



FUNDAÇÃO HEINRICH BÖLL

Cícero Gontijo

**AS TRANSFORMAÇÕES DO SISTEMA
DE PATENTES,
DA CONVENÇÃO DE PARIS AO
ACORDO TRIPS**

A posição brasileira

Maio de 2005



Gneisenaustr. 2a
10961 Berlin
www.fdel.org



AS TRANSFORMAÇÕES DO SISTEMA DE PATENTES, DA CONVENÇÃO DE PARIS AO ACORDO TRIPS

A posição brasileira

1. LIVRE COMÉRCIO x MONOPÓLIOSp.3

- 1.1. A Convenção de Paris e a liberdade legislativa dos Membros
- 1.2. Desvendamento e produção local obrigatórios, na origem
- 1.3. A força da caducidade e a fragilidade da licença compulsória
- 1.4. Acordo Trips: em época de livre comércio, rigidez de monopólios
- 1.5. O fim da caducidade e a introdução de licença compulsória frágil

2. AS CONSEQÜÊNCIAS DE TRIPS PARA PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO.....p.12

- 2.1. Patentes como reserva de mercado
- 2.2. Preços de produtos para os quais não há substitutos
- 2.3. A questão da Aids. Rejeição ao sistema de patentes

3. A POSIÇÃO BRASILEIRA.....p.17

- 2.4. Exploração local como direito do Estado
- 2.5. Evitar trips plus, atuar na OMC visando a modificar Trips
- 2.6. A iniciativa na OMPI

4. CONCLUSÕES.....p.27



1. LIVRE COMÉRCIO x MONOPÓLIOS

O início do século XIX conheceu na Europa uma séria disputa entre os monopolistas, que eram favoráveis ao sistema de patentes, e os que defendiam o livre comércio, buscando o mínimo de restrições à troca de bens e serviços. Foi tamanha a controvérsia, que Suíça e Holanda revogaram suas leis de Propriedade Industrial e a Alemanha, em 1869, revogou a sua, que havia sido adotada em 1817, e só a colocou em vigência novamente em 1910. Ficava claro que um sistema de proteção a invenções baseado em monopólios tinha sérias dificuldades de convivência com um sistema de livre comércio. São posições antagônicas, conflitivas, porque atuam em direções diferentes.

Dois séculos mais tarde, o mundo vive o seu mais forte movimento de livre comércio, fenômeno a que se deu o nome de globalização. Impulsionados pela revolução ocorrida nas técnicas de informação e comunicações, e estimulados pela força de pressão advinda dos grandes países, em especial os Estados Unidos, os demais países se viram forçados a abrir suas fronteiras, reduzir tarifas, aceitar concorrência de outros países no seu mercado interno, admitir discussão sobre acesso a seus mercados, aí incluídas as compras governamentais, transferências financeiras sem controle, num movimento avassalador que torna antiquados os projetos de crescimento baseados em substituição de importações, com claras reduções nos níveis de soberania de cada país.

A tal movimento de globalização deveria corresponder uma forte oposição aos sistemas de proteção à propriedade industrial, com diluição dos princípios e conceitos que sustentam a proteção às invenções, sobretudo aquelas dos estrangeiros que asseguram posições de monopólio nos mercados de terceiros países. Era de se esperar que o sistema de patentes estivesse sob pressão, que a teoria de propriedade que o sustenta estivesse sendo superada pelas teorias da recompensa, que admitem algum tipo de benefício ao inventor, excluída totalmente a concessão de monopólios.

Nada disso aconteceu. Não só os dois movimentos não foram apresentados como antagônicos, como foram conduzidos ao mesmo tempo, no mesmo fórum (GATT, depois transformado em OMC), e foram aprovados simultaneamente. Esta surpreendente contradição foi por nós registrada em artigo publicado em março de 1995:

“É forçoso lembrar que o acordo Trips surge em total contradição com os demais acordos firmados no âmbito do GATT. Enquanto todos os demais se apresentam no sentido da liberação de barreiras, derrubada de monopólios e eliminação de sistema de subsídios, bem na linha liberalizante do comércio advogada pelos países industrializados, o acordo Trips aparece como esforço de enrijecimento de normas, imposição de padronização, consagração de monopólio, justamente incidente sobre o mais valioso dos agentes econômicos desse fim de milênio: o conhecimento humano. Abrem-se os mercados, mas, por outro lado, consolida-se e fortalece-se o sistema existente de produção de novas tecnologias, concentrado, não por coincidência, nos países que exigem maior proteção para os titulares da propriedade intelectual”. (I.Gontijo, Cícero - “O acordo sobre propriedade intelectual contido



no GATT e suas implicações para o Brasil” *in* Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, janeiro março 1995, p. 181).

A justificativa teórica aparece agora, com a teoria da “Market Failure (Falha de mercado)”, que tenta apresentar os monopólios concedidos pelas patentes como uma exceção na economia de mercado. Reconhecido que a publicidade dada a uma invenção colocaria em igualdade de condições todos os concorrentes, impedindo que o inventor obtenha o ressarcimento de seus gastos, surgem os monopólios temporários de uso como uma solução. A exposição de tal doutrina se encontra em Wendy J. Gordon, “Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors”, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982) e J.H. Reichman, Charting the Collapse of the Patent-Copyright Dichotomy: Premises for a restructured International Intellectual Property System 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 475 (1995).

A teoria é engenhosa, mas não leva em conta que há outros meios menos rígidos de se remunerar os inventores.

A ação do Estado para estimular a criação pode fazer-se de duas formas:

- a) pela socialização dos custos e riscos da criação, em que o Estado indeniza o criador, com um valor financeiro. Neste caso, pressupõe-se que este invista na nova criação. A lei brasileira de 1830 previa este tipo de recompensa.
- b) pela apropriação privada dos resultados através da construção jurídica de uma exclusividade artificial (as patentes são o exemplo). Criam-se direitos exclusivos de uso e fruição, com possibilidade de transferência.

Há, também uma terceira alternativa, que vem sendo discutida como sucedâneo para as patentes, pela sua maior flexibilidade: trata-se de conceder ao inventor um direito não exclusivo, mas com o direito de cobrar um preço de quem venha a usar as informações desvendadas, sem o direito de proibir o uso. Incluem-se neste caso os “certificados de inventor”, que foram usados na antiga União Soviética e no México, para inventos de uso industrial, e os “certificados de obtentor” utilizados na Union Internationale pour la protection des Obtentions Végétales – UPOV, aplicados a inventos na área de sementes e cultivares.

Este tipo de recompensa aos inventores, que Carlos Correa chama de “domínio público pagante”, merece ser melhor estudado, podendo vir a constituir-se em interessante alternativa às patentes, ao menos para alguns setores econômicos, e ao menos para certos países. (2. Correa, Carlos – *in* “Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries”, Malaysia, TWN, 2000, p. 248/251).



1.1. A Convenção de Paris e a liberdade legislativa dos Membros

Destinada a harmonizar, dentro do possível, as legislações dos vários países sobre a propriedade intelectual, a Convenção de Paris é um dos tratados de maior sucesso de que se tem notícia, tanto pelo número expressivo de associados quanto pela sua duração sem mudanças muito substanciais. Mais de 150 países adotaram a Convenção de Paris, que teve início em 1883, firmada por onze países, entre eles o Brasil.

A principal explicação para tal êxito reside no fato de que a Convenção não tentava uniformizar as leis nacionais, nem condicionava o tratamento nacional à reciprocidade. Pelo contrário, previa ampla liberdade legislativa para cada país, exigindo apenas paridade de tratamento entre nacionais e estrangeiros (princípio do Tratamento Nacional). Seu outro princípio básico, o da Prioridade, era resposta a uma questão mais de prática que de natureza teórica. Para evitar apropriação indevida de informações incluídas nos pedidos de patente e, ao mesmo tempo impedir conflitos em casos de dois ou mais inventos sobre o mesmo objeto, decidiu-se assegurar àquele que tenha feito o pedido de patente em um dos países da União um prazo de prioridade (que hoje é de 12 meses) para realizar o depósito em outros países, durante o qual nenhum outro pedido invalidará o seu, nem qualquer publicação ou exploração do invento.

Em conseqüência, conquanto o texto original não o mencione, consagrou-se o princípio da Independência das patentes, segundo o qual as decisões tomadas em um país quanto a um pedido ou a uma patente não tem qualquer influência sobre o tratamento a ser dado por outros países membros.

Tais princípios, acordados em 1883, foram mantidos inalterados por mais de um século.

1.2. Desvendamento e exploração local obrigatórios, na origem.

O texto aprovado da Convenção de Paris estabelecia como deveres dos titulares das patentes o desvendamento integral da invenção e, consagrando a experiência histórica dos principais países, a exigência de uso efetivo das patentes. Lembremo-nos que o Estatuto dos Monopólios inglês concedia patentes para o inventor que viesse a produzir o seu invento no país.

O tema do uso efetivo já havia sido o centro das discussões entre Áustria e Estados Unidos na Conferência de Viena (1875), entendendo o último que deveria ser interpretada como uso efetivo a importação dos produtos patenteados.

Na Conferência de Paris (1878), que elaborou o texto da Convenção, ficou definido que se admitia a revogação da patente após um certo tempo, se a produção não se realizasse no país.



A aceitação da exploração local obrigatória, prevista no art. 5º original, fez com que países como os Estados Unidos, Inglaterra Alemanha, Canadá, Hungria e Áustria não assinassem como signatários originais a Convenção de Paris: art. 5º - *“A introdução pelo privilegiado, no país em que o privilégio tiver sido concedido, de objetos fabricados em um ou outro dos Estados da União, não lhe trará perda de direito. Todavia, o privilegiado ficará sujeito à obrigação de usar de seu privilégio de conformidade com as leis do país onde introduzir os objetos privilegiados.”*

Tal definição, que deixa aos países membros o direito de exigir a exploração local dos produtos e processos patenteados, acompanha a experiência dos grandes países. A exigência de exploração local esteve incluída em todas as legislações de países hoje industrializados, e era considerada o principal objetivo do sistema de patentes, à época em que eles ainda buscavam fomentar sua industrialização. Concediam-se patentes porque se desejava desenvolver recursos naturais, aumentar o número de técnicos e operários qualificados; o propósito era o estabelecimento de uma nova indústria ou de novos métodos para as indústrias existentes. Nos Estados Unidos, a lei de 1886 dispunha que as patentes de estrangeiros deveriam ser exploradas dentro do país. Inglaterra, França e Alemanha tinham a mesma exigência. Com o passar do tempo e a ampliação de sua participação no comércio mundial, esses países diminuíram a aplicação dessa exigência, embora a maioria tenha mantido alguma disposição sobre a exploração local em suas leis, com exceção dos Estados Unidos.

A exploração local obrigatória seguiu mantida pela Convenção de Paris nas suas várias revisões posteriores, atenuando-se o texto para considerar que a sua ausência é considerada abuso do titular, podendo ser punida.

O tema continua a ser discutido até nossos tempos, como centro de polêmica relativo aos deveres atribuídos aos titulares de patentes.

1.3. A força da caducidade e a fragilidade da licença compulsória

Para fazer cumprir a exigência de exploração local das patentes, o primeiro instrumento incluído nas leis de propriedade industrial do século passado foi a ameaça contida na revogação da patente por meio da caducidade, que é uma das formas de extinção da patente. Decretada a extinção, a patente cai em domínio público, o que permite a qualquer pessoa ou empresa explorar o objeto da invenção. Neste caso, extingue-se o monopólio e qualquer produtor pode disputar o mercado em igualdade de condições. A situação corresponde àquela reinante em um país em que o inventor decidiu não patentear sua invenção, após patenteá-la no país de origem.

A caducidade por falta de exploração local já existia na lei francesa e de outros países (México e Tunísia, entre outros), antes mesmo da Convenção de Paris. Com a Convenção, decidiu-se que a introdução de produtos patenteados, fabricados em



outro país da União não provocaria perda do direito. Ao mesmo tempo, ficava consagrada a obrigação de exploração local.

A caducidade é um instrumento poderoso, porque sua aplicação é automática após o esgotamento do prazo para a exploração local, desde que comprovada a não exploração local. Por isso mesmo, viu-se lentamente substituída nas revisões da Convenção pela figura da licença compulsória.

A licença compulsória (também chamada obrigatória) é um dos instrumentos de que o Estado pode se utilizar para intervir sobre o monopólio de uma patente, sempre que o interesse público o exija. Menos drástica que a revogação da patente por meio da caducidade, ela permite que, em certas circunstâncias, outros usem a invenção patenteada, mediante uma remuneração estabelecida pelo Estado. Do ponto de vista jurídico, o monopólio da patente é substituído pelo direito de receber uma compensação financeira pelo uso do invento.

Historicamente, ela surgiu no Congresso de Viena de 1873, “nos casos requerido pelo interesse público”, sendo incluída na lei alemã de 1877. Até 1925, ela não foi mais mencionada, reaparecendo na versão de Haia, da Convenção de Paris, quando se destinava a prevenir “os abusos que puderem resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente, por exemplo, por falta de uso efetivo”; daí em diante, quase todos os países adequaram suas legislações para incluí-la. Com o passar do tempo, ela passou a ocupar o espaço antes reservado à revogação por caducidade, por ser uma medida menos drástica que esta.

Diferentemente da caducidade, seu uso prático apresenta um fator de dificuldade que consiste em encontrar-se uma outra empresa do setor que queira e consiga produzir o produto ou processo, sem a ajuda da empresa titular, contando apenas com a autorização oficial.

A revisão de Estocolmo (1967) da Convenção de Paris trouxe uma modificação que tornou a licença compulsória ainda mais difícil de ser aplicada: determinou que a licença fosse obrigatoriamente não-exclusiva, além de dever ser recusada se o titular justificar a sua inação por razões legítimas. Desaparecia o automatismo de uso do instrumento e aumentava a rejeição dos possíveis interessados em recebê-la.

Difícilmente um empresário privado terá coragem de investir em um projeto de uma fábrica para produzir uma invenção de que recebeu licença compulsória se não tiver a certeza de poder aproveitar o mercado com exclusividade, ao menos por um certo período. Um projeto de fabricação exige investimentos, construção, compra de equipamentos, contratação de pessoas, tudo baseado no mercado a ser atendido. Se a licença é não-exclusiva, a qualquer momento o titular poderá decidir-se a produzir localmente, ou a conceder uma licença voluntária, restando ao licenciado compulsório ter de disputar o mercado com outros produtores. Se considerarmos que o titular conta ainda com o poder comercial de sua marca, fica claro que uma licença compulsória não-exclusiva



tem pouquíssimas possibilidades de ser concedida. Nessas condições, o uso da licença compulsória como ameaça para prevenir o abuso dos titulares, em particular nos casos de não-exploração, demonstra-se totalmente ineficaz. Passa a ser uma arma sem munição, com a desvantagem de que essa circunstância é conhecida pelos titulares.

Transformada a licença compulsória em instrumento complexo e inaplicável, o próximo passo era encontrar uma forma de retirar eficácia ao instituto da caducidade.

A solução veio no texto da revisão de Estocolmo, condicionando a aplicação da caducidade ao uso prévio da licença compulsória, nos termos do art. 5.3: “*Não poderá ser interposta ação de declaração de caducidade ou de anulação de uma patente antes de expirar o prazo de dois anos, a contar da concessão da primeira licença compulsória*”. A exigência prévia de uma licença compulsória, de raríssima aplicação, torna praticamente inaplicável o poderoso instrumento da caducidade.

1.4. Acordo Trips: em época de livre comércio, rigidez de monopólios

Desde 1979, vinham os Estados Unidos demonstrando insatisfação com o que consideravam proteção insuficiente para a Propriedade Intelectual, e tentando transferir para o âmbito do GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio) as discussões no sentido de reforçar os mecanismos de proteção aos direitos dos titulares. Houve resistência por parte de vários países, e o tema só veio a ser incluído em pauta em 1989, após obtenção de concordância de Brasil e Índia que insistiam em que a OMPI (administradora da Convenção de Paris), e não o GATT, era o foro adequado para a discussão de propriedade intelectual.

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.

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.



Havendo entendimento generalizado de que o novo acordo de propriedade intelectual não interessava a muitos países, em particular àqueles em vias de desenvolvimento, foi necessário muito trabalho para obter-se sua aprovação:

“Com o objetivo de fazer avançar as negociações em todas as áreas cobertas pela Rodada Uruguai, o Diretor-Geral do GATT apresentou o *Texto Dunkel* como uma declaração integral da situação das negociações. O Diretor-Geral apresentou este documento como um acordo *tudo ou nada*, determinado a impedir que os membros dividissem as várias seções para adotá-las separadamente. Esta exigência comprovou-se útil para a obtenção do acordo Trips, pois os Estados Unidos e outros países industrializados podiam combinar concessões desejadas pelos países em desenvolvimento em áreas como agricultura e têxteis para a obtenção de um adequado acordo TRPS”. (3. Michael Doane, da Georgetown University Law Center, em “Trips and International Intellectual Property Protection in an age of advancing technogy” – American University Journal of International Law and Policy 9 (2), p. 476).

1.5. O fim da caducidade e a introdução de licença compulsória frágil

O texto de Trips tem uma única menção à caducidade, ao definir que qualquer decisão de anular ou de caducar uma patente deverá submeter-se a recurso judicial (art. 32).

No que se refere à licença compulsória, a expressão nem sequer consta do texto, sendo substituída por um eufemístico “outro uso sem autorização do titular” (art. 31). Além das ressalvas já mencionadas no texto de Estocolmo da Convenção (não exclusividade e justificação por razões legítimas), o tratado enfraquece ainda mais o instrumento de reprimir abusos, com novas condicionantes, ao exigir que o usuário proposto haja previamente buscado autorização do titular, em termos e condições comerciais razoáveis; que o uso deverá destinar-se prioritariamente ao mercado interno; que a licença deve revogar-se assim que encerradas as circunstâncias que levaram à concessão; e que o titular seja adequadamente remunerado.

Quanto ao direito de os países exigirem a exploração local dos produtos ou processos a que se concederam patentes, o tema não é tratado claramente. No seu artigo 27.1, Trips trouxe um dispositivo de redação confusa que parece extinguir essa possibilidade:

“Art. 27. 1 – (...) Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4 do Artigo 65, no parágrafo 8 do Artigo 70 e no parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente”.



A interpretação inicial leva a crer que ficou proibida a exigência de produção local. Alguns autores, como Carlos Correa, entendem que a obrigação de exploração local não pode mais ser exigida dos titulares:

“O sistema de concessão de licenças compulsórias de muitos países também poderia ser afetado pela proibição de discriminar segundo a origem (de fabricação local ou importado) do produto. O propósito dos proponentes do texto comentado foi o de diluir a obrigação de explorar a invenção patenteada, um dos pilares tradicionais do sistema de patentes”.(10. Correa, Carlos – “Acuerdo Trips” Ed. Ciudad Argentina, Bs. Aires, 1966, p. 136.

Há uma interpretação diversa, entretanto, segundo a qual o art. 27.1 refere-se a um outro problema. Para Figueira Barbosa,

“Certamente, o Trips prevê a licença compulsória por falta ou insuficiência de trabalho, dentro dos princípios e limites do art. 5^A da Convenção de Paris, inclusive quando, no espírito de ‘Paris plus’ esclarece que a licença deve ser ‘predominantemente para a oferta do mercado doméstico’(art. 31.f.)”. (4. Barbosa, A.L.F, “Sobre a propriedade do trabalho intelectual” Ed. UFRJ, 1999, p.189).

Ao referir-se ao art. 27.1, afirma ele que o texto visou a atender uma reclamação contida no documento preparado pela União Européia para as negociações de Trips, segundo a qual a legislação dos Estados Unidos continha procedimentos discriminatórios aos estrangeiros nos litígios referentes a contrafação de bens importados; e também contra o tratamento preferencial às atividades em território nacional da legislação americana, que concede patentes ao “primeiro a inventar” em detrimento do “primeiro a registrar”, da legislação européia, complementado pela validade de o ato inventivo estar restrito ao território daquele país. Assim o diz:

“Há uma parte interessante do documento, dedicada exclusivamente à discriminação contra bens importados, dividida em duas importantes matérias: (a) procedimentos discriminatórios, e (b) tratamento preferencial às atividades em território nacional. Sem dúvida, em ambas as matérias, os reclamos eram endereçados principalmente aos EUA. (...) O resultado não poderia ser inesperado, e o artigo 27 do Trips conclui, conforme já amplamente citado e retranscrito: *...os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local da invenção, (...) e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos legalmente.*” (12. Barbosa, A. L.F, op.cit., p. 184).

Ambas as interpretações são possíveis, como se pode ver de dois especialistas do tema.

Acrescente-se que o tema parece haver sido tratado pelo acordo Trips em outra parte: sem repetir os textos da Convenção de Paris, disse, em seu art. 2. 1, que

“Com relação às partes II, III e IV deste Acordo, os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 12 e 19, da Convenção de Paris (1967)”.



CÍCERO GONTIJO:

AS TRANSFORMAÇÕES DO SISTEMA DE PATENTES, DA CONVENÇÃO DE PARIS AO ACORDO TRIPS.

A POSIÇÃO BRASILEIRA

FDCL -Forschungs- und Dokumentationszentrum Chile - Lateinamerika e.V., Berlin
www.fdcl.org

Daí se infere que o assunto estaria remetido para a Convenção, mantendo-se a versão de Estocolmo (1967):

“Art. 5º, § 2º - Cada país da União terá a faculdade de adotar medidas legislativas prevendo a concessão de licenças obrigatórias para prevenir os abusos que poderiam resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente, como, por exemplo, a falta de exploração”.

Com base neste argumento, diplomatas do Ministério de Relações Exteriores brasileiro confirmaram ao Senado, no transcurso da discussão para aprovação de Trips no Congresso Nacional, que a ausência de exploração de patentes continuava a ser abuso do titular. Em decorrência, manteve-se tal entendimento na redação referente ao art. 68 § 1º, I, da Lei de Patentes.



2. AS CONSEQÜÊNCIAS DE TRIPS PARA PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

A padronização das legislações nacionais decorrentes da adesão ao tratado Trips deixa de levar em conta as diferenças relevantes entre os países em via de desenvolvimento (PVD) e os países de desenvolvimento avançado.

Já o havia observado E. Penrose em sua clássica obra:

“Os Estados não industrializados não têm nenhum ganho direto ao conceder uma patente sobre um invento já patenteado no estrangeiro e ali explorado. A única vantagem econômica que podem obter é a possibilidade de que de alguma forma proporcionarão incentivos para que se introduza a tecnologia estrangeira (5. Penrose, Edith, in “La economia del sistema internacional de patentes” 1ª Ed. em espanhol, Siglo XXI editores, México, 1974, p.200).

O número de empresas tecnicamente capacitadas é mínimo e os poucos centros de pesquisas destinados à pesquisa e desenvolvimento nesses países se dedicam principalmente a projetos de adaptação tecnológica. Com isto, o número de invenções é reduzido. Estatísticas mundiais demonstram que 90% de todas as patentes estão registradas em nome de pessoas e de empresas sediadas em países desenvolvidos. No caso brasileiro, apenas 5% das patentes requeridas pertencem a titulares brasileiros (10%, se incluídos os modelos de utilidade). Esses dados demonstram que os sistemas nacionais de países em desenvolvimento vivem em função de direitos concedidos a empresas e pessoas estrangeiras. A situação é diferente da que se observa em países industrializados, em que há níveis semelhantes entre empresas nacionais e estrangeiras.

Conclui-se que a padronização dos direitos de propriedade intelectual em nível elevado não traz benefícios às empresas de países em desenvolvimento e, ao contrário, estimula as invenções nas empresas dos países desenvolvidos, congelando e perenizando uma situação de distanciamento técnico que só tende a aumentar.

A proteção à propriedade intelectual só se justifica nos países em desenvolvimento se as invenções patenteadas forem claramente desvendadas em seus detalhes e se lhes for permitido exigir dos titulares a exploração local dessas invenções, de forma a aproveitar-se o potencial de recursos humanos e matérias primas desses países, além de propiciar uma melhor absorção da tecnologia desenvolvida.

2.1. Patentes como reserva de mercado

Sem o desvendamento detalhado das tecnologias patenteadas e sem a exploração local das invenções, a proteção aos direitos de propriedade intelectual mostra às claras o seu lado perverso, o de simples reserva de mercado. Para um país em



desenvolvimento, o sistema passa a impedir o avanço das empresas locais, além de criar, artificialmente, condições de aumento de preços dos produtos patenteados.

Seria menos danoso para um país em desenvolvimento que os inventores guardassem em segredo seus inventos do que a situação atual em que, escudados em monopólios, não exploram localmente os inventos, mas continuam tendo o mercado assegurado. No caso de segredo, ao menos haveria a possibilidade de se encontrar o caminho técnico na base do ensaio e erro. No sistema de patentes, o monopólio impede e desestimula o esforço.

“A monopoly granted either to an individual or to a trading company has the same effect as a secret in trade or manufactures”. (6. Adam Smith, *An Inquiry Into The Nature And Causes Of The Wealth Of Nations*)

A reserva de mercado, além de seu efeito desestimulador ao desenvolvimento, tem um outro lado mau, o aumento de preços. Como nos países em desenvolvimento o número de competidores é menor, é frequente encontrar setores em que os produtos patenteados, não tendo muitos competidores, pratiquem preços elevados:

“No caso das patentes, não há redução da liberdade anterior (característica do monopólio econômico), mas o exercício de um poder econômico, expresso numa capacidade de elevar preços”. (7. Posner, Richard, in *Antitrust Law*, 2ª ed. p.16)

Interessante observar que tal situação de desvantagem na aplicação da proteção à propriedade intelectual em prejuízo dos países em desenvolvimento já foi constatada em estudos elaborados por organismos internacionais:

“In principle, IPRs create market power by limiting static competition in order to promote investments in dynamic competition. In competitive product and innovation markets awarding of IPRs rarely results in sufficient market power to generate significant monopoly behavior. However, in some circumstances a portfolio of patents could generate considerable market power through patent-pooling agreements among horizontal competitors. In countries that do not have a strong tradition of competition and innovation, strengthening IPRs could marketdly raise market power and invite its exercise”(8. Keith E. Maskus, Mohamed Lahonel in “*Competition Policy on IPRs in developing countries*”, encontrado em www.worldbank.org/research/abcde/washington-12/pdf-files/maskus.pdf).

Monopólios como os de IPRs tendem a gerar aumento de preços em quaisquer países, mas tendem a gerar mais em países em desenvolvimento, em razão do reduzido número de competidores. Ocorre, também, uma tendência de os titulares tentarem impor preços similares para todos os mercados em que comercializam. Um chip de computador patentado custa mais ou menos o mesmo preço (em dólar) em Nova York e em Karachi. Não fosse assim, comerciantes comprariam o chip no Paquistão e o revenderiam em Nova York. Como a renda das pessoas no Paquistão é muito menor que em Nova York, o resultado do aumento do preço para a população do Paquistão é muito mais significativo no país pobre que no país rico.



2.2 Preços de produtos para os quais não há substitutos

O fenômeno do aumento de preços praticados por produtos patenteados é ainda mais perverso quando o produto patentado não tem similares. Os preços cobrados por diversos modelos de telefone celular refletem pouca influência do modelo patentado. Além de o telefone celular não ser produto de necessidade imperiosa, os vários modelos se substituem ao menos parcialmente, o que reduz a influência do monopólio da patente no preço do produto. Quando se trata, entretanto de invenção radical, que cria produto novo, sem similares, e de demanda inelástica, o monopólio permite ao titular o estabelecimento de preços que superam em muito os custos incorridos. Neste caso, os preços cobrados chegam ao limite da capacidade de pagamento do consumidor e às vezes o superam. Numa economia de mercado, os altos preços atrairiam novos investidores, o que levaria à redução dos preços cobrados. Numa economia de monopólio concedido por patentes, a entrada de outros é impossível, o que mantém os preços elevados artificialmente pelo período de validade da patente.

É relevante notar que os estudos que fundamentam os sistemas de patentes não levam em conta o fenômeno da ausência de similares, no estabelecimento dos preços monopolísticos. A confirmar a afirmação, veja-se trecho de especialistas levado à consideração do Conselho Geral das Nações Unidas:

“In particular, it was no longer considered that an exclusive right necessarily conferred market power. Often there were enough substitutes in the market to prevent the holder of an intellectual property from actually gaining market power. The availability of substitutes was an empirical question that could only be determined on a case- by- case basis.” Report (1998) of the working group on the interaction between trade and competition policy to the General Council, Wt/Wgtcp2/8, 8 dec 1998.

Alguns autores destacam a ausência de estudos sobre a falta de similares, no monopólio concedido às patentes. “For much of this century, courts and federal agencies regarded patents as conferring monopoly power in a relevant market. A “relevant market” is an antitrust term of art that is used to determine which products compete with one another. Historically, substitute products were not considered in the analysis of whether patents confer monopoly power” (9. Sheila F. Anthony, Antitrust And Intellectual Property Law: From Adversaries To Partners, AIPLA Quarterly Journal, Volume 28, Number 1 Page 1 Winter 2000).

2.3 A questão da Aids. Rejeição ao sistema de patentes

Embora a questão de IPRs seja tratada entre Estados, os verdadeiros interessados na padronização dos direitos, na sua ampliação e na certeza de sua aplicação são grandes empresas voltadas para pesquisa e produção. No caso da substituição da Convenção de Paris pelo acordo Trips, com a criação da OMC, sabe-se que os impulsores da grande transformação foram as empresas de semicondutores (topografia de circuitos



integrados), as dedicadas à produção de software e, principalmente as indústrias farmacêuticas, produtoras de medicamentos.

Para as indústrias de medicamentos, Trips foi um grande êxito. Cerca de metade dos países do mundo, entre eles a quase totalidade dos países em desenvolvimento considerava que invenções no setor farmacêutico, assim como no de alimentos, não deveriam receber monopólios dos Estados, em razão de terem impacto sobre a própria sobrevivência das pessoas.

Países como Espanha e Itália, entre outros países desenvolvidos, só vieram a conceder patentes para o setor farmacêutico na segunda metade do século XX. A legislação brasileira, desde 1971 a 1996, negava o patenteamento de processos e produtos farmacêuticos e alimentares, e de produtos químicos. Com o advento de Trips, o tema não admite mais discussão. Enquanto vigorar o acordo, não há como fugir ao patenteamento de processos e produtos farmacêuticos, em virtude do disposto no art. 27.1, primeira parte: “...qualquer invenção de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável.”

Acontece que é no setor farmacêutico que as características perversas do monopólio mais se manifestam. Enquanto abusos de titulares de patentes nos demais setores industriais podem trazer prejuízos de ordem econômica e financeira, os medicamentos e alimentos têm impacto na própria vida das pessoas. Ademais, é neste setor que a ausência de similares provoca maior tendência ao aumento desmesurado de preços. Remédios novos para doenças antigas são exemplos típicos de inelasticidade da demanda. Um novo medicamento para câncer tende a não ter similar. E sua compra pelos pacientes só terá limites no esgotamento da renda do paciente e mesmo da família.

A situação da disseminação da AIDS pelo mundo é um exemplo claro. Uma doença de extrema gravidade, que atinge pessoas de todas as raças e estratos sociais, apresenta forte taxa de mortalidade em países da África, por falta de medicamentos disponíveis. Os medicamentos existem, e o “kit” é vendido por US\$10.000,00 por paciente-ano, nos Estados Unidos. A maioria dos países africanos em que a enfermidade se disseminou tem renda *per-capita* inferior a US\$500,00. A totalidade dos valores orçamentários dedicados à saúde nesses países é muito menor do que o que seria necessário para comprar os medicamentos para a AIDS.

Nos casos em que existem genéricos, os medicamentos custariam uma parte ínfima dos preços cobrados pelas indústrias detentoras de patentes. Segundo relatório do Panos Institute, organização sem objetivo de lucro baseada em Londres, “em janeiro de 2001, o sul africano Zackie Ahmat, ativista no tratamento de HIV/AIDS, foi à Tailândia para comprar 5.000 pílulas da versão genérica de um medicamento anti-fungo patenteado pela empresa farmacêutica americana Pfizer. Ele pagou \$0,21 por pílula. O preço da versão patenteada na África do Sul era de \$13”.



As empresas farmacêuticas se negam a fornecer remédios a esses países a preços adequados. Temem elas que os medicamentos sejam desviados para serem vendidos nos países industrializados. E que os contribuintes desses países se dêem conta de quanto estão pagando pelo monopólio incluído nas patentes.

Com a participação do Brasil, vários países buscaram uma solução para o problema, no âmbito da OMC. A “Declaração de Doha”, firmada pelos ministros em 14 de novembro de 2001, embora enunciasse com clareza a supremacia da saúde sobre os direitos de proteção às patentes, não teve seguimento e conseqüências práticas. As ressalvas e condicionantes ali incluídas, que enfraquecem o documento, aliadas à ausência de detalhamento das providências necessárias, fizeram com que o drama africano, que leva à morte 600 sul-africanos por dia, siga condenando essas populações a um novo e cruel tipo de “apartheid”.

A AIDS constitui um sério problema também no Brasil. Uma dura negociação com as empresas detentoras de patentes, aliada à produção por empresas nacionais de genéricos necessários ao tratamento, permitiu ao Estado cumprir, até aqui, a lei que assegura tratamento gratuito a todos os pacientes de AIDS. No momento, há sérias preocupações quanto ao futuro do programa. Novas drogas patenteadas estão sendo colocadas no mercado, a preços elevados. A produção de genéricos, até aqui dependente de produção na Índia e na Tailândia, fica comprometida para as novas drogas a partir da lei Indiana de 2005 que, com vistas a adequar-se ao acordo Trips, passa a admitir o patenteamento de produtos e processos farmacêuticos. Até 2005, a lei indiana não permitia o patenteamento nas áreas alimentar e farmacêutica, como era a do Brasil até 1996.

Observa-se uma forte tensão no acordo Trips, entre os IPRS e a demanda dos países em desenvolvimento por medicamentos baratos. Se não se encontrar uma solução que atenda à demanda dos países em desenvolvimento, é possível que Trips passe a ser questionado, com base exatamente naquele setor que mais trabalhou para a existência do acordo, o setor farmacêutico. Monopólios sobre medicamentos, ocasionando preços inaceitáveis para países pobres, podem vir a ser entendidos como um exagero nos direitos atribuídos aos titulares, criando um movimento de rejeição ao sistema de patentes.



3. A POSIÇÃO BRASILEIRA

O Brasil tem uma longa tradição de uso do sistema de patentes e de participação nos acordos internacionais referentes à Propriedade Intelectual. O alvará de 28-01-1809, de D. João VI, fez do Brasil o 4º país a emitir uma lei de propriedade industrial, após a Inglaterra (Estatuto dos Monopólios-1623), os Estados Unidos, em 1790 e a França (Lei de privilégio das Invenções-1791).

Também foi um dos 11 países a firmarem a Convenção de Paris, em 1883.

Na constituição de 1824, assim dispunha no art. 179, alínea 26: “*Os inventores terão a propriedade de suas descobertas ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização*”.

A lei de 28-08-1830 previa a concessão de patentes apenas a nacionais. Aos estrangeiros interessados em explorar localmente suas invenções se dava o nome de “introdutores” e a eles se oferecia subsídio – e não monopólio. Como não se votou a lei necessária à liberação dos valores de subsídio, os Ministros passaram a conceder patentes também a estrangeiros, “ad referendum” do poder legislativo. A mesma lei instituiu a figura da caducidade, para a ausência de exploração local após dois anos da concessão.

A Lei no. 3129 de 14 de outubro de 1882 ampliava o prazo para ocorrência da caducidade de dois para três anos e instituiu o princípio da prioridade (com sete meses), que viria a ser consagrado pela Convenção de Paris, no ano seguinte.

O governo brasileiro aprovou as seguidas revisões da Convenção de Paris, com exceção da revisão de Estocolmo (de 1967), a que só veio aderir em 1992. A revisão de Estocolmo criava a exigência de licença compulsória prévia como condicionante para o uso da caducidade, o que contrariava o entendimento brasileiro. Além disso, tornava a licença compulsória sempre não-exclusiva, o que lhe tirava a eficácia. Diante disso, o Brasil continuou ligado à Convenção pela revisão de Haia (de 1925), assim como Polônia e República Dominicana.

Em 1970, o governo aprovava a Lei nº 5.648, que transformava o DNPI em Instituto Nacional de Propriedade Industrial, com o objetivo de *executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica*. No ano seguinte, aprovava a Lei nº 5772/71, que instituiu o novo Código de Propriedade Industrial.

Em 1975, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual-OMPI, responsável pela administração da Convenção de Paris, dava início a uma nova revisão da



Convenção, que tinha por origem um documento preparado pela Organização das Nações Unidas, em 1964, por iniciativa do governo brasileiro, denominado “The role of patents in developing countries”. O objetivo dessa revisão era modificar o texto da Convenção de modo a dar tratamento diferenciado aos países em desenvolvimento. Como princípio do trabalho, o comitê estabeleceu seus principais objetivos: a) conseguir um equilíbrio razoável entre o direito dos titulares de patentes e o desenvolvimento; b) promover o uso efetivo das patentes; c) melhorar a criação e a transferência de tecnologia para os países em desenvolvimento; d) controlar os abusos do sistema.

As negociações se prolongaram até 1979, quando se chegou a um acordo entre as partes, que deveria ser confirmado na reunião Ministerial de Nairobi, em 1981. Para surpresa geral, o texto duramente negociado e aprovado após cinco anos foi inteiramente rejeitado pela delegação norte-americana, em Nairobi. Começava a executar-se a decisão dos Estados Unidos de retirar o tema Propriedade Industrial da OMPI e levá-lo para o âmbito do GATT, onde os países desenvolvidos têm maior poder de persuasão, por ligá-lo aos temas de comércio.

Essas observações de ordem histórica têm por finalidade mostrar que o Brasil sempre esteve ligado à discussão sobre Propriedade Intelectual, no nível internacional. Demonstrem, também, que desde sempre entendeu o sistema de patentes como um contrato entre o Estado e o inventor, pelo qual o inventor recebe um monopólio exclusivo temporário em troca do desvendamento integral e detalhado da invenção, e de sua exploração local. Jamais o Brasil concordou em conceder direitos exclusivos apenas em estímulo à criação e multiplicação das invenções.

Para o governo brasileiro, o sistema de patentes deve ser um instrumento de política industrial, e como tal, aos direitos concedidos aos titulares correspondem deveres claros a serem cumpridos.

3.1 Exploração local como direito do Estado

A adesão tardia ao texto da revisão de Estocolmo da Convenção de Paris, decretada em 1992, deve ser vista como um acidente de percurso, resultado de pressões recebidas pelo governo no início dos anos noventa. Tais pressões eram crescentes, na época, e levaram o Brasil a desligar-se dos seus aliados tradicionais, Índia entre eles, na luta pela rejeição de Trips como foi apresentado. Aprovado Trips no contexto do estabelecimento da Organização Mundial do Comércio – OMC, o projeto de lei enviado ao Congresso e lá aprovado tem sido criticado por conter aspectos ainda mais concessivos que o próprio Trips.

Entretanto, mesmo nesse projeto considerado concessivo, o Brasil manteve sua posição de que a exploração local das patentes pode ser exigida pelos Estados que concedem o privilégio das patentes. Assim é que o art. 68, parágrafo 1º, da Lei nº 9279/96, que prevê a aplicação de licenças compulsórias, estipula: “*Ensejam, igualmente*



licença compulsória: I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou II – a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado”.

Este dispositivo legal foi questionado pelos Estados Unidos junto à OMC, sob o argumento de que tal disposição contrariava Trips no disposto no art. 27.1, de seguinte teor: “... *as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente*”.

A polêmica foi superada por entendimento entre as duas partes, antes que o *panel* instalado fosse julgado na OMC. Os Estados Unidos retiraram a queixa, em 25-06-01, enquanto o Brasil se comprometeu a alertar o governo americano sempre que desejar aplicar essa disposição legal contra empresas norte-americanas.

Os argumentos de que dispunha o Brasil eram fortes. Além da evidência de que a redação do art. 27.1 de Trips não é clara, foi destacado o teor do art. 2.1 do mesmo acordo, que remete o tema para o texto da Convenção de Paris: “*Com relação às Partes II, III e IV deste acordo, os Membros cumprirão o disposto nos artigos 1 a 12 e 19, da Convenção de Paris (1967)*”.

Examinado o texto mencionado, lê-se no art. 5.(2): “*Cada país da União terá a faculdade de adotar medidas legislativas prevendo a concessão de licenças obrigatórias para prevenir os abusos que poderiam resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente como, por exemplo, a falta de exploração*”.

Observa-se que o dispositivo de lei brasileira criticado pelos Estados Unidos atende exatamente ao previsto no texto convencional e corresponde quase literalmente a ele.

3.2. Evitar *Trips plus*, atuar na OMC visando a modificar Trips

No período que se seguiu à criação da OMC e à aprovação de Trips, tem-se notícia de que vários acordos comerciais bilaterais ou regionais incluíram cláusulas relacionadas com Propriedade Intelectual, em todos os casos ampliando os direitos assegurados em Trips aos titulares de patentes. O acordo Nafta, entre EUA, Canadá e México, o acordo firmado entre Estados Unidos e países do Caribe, e Estados Unidos com Jordânia, são exemplos.

No caso brasileiro, o país vem tratando de Propriedade Intelectual em cinco foros distintos: na OMC, no Mercosul, com a União Européia, com os Estados



Unidos, e na OMPI. Na OMC, em encontros sobre pontos específicos de Trips, já previstos quando da aprovação do acordo. No Mercosul, em discussão que tem por objetivo a harmonização possível entre as várias legislações dos Membros que tratam do assunto. Com a União Européia, numa tentativa de formar um mercado comum com o Mercosul. Com os Estados Unidos, na iniciativa que visa a formar um mercado comum contendo todos os países das Américas, com a exclusão de Cuba, numa primeira fase. E na OMPI, onde vários projetos relacionados à Propriedade Intelectual acham-se em andamento.

O correto seria concentrar os esforços de negociação na OMC (e subsidiariamente na OMPI), visando a corrigir os excessos de Trips, e evitar tratar o tema em outras negociações. Discutir o mesmo tema em vários foros tende a enfraquecer a posição brasileira e a provocar concessões que se refletirão futuramente nas negociações da OMC.

No **Mercosul**, foi criada uma comissão de Propriedade Intelectual no grupo SGT-7, relacionado à Indústria. Um primeiro protocolo de harmonização, voltado para Marcas, Indicações de Procedência e denominações de Origem chegou a ser firmado, mas foi rejeitado pelo Congresso Brasileiro. Há, em lenta tramitação, um protocolo de patentes; um protocolo de solução de controvérsias firmado e já colocado em vigor no Brasil; e um protocolo de harmonização de normas em matéria de Desenhos Industriais que se acha bastante avançado. O texto deste último reduz exigências burocráticas na tramitação entre os países, acha-se dentro dos limites de Trips, e inclui, como novidade, a aplicação da teoria da exaustão de direitos para os desenhos industriais, no âmbito do Mercosul.

Neste foro, não há risco de se caminhar para situação de *Trips Plus*. Após o período dedicado à harmonização de normas, espera-se que o Mercosul venha a buscar entre seus membros convergência e consenso sobre alguns pontos que sirvam para negociação nos demais foros. É importante que os países do grupo insiram em suas leis nacionais tais pontos, para que tenham legitimidade de reclamá-los em outros foros.

Temas como o direito de considerar a exploração local das patentes um dever do titular, de considerar as cláusulas comerciais restritivas como um abuso dos titulares, assim como o reconhecimento da exaustão de direitos com importações paralelas deveriam ser objeto de inclusão em todas as leis nacionais do grupo, numa futura fase de negociações.

Com a **União Européia**, o tema Propriedade Intelectual foi incluído por iniciativa da delegação Européia. A última reunião entre as duas delegações se deu em março de 2004, em Buenos Aires. Foi o 12º Encontro do Comitê Bi-Regional de Negociações. No relatório de conclusões, na parte referente a IPRs, cada delegação expôs suas prioridades.

As prioridades da União Européia são:

1. Manutenção de um alto nível de proteção para Propriedade Intelectual, indicando a necessidade de serem firmados e aplicados os novos tratados da



OMPI (Tratado sobre Direito de Autor - WCT e Tratado sobre Interpretações, Execuções e Fonogramas - WPPT), além de proteção às obtenções vegetais por meio da UPOV

2. Implementação, nas legislações nacionais, das medidas de Observância (Enforcement) previstas em Trips
3. Cooperação
4. Indicações Geográficas. O tema é considerado preferencial.

Já o Mercosul apresentou as seguintes prioridades:

1. Relações entre Trips e a Convenção da Biodiversidade
2. Relações entre Trips e Saúde Pública
3. Relações entre IPRs e regras para prática de concorrência desleal
4. Transferência de tecnologia: aperfeiçoar o capítulo de Cooperação e indicar lista de medidas que contribuam para a transferência de tecnologia e inovação.

Como se vê, há dois pontos principais por parte da União Européia: a pressão para que o Mercosul venha a firmar e aplicar os novos tratados da OMPI (WCT e WPPT) e proposta de acordo sobre vinhos (ampliação dos direitos ligados a apelações de origem e indicações geográficas).

Da parte do Mercosul, nota-se o interesse em buscar um equilíbrio adequado entre direitos e obrigações dos titulares, assim como melhorar a capacitação tecnológica dos países receptores. Observa-se uma clara preocupação, por parte do Mercosul, com o fato de que concessões em tratados bilaterais ou regionais na área de Propriedade Intelectual criam um conjunto de precedentes na linha *trips plus* que acabará por confluir para a OMC, onde o país se verá forçado a fazer mais concessões, além daquelas já existentes no acordo.

Embora o governo brasileiro prefira que discussões sobre os IPRs se realizem no âmbito da OMC, as negociações com a União Européia continuam. Seu ritmo vem sendo lento, porque estas negociações esbarram na discussão maior entre as partes sobre subsídios à produção agrícola nos países europeus.

As negociações da **ALCA** (Área de Livre Comércio das Américas) vêm sendo tratadas com certo atraso, posto que deveriam estar finalizadas em 2005. O capítulo de Propriedade Intelectual, introduzido por iniciativa da delegação norte-americana, apresenta uma novidade: em vez de reivindicar mudanças substantivas nos direitos a serem concedidos aos titulares, de forma a cunhar um acordo *Trips plus*, a proposta americana se volta prioritariamente para assegurar que o Mercosul aplique em suas legislação nacionais as chamadas cláusulas de observância contidas no acordo Trips (art. 41 a 61).

Observa-se, na documentação existente sobre o atual estágio das negociações (FTAA.ngip/w/80/Ver.2, parte III), que o foco central da proposta norte-



americana se dirige aos temas de Observância (*Enforcement*), que parecem exceder, em muito, a área de negociação substantiva de propriedade industrial. A imposição de preceitos legais a serem incluídos na legislação interna de cada país apresenta problemas de gravidade. Nesse campo, cada concessão constitui a criação de novos argumentos para novas concessões. Temas como tratamento de indenizações e perdas e danos (art. 2.3, 4.4), limitações na liberdade de definir determinados prazos legais (art. 3.2), atuação das autoridades judiciais em caso de apreensão de bens (art. 4.3, 4.4), limitação de fatores para justificar dificuldades de observância pelos Estados (art. 1.9) não devem ser moeda de troca em negociações internacionais, pois contêm risco de inconstitucionalidade e podem restringir a ação do judiciário nacional.

Desde 2003, a delegação brasileira encarregada das negociações sobre a criação da ALCA manifestou à delegação americana que o Mercosul não pretendia manter as negociações relacionadas a Propriedade Intelectual, no mesmo nível das discussões sobre Acesso a Mercados, que são o núcleo da ALCA. Para o que se considera acessório, prevêm-se acordos bilaterais, se necessário. A concentração das negociações em Acesso a Mercados seria o caminho possível para que as negociações voltassem a um ritmo desejável. Depois de algum tempo, parece que os norte-americanos concordaram com essa forma de negociação, como confirmado pelo chanceler brasileiro em declaração ao Jornal do Brasil de 29-04-05, p. B 7: *“Para Amorim, a base inarredável da negociação é a que foi selada em Miami em 2003, que pode ser resumida assim: normas gerais sucintas e abertura para amplas negociações de acordo com os interesses de cada país ou de cada bloco. O lado americano também está totalmente comprometido com os parâmetros de Miami, disse Roberto Abdenur, Embaixador brasileiro em Washington”*.

A menos que haja mudanças fundamentais no encaminhamento das negociações, não há previsão de aprofundamento, na ALCA, do tema de Propriedade Intelectual.

A Organização Mundial do Comércio – OMC é o foro principal de discussão sobre Propriedade Intelectual e para lá deve voltar-se o esforço negocial brasileiro, depois dessa sábia decisão de evitar manter discussões sobre Propriedade Intelectual em foros bilaterais ou regionais.

O acordo de Trips, em vigor desde 1994, prevê revisão de determinados de seus dispositivos. Além do disposto no art. 27.3.b, referente à proteção para plantas e animais, que deverá ser objeto de revisão quatro anos após a entrada em vigor do acordo da OMC, a organização já foi requerida a manifestar-se sobre a forma de assegurar aos países mais pobres, com insuficiente ou nenhuma capacidade de fabricação no setor de farmacêutico, solução que lhes permita reduzir os preços de medicamentos para as graves doenças que afligem aqueles países (Declaração de Doha). Não há, no momento, uma revisão geral prevista, o que talvez espere o fim do período concedido a países em desenvolvimento para colocar em aplicação todo o teor de Trips, previsto para 2005 (art. 66.1. de Trips).



São temas de interesse brasileiro a serem propostos oportunamente, para discussão no âmbito de Trips:

1) Exploração Local: Uma definição clara de que os Países-Membros podem considerar, em suas legislações, que a produção local dos processos e produtos patenteados é um dever dos titulares de patentes. Seu não cumprimento deve ser considerado como um abuso do titular, como já é previsto nas disposições que tratam da licença compulsória.

2) Definir que a revogação por meio da Caducidade possa ser declarada pela Administração sem necessidade de haver sido concedida, previamente, uma licença compulsória. Esta proposta consiste em voltar a caducidade à situação prevista na Convenção de Paris, texto de Haia, a que o Brasil foi ligado até 1992. A caducidade é um instrumento mais forte que a licença compulsória como meio de pressionar os titulares a realizarem produção local, por seu caráter automático, que dispensa negociações prévias. Ademais, considerando a dificuldade de se obter interessados competentes para a concessão de licenças compulsórias nos países em desenvolvimento, resta praticamente apenas a caducidade como instrumento de governo no sentido de estimular a produção local.

3) Desenvolvimento tecnológico dos países em desenvolvimento.

Os objetivos reconhecidos de Trips incluem menção consagradora à transferência e difusão de tecnologia, colocando-a no mesmo patamar de importância da promoção da inovação tecnológica, como se vê do artigo 7.

Ultrapassada a parte dos Princípios e Objetivos, entretanto, o texto é completamente silente no que se refere a disposições concretas visando a estimular a transferência de tecnologia e o aumento da produtividade das empresas licenciadas como meio de ampliar o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Sugerem-se três disposições que poderiam ter efeito benéfico: 1) os Estados-Membros poderiam oferecer incentivos fiscais aos titulares de patentes que as explorassem nos países em desenvolvimento por meio de licenças para nacionais; 2) Os Estados-Membros ofereceriam estímulos financeiros para que os técnicos dos licenciados de países em desenvolvimento viessem ao país de origem fazer estágios práticos; 3) Devem ser estabelecidos compromissos para que os benefícios de pesquisa financiada com verbas públicas estejam disponíveis para todos, inclusive para os países em desenvolvimento. As sugestões 1 e 3 constam do documento “Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy” pág. 26, elaborado pela Comissão on Intellectual Property Rights do Reino Unido.

3.3 A iniciativa brasileiro-argentina na OMPI

Embora o foro mais importante de discussão sobre IPRs seja a OMC, a principal iniciativa em que está envolvido o Brasil ocorre neste momento na Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI. Esta organização, substancialmente esvaziada com o advento da criação da OMC, buscou aprofundar-se em programas paralelos de grande relevância. Entre eles, vem coordenando discussões no âmbito do Comitê



Permanente do Direito de Patentes (Standing Comittee on the Law of Patents - SCP), para estabelecer o texto de um Tratado sobre o Direito Substantivo de Patentes (Substantive Patent Law Treaty – SPLT), merecedor de cuidados.

O texto em discussão eleva consideravelmente os padrões de proteção das patentes e cria obrigações que dificilmente poderiam ser cumpridas por países em desenvolvimento. Mais do que isso, a iniciativa tem em mente apenas os direitos dos titulares de patentes, buscando defini-los, ampliá-los e assegurar-lhes aplicação, sem, em nenhum momento, se aprofundar nas necessidades dos países onde se aplicarão tais patentes, particularmente os países em desenvolvimento.

Parece que se repete o ocorrido com Trips. Embora ao enunciar seus objetivos Trips haja colocado em pé de igualdade o estímulo à promoção da inovação tecnológica e a transferência e difusão de tecnologia (art. 7), todo o seu texto de normas é voltado para o estímulo e recompensa dos produtores, e nada demonstra interesse na transferência tecnológica e no equilíbrio entre direitos e obrigações.

Preocupados com tal situação, em que o interesse dos países em desenvolvimento só é tratado nas disposições iniciais que enunciam desejos e boas intenções, sem o equivalente nas disposições a serem cumpridas, Brasil e Argentina formularam uma proposta de grande substância a ser submetida à Assembléia Geral da OMPI, com vistas ao estabelecimento de uma agenda de desenvolvimento para a OMPI.

O documento, apresentado em 26 de agosto de 2004, recebeu a identificação de WO/GA/31/11.

O documento começa por destacar a necessidade de desenvolvimento dos países menos avançados como um dos principais desafios a serem enfrentados pela comunidade internacional. Várias declarações firmadas em encontros internacionais confirmam este entendimento.

Reconhece a importância da inovação tecnológica, a ciência e a atividade criativa como fontes de bem estar e progresso material. Entretanto, as estatísticas demonstram que um crescente “gap” de conhecimento continua a separar as nações ricas das pobres. A Propriedade Intelectual deveria atuar como instrumento de promoção da inovação tecnológica, mas também de transferência e disseminação de tecnologia. Na prática, entretanto, sua aplicação tem sido desequilibrada, dando-se pouco relevo à necessidade de transferir e disseminar tecnologia. Estudos demonstram que, em muitos casos, o custo incorrido por certos países com o sistema de patentes é maior que o benefício dele auferido.

Para corrigir este desequilíbrio, a proposta requer que a OMPI inclua, entre suas atribuições e objetivos, a busca do desenvolvimento dos países membros. Na prática, que incorpore a preocupação com o desenvolvimento em todas as suas atividades, em vez de limitar-se a promover a proteção da propriedade intelectual.



Entre outras medidas, pretende-se emendar a convenção de criação da OMPI, para garantir que a dimensão do desenvolvimento fique inequivocamente incluída como um elemento essencial do programa de trabalho da Organização.

Como medidas práticas, a proposta pede que o projeto de Tratado Substantivo de Lei de Patentes (SPLT), em discussão no âmbito do Comitê Permanente do Direito de Patentes (SCP), que deve resultar em aumento significativo dos padrões de proteção às patentes, leve em conta as sugestões oferecidas pelos países em desenvolvimento, como meio de reduzir os custos que teriam em sua implementação. A inclusão da dimensão do desenvolvimento no Comitê Permanente deveria procurar preservar as flexibilidades ligadas ao interesse público, aproveitando o disposto nos art. 7 e 8 do acordo Trips.

Pede, também, que a transferência de tecnologia, considerada um objetivo importante no acordo Trips, seja objeto de trabalho da OMPI. Espera a identificação de medidas que assegurem efetiva transferência de tecnologia aos países em desenvolvimento, utilizando, por exemplo, os resultados de pesquisas financiadas por fundos públicos nos países desenvolvidos.

Por último, pede que a preocupação com o desenvolvimento dos países membros seja destacada nos estudos em que se busca impor medidas de observância (enforcement) aos países membros, em respeito aos seus sistemas legais. E que a cooperação técnica e assistência oferecidas pela OMPI aos países em desenvolvimento no campo da Propriedade Intelectual atendam aos objetivos maiores da ONU, que incluem o desenvolvimento integral dos países membros.

A proposta apresentada por Brasil e Argentina, com o apoio de vários outros países autodenominados “Amigos do Desenvolvimento”, tem substância para ser levada em séria consideração e ter conseqüências nos programas em andamento e mesmo no escopo de trabalho da OMPI, pois propõe mudanças no próprio objetivo da organização.

O Brasil tem autoridade para fazer essa proposta, pelo seu passado de participação e contribuição nos foros de proteção à Propriedade Intelectual: o país esteve entre os 11 signatários originais da Convenção de Paris, nela permanecendo ininterruptamente desde então. Partiu de sua iniciativa, no âmbito da ONU, o estudo denominado “The role of patents in developing countries”, que deu origem aos trabalhos de revisão da Convenção, iniciados em 1975, e que tinham por objetivo adequar e flexibilizar os termos da Convenção às condições dos países em desenvolvimento. Por último, aderiu ao acordo Trips da OMC ainda em 1994, aplicando-o imediatamente à lei nacional, dispensando o prazo de 10 anos que teria para adequar-se, por ser país em desenvolvimento e por incluir novos setores nas regras de patenteamento (art. 65, alíneas 2 e 4 de Trips).



CÍCERO GONTIJO:

AS TRANSFORMAÇÕES DO SISTEMA DE PATENTES, DA CONVENÇÃO DE PARIS AO ACORDO TRIPS.

A POSIÇÃO BRASILEIRA

FDCL -Forschungs- und Dokumentationszentrum Chile - Lateinamerika e.V., Berlin
www.fdcl.org

Este histórico de participação concede à posição brasileira nos foros internacionais a autoridade necessária para apresentar iniciativas renovadoras como esta, nas discussões referentes à propriedade intelectual.



4. CONCLUSÕES

Nesses últimos 150 anos, a Propriedade Intelectual sofreu mudanças constantes e profundas, sempre na direção de confirmar e ampliar os direitos dos titulares, reduzindo-se quase ao desaparecimento a preocupação com os seus deveres. Em nenhum momento histórico buscou-se, com sucesso, um balanceamento rumo ao equilíbrio, que levasse em conta os interesses diretos dos países em desenvolvimento, e dos seus consumidores. (A tentativa de mudar a Convenção de Paris para reservar um tratamento diferenciado aos países em desenvolvimento fracassou, depois de cinco anos de negociação, na conferência de Nairobi, em 1982).

De um período em que a exploração local das invenções era exigida como condição básica para a concessão da patente ou sua manutenção (aproveitado pela Inglaterra, Suíça, França, Estados Unidos e outros), chegamos a um momento histórico em que tal exigência é acusada de ilegal, como ocorreu quando os Estados Unidos reclamaram junto à OMC contra a inclusão, pelo Brasil, de tal entendimento em sua lei de patentes.

De um período em que a caducidade era instrumento normal e eficiente para assegurar a exploração local, passamos a uma fase em que a licença compulsória expulsou de cena a caducidade, tornando-a letra morta, em benefício dos titulares de patentes.

De um período em que a licença compulsória era apresentada como imposição capaz de impedir os abusos dos titulares, passamos a uma licença compulsória inaplicável em razão de mudanças em sua natureza, que a tornaram não-exclusiva e obrigatoriamente remunerada.

De um período em que cada país tinha o direito de legislar sobre propriedade intelectual como um instrumento de política econômica, definindo os setores a que atribuir direitos de monopólio, sua duração e suas condições, passamos para um acordo internacional em que todos os setores econômicos devem ser protegidos por patentes, com direitos padronizados em nível elevado, sem restrições aos titulares.

Pior que isso, as transformações ocorridas vieram em prejuízo maior aos países em desenvolvimento. A padronização obrigatória em níveis elevados não levou em consideração que a renda desses países é menor. Que em vários deles as invenções novas não dispõem de similares, o que enrijece o efeito do monopólio. Que suas indústrias e centros de pesquisa são limitados em relação aos países desenvolvidos, o que aumenta a cada dia a distância entre eles. E que, sem o direito de exigência de exploração local, o sistema de patentes atua sobre eles como uma pura e simples reserva de mercado.

Acresça-se o fato de que algumas dessas invenções se acham no campo dos medicamentos e alimentos, que têm impacto diretamente sobre a vida e a dignidade das pessoas.



A leitura do acordo Trips apresenta objetivos que, se seguidos, teriam limitado o efeito perverso que o sistema de patentes tem sobre os países em desenvolvimento. Anuncia como objetivo maior, no seu art. 7, ao lado da inovação tecnológica, a transferência e difusão de tecnologia, de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações. Mas tal objetivo desaparece nos dispositivos seguintes, nas normas que compõem o tratado.

Está claro que sem a possibilidade de exigência de exploração local, o sistema de patentes não interessa aos países em desenvolvimento. Está claro que, sem flexibilidade, o sistema atua em prejuízo dos países em desenvolvimento. Conceder monopólio por vinte anos sem qualquer contraprestação, apenas para atender o princípio de recompensar os inventores e estimular a promoção da atividade inventiva não é razoável. Conceder reserva de mercado para produtos que só vêm para o país por meio de importações, sem nenhum benefício específico, atenta contra a razoabilidade.

Por isso é que a atuação do Brasil nas negociações sobre propriedade intelectual tem obtido tamanha repercussão e recebido tantos apoios. Requerer a inclusão da dimensão do desenvolvimento nos acordos que regem a propriedade intelectual, em sua aplicação prática, é ajudar a manter o sistema internacional de propriedade intelectual. Exigir que haja um esforço sobre o objetivo de propiciar a transferência e difusão da tecnologia é uma contribuição para que Trips possa ser aceito, com menores custos aos países em desenvolvimento. Entender que a exploração local possa ser exigida pelo país concedente de uma patente não deve ser considerado uma aberração. Ensinava a todos nós em meados do século passado o renomado mestre Paul Roubier (*Le droit de la Propriété Industrielle* - 1952) que “*Si l’État accepte de donner à l’inventeur um monopole d’exploitation, c’est à la condition qu’il y ait effectivement une exploitation*”.

Os próximos anos demonstrarão se um tratado tão desigual quanto Trips, num setor tão sensível quanto o das inovações tecnológicas e tão importante para os países em desenvolvimento, pode ter longa duração. A experiência bem sucedida da Convenção de Paris, com sua flexibilidade e respeito às legislações de cada país membro, leva a crer que Trips deverá se flexibilizar, pelo menos em relação aos países em desenvolvimento, para permitir que todos possam se beneficiar da criação das novas invenções.

Brasília, maio de 2005
Cícero Gontijo



O Centro de Pesquisa e Documentação Chile e América Latina e.V. (FDCL) se converteu, desde sua fundação em 1974, no maior arquivo não governamental e independente sobre América Latina na área de língua alemã. Além disso o centro é um ponto de referência para pessoas e grupos que querem se informar sobre América Latina ou se engajar em certos temas.

O FDCL é uma entidade sem fins lucrativos, reconhecida como de utilidade pública, que quer contribuir com suas atividades à um melhor entendimento entre os povos. Se entende como parte do movimento alemão de solidariedade e serve como centro de comunicação e informação, não só em Berlim, mas também na RFA. Diferentes grupos de solidariedade, comités internacionais, grupos de imigrantes, projetos de meios de comunicação com referência a América Latina e iniciativas voltadas à política do desenvolvimento trabalham no conjunto do FDCL.

O arquivo do FDCL possui um grande acervo de livros, revistas e periódicos: Aqui se documentam os desenvolvimentos sociais, económicos e políticos na América Latina como também as relações entre os países do "Norte" e os países latinoamericanos.

O FDCL tem uma orientação internacionalista e pretende participar na política alemã – por exemplo com temas como direitos humanos, política de desenvolvimento ou meio ambiente e desenvolvimento sustentável. O FDCL concentra suas atividades no âmbito da política do desenvolvimento nos trabalhos de educação e de opinião pública na RFA. Para isto a fundação organiza eventos políticos e debates, culturais e ações públicas, publica livros, readers e outros materiais informativos. Desde 1974 o FDCL presta uma contribuição crítica e constante à documentação dos procesos sociais na América Latina.

O trabalho do FDCL está baseado, em grande parte, na iniciativa de trabalho voluntário. Financeiramente a existência da entidade também depende de doações e da quota dos seus sócios e promotores.

Apoio e cooperação serão bem-vindos!

FDCL, no Mehringhof
Gneisenastr.2a
10961 Berlin – Alemanha
Tel: 0049 – (0)30 – 693 40 29
Fax: 0049 – (0)30 – 692 65 90
Email: fdcl-berlin@t-online.de
Internet: www.fdcl.org

Este documento foi publicado no contexto do projeto de cooperação entre a Fundação Heinrich Böll, Berlim e Rio de Janeiro, e o Centro de Pesquisa e Documentação Chile – América Latina, FDCL, Berlim.

Mais informações: www.handel-entwicklung-menschenrechte.org

Este documento foi publicado com o apoio financeiro da Comunidade Européia. As idéias e opiniões nele defendidas representam o ponto de vista do autor e de maneira alguma a posição oficial da Comunidade Européia.