiam no século XIX, quando tornavam-se comuns as leis protetivas da propriedade intelectual, são bastante diferentes daquelas que temos hoje a regular o mesmo mercado. Com isso, é relevante prosseguir na pesquisa nesse campo para trazer a lume em que essas nuances podem infirmar ou confirmar as conclusões aqui apresentadas.

Outro ponto que merece atenção para o futuro, cuja colaboração este trabalho pretende dar apresentando suas bases fundamentais, é a pesquisa da jurisprudência internacional em torno do conceito de abuso de direito. Uma definição jurídica do termo é essencial para a segurança dos agentes econômicos e também para a proteção de princípios caros à limitação das influências do poder econômico sobre as relações jurídicas e econômicas. Conforme decisões sobre lides afetas ao abuso da propriedade intelectual forem sendo publicadas, pode-se aprofundar a busca pela delimitação do abuso e, a partir de então, fixar as diretrizes da exploração econômica exclusivas das patentes de forma conciliadora entre o direito de seu titular e o interesse público ligado a todas elas.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Frederick M. The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: lighting a dark corner at the WTO. **Journal of International Economic Law**, 2002, pp. 469-505. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1493725>>. Acesso em 03 jul. 2014.

_____. The WTO medicines decision: world pharmaceutical trade and the protection of public health. **The American Journal of International Law**, v. 99:317, 2005. pp. 317-358. Disponível em <<http://www.who.int/intellectualproperty/submissions/Abbott%20proofs.pdf?ua=1>>. Acesso em 03 jul. 2014.

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e. Patentes segundo a abordagem neoschumpeteriana: uma discussão introdutória. **Revista de Economia Política**, vol. 18, n. 4 (72), outubro-dezembro de 1998. Disponível em <<http://www.rep.org.br/pdf/72-4.pdf>> Acesso em 29 mar. 2015.

_____. As múltiplas dimensões das patentes: notas a partir de um *survey* da literatura *mainstream*. **Revista Análise Econômica**, v. 16, n. 29, março de 1998, pp. 87-102. Disponível em <<http://www.seer.ufrgs.br/AnaliseEconomica/article/download/10560/6196>>. Acesso em 25 abr. 2015.

ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**, de 18 ago. 1896. Disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>>. Acesso em 22 abr. 2015.

ARBIX, Daniel do Amaral. **Tratados *Trips-Plus* e o sistema multilateral de comércio**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-15062011-154733/>>. Acesso em: 2015-05-06.

ARISTÓTELES. **Politics**. Tradução de Benjamin Jowett. Kitchener: Batoche Books, 1999.

ASCENSÃO, José Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. **Revista Esmafe: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 3, mar. 2002. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27320/direito_intelectual_exclusivo_liberdade.pdf?sequence=1>. Acesso em 29 abr. 2013

ARRUDA, Gustavo Fávoro; CERDEIRA, Pablo de Camargo. **Patentes de medicamentos e saúde pública**. In: RODRIGUES JR., Edson Beas; POLIDO, Fabrício (orgs.). **Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2007, pp. 117-132.

AZEVÊDO, Roberto. **Speech to a conference of the Federal Circuit Bar Association held in cooperation with the WTO, the World Intellectual Property Organization and The European Patent Office on 20 October in Geneva**.

Disponível em <http://www.wto.org/english/news_e/spra_e/spra38_e.htm>. Acesso em 12 nov. 2014.

BANCO MUNDIAL. **World Development Indicators**. 2014. Disponível em <<http://data.worldbank.org/data-catalog/world-development-indicators>>. Acesso em 26 jun. 2014.

BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. **Revista da ABPI**, n. 59, 2009. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27576-27586-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Vol. 9, n. 24. Porto Alegre: PGE, 1979-.

BASHEER, Shammad. **A Índia “se rende” ao TRIPS**: a Lei de Patentes de 2005. In: RODRIGUES JR., Edson Beas; POLIDO, Fabrício (orgs.). **Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2007, pp. 42-65.

BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BENKLER, Yochai. Coase’s penguin or Linux and the nature of the firm. **Yale Law Journal**, 2002, pp. 369-446. Disponível em <http://www.law.duke.edu/pd/papers/Coase%27s_Penguin.pdf>. Acesso em 23 ago. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERGEL, Salvador D. A situação limite do sistema de patentes: em defesa da dignidade das invenções humanas no campo da biotecnologia. **Limites: a ética e o debate jurídico sobre acesso e uso do genoma humano**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, p. 185-208, 2000. Disponível em <<http://www.dbbm.fiocruz.br/ghente/publicacoes/limite/situacao.htm>>. Acesso em 04 nov. 2014.

BOYLE, James. **A politics of intellectual property**: environmentalism for the net? 1997. Disponível em <<http://law.duke.edu/boylesite/intprop.htm>>. Acesso em 23 set. 2014.

_____. Fencing off ideas: enclosure & the disappearance of the public domain. **Daedalus**, v. 131, n. 2, 2002, pp. 13-25. Disponível em <<http://www.jstor.org>>. Acesso em 20 ago. 2014.

_____. **The second enclosure movement and the construction of the public domain**. Law and contemporary problems, p. 33-74, 2003. Disponível em

<<http://www.jstor.org/discover/10.2307/20059171?uid=2&uid=4&sid=21106733847313>>. Acesso em 20 ago. 2014.

_____. Cruel, mean, or lavish? Economic analysis, price discrimination and digital intellectual property. **Vanderbilt Law Review**, v. 536, 2007, pp. 2007-2039. Disponível em <<http://law.duke.edu/boylesite/cruel.pdf>>. Acesso em 23 set. 2014.

_____. **The public domain: enclosing the commons of the mind**. New Haven: Yale University Press, 2008.

BRAGA, Ludmila Arruda. Importações paralelas e a exaustão de direitos: uma visão crítica. **Revista Brasileira de Direito Internacional - RBDI**, América do Norte, 4, out. 2007, p. 104. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs-2.2.4/index.php/dint/article/view/7464/6639>>. Acesso em 04 mai. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04 mai. 2014.

_____. **Decreto nº 6.108, de 04 de maio de 2007**. Concede licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao Efavirenz, para fins de uso público não-comercial. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6108.htm>. Acesso em 04 mai. 2014.

_____. **Decreto nº 7.723, de 04 de maio de 2012**. Prorroga o prazo de vigência do licenciamento compulsório, por interesse público, das patentes referentes ao Efavirenz para fins de uso público não comercial, de que trata o Decreto nº 6.108, de 04 de maio de 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7723.htm>. Acesso em 04 mai. 2014.

_____. **Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971**. Institui o Código da Propriedade Industrial e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5772.htm>. Acesso em 06 set. 2014.

_____. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em 04 mai. 2014.

_____. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em 04 mai. 2014.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 23 abr. 2015.

BUSTELO, Pablo. **Desarrollo económico: del Consenso al Post-Consenso de Washington y más allá**. Estudios en homenaje al profesor Francisco Bustelo, 2003. Disponível em <[http://iidl.evai.net/iidl/cursos/SRI0011\\$\\$2012\\$\\$A/compartida/](http://iidl.evai.net/iidl/cursos/SRI0011$$2012$$A/compartida/)>

Prof.%20Anna%20Ramos/Art%C3%ADculos%20de%20lectura/2.%20CONSENSO%20DE%20WASHINGTON.pdf>. Acesso em 10 nov. 2014.

CARVALHO, Adão. **Racionalidade económica dos direitos de propriedade intelectual**. Documento de trabalho nº 2004/10. Universidade de Évora – Departamento de Economia. Disponível em <https://www.rdpc.uevora.pt/bitstream/10174/8413/1/wp_2004_10.pdf>. Acesso em 02 mai. 2015.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. **Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos**. São Paulo: Atlas, 2007.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Patentes de produtos de origem biológica. 2001. Disponível em <http://www.gesan.ndsr.org/docoficina03PatentesdeProdutosdeOrigemBiologica_Castilho.pdf>. Acesso em 05 mai. 2014.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**, v. 1, parte 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CERQUEIRA, Wanilza Marques de Almeida. **TRIPS-Plus e acesso a medicamentos**: um estudo baseado na regulamentação do comércio internacional pela Organização Mundial do Comércio. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012. Disponível em <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10573>>. Acesso em 06 mai. 2015.

CÉSAR, Susan Elizabeth Martins; SATO, Eiiti. **A Rodada Doha, as mudanças no regime do comércio internacional e a política comercial brasileira**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v55n1/a10v55n1.pdf>>. Acesso em 09 nov. 2014.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada**: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CHAVES, Gabriela Costa et al. **A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual**: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos. 2007. Disponível em <<http://www.scielosp.org/pdf/csp/v23n2/02.pdf>>. Acesso em 30 abr. 2014.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

COMISSÃO SOBRE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Integrating intellectual property rights and development policy**. Londres, setembro de 2002. Disponível em <http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/cipr_exec_sumfinal.pdf>. Acesso em 01 mai. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **O indispensável Direito Econômico**. In: **Ensaio e pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. pp. 453-472.

CORRÊA, Alexandra; FLORES, Nilton César. Direitos fundamentais e propriedade industrial. **Revista CADE**, v. 12, n. 1, 2013. Disponível em <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/cade/article/view/6327/4480>>. Acesso em 25 mar. 2015.

CORREA, Carlos María. **Acuerdo TRIPs**: regimen internacional de la propiedad intelectual. Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

_____. **Integrating public health concerns into patent legislation in developing countries**. Genebra: South Centre, 2000. p. 69. Disponível em <<http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/h2963e/h2963e.pdf>>. Acesso em 04 mai. 2014.

_____. **Guidelines for the examination of pharmaceutical patents: developing a public health perspective**. ICTSD, WHO, UNCTAD (2007). Pharmaceutical Sector Inquiry. Comunidade Europeia. 2009. Disponível em <<http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>>. Acesso em 01 nov. 2014.

_____. Patentar inventos o inventar patentes: medicamentos, propiedad intelectual y abusos del poder del mercado. **Le Monde Diplomatique en español**, 19 mar. 2010. Disponível em <http://www.apu.org.uy/wp-content/uploads/2012/07/Patentar-Inventos-o-Inventar-Patentes_Correa-Le-Monde.pdf>. Acesso em 07 set. 2014.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 16, n. 1, 2009, pp. 121-147. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42462>>. Acesso em 25 mar. 2013.

DEERE, Carolyn. **The implementation game: the TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

_____. **Strengthening WIPO's governance for the next 50 years: a time for action**. Disponível em <<http://www.ip-watch.org/2014/09/26/strengthening-wipos-governance-for-the-next-50-years-a-time-for-action/>>. Acesso em 11 nov. 2014.

DUTRA, Paula Hebling. Breve história das negociações internacionais em propriedade intelectual. **Inovação Uniemp**, Campinas, v. 3, n. 6, dez. 2007. Disponível em <http://inovacao.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-23942007000600022&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 06 nov. 2014.

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito**. Coimbra: Centelha, 1976.

ESPANHA. **Código Civil**, de 24 jul. 1889. Disponível em <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/tprel.htm>>. Acesso em 22 abr. 2015.

EUROPEAN GENERIC MEDICINES ASSOCIATION. **Barreras de entrada a los medicamentos genéricos en la Unión Europea**: un análisis de las debilidades del actual sistema europeo de patentes, y su impacto en el acceso al mercado de los medicamentos genéricos. 2008. Disponível em <http://www.aeseg.es/BarrerasInforme_ES_web.pdf>. Acesso em 15 nov. 2014

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. **Os princípios gerais do direito e os standards jurídicos no código civil**. 2008. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-23032008-183352/>>. Acesso em 21 abr. 2015.

FARIA, Carmen Rachel Scavazzini Marcondes. **Patentes biológicas**. Senado Federal, 2001. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27617-27627-1-PB.pdf>>. Acesso em 04 nov. 2014.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **To promote innovation**: the proper balance of competition and patent law and policy. 2003. Disponível em <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/promote-innovation-proper-balance-competition-and-patent-law-and-policy/innovationrpt.pdf>>. Acesso em 09 fev. 2015.

FILIPPE, José António; COELHO, Manuel; FERREIRA, Manuel Alberto Martins. **A Tragédia dos Anti-Comuns**: um novo problema na gestão da pesca?. ISEG. UTL. Seminário do Departamento de Economia (Nº15/2005/2006). Working paper, 2006. Disponível em <<http://pascal.iseg.utl.pt/~depeco/sem0506/ft-0506-jfilipe.pdf>>. Acesso em 05 dez. 2014.

FONSECA, Antônio. **Exaustão internacional de patentes e questões afins**. Disponível em <http://gesan.ndsr.org/docoficina08ExaustaoInternacionaldePatentes eQuestoesAfins_Fonseca.pdf>. Acesso em 04 mai. 2014.

GHOSH, Shubha. **Propriedade intelectual no novo projeto de direito e desenvolvimento**: comentários e exemplos da Índia. In: SCHAPIRO, Mario G. e TRUBEK, David M. (orgs.). **Direito e desenvolvimento**: um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 181-190.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONTIJO, Cícero. **As transformações do sistema de patentes, da convenção de Paris ao acordo TRIPS**. Brasília: Fundação Heinrich Böll no Brasil, 2005. Disponível em <http://www.fdcl-berlin.de/fileadmin/fdcl/Publikationen/C_cero-FDCL.pdf>. Acesso em 06 nov. 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRAU, Eros Roberto *et al.* **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>>. Acesso em 29 abr. 2014.

GRÉCIA. **ΑΣΤΙΚΟΣ ΚΩΔΙΚΑΣ**, de 23 fev. 1946. Disponível em <<http://www.ministryofjustice.gr/site/kodikos/Ευρετήριο/ΑΣΤΙΚΟΣΚΩΔΙΚΑΣ/tabid/225/language/el-GR/Default.aspx>>. Acesso em 22 abr. 2015.

HARDIN, Garrett. **The tragedy of the commons**. Science, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 1968.

HAYEK, Friedrich A. **The intellectuals and Socialism**. Rediscovered Riches, Institute of Economic Affairs, n. 4, 1998.

HEATH, Christopher. **Os limites dos direitos patentários em termos temporais, geográficos e de conteúdo**. In: RODRIGUES JR., Edson Beas; POLIDO, Fabrício (orgs.). **Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2007, pp. 19-41.

HELMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: WW Norton & Company Inc., 1999.

HOIRISCH, Cláudia. **Licença compulsória para medicamentos como política pública: o caso do antirretroviral efavirenz**. 2010. Dissertação (Mestrado Executivo em Gestão Empresarial) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6559>>. Acesso em 15 jun. 2014.

IMPrensa Nacional. **Portaria nº 188, de 29 de agosto de 2003**. Disponível em <<http://www.consulex.com.br/dialex/01-09-03.html#L01>>. Acesso em 05 mai. 2014.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL – INPI. **Convenção de Paris**. S/d. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/CUP.pdf>>. Acesso em 12 set. 2014.

KITCH, Edmund W. The nature and function of the patent system. **Journal of Law and Economics**, v. 20, n. 2, 1977, pp. 265-290. Disponível em <www.jstor.org>. Acesso em 21 set. 2014.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. **A análise econômica da propriedade intelectual**. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

LUCESI, Thiago. **A propriedade intelectual e o Direito Internacional Privado**. In: RODRIGUES JR., Edson Beas e POLIDO, Fabrício (orgs.). **Propriedade**

intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios. Elsevier: Rio de Janeiro, 2007, pp. 364-396.

LUIS, Alessandro Serafin Octaviani. **Recursos genéticos e desenvolvimento:** os desafios furtadiano e gramsciano. 2008. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-06112008-081758/>>. Acesso em 21 abr. 2015.

MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial.** 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-12042013-161616/>>. Acesso em 21 abr. 2015.

MARQUES, João Paulo F. Remédio. O âmbito de proteção das patentes de uso terapêutico de substâncias químicas compreendidas no estado da técnica e a concessão a terceiros de AIM de medicamentos genéricos contendo o mesmo ingrediente ativo para diferente utilização terapêutica. **Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição.** Aracaju, ano III, n. 5/2014, pp. 323-370, fev/2014. Disponível em <<http://pidcc.com.br/artigos/052014/14052014.pdf>>. Acesso em 16 nov. 2014.

MARX, Karl. **O capital:** crítica da economia política. Vol. 1, tomo 2. 3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MASCARO, Alysso Leandro. **Filosofia do Direito.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MCDONOUGH III, James F. **The myth of the patent troll:** an alternative view of the function of patent dealers in an idea economy. Law & Economics Research Paper Series n. 07-7, v. 56, pp. 189-228. Emory University School of Law: 2006. Disponível em <<http://papers.ssrn.com/abstract=959945>> Acesso em 12 abr. 2015.

MENEGATTI, André Luís. **Pools de patentes:** entre uma possível solução à tragédia dos anticomuns e ameaças à concorrência. Revista de Defesa da Concorrência, v. 1, n. 1, p. p. 16-51, 2013. Disponível em <<http://webmail.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/45/14>>. Acesso em 28 nov. 2014.

MORAES NETO, Benedito Rodrigues de. **O conhecimento como propriedade capitalista:** observações sobre o "second enclosure movement". In: **Anais do XXXVI Encontro Nacional de Economia.** ANPEC-Associação Nacional dos Centros de Pós-graduação em Economia, 2008. Disponível em <<http://core.ac.uk/download/pdf/6357533.pdf>>. Acesso em 14 set. 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os princípios constitucionais da atividade econômica. **Revista da Faculdade de Direito UFPR,** Curitiba, v. 45, n. 0, 2006, pp. 103-111. Disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/8751/6577>>. Acesso em 03 mai. 2015.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado.** 8ª

ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NORRGÅRD, Marcus. The European Principles of IP Enforcement: Harmonisation Through Communication?. **COMMON PRINCIPLES OF EUROPEAN INTELLECTUAL PROPERTY LAW**, Ansgar Ohly, ed., Mohr Siebeck, 2010. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1700584>. Acesso em 04 abr. 2015.

NYE JR., Joseph S. **O futuro do poder**. São Paulo: Benvirá, 2012.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Patents and innovation: trends and policy challenges**. 2004. Disponível em <<http://www.oecd.org/science/sci-tech/24508541.pdf>>. Acesso em 03 mai. 2015.

_____. **Policy roundtables: competition, patents and innovation II**. 2009. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/45019987.pdf>>. Acesso em 04 mai. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL - OMPI. **2011 World Intellectual Property Report: the changing face of innovation**. Disponível em <http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intproperty/944/wipo_pub_944_2011.pdf>. Acesso em 01 mai. 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Declaration on the TRIPS agreement and public health**. Doha, novembro de 2001. Disponível em <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm>. Acesso em 02 mai. 2014.

_____. **Poorest countries' extended intellectual property transition: time-limited or indefinite?**. 2013. Disponível em <http://www.wto.org/english/news_e/news13_e/trip_05mar13_e.htm>. Acesso em 01 mai. 2014.

_____. **Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)**. 1994. Disponível em <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf>. Acesso em 30 abr. 2014.

_____. **Canada – Patent protection of pharmaceutical products**. WT/DS114/R, de 17 mar. 2000. Disponível em <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/7428d.pdf>. Acesso em 04 mai. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Promoting access to medical technologies and innovation**. 2012. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/trilatweb_e/trilat_web_13_e.htm>. Acesso em 03 mar. 2015.

OSTROM, Elinor. Coping with tragedies of the commons. **Annual review of political science**, v. 2, n. 1, pp. 493-535, 1999. Disponível em <<http://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.polisci.2.1.493>>. Acesso em 15 mar. 2015.

PARKER, Scott; MOONEY, Kevin. Is 'evergreening' a cause for concern? A legal perspective. **Journal of Commercial Biotechnology**, v. 13, n. 4, p. 235-243, 2007. Disponível em <<http://www.palgrave-journals.com/jcb/journal/v13/n4/abs/3050066a.html>>. Acesso em 08 nov. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: introdução ao Direito Civil. Teoria geral de Direito Civil. Vol. 1. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PÉREZ, Miriam Martínez. Las patentes sobre 'second generation products' utilizadas como estrategia para dilatar la entrada de genéricos en el mercado de la Unión Europea. **CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL**, v. 6, n. 2, p. 175-200, 2014. Disponível em <<http://hosting01.uc3m.es/Erevistas/index.php/CDT/article/view/2266>>. Acesso em 27 jan. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Vidas acima do lucro**. Folha de S. Paulo, Tendências e Debates. São Paulo, p. A3, 28 mar. 2001.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. A nossa obsoleta mentalidade mercantil. **Revista Trimestral de História & Idéias**, n. 1, 1978. Disponível em <http://www.adelinotorres.com/economia/Karl%20Polanyi_A%20nossa%20obsoleta%20mentalidade%20mercantil.pdf>. Acesso em 27 abr. 2014.

_____. El sistema económico como proceso institucionalizado. **Antropología y economía**, p. 155-178, 1976. Disponível em <<http://ciesas.edu.mx/Publicaciones/Clasicos/articulos/Polanyi.pdf>>. Acesso em 27 abr. 2014.

POLIDO, Fabrício et al. **Propriedade intelectual**: potencialidades e fragilidades do ambiente jurídico-institucional brasileiro para a inovação. In SCHAPIRO, Mario G. e TRUBEK, David M. (orgs.). **Direito e desenvolvimento**: um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 135-180.

PORANGABA, Luís Henrique. Princípio da exaustão e os direitos residuais sobre a marca. **Revista da EMARF**, Especial de Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro, mar. 2011, p. 259. Disponível em <<http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.php/emarf/article/download/9/31#page=257>>. Acesso em 04 mai. 2014.

PORTUGAL. **Código Civil**, de 25 nov. 1966. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=775&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em 22 abr. 2015.

PRICEWATERHOUSE COOPERS. **2014 Patent Litigation Study**: as case volume leaps, damages continue general decline. Disponível em <http://www.pwc.com/en_US/us/forensic-services/publications/assets/2014-patent-litigation-study.pdf> Acesso em 16 abr. 2015.

PRONER, Carol. **Propriedade intelectual**: para uma outra ordem jurídica possível. Cortez Editora: São Paulo, 2007. Disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/varios/Proner_2007.pdf>. Acesso em 03 mai. 2014.

REICHMAN, Jerome H. Intellectual Property in International Trade: Opportunities and Risks of a GATT Connection. **Vand. J. Transnat'l L**, v. 22, p. 747, 1989. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vantl22&div=29&id=&page=>>>. Acesso em 12 nov. 2014.

_____. Legal hybrids between the patent and copyright paradigms. **Columbia Law Review**, v. 94, n. 8 (Dec, 1994), pp. 2432-2558. Disponível em <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1123143?uid=2483603763&uid=2134&uid=2&uid=70&uid=3&uid=2483603753&uid=60&sid=21105181345543>>. Acesso em 12 nov. 2014.

_____. Intellectual property in the twenty-first century: will the developing countries lead or follow?. **Houston law review/University of Houston**, v. 46, n. 4, p. 1115, 2009. Disponível em <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3060777/>>. Acesso em 12 nov. 2014.

ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Implicações do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência sobre o perfil constitucional da propriedade intelectual. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, pp. 4277-4295. Disponível em <<http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/Integra.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2015.

ROMEIRO, Viviane; SANTOS, Nivaldo. **Direito internacional da proteção da propriedade intelectual**: questão do desenvolvimento. In: **Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. A3.

ROSENBERG, Barbara. **Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual**. In: ZANOTTA, Pedro e BRANCHER, Paulo (orgs.). **Desafios atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2008, pp. 169-189.

SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. **Redescobrimo o Direito e desenvolvimento**: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In SCHAPIRO, Mario G. e TRUBEK, David M. (orgs.). **Direito e desenvolvimento**: um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 27-70.

SCHLAGER, Edella; OSTROM, Elinor. Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis. **Land Economics**, v. 68, n. 3, 1992, pp. 249-262. Disponível em <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/3146375?uid=2483603763&uid=2134&uid=2&uid=70&uid=3&uid=2483603753&uid=60&sid=21106426499343>>. Acesso em 12 abr. 2015.

SCHOLZE, Simone; CHAMAS, Cláudia Inês. **Instituições públicas de pesquisa e o setor empresarial: o papel da inovação e da propriedade intelectual.** In: Parcerias estratégicas, n. 1. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. pp. 85-92. Disponível em <http://cgee.org.br/arquivos/pe_08.pdf#page=85>. Acesso em 15 jun. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVÉRIO, Maria. **BRICS: desigualdades sociais nos países emergentes.** Observatório das Desigualdades, s/d. Disponível em <<http://observatorio-das-desigualdades.cies.iscte.pt/index.jsp?page=projects&id=123>>. Acesso em 01 nov. 2014.

SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. **Flexibilização das garantias constitucionais na repressão à macrocriminalidade econômica: uma abordagem à luz da proporcionalidade.** 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006.

SUÍÇA. **Code civil suisse**, de 10 dez. 1907. Disponível em <[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_suico_\(em_frances\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_suico_(em_frances).pdf)>. Acesso em 22 abr. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Processo T-321/05.** Concorrência - Abuso de posição dominante - Mercado dos medicamentos contra as úlceras - Decisão que constata uma violação do artigo 82.º CE - Definição de mercado - Pressões concorrenciais significativas - Utilização abusiva dos procedimentos relativos aos certificados complementares de protecção para os medicamentos e dos procedimentos de autorização de colocação no mercado de medicamentos - Declarações enganosas - Revogação das autorizações de colocação no mercado - Obstáculos à colocação no mercado de medicamentos genéricos e às importações paralelas - Coimas. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-321/05&td=ALL>>. Acesso em 04 mai. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 96/9/EC, de 1996.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31996L0009>>. Acesso em 06 mai. 2014.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION– UNESCO. **Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos.** 1997. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em 07 jul. 2014.

UNITED NATIONS STATISTICS DIVISION – UNSTATS. **Composition of macro geographical (continental) regions, geographical sub-regions, and selected economic and other groupings.** 2013. Disponível em <<http://unstats.un.org/unsd/methods/m49/m49regin.htm#ftnc>>. Acesso em 06 nov. 2014.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE e U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION. **Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property**, de 6 abr. 1995. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>>. Acesso em 03 mai. 2015.

VARELLA, Marcelo Dias; MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. A propriedade intelectual na OMC. **Revista do Programa de Mestrado em Direito da UniCEUB**, Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2005, p. 148. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22168-22169-1-PB.pdf>>. Acesso em 04 mai. 2014.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 1968.

VERA, Flávia Santini. **A análise econômica da propriedade**. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

VIEIRA, Gabriel Antonio de Abreu. Visão histórica do instituto jurídico da propriedade no mundo ocidental nas dimensões ideológicas do pensamento liberal e da realização da função social. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza, 2010. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3847.pdf>>. Acesso em 03 ago. 2014.

VUORINEN, Jarkko. The challenge of patent trolls. **International conference on legislative studies**. Helsinque, 2008, pp. 259-217. Disponível em <http://www.optula.om.fi/material/attachments/optula/julkaisut/tutkimustiedonantoja-sarja/XeX1H8Y7D/Changing_forms.pdf#page=259> Acesso em 15 abr. 2015.

ZALFA, Viviane Mega de Andrade. **Comprimidos de liberação modificada: análise dos pedidos de patente depositados no Brasil e da utilização destes na prática do *evergreening***. 2008. Dissertação (Mestrado em Vigilância Sanitária) – Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em <<http://arca.iciict.fiocruz.br/handle/iciict/9256>>. Acesso em 07 jan. 2015.

ZANIN NETO, Armando. **Propriedade intelectual e direitos humanos: a inovação tecnológica pode favorecer o desenvolvimento social do Brasil?**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2010. Disponível em <http://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/docs/15062011_101329_armandozaninneto.pdf>. Acesso em 13 jul. 2014.

ZIBETTI, Fabíola Wüst. **Propriedade intelectual: Direito e Economia na era do conhecimento**. 2006. Disponível em <http://www.sead.ufsc.br/bibliotecas/upload/fabiola_zibetti_pi_direito_e_economia_2006.pdf>. Acesso em 01 mai. 2014.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito & Economia: análise econômica do Direito e das Obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.