

A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE PATENTES SOB A ÓTICA DA EFICIÊNCIA

THE EVOLUTION OF THE PATENT SYSTEM IN THE LIGHT OF EFFICIENCY

LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE PATENTES BAJO LA ÓPTICA DE LA EFICIENCIA

Marcos da Cunha e Souza

Professor do Grupo Educacional Uninter e advogado, mestrando da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas.
marcoscsouza@ymail.com

RESUMO

A história e o Direito nos mostram que nem sempre aquilo que a tecnologia vislumbrou como uma invenção foi merecedor de uma proteção patentária. O sistema de patentes nasceu da realidade econômica e aprofundou suas raízes no regime capitalista. Atualmente, a proteção patentária é considerada uma modalidade de propriedade na maior parte dos países. Com a criação da OMC, seus membros foram obrigados a homogeneizar as normas sobre patentes, que se tornaram mais rígidas nos países em desenvolvimento. A Lei brasileira nº 9.279/96 é consequência deste processo. Do ponto de vista da eficiência econômica, as patentes permitem a recuperação dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento, estimulando avanços tecnológicos. Contudo, este sistema também gera efeitos negativos, criando custos monopolísticos e restringindo o acesso ao uso do conhecimento. No caso dos países em desenvolvimento, o sistema atual obrigou-os a adotar regras incompatíveis com o estágio de suas economias. O exame da bibliografia disponível indica a necessidade de ajustes no acordo TRIPs, solução que tende a ser impraticável em médio prazo.

Palavras-chave: Invenção. Patente. Eficiência. Desenvolvimento. TRIPs.

ABSTRACT

History and Law show us that not always what the technology envisioned as an invention was worthy of a patent protection. The patent system was born of economic reality and deepened its roots in the capitalist system. Nowadays, patent protection is considered as property modality in most countries. When the OMC was created, its members were obliged to harmonize its norms regarding patent that became stricter in the developing countries. Brazilian Law No. 9.279/96 is a consequence of this process. From the standpoint of economic efficiency, patents allow the recovery of investments in research and development, and stimulate technological advances. However, this system also generates negative effects, creating monopolistic costs and restricting access to the use of knowledge. In the case of developing countries, the current system has forced them to adopt rules incompatible with the status of their economies. Examination of the available literature indicates the need of adjustments in the TRIPs Agreement, a solution which tends to be impossible in medium term.

Key words: Invention patent. Efficiency. Development. TRIPs.

RESUMEN

La historia y el Derecho nos demuestran que no siempre lo que la tecnología concibió como una invención era digno de una protección por patente. El sistema de patentes nació de la realidad económica y profundizó sus raíces en el régimen capitalista. Actualmente, la protección de la patente se considera como una forma de propiedad en la mayoría de los países. Con la creación de la OMC, sus miembros se vieron obligados a homogeneizar las normas sobre patentes, que se hizo más rígido en los países en desarrollo. En Brasil, la Ley no. 9.279 /96 es una consecuencia de este proceso. Desde el punto de vista de la eficiencia económica, las patentes permiten la recuperación de la inversión en investigación y desarrollo, estimulando los avances tecnológicos. Sin embargo, este sistema también genera efectos negativos, creando costos monopolísticos y limitando el acceso a la utilización del conocimiento. En el caso de los países en desarrollo, el sistema actual les obligó a la adopción de normas incompatibles con la etapa de sus economías. El examen de la bibliografía disponible indica la necesidad de realizar ajustes en el acuerdo TRIP'S, solución que tiende a ser poco práctico en mediano plazo.

Palabras-clave: invención, patente, eficiencia, desarrollo, TRIPs

INTRODUÇÃO

Quando se inicia o estudo da proteção jurídica conferida aos titulares de uma invenção, aprende-se que a patente é uma modalidade de propriedade. Ao seguir este caminho, apressadamente se aceita como realidade que a invenção, necessária e naturalmente, está envolvida com aquele direito real máximo de usar, gozar e dispor da coisa. Para muitos, tal correspondência há de ser bastante confortável, permitindo operar com esta área do Direito sem maiores indagações. Ocorre que, quando o estudo do tema é aprofundado, percebe-se que a relação entre invenção e direito de propriedade não é evidente e guarda sua origem em modelos

econômicos relativamente recentes.

O presente artigo tem por objetivo investigar a relação entre invenção e direito de propriedade sob a ótica da eficiência econômica. Reconhecido o sistema de patentes como uma opção de política econômica, serão apontados alguns aspectos referentes à proteção de que gozam as invenções no regime de patentes, sob a égide do acordo TRIPS¹ e suas conseqüências sobre a eficiência, sem deixar de referir algumas perspectivas posicionais relativas aos países em desenvolvimento.

A PROPRIEDADE SOBRE AS INVENÇÕES

João da Gama Cerqueira, em seu Tratado da Propriedade Industrial, dizia que, não sendo historiador, não se sentia com a necessária competência para verificar as origens das patentes “invadindo, não sem imprudência, o domínio reservado aos historiadores”². Não se pretende aqui ignorar a advertência sensata de Cerqueira. Entretanto, cumpre apontar certos aspectos históricos que, acredita-se, serão importantes para sustentar futuras argumentações.

O estudo do tema proposto depende da compreensão de que nem sempre as invenções foram objeto de proteção e de que nem toda tecnologia é patenteável. Por trás destas constatações existem questões de ordem econômica.

A propriedade sobre as criações intelectuais, nos moldes como é conhecida hoje, não encontra paralelo na Antiguidade. No entanto, já naquela época, determinadas cidades ou regiões foram respeitadas pelo domínio de certas técnicas de fabricação, que lhes conferiam vantagens competitivas sobre outras, fabricantes de produtos semelhantes (como vidro ou tecidos). Esta fama era sustentada pela *expertise* de seus artesãos, mas também por conhecimentos tecnológicos que se

¹ O Acordo Sobre Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC) foi concebido no âmbito da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC). O termo “TRIPS” corresponde à sigla em inglês para “Trade Related Aspects of Intellectual Property”.

² CERQUEIRA, João da Gama, Tratado da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, volume I, p.35, nota nº 70.

conseguiu manter em segredo.

Em muitos casos a sociedade pré-capitalista prestigiava o originador da produção intelectual, com eventuais vantagens materiais, pelo resultado concreto de sua obra³. Porém, não lhe concedia “um poder jurídico de excluir o uso da produção pela sociedade em geral” (D. BARBOSA, 2010, p.41).

O segredo era, então, o único instrumento de proteção para que os inventores e as corporações de ofício pudessem garantir a frágil vantagem obtida pela superioridade tecnológica.

Na Idade Média, partindo de situações pontuais e valorações subjetivas, reis e autoridades eclesiásticas concederam privilégios a alguns inventores. Os critérios eram heterogêneos e dependiam da simpatia da autoridade concedente. Ao inventor não se reconhecia um direito subjetivo à proteção. Por muito tempo, “o sistema de produção intelectual se manteve eficiente nas sociedades, sem necessitar a criação de um sistema de propriedade intelectual” (D. BARBOSA, 2010, p.42).

Embora a legislação de Veneza de 1474 e o estatuto inglês de 1624 já apresentassem algumas das características mais importantes do sistema atual, a proteção das invenções manteve-se bastante limitada até o final da Idade Moderna. No entanto, logo em seguida, teria início um rápido processo de expansão, em paralelo com a consolidação do liberalismo econômico. O tema consta da Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e foi objeto de lei em 1790. A França revolucionária também regularia o tema em 1791 e não demorou que os inventores viessem a gozar de “privilégio exclusivo” em terras brasileiras, por força alvará de 28 de abril de 1809⁴. Citemos ainda, como exemplo, a lei austríaca de 1810, a russa de 1812 e a prussiana de 1815⁵.

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

³ BARBOSA, Cláudio R.. Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.23.

⁴ BARBOSA, Cláudio R.. Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.31.

⁵ DI BLASI, Gabriel. A Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.4.

O motivo, de acordo com vários autores, teria sido a evolução do modelo econômico e o poder crescente da burguesia. O comércio de longa distância tornou-se mais corriqueiro, a competição mais acirrada e a superioridade tecnológica era um elemento importante para caracterizar e sedimentar a vantagem competitiva dos empresários e dos Estados. De acordo com Gonçalves:

Surge a indústria, a produção mecanizada e em massa e as empresas passam a carecer de elementos de diferenciação e também de inovação para combater a concorrência baseada no preço. (...) O empresário começa a investir em inovação e passa a exigir o retorno do seu investimento⁶.

A expansão normativa aqui referida foi, assim, um evento “próprio de uma etapa determinada no desenvolvimento econômico”⁷, quando, especialmente na Inglaterra, “a crescente industrialização impõe um rumo à sistematização da proteção às inovações”⁸. “As causas motivadoras para o benefício das patentes, como sempre, estavam relacionadas com o contexto econômico de base”⁹.

Havia também um caráter ideológico, como ficou expresso na norma brasileira de 1809 que, ao justificar a proteção concedida aos inventores, clamava pelo respeito aos “princípios liberais”.

Gonçalves argumenta que:

[...] a revolução francesa criou o fundamento político, filosófico e jurídico para a abolição do sistema medieval de privilégios e a instituição de um sistema de reconhecimento do direito de propriedade do inventor (tido como o direito mais revolucionário)¹⁰.

A terra, como elemento para aferir riqueza, começou a ceder lugar às

⁶ GONÇALVES, Luís M. Couto. Manual de Direito Industrial. Coimbra: Almedina, 2008, p.53.

⁷ DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas. Derecho de las patentes de invención. Buenos Aires: Heliasta, 2004. Vol.1, p.39.

⁸ BARBOSA, Cláudio R.. Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.29.

⁹ PRONER, Carol. Propriedade Intelectual e Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p.37.

¹⁰ GONÇALVES, Op. cit., p.52.

máquinas e à tecnologia. A Revolução Industrial, na Inglaterra, fomentou de tal modo a produtividade que “durante o século XIX a população britânica foi multiplicada por quatro, enquanto o produto nacional cresceu cinqüenta e duas vezes” (ZUCCHERINO; MITELMAN, 1994, p.24).

Assim, as reais justificativas para a criação do regime de patentes, em que pesem alguns argumentos fundados em um suposto direito natural do inventor, foram basicamente de ordem econômica. Isto fica claro no caso do Brasil, onde o citado alvará de 1809 criava o “privilégio exclusivo” em “benefício da indústria e das artes” para que, passado o prazo de quatorze anos “toda a Nação goze do fruto dessa invenção”¹¹. A Lei norte-americana de 1790 era denominada, não por acaso, “ato para promover o progresso das artes úteis”. Ainda hoje este vem sendo o espírito para a manutenção e ampliação do sistema, questão que será melhor discutida adiante.

Embora legislações sobre patentes tenham sido promulgadas em diversos países ao longo do século XIX, elas contrastavam enormemente entre si. Isto em parte ocorria porque os países logo perceberam a influência da legislação de patentes sobre a economia e, assim sendo, regulavam o nível de proteção jurídica de modo a favorecer seus nacionais e residentes, assim como ramos específicos da indústria local. Os Estados Unidos, por exemplo, criaram mecanismos, entre 1790 e 1836, para negar o deferimento de patentes a pessoas não residentes no país e, quando alterou esta política, fixou taxa dez vezes maior para os pedidos formulados por estrangeiros¹².

A CONVENÇÃO DA UNIÃO DE PARIS (1883)

Até fins do século XIX a liberdade dos Estados para adaptar seus sistemas aos seus interesses particulares somente encontrava restrições perante eventuais

¹¹ Apud BARBOSA, Cláudio R.. Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.31.

¹² BARTON, John (org.). Propiedad intelectual y políticas de desarrollo. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2005, p.72.

acordos bilaterais. Em 1883, contudo, a conjuntura econômica e a evolução dos mercados, apoiados pelo avanço das estradas de ferro, navios a vapor e telégrafos, sinalizou a necessidade de se avançar para uma nova etapa na proteção do inventor. As informações atravessavam as fronteiras com maior rapidez. Era necessário, no plano internacional, uniformizar certas regras referentes às patentes, o que deu ensejo ao advento da Convenção da União de Paris sobre a proteção da Propriedade Industrial (CUP). A sua base está no “princípio do tratamento nacional”, referido no artigo 2º, e que determina que:

(1) Os nacionais de cada um dos países da União gozarão, em todos os demais países da União, no que concerne à Propriedade Industrial, das vantagens que as respectivas leis concedem atualmente ou vierem posteriormente a conceder aos seus nacionais, sem prejuízo dos direitos especialmente estabelecidos por esta Convenção. (...)

(2) Não será imposto aos cidadãos dos países da União nenhum requisito referente a domiciliar-se ou estabelecer-se no país onde se pede a proteção, para que possam desfrutar de qualquer dos direitos da propriedade industrial¹³.

Em outras palavras, quando um país outorga aos seus nacionais direitos mais amplos que os mínimos previstos pela Convenção de Paris, “tais direitos se estendem automaticamente aos nacionais dos demais países membros da União de Paris, por aplicação do princípio do tratamento nacional”¹⁴, afastando tratamentos discriminatórios.

Entretanto, mesmo após a CUP, os países signatários continuaram com grande flexibilidade para excluir da proteção das patentes determinados produtos ou processos¹⁵. Tanto que, ainda na segunda metade do século XX, países em desenvolvimento como o Brasil, a Argentina, a Coreia do Sul e a Índia negavam o direito de patente a produtos alimentícios, farmacêuticos ou químicos.

Para o Brasil, e outros países em desenvolvimento, estas restrições tinham

¹³ Para uma versão em inglês: http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514#P77_5133

¹⁴ DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas. Derecho de las patentes de invención. Buenos Aires: Heliasta, 2004, p.193.

¹⁵ DI BLASI, Gabriel. A Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.59.

por objetivo estimular a industrialização, por meio da imitação, da engenharia reversa e da substituição das importações.

Esta estratégia, cujas consequências econômicas são controversas, foi vencida por pressões externas (principalmente dos Estados Unidos) no sentido de uma harmonização ainda maior das normas de Propriedade Industrial e sua inserção no campo do comércio internacional.

O ACORDO TRIPS

O acordo TRIPS (“Acordo Sobre Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio”¹⁶), resultado deste processo, veio a reduzir drasticamente o campo das invenções não patenteáveis, na medida em que dispõe o seguinte (art.27):

1 - Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2º e 3º abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial.(...)

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

3 - Os Membros também podem considerar como não patenteáveis:

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

b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema "sui generis" eficaz, seja por uma combinação de ambos.[...] (grifo nosso)

¹⁶ Em inglês: “Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”.

Outro aspecto importante, previsto no art.33 do TRIPs, foi a fixação, em 20 anos, do prazo mínimo de proteção da patente de invenção. Isto atingiu diretamente países em desenvolvimento como o Brasil, onde o invento revertia ao domínio público em apenas 15 anos.

O acordo TRIPs significou um grande salto, se comparado com a Convenção da União de Paris (CUP), principalmente pelo seu poder de coerção. Afinal, todo país candidato a membro da OMC deve aderir a ele sem reservas. Além disto, o TRIPs adota o mecanismo de solução de controvérsias do Acordo Geral da OMC (arts. XXII e XXIII), prevendo a possibilidade de aplicação de sanções aos infratores. Atualmente, com a recente adesão da Rússia, as principais economias do planeta estão submetidas às suas regras. A Lei brasileira nº 9.279/96 é consequência deste processo.

Na visão dos países desenvolvidos “direitos de propriedade intelectual mais amplos e mais fortes promoveriam a criatividade e a inovação em escala global” e acarretariam “fluxos maiores de tecnologia e investimento para os países em desenvolvimento” (Correa, 2005, p.37).

Longe de corresponderem a uma evolução natural do nosso sistema normativo, estas mudanças vieram a atender basicamente a necessidade das empresas estrangeiras de alta tecnologia em garantir o retorno de seus investimentos em pesquisa, ampliando as matérias patenteáveis e a abrangência territorial para a cobrança de *royalties*. Esta medida coincidiu também com uma pressão das potências capitalistas no sentido de convencer os estados latino-americanos e do Leste Europeu a adotarem o chamado *Rule of Law*, por meio da promoção de boas regras do jogo econômico, capazes de amparar um ambiente seguro para as atividades privadas¹⁷.

Paralelo ao processo de harmonização das regras, observou-se uma

¹⁷ SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of law* e a relevância das alternativas institucionais. Revista Direito GV nº 11. São Paulo: Direito GV, 2010, p. 214.

tendência a ampliar o conceito de invenção. Dentre as consequências deste movimento, podemos citar as grandes disputas realizadas nos últimos anos no sentido de proteger métodos comerciais aplicáveis à internet, organismos geneticamente modificados, além do próprio genoma humano.

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

Observa-se que as modificações que esses países propõem, em âmbito internacional, dizem respeito, frequentemente, a uma reinterpretação dos requisitos exigidos para a concessão das patentes (...) como peças adaptadas de um quebra-cabeças, visando implementar e expandir suas próprias regras nessa área, para que novos interesses mercadológicos possam se encaixar e serem limitados pelo direito internacional.¹⁸

O REGIME ATUAL DAS PATENTES FRENTE À NATUREZA DOS BENS IMATERIAIS

De acordo com Denis Barbosa, “uma patente, na sua formulação clássica, é um direito, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia” (2010, p.1099). É também o nome do título conferido pelo Estado e que materializa este direito. Em diferentes sistemas normativos, a patente dá ao inventor o direito de excluir outras pessoas da fabricação, importação, uso e venda do produto de sua invenção, ou a utilização de seu procedimento patentado.

A ausência de um sistema de patente ou a patente fraca representam um convite à cópia não autorizada, que é uma forma de concorrência desleal. Por outro lado, a patente de invenção, ao facilitar a inovação, fomenta o dinamismo da concorrência. Afinal, permite incorporar ao mercado opções de produtos que antes não existiam e que passam a competir com as alternativas disponíveis¹⁹.

Contudo, embora o direito do inventor titular de patente seja um direito real,

¹⁸ FERNANDES, Márcia Santana. *Bioética, Medicina e Direito de Propriedade Intelectual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.99.

¹⁹ ZUCCHERINO; MITELMAN, op. cit., 1994, p.62.

oponível *erga omnes*, não se pode olvidar que seu objeto é um bem imaterial e que, portanto, não pode ser controlado fisicamente. Disto decorrem várias conseqüências que afetarão a eficiência do seu regime jurídico.

Uma característica do conhecimento é que seu consumo, por parte de uma pessoa, não diminui as oportunidades de consumo por parte de outra (um exemplo poderia ser a leitura deste texto). Ademais o custo adicional de ampliar o uso para incluir outra pessoa frequentemente é muito baixo ou inexistente (por exemplo, o empréstimo de um livro ou a cópia de um arquivo eletrônico). Desde o ponto de vista da sociedade, quanto mais pessoas utilizam o conhecimento, melhor, porque cada usuário obtém um benefício a custo baixo ou nulo e a sociedade também sai beneficiada em um certo sentido. Os economistas, portanto, afirmam que o conhecimento se caracteriza por ser um bem público não-rival (ou indivisível)²⁰.

A “não-rivalidade” implica na percepção de que a infração da patente, embora possa causar prejuízo econômico, não reduz em nada a disponibilidade e o direito que o titular tem sobre o invento, por mais difundido que esteja o seu uso por terceiros²¹.

Por outro lado, bens “públicos”²² geram um problema específico. Afinal, não é lucrativo ou eficiente destinar grandes recursos para desenvolver produtos que poderão ser, por um custo mínimo, facilmente reproduzidos por outros empreendedores ou Estados. Em outro sentido, tentar excluir o uso de um conhecimento, de modo que ele não possa ser utilizado por terceiras pessoas, é uma tarefa difícil e cara²³. Ao final, em uma sociedade sem patentes, isto nos levaria a dois paradoxos, a saber:

1. O criador (para cobrir os custos da pesquisa) seria obrigado a cobrar mais caro pelo produto do que aqueles concorrentes que simplesmente se apoderaram da informação;

²⁰ BARTON, John (org.). *Propriedad intelectual y políticas de desarrollo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2005, p.61.

²¹ SOUZA, Marcos da Cunha e. A patente de invenção e sua função social na ordem econômica. In: NICZ, Alvacir Alfredo; KLEIN, Adriano Alves (Orgs.). *Princípios constitucionais: efetividade e desenvolvimento*. São Paulo: Iglu Editora, 2013, p.208-209.

²² Públicos do ponto de vista econômico. Não confundir com o conceito jurídico.

²³ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.132.

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

Em tal cenário, a concorrência poderia jogar o preço de venda rumo ao custo marginal, impedindo ao inventor recuperar seu investimento.

Essa situação na qual a oferta não consegue atender a demanda sem uma intervenção externa é denominada, em economia, uma 'falha de mercado' ('market failure') e, para contorná-la, é necessária uma intromissão: atribui-se ao bem público uma exclusividade, transformando-o em bem privado sob o ponto de vista econômico.²⁴

De fato, as falhas de mercado “impedem que todas as relações econômicas possam alcançar a melhor eficiência apenas pela transação entre os agentes. Essas falhas devem ser consideradas e dirimidas, quando possível, pelas regras jurídicas”.²⁵

Dentro deste panorama, as patentes são uma forma de abrandar falhas de mercado. Nesta hipótese, outras pessoas somente podem utilizar comercialmente este conhecimento com a autorização do titular da patente. Assim, enfraquecida a concorrência, pode-se cobrar do consumidor um preço maior, capaz de amortizar os custos realizados em P&D²⁶.

São estes reflexos inevitáveis de um direito que, “ao contrário da propriedade tangível, necessita da proteção jurídica para existir”²⁷. Isto porque a propriedade sobre uma invenção não tem origem em qualquer “direito natural” ou “sagrado”. Não é uma consequência óbvia da criação intelectual. Nas palavras de Cooter e Ulen, “as sociedades criam a propriedade como direito jurídico para

²⁴ BARBOSA, Cláudio R.. Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.11.

²⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.92.

²⁶ BARTON, John (org.). Propriedad intelectual y políticas de desarrollo. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2005, p.62.

²⁷ PRONER, Carol. Propriedade Intelectual e Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p.140.

incentivar a produção, inibir o furto e reduzir custos de proteção de bens”²⁸. De acordo com os mesmos autores: “De um ponto de vista jurídico, a propriedade é um conjunto de direitos. Esses direitos descrevem o que as pessoas podem e não podem fazer com os recursos que possuem. Mas esses direitos não são imutáveis. Podem mudar de uma geração para outra”²⁹. Da mesma forma, a propriedade poderá vir a incidir sobre novos bens, em função da evolução econômica e social, dentro dos limites estabelecidos pelo sistema normativo.

Para Patrícia Del Nero “a Propriedade Intelectual é uma modalidade de propriedade, apenas com a característica marcante de ter como objeto bens imateriais”³⁰. Contudo, ainda que aceitando a natureza patrimonial da patente de invenção, deve-se ter claro que guarda grandes peculiaridades (por conta de sua natureza imaterial) e precisa ser limitada, em vários aspectos, de forma a não se tornar um obstáculo à eficiência econômica. Estas limitações devem variar ao longo do tempo, do espaço econômico e das áreas de conhecimento.

O DESAFIO DA EFICIÊNCIA

Viu-se que a legislação de patentes, longe de representar a proteção de um “direito sagrado do cidadão”, é puramente um “instrumento de política econômica”³¹. Contudo, em virtude da imaterialidade dos bens envolvidos, a incidência da propriedade, na espécie, terá custos e efeitos diversos daqueles observados no tocante aos bens materiais.

Por outro lado, quanto ao bom uso deste instrumento, dada a constatação de que as demandas da sociedade são maiores do que a existência de bens apreciáveis, “a eficiência é uma das preocupações basilares da ciência

²⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.98.

²⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.92.

³⁰ DEL NERO, Patrícia Aurélio. *Propriedade Intelectual: A tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

³¹ DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas. *Derecho de las patentes de invención*. Buenos Aires: Heliasta, 2004. Vol.1, p.

econômica”³².

O QUE É EFICIÊNCIA?

Embora o termo eficiência tenha sido referido anteriormente, o objetivo do presente trabalho agora obriga a defini-lo dentro de uma visão econômica.

Dentre os conceitos de eficiência, talvez o mais conhecido seja o formulado por Vilfredo Pareto (1848-1923) que imaginou uma situação (denominada hoje de “Ótimo de Pareto”) onde “os recursos de uma economia são alocados de tal maneira que nenhuma reordenação diferente possa melhorar a situação de qualquer outra pessoa (ou agente econômico) sem piorar a situação de qualquer outra”³³.

Porém, visualizar a ocorrência da eficiência de Pareto não é tarefa simples. Ribeiro e Galeski Junior oferecem uma hipótese:

Quando a soma de todas as empresas em determinado setor da economia produzem, em um dado momento, a quantidade correspondente às necessidades e preferências da soma de todos os consumidores está configurado o estado chamado de ‘Ótimo de Pareto’ ou Pareto-eficiente. Nessa ocasião pode-se afirmar que há o ponto máximo de eficiência econômica. Não encontrado esse ponto de equilíbrio, ou seja, havendo maior produção (maior oferta) ou maior procura do que o disponível, há prejuízo para alguma das partes envolvidas e, em suma, para todos, uma vez que haverá destruição de alguma forma da riqueza, pois ficará ociosa seja na forma de disponibilidade de coisas ou de numerário³⁴.

Embora o modelo de Pareto continue sendo útil, sua aplicação prática apresenta inúmeras falhas. No caso das patentes, qualquer ampliação no campo ou na duração da proteção poderá beneficiar o inventor, e até estimular o

³² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.85.

³³ SANDRONI, Paulo. Novíssimo Dicionário de Economia. São Paulo: Editora Best Seller, 1999, p.437.

³⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.87.

investimento em tecnologia, mas sempre provocará uma restrição ao uso do conhecimento pela sociedade e pelos demais empreendedores, além de outras externalidades negativas que serão vistas adiante. Assim, sendo difícil aumentar a vantagem de um dos agentes econômicos sem prejudicar outros, não parece conveniente usar o sistema de Pareto neste trabalho.

Também poder-se-ia optar pelo critério de Kaldor-Hicks, onde a eficiência é obtida “quando a disputa pela alocação de recursos resulta em que o proveito para os vencedores lhes permita compensar os perdedores”³⁵ ainda que tal compensação não venha a ocorrer de fato. Assim, se uma empresa sabe ser capaz de desenvolver um invento que lhe será extremamente lucrativo, provavelmente estará disposta a pagar mais para chegar até ele, do que os consumidores estarão propensos a despendar para impedir que ela alcance seu objetivo. Neste caso, a obtenção da patente (que resultará em uma restrição de uso para o resto da sociedade) seria um resultado eficiente.

Para o presente estudo também merece referência um conceito mais flexível, como o de Maurício Bittencourt, que afirma: “eficiência é fazer o melhor com a menor quantidade de recursos disponíveis, reduzindo o desperdício, e buscando beneficiar os indivíduos de uma sociedade”³⁶.

EFICIÊNCIA E CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Cooter e Ulen advertem que “um sistema jurídico deve minimizar desacordos e dificuldades de cooperação, que são dispendiosos para a sociedade”³⁷.

Se fosse possível aos agentes econômicos transacionar sem qualquer custo para se chegar a um acordo, para executar o contrato ou para ter seus interesses respeitados pela outra parte, então o Direito seria desnecessário e um alto nível de

³⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.88.

³⁶ BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (org). Análise econômica do Direito: uma introdução. Belo Horizonte: Forum, 2011, p.35.

³⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.110.

eficiência seria alcançado. Porém, o custo de transação próximo a zero é muito difícil de ser obtido sem uma intervenção normativa ou estatal.

Reduzir os custos de transação é, para Landes e Posner, a própria razão de ser dos direitos de propriedade³⁸. Afinal, geram segurança jurídica e oferecem os elementos para que a parte que teve os seus direitos desrespeitados possa buscar uma reparação junto ao Poder Judiciário. A prova da propriedade também agiliza os contratos com terceiros, valoriza o poder de barganha do proprietário e facilita a execução. Aspectos que produzem efeitos positivos sobre a eficiência.

No tocante às criações da mente humana, Landes e Posner advertem que os custos de transação tendem a serem maiores, mesmo quando o ambiente apresenta poucos agentes econômicos, sejam estes verdadeiros ou potenciais.

A razão é a freqüente dificuldade para identificar este gênero de propriedade porque, por definição, ela não tem um único lugar físico. Isto é verdade mesmo para trabalhos únicos, como um quadro, dado que uma pintura pode ser fotografada ou de outra forma copiada, e as cópias vendidas impressas ou afixadas em outros objetos vendáveis como canecas e calendários.³⁹

A PATENTE COMO FATOR DE EFICIÊNCIA

Como já foi referido, a concessão de patentes é fato relativamente recente e coincide com a evolução de certos modelos econômicos, especialmente a partir do século XVIII. Não é algo “natural” ou inerente aos produtos da mente humana. Tanto é assim que muitas das criações intelectuais estão afastadas da Propriedade Intelectual, como a ciência pura, a filosofia e as teorias científicas.

Da mesma forma, pode haver economia moderna sem patentes. Lembremos da extinta União Soviética, que não tinha uma economia de mercado. Ali, durante

³⁸ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p.13.

³⁹ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p.16

setenta anos, os inventores tiveram direito apenas a um certificado honorífico, sem qualquer vantagem financeira⁴⁰. A pesquisa e o desenvolvimento ficavam basicamente nas mãos do Estado. No entanto, aquele país lançou ao espaço o primeiro satélite artificial.

Em outra linha, sempre existe a possibilidade da opção pelo segredo industrial, abrindo-se mão da propriedade sobre a invenção em troca de um controle mais duradouro. Embora seja uma opção arriscada do ponto de vista da empresa (D. BARBOSA, 2010, p.1100), é bastante utilizado por aqueles que não desejam divulgar o conteúdo de um produto ou processo, ônus exigido por lei daqueles que requerem uma patente. É também um mecanismo de proteção para criações intelectuais que, embora úteis, não cumprem os requisitos de patenteabilidade.

Assim, o regime de propriedade sobre a invenção é apenas um dentre os sistemas possíveis de proteção e sua expansão somente se justifica dentro de uma concepção de maior eficiência, com vistas a alcançar as demandas da sociedade.

À primeira vista, as patentes seriam incompatíveis com o modo de produção capitalista, onde a totalidade dos bens e serviços pode ser livremente apropriada por quem os produz. Stephan Kinsella, defensor do liberalismo econômico, rejeita a existência da propriedade sobre as criações da mente humana. Ele aduz que:

“[...] um sistema de direitos de propriedade sobre ‘objetos ideais’ necessariamente requer violação de direitos à propriedade de outros indivíduos, como, por exemplo, usar sua própria propriedade tangível como bem entender. (...) Não é de surpreender que advogados de PI, artistas e inventores costumem tomar como dada a legitimidade da PI. No entanto, aqueles mais preocupados com a liberdade, com a verdade e com direitos não deveriam tomar como dado o uso institucionalizado da força para aplicar direitos sobre PI. Pelo contrário, deveríamos reafirmar a primazia dos direitos individuais sobre nossos corpos e recursos escassos apropriados”⁴¹.

⁴⁰ DOMINGUES, Douglas Gabriel. Direito Industrial – Patentes. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.132.

⁴¹ KINSELLA, N. Stephan. Contra a Propriedade Intelectual. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, p. 51.

Porém, como já referido, se o inventor não tiver segurança para cobrir os custos da P&D, é bastante provável que o avanço não se realize⁴². Tal situação afetaria de forma aguda aquelas áreas da indústria onde a P&D é especialmente dispendiosa, como é o caso dos medicamentos.

Dentro deste panorama, o sistema de patentes oferece os seguintes benefícios à eficiência econômica:

1. as patentes geram um incentivo para a alocação de recursos em atividades inventivas que, em caso contrário, seriam negligenciadas, ainda que o avanço tecnológico fosse de interesse da sociedade⁴³. Isto porque, repita-se, o inventor não teria, em uma economia competitiva, como inserir no preço de comercialização o custo da pesquisa. Os seus competidores, desde que capazes de copiar a invenção, fixariam seus preços livres da necessidade de recuperar os custos de P&D. Assim, no sistema de patentes “a riqueza é maximizada, ou ao menos aumentada, garantindo monopólios de direitos autorais e patentes que encorajem os autores e inventores a inovarem e criarem”;⁴⁴

2. para obter a patente, o inventor é obrigado a descrever, detalhadamente, o processo de funcionamento da nova tecnologia. Esta informação, no sistema de patentes, logo se torna pública. Assim, findo o prazo de duração da patente de invenção (que, de acordo com o TRIPS, não pode ser inferior a 20 anos), aquele conhecimento é transferido em favor de toda a sociedade, difundindo o conhecimento. Aliás, mesmo antes deste prazo, outros inventores poderão se valer daquele conhecimento como ponto de partida para a realização de pesquisas e melhoramentos;

3. a patente transforma artificialmente um bem que é público, do ponto de vista econômico, em bem privado, gerando estabilidade jurídica, aumentando o seu valor

⁴² DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas. Derecho de las patentes de invención. Buenos Aires: Heliasta, 2004, p.46-47.

⁴³ DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas. Derecho de las patentes de invención. Buenos Aires: Heliasta, 2004, p.41-42.

⁴⁴ KINSELLA, N. Stephan. Contra a Propriedade Intelectual. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, p.16.

de mercado e reduzindo custos de transação. Nesta linha, auxilia o combate à concorrência desleal movida pelos “caroneiros” (*free riders*) que, sem a existência da norma, reproduziriam a invenção alheia;

4. pode-se afirmar que a concessão da patente gera economia de recursos em P&D. Afinal, com o pedido da patente e publicação da invenção, inibe-se que outras empresas gastem recursos realizando aquela mesma pesquisa. Empresas que desejem trabalhar com a nova tecnologia poderão barganhar por uma licença junto ao titular da patente, por um preço muito inferior àquele que seria necessário para desenvolvê-la por conta própria.

Estudos acadêmicos realizados nos Estados Unidos demonstram que os investimentos em tecnologia e em capacitação profissional, entre 1909 e 1982, representaram o maior fator de aumento de produtividade da economia daquele país, além de redundar em uma queda de 25% das horas trabalhadas⁴⁵. O sistema de patentes, ao exigir que o conteúdo da invenção se torne público, aumenta o conjunto de conhecimentos existentes, dinamizando a eficiência de futuras investigações.

CUSTOS DO SISTEMA DE PATENTES

Os argumentos que relacionam a propriedade sobre as invenções à eficiência econômica são consistentes. Contudo, quase todos eles vêm sendo questionados, em maior ou menor grau, desde o século XIX. Estas críticas partem, inclusive, de doutrinadores de índole liberal (como Kinsella), que apontam custos à sociedade que não ocorreriam em condições de livre concorrência. A título de exemplo, cumpre citar os seguintes argumentos:

1. A relação entre o inventor e a invenção, por força de lei, torna-se patrimonial,

⁴⁵ MENELL, Peter, SCOTCHMER, Suzanne. Forthcoming Handbook of Law & Economics: Intellectual Property, University of California at Berkeley, 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=741424> Acesso em: 19 nov. 2011, p.2.

oponível *erga omnes*. Isto possibilita que o inventor passe a impor um preço pelo uso de um conhecimento que, sem tal norma, seria de uso comum. Este preço monopolístico eventualmente pode ser bem mais elevado do que o custo marginal do produto, reduzindo o acesso do público a ele, gerando falhas de mercado como aquelas que podem ser vistas na área farmacêutica, na qual alguns remédios se tornam inacessíveis a grande parcela dos potenciais consumidores.

2. O poder de impor um preço pelo uso do bem imaterial, também faz com que ele se torne artificialmente raro⁴⁶. Consequentemente, o conhecimento existe, está disponível no órgão responsável pela concessão de patentes, mas não pode ser amplamente empregado, afetando a velocidade com a qual será difundido. Esta restrição, em alguns casos, poderá impedir o acesso da população a outras tecnologias que viessem a ser intimamente derivadas da invenção original patentada.

3. O acordo TRIPs impõe como requisitos para uma patente, a existência de novidade e de atividade inventiva. Estes requisitos, no entanto, são extremamente subjetivos diante dos casos práticos. Kinsella chega a afirmar que “ninguém de fato cria algo⁴⁷”, pois toda invenção é baseada em progressos anteriores da humanidade ou em produtos ou leis da natureza (como a lei da gravidade). Esta subjetividade nos requisitos faz com que algumas criações dotadas de baixo grau de inventividade acabem vindo a ser objeto de patentes. Neste caso, conceder-se-á ao suposto “inventor” uma vantagem competitiva desproporcional, inexistente em condições de verdadeira competição⁴⁸.

4. Embora se diga, em favor das patentes, que elas evitam gastos inúteis com a duplicidade de pesquisas (como referido no subitem 4.3), o contrário também pode ocorrer. Em primeiro lugar porque, ao se vislumbrar uma nova fronteira tecnológica (como uma nova tela de computador, por exemplo) várias empresas se lançarão à

⁴⁶ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p.20.

⁴⁷ KINSELLA, N. Stephan. *Contra a Propriedade Intelectual*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, p.21.

⁴⁸ DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas. *Derecho de las patentes de invención*. Buenos Aires: Heliasta, 2004, p.52.

busca da solução técnica necessária. Vê-se, então, uma verdadeira corrida na qual o vencedor leva tudo, ao obter a patente e a exclusão dos demais competidores. Às empresas derrotadas, que possivelmente despenderam grandes recursos em P&D, restará negociar licenças com a vencedora ou, solução muito comum, buscar tecnologias alternativas, por vezes de qualidade inferior, naquilo que a doutrina chama de *inventing around* ⁴⁹.

5. Ainda que o sistema de propriedade sobre as invenções seja um estímulo para o avanço tecnológico, também pode ser um desestímulo ao desenvolvimento das ciências puras, daquelas áreas do conhecimento humano excluídas do regime de patentes. Neste passo, teremos mais riqueza alocada para a evolução da tecnologia automobilística do que para a compreensão do funcionamento do Universo. Isto, é bem verdade, obedece a uma necessidade prática, assim resumida por Kinsella:

Por exemplo, verdades matemáticas ou científicas não podem ser protegidas sob leis atuais com base no fato de que o comércio e interação social seriam interrompidos gradualmente caso cada nova frase e verdade filosófica fossem considerados propriedade exclusiva de seu criador. Por essa razão, patentes só podem ser obtidas para ‘aplicações práticas’ de idéias, mas não para idéias mais abstratas ou teóricas.⁵⁰

6. A harmonização do sistema de patentes, principalmente a partir da adoção do acordo TRIPs, afetou de forma negativa setores econômicos dos países em desenvolvimento. Disto resulta a advertência de Sachs no sentido de que:

[...] o fortalecimento dos DPI nos países mais pobres do mundo pode retardar a difusão da tecnologia que, historicamente, tem sido obtida graças às cópias e à engenharia reversa. Estas vias tão tradicionais de difusão tecnológica cada vez sofrem maiores obstáculos, e as repercussões desta situação nos países mais pobres podem ser muito negativas⁵¹.

⁴⁹ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p.295.

⁵⁰ KINSELLA, N. Stephan. *Contra a Propriedade Intelectual*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, p.20.

⁵¹ *Apud* BARTON, John (org.). *Propiedad intelectual y políticas de desarrollo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2005, p.67.

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

[...] na maioria dos países com baixa renda *per capita* e infraestrutura científica e tecnológica débil, a proteção da PI, nos níveis impostos pelo TRIPs, não favorece o crescimento de forma significativa. Pelo contrário, o crescimento rápido está associado mais frequentemente a uma proteção menor da PI⁵².

Embora se reconheça que as patentes são uma solução contra certa falha de mercado (como referido anteriormente), persiste a dificuldade em definir o grau ótimo de proteção a ser conferido. Se a proteção for demasiadamente fraca, talvez não se tenha incentivo suficiente para P&D. Por outro lado, se for excessivamente forte, os consumidores e a concorrência sairão prejudicados. E quando se fala em grau de proteção, existem diversas variáveis, tais como: prazo de proteção, amplitude das criações patenteáveis, margem para licenças compulsórias, barreiras à importação paralela e possibilidade de incidência de duas ou mais proteções sobre a mesma tecnologia (como no caso de uma semente poder ser protegida, ao mesmo tempo, pelo sistema de cultivares e de patentes). Cada um destes parâmetros apresenta grandes conseqüências econômicas e sociais que não podem ser tratadas de forma displicente.

O nível ótimo de proteção seria aquele em que os benefícios sociais superam os custos sociais e está vinculado “às variações da demanda, às estruturas de mercado, aos custos de P&D e à natureza do processo inovador” (Barton, 2005, p.63). Tais minúcias, na prática, não podem ser alcançadas, até porque variam enormemente no tempo e no espaço. Assim, qualquer sistema de Propriedade Industrial será baseado em padrões mais ou menos subjetivos. Mas se estes padrões forem largamente apartados da realidade de um país, tal como ocorre quando simplesmente se adota um regime imposto por pressões externas, então o dano à economia e à sociedade tenderá a ser elevado.

⁵² BARTON, John (org.), Op. cit., p.84.

Edith Penrose (apud BARTON, 2005, p.65-66) afirmava que:

“Por mais que se fale de uma ‘unidade econômica mundial’, não se pode ocultar o fato de que os países que contam com um comércio de exportação de artigos industriais muito reduzidos e poucas invenções comerciáveis (se é que possuem alguma) não obterão benefício algum da concessão de patentes sobre invenções que tenham sido desenvolvidas ou patenteadas no estrangeiro, salvo se considerarmos, naturalmente, o desejo de evitar represálias por parte dos países estrangeiros”.

Algumas destas críticas costumam ser rebatidas sob o argumento de que “este custo é meramente aparente, pois na falta de tal legislação, não existiriam as invenções cujo uso as patentes restringiriam”⁵³. Ao facilitar a inovação, a patente permite incorporar ao mercado um produto que antes não existia.

Este argumento, em favor das patentes, é um dos mais poderosos e se aplica, certamente, ao desenvolvimento de medicamentos. Mas também deve ser visto com reservas, em vários campos do conhecimento⁵⁴. Um bom exemplo encontra-se na área do comércio eletrônico, no qual muita tecnologia tem sido desenvolvida para aumentar a segurança e conquistar a confiança dos consumidores. No entanto, o crescimento do *e-business*, mesmo em tempos de crise econômica, deu-se apesar de toda a incerteza jurídica no que toca a proteção dos *business methods*⁵⁵. A crença é no sentido de que as empresas que buscam ampliar suas atividades na internet continuarão investindo em tecnologia, com ou sem a proteção da Propriedade Intelectual.

De toda sorte, a percepção de que a atribuição de uma propriedade ao inventor implica em falhas de mercado é bastante antiga. Tanto é verdade que o sistema aponta pelo menos três instrumentos para amenizar seus efeitos danosos

⁵³ DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas. Derecho de las patentes de invención. Buenos Aires: Heliasta, 2004, p.55.

⁵⁴ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. The Economic Structure of Intellectual Property Law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p.22.

⁵⁵ De acordo com a revista Exame, o faturamento das lojas online no Brasil subiu de 10,4 para 12,5 bilhões de dólares entre 2011 e 2012, seguindo a tendência dos últimos dez anos. Fonte: Revista Exame. Comércio eletrônico tem muito espaço para crescer no Brasil. Publicado em: 29/05/2013. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/revista-exame-pme/edicoes/0060/noticias/comercio-eletronico-tem-muito-espaco-para-crescer-no-brasil>. Acessado em: 29/06/2013.

sobre a eficiência econômica, a saber:

1. As patentes estão sempre limitadas por um prazo pré-determinado (geralmente, 20 anos). Do contrário, “gerações subseqüentes seriam sufocadas pelas crescentes restrições sobre seu próprio uso de propriedade. Ninguém seria capaz de construir uma casa sem pedir permissão aos herdeiros de Edison”⁵⁶.

2. Como referido acima, nem toda tecnologia pode ser patenteada. As criações óbvias, despidas de atividade inventiva, não devem ser favorecidas por qualquer proteção.

3. Caso o titular da patente venha a abusar do seu direito, como no caso de maliciosamente deixar de atender à demanda para poder impor ao consumidor preços monopolísticos, há a possibilidade de concessão de licenças compulsórias, permitindo que outros agentes atuem no mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de patentes nasceu da realidade econômica e aprofundou suas raízes no regime capitalista. Possui características capazes de corrigir falhas de mercado que prejudicam a alocação de recursos suficientes em áreas sensíveis relacionadas à P&D. Ele também pode ser útil na redução de custos de transação, dentre outras virtudes. Porém é uma solução permeada de certa subjetividade (como no caso do prazo de proteção) que acaba por criar outros custos, afetando a difusão do conhecimento, o desenvolvimento de alguns setores tecnológicos e interesses de terceiros (como outros inventores e consumidores).

O modelo adotado pelo acordo TRIPs, mais rígido, parece ter sido feito sob medida para atender aos interesses de empresas situadas em países desenvolvidos. Para alguns países em desenvolvimento, embora auxilie o acesso a produtos de alta

⁵⁶ KINSELLA, N. Stephan. *Contra a Propriedade Intelectual*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, p.23.

tecnologia, poderá afetar negativamente suas taxas de crescimento⁵⁷.

Estando hoje a questão inserida no comércio internacional e vinculada à OMC, duvida-se da possibilidade de uma correção de rumo em médio prazo, principalmente ante a disparidade de interesses. Contudo, o exame da doutrina demonstra que correções são necessárias, para que o regime de propriedade sobre as invenções possa ampliar seu papel como fator de eficiência econômica.

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (org.). Análise econômica do Direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disciplina os direitos e obrigações referentes à propriedade industrial.

CERQUEIRA, João da Gama, Tratado da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

⁵⁷ BARTON, John (org.). Propiedad intelectual y políticas de desarrollo. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2005, p.85.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. São Paulo: Bookman Companhia Editora, 2010.

DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas. *Derecho de las patentes de invención*. Buenos Aires: Heliasta, 2004.

DI BLASI, Gabriel. *A Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Direito Industrial – Patentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

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

KINSELLA, N. Stephan. *Contra a Propriedade Intelectual*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

MENELL, Peter; SCOTCHMER, Suzanne. *Intellectual Property*. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=741424 > Acessado em 14 nov. 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, vol.3*. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

REVISTA EXAME. *Comércio eletrônico tem muito espaço para crescer no Brasil*. Publicado em: 29/05/2013. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/revista-exame-pme/edicoes/0060/noticias/comercio-eletronico-tem-muito-espaco-para-crescer-no-brasil>. Acessado em: 29/06/2013.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (org). Análise econômica do Direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____; GALESKI JÚNIOR, Irineu. Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANDRONI, Paulo. Novíssimo Dicionário de Economia. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e desenvolvimento: os limites do paradigma Rule of law e a relevância das alternativas institucionais. Revista Direito GV nº 11. São Paulo: Direito GV, 2010.

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

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

TIMM, Luciano Benetti e CAOVILLA, Renato. As Teorias Rivalis sobre a Propriedade Intelectual no Brasil. Economic Analysis of Law Review (EALR), V. 1, nº 1, p. 49-77, Jan-Jun, 2010.

ZUCCHERINO, Daniel R.; MITELMAN, Carlos O. Derecho de Patentes: Aislamiento o Armonización. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1994.