

LUIZ DJARA SOARES LEAL

A EFICÁCIA MATERIAL DA LEI DE PATENTES: UMA DISCUSSÃO SOBRE
PROPRIEDADE INTELECTUAL E INOVAÇÃO

Monografia apresentada à disciplina Trabalho de Conclusão de Curso, como requisito parcial à conclusão do Curso de Ciências Econômicas, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Paulo Fuck

CURITIBA
2012

TERMO DE APROVAÇÃO**LUIZ DJARA SOARES LEAL****A EFICÁCIA MATERIAL DA LEI DE PATENTES: UMA DISCUSSÃO SOBRE
PROPRIEDADE INTELECTUAL E INOVAÇÃO**

Monografia apresentada à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso como requisito parcial para obtenção de grau no Curso de Ciências Econômicas, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

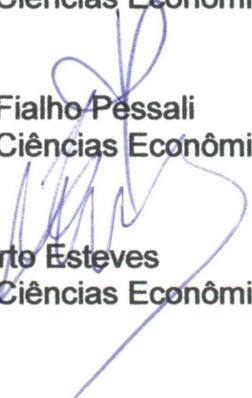
Orientador:



Prof. Dr. Marcos Paulo Fuck
Departamento de Ciências Econômicas, UFPR

Prof. Dr. Huáscar Fialho Pessali
Departamento de Ciências Econômicas, UFPR

Prof. Dr. Luiz Alberto Esteves
Departamento de Ciências Econômicas, UFPR



Curitiba, 15 de outubro de 2012

RESUMO

Uma patente é um contrato entre a Administração Pública e o autor de invenção ou modelo de utilidade que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Sendo assim, a Lei de Patentes (Lei Ordinária nº 9.279 de 15 de maio de 1996), como descrito em seu art. 42, confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos tanto o produto objeto de patente quanto o processo ou produto obtido diretamente por processo patentado.

Desta forma, este trabalho propõe uma verificação de conceitos relacionados à eficácia formal e à eficácia material do Direito, na Lei de Patentes, procurando apontar em quais os setores da economia os mesmos se fazem presentes. Procura-se explicar, inclusive, quais são as alternativas, dentro da propriedade intelectual, para os setores nos quais a Lei de Patentes não possui eficácia material. Discute-se também o papel da proteção à propriedade intelectual para direcionar políticas de desenvolvimento econômico.

Palavras chave: Propriedade Intelectual. Lei de Patentes. Eficácia

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	6
2 - LEI DE PATENTES: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA.....	8
3 - A PATENTE À LUZ DO PENSAMENTO ECONÔMICO	20
3.1 - A TEORIA NEOSCHUMPETERIANA	20
3.2 A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL	23
3.3 – O POSITIVISMO KELSENIANO NA LEI DE PATENTES	25
4 - A EFICÁCIA DA LEI DE PATENTES	31
4.1 EFICÁCIA NO TEMPO	31
4.2 - EFICÁCIA NO ESPAÇO.....	32
4.3 - EFICÁCIA FORMAL E EFICÁCIA MATERIAL	33
4.4 – A EFICÁCIA DA LEI DE PATENTES COMO INSTRUMENTO DE APROPRIAÇÃO ECONÔMICA	34
5 – PROPRIEDADE INTELECTUAL	37
5.1 - TIPOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL	37
5.2 - INOVAÇÃO E OS REGIMES DE APROPRIABILIDADE	38
6 – LEGISLAÇÃO EFICAZ E A ECONOMIA	49
7- CONCLUSÕES	56

1 – INTRODUÇÃO

O Código de Propriedade Industrial de 14.05.1996 é conhecido também como “Nova Lei de Patentes”, mesmo sem tratar exclusivamente de patentes. Este também reconhece avanços da propriedade industrial, bem como a simplificação de procedimentos administrativos e a tipificação dos crimes na mesma lei.

Uma patente é um contrato entre a Administração Pública e o autor de invenção ou modelo de utilidade que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Sendo assim, a Lei de Patentes (Lei Ordinária nº 9.279 de 15 de maio de 1996), como descrito em seu art. 42, confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos tanto o produto objeto de patente quanto o processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

Este trabalho tem o objetivo de analisar a eficácia material da Lei de Patentes em estimular a inovação, apontando possíveis alternativas às patentes. Objetiva-se também analisar os determinantes de quem se beneficia com a inovação, analisando o papel da Propriedade Intelectual na orientação de políticas de desenvolvimento econômico.

Utiliza-se o conceito de inovação da teoria neoschumpeteriana. Esta é conhecida por estabelecer analogias entre o capitalismo e a biologia. Sendo assim, por sua “abordagem evolucionista”, a inovação é entendida como essencial à “sobrevivência” das empresas em ambiente de concorrência. Este trabalho também abrange conceitos da Nova Economia Institucional, vez que esta também considera o processo evolucionista e a importância das instituições formais e informais. Por fim, relacionam-se os conceitos supracitados a um viés jurídico, através do positivismo kelseniano. Este tem por objeto, o estudo de normas postas, sendo estas, instituições formais de

notória importância na direção do comportamento econômico. Dentro deste viés jurídico, utilizam-se os conceitos de eficácia formal e eficácia material para analisar a Lei de Patentes e sua importância como instituição formal dentro da economia.

O capítulo 2 deste trabalho propõe uma análise da Lei de Patentes introduzida por uma abordagem histórica do trato da propriedade intelectual no Brasil. O capítulo 3 apresenta os fundamentos teóricos necessários para a discussão a que o trabalho se propõe. O capítulo 4, por sua vez, utiliza conceitos da corrente positivista para alicerçar a discussão a respeito da eficácia das leis. O capítulo seguinte descreve os elementos principais relativos à proteção da propriedade intelectual e apresenta o papel das patentes como mecanismo que favorece a obtenção de retorno financeiro ao inovador. Por fim, no capítulo 6 se discute a relação de uma legislação eficaz e seu papel na economia.

2 - LEI DE PATENTES: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

A propriedade industrial trata do acesso à informação, patentes, marcas, desenhos industriais, indicações geográficas, programas de computador, topografia de circuitos, informação tecnológica e contratos de tecnologia. Esta é, portanto, um capítulo da propriedade intelectual. Por sua vez, o Direito autoral completa a matéria da Propriedade Intelectual, sendo regulamentado pela lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, tratando de obras intelectuais. Estas são entendidas, como se descreve no Art. 7º da lei, como “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.

De acordo com o Código Civil de 2002, art. 1228, tem propriedade aquele que tem uso, gozo, disposição e fruição (possibilidade de apoderar-se dos frutos que algum bem pode gerar). Diferente daquele que possui somente a posse, sendo essa, o exercício, com autonomia total ou parcial, de alguns dos poderes inerentes à propriedade. A propriedade industrial, portanto, está relacionada à proteção do trabalho empregado e sua aferição econômica, no tangente ao uso, gozo, disposição e fruição de bens industriais.

Na verdade, a relação entre posse e propriedade há muito vem sendo debatida. Para Rudolph Von Jhering (2002, p. 12), jurista alemão que em 1868 publicou a “Teoria simplificada da posse”: “a posse é o poder de fato, a propriedade é o poder de direito, sobre a coisa. Ambas podem encontrar-se reunidas no proprietário, como também separadas”.

Sendo assim, cabe ao proprietário de um bem, transferir a posse direta do mesmo a um locatário, por exemplo, restando ao proprietário a posse indireta. No caso dos bens imateriais, a relação entre posse e propriedade pode se mostrar mais “complicada” do que o descrito na teoria “simplificada”.

Para Gabriel di Blasi, Mario Soerensen Garcia e Paulo Parnte M. Mendes (2002, p.16), autores brasileiros contemporâneos: “A propriedade

intelectual pode ser conceituada como o direito de uma pessoa sobre um bem imaterial.” Cabe, no entanto, ressaltar que, como descrito no §2º do artigo 6º, Capítulo I DA TITULARIDADE, Título I DAS PATENTES, da Lei 9.279 de 1996:

A patente poderá ser requerida em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade.

Sendo assim, não há a necessidade de que o autor seja uma pessoa física, podendo ser também, por exemplo, uma Universidade ou um Instituto de Pesquisa, enfim, qualquer instituição de qualquer natureza jurídica, desde que descrita em contrato. Essa visão, fortemente baseada no arcabouço legal referente ao tema, pode ser complementada com um enfoque teórico que privilegie o estudo do processo de inovação tecnológica, o qual envolve uma grande diversidade de atores sociais, muitos deles em processo de competição e cooperação.

A autora Silvia Possas (2006, p.33) faz referência a Schumpeter (1942, cap.8), esclarecendo que “a **apropriabilidade** de uma inovação diz respeito ao fato de que, em geral, a introdução de avanços deve traduzir-se na apropriação de ganhos extraordinários, cuja ocorrência é absolutamente fundamental para que ocorra a inovação”. Esta apropriação é objeto da propriedade intelectual, que abrange aspectos relativos à proteção da propriedade industrial, que se dá através de: a) concessão de patentes; b) concessão de registros (marcas); c) repressão às falsas indicações de proveniência; e d) repressão à concorrência desleal.¹

No Brasil, o trato da propriedade industrial nos moldes atuais nasceu há 129 anos, com a sua adesão à Convenção da União de Paris de 1883. Esta

¹ BRASIL, Lei Ordinária nº 9.279 de 15 de maio de 1996

instituiu e regulou internacionalmente o sistema da propriedade industrial. Seu art.2º discorre:

Os cidadãos de cada um dos países contratantes gozarão em todos os demais países da União, no que se concerne à proteção da propriedade industrial, das vantagens que as respectivas leis concedem atualmente ou vierem posteriormente a conceder aos nacionais, tudo isso sem prejuízo dos direitos especialmente previstos pela presente Convenção. Em virtude desta disposição terão eles a mesma proteção que estes e o mesmo recurso legal contra qualquer prejuízo causado aos seus direitos, mediante o cumprimento das condições e formalidades impostas aos nacionais.

É possível perceber, portanto, surgimento do princípio do “tratamento nacional” e o referente ao tratamento “unionista”. Sendo assim, o inventor que depositar o pedido de patente em qualquer um dos países terá a sua propriedade protegida.

Isto posto, Pimentel e Barral notam que a criação de um regime jurídico de proteção da propriedade intelectual para servir de alavanca ao crescimento econômico nacional não é recente na história do Brasil, podendo ser citado o Alvará de 1809, do Príncipe Regente Dom João VI, prevendo a concessão de privilégios de exclusividade aos inventores e introdutores de novas máquinas e invenções, como benefício para a indústria e as artes. A partir de 1822 outras normas referentes à propriedade intelectual foram promulgadas, colocando o Brasil entre os primeiros países do mundo a regularem os direitos da mesma.

Os autores ainda reforçam assuntos referentes aos projetos de governo que visavam o fomento à industrialização, como o de Getúlio Vargas depois de 1930, o Plano de Metas de Juscelino Kubitschek e aqueles mais diretamente relacionados ao “milagre econômico” dos governos militares.

No entanto, ainda segundo os autores (2006, p.13) tais ciclos econômicos só foram acompanhados de evolução paralela da proteção jurídica à propriedade intelectual durante o governo do general Médici, e do presidente Fernando Henrique Cardoso. Os autores devem fazer referência ao fato de que a criação do INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) se deu com a lei 5.648 de 1970 e o antigo Código de Propriedade Industrial é a lei 5.772 de 1971, correspondendo ao período em que o general Emilio Garrastazu Médici estava no poder. Por sua vez, o Novo Código de Propriedade Industrial, lei 9.279 de 1996, entrou em vigor durante o governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso.

Para os autores, é possível perceber, na história, a presença de pressões para a alteração do código de 1971, especialmente por parte das empresas de farmácia e produtos farmacêuticos, insatisfeitas com o fato de que desde 1945 não havia proteção de produtos farmacêuticos no Brasil. No País, foram excluídos por lei os produtos farmacêuticos da proteção de patentes, e em 1969 os processos farmacêuticos também se tornaram não patenteáveis, divergindo das intenções da comunidade internacional. Em 1971, a lei 5.772 mantém a exclusão de produtos e processos farmacêuticos da proteção de patentes. Por sua vez, em 1987 há pressão externa sobre o Brasil em virtude da negligência legal em relação à proteção deste tipo de produtos. No ano seguinte, foram impostas sanções comerciais ao Brasil, pelos Estados Unidos da América, e com anúncio de minuta de projeto de lei da patentes para processos farmacêuticos e patentes de produtos enviadas ao Congresso, as sanções foram suspensas.

Sendo assim, houve um projeto para aprovar a nova lei (projeto de lei 824 de 1991), originado pela Mensagem Presidencial 192, de 1991, que continha o projeto de lei que “regula os direitos e obrigações sobre propriedade industrial”. Este projeto ficou na Câmara dos Deputados até 02.07.93, quando

foi aprovado em plenário. Ainda tramitando no Senado, as negociações para o acordo TRIPs foram finalizadas, na Rodada Uruguaí em 1994.

Com a política de abertura comercial do início da década de noventa, passou-se a discutir com maior ênfase aspectos relacionados à propriedade intelectual, tendo por base aspectos contidos na, mencionada anteriormente, Rodada do Uruguaí do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) que contou com a adesão de 120 países.

O Decreto legislativo 30, de 15.12.1994, foi publicado no Diário Oficial da União de 19.12.1994. Este considera vigente o Protocolo que incorpora os resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.

Quanto ao tratamento dos modelos de utilidade, explicita Rubens Bittencourt (1996, p. 124) que, no Brasil, o Dec. 16.264, de 19.12.1923, foi o primeiro a regulamentar a existência dos mesmos, tendo a legislação anterior sido negligente no tangente a esta matéria.

Rubens Bittencourt ainda assinala que o Brasil é signatário e ratificou os principais instrumentos jurídicos do Direito Internacional relativos à propriedade intelectual, entre os quais: a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (com o decreto nº 75.572 de 1975, decreto nº635 de 1992 e decreto nº1.263 de 1994); a Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas (decreto nº75.699 de 1975); o acordo sobre a Classificação Internacional de Patentes (dec. nº76.472 de 1975); o Tratado do Cooperação em Matéria de Patentes (dec. nº81.742 de 1978); a Convenção Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais (dec. nº3.109 de 1999); e o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), cujo resultado foi o estabelecimento da Organização Mundial do Comércio – OMC (dec. nº1.355 de 1994).

A Rodada Uruguaí do GATT levantou a questão dos direitos de propriedade intelectual como componente fundamental para acordos internacionais. Entre estes, o supracitado acordo TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights - Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*). Os principais aspectos resultantes da Rodada Uruguaí são: a) redução de tarifas; b) extensão aos serviços dos princípios de livre comércio; c) novas regras de comércio para a agricultura; d) limitações nas exportações com subsídios; e e) proteção internacional aos direitos de propriedade industrial referentes ao comércio.

De acordo com Mônica Steffen Guise (2006, p.35), o acordo TRIPs estabelece padrões *mínimos* que devem ser respeitados pelos membros da OMC tanto no âmbito interno (ao adequarem suas legislações nacionais) quanto no externo (ao elaborarem e assinarem acordos comerciais internacionais). A questão da orientação da política econômica internacional a respeito da propriedade intelectual é levantada pelos autores José Carlos Barbieri e Cláudia Inês Chamas (2008, p.8) em seu trabalho "O acordo sobre os direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPs) e as políticas públicas de saúde e de defesa da biodiversidade". Os autores ressaltam que as regras específicas sobre patentes estão estabelecidas pelos artigos 27 a 32 da II Parte do Acordo TRIPs. Barbieri e Chamas dão especial atenção à questão de que o acordo não considera patenteáveis as plantas e animais (com exceção de microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais, excetuando-se os processos não-biológicos e microbiológicos). Os autores ainda lembram que o TRIPs ressalta que "mesmo países que excluem a patente como forma de proteção para as variedades vegetais, deverão prever um sistema de proteção *sui generis* eficaz para elas"(BARBIERI;CHAMAS, 2008, p.9). A Lei 9.456 de 1997 criou, no Brasil, o Serviço Nacional de Proteção de Cultivares. Sendo assim, é possível

notar a influência do TRIPs na orientação da criação de leis nacionais referentes às matérias passíveis de patenteamento.

Pode-se lembrar, inclusive, que a ordem constitucional econômica brasileira é fundada na livre iniciativa e na observância de princípios como o da garantia da propriedade privada, a função social da propriedade, da livre concorrência e defesa do consumidor, com referências expressas.

Estatui o art. 5º da Constituição Federal de 1988, inciso XXIX, no Título II (Dos Direitos e Garantias Individuais), e Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário de sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Sendo assim, o Novo Código se incumbe de amparar esses direitos, previstos na Constituição, na forma exposta, adotando o *pipeline*, simplificando procedimentos administrativos, outorgando licença compulsória e tipificando crimes.

O *pipeline* é o reconhecimento de patentes expedidas no exterior, pelo prazo que faltar para que ela tenha fim no País de origem. Nota-se assim o intuito de impedir a cópia de produtos estrangeiros protegidos por patentes. Gustavo Faria Pereira adverte que “a patente *pipeline* é uma exceção ao princípio da novidade, um dos pilares de admissibilidade do registro de uma invenção ou modelo de utilidade”².

Os artigos 230 e 231 do Código de Propriedade Industrial tratam da matéria referente às patentes *pipeline*, explicitando que “poderá ser depositado pedido de patente relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos

² Gustavo Faria Pereira, Procurador da Fazenda Nacional em Novo Hamburgo, RS; ex-Analista Judiciário no Tribunal Superior Eleitoral e ex-Analista Processual na Procuradoria Geral da República. Disponível em <http://www.advogadospublicos.com.br/quiz/?id=445>

alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, por quem tenha proteção garantida em tratado ou convenção em vigor no Brasil”. Assim sendo, fica assegurada a data do primeiro depósito no exterior, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, “sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente”³.

Por sua vez, o artigo 231 estabelece que “poderá ser depositado pedido de patente relativo às matérias de que trata o artigo anterior, por nacional ou pessoa domiciliada no País, ficando assegurada a data de divulgação do invento”, fazendo ainda a seguinte ressalva: “desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido”⁴.

Sendo assim, através do sistema *pipeline*, fica assegurado ao titular da patente o prazo remanescente da proteção no país onde foi depositado o primeiro pedido, contado da data do depósito no Brasil e limitado ao prazo de vinte anos que a própria lei estabelece.

Já quanto à simplificação de procedimentos administrativos, nota-se uma melhora em relação à revogada lei 5.772/71, abreviando e tornando-os mais rápidos. É possível perceber no art. 50 da Lei de Patentes, que trata do processo administrativo de nulidade, explicitadas as situações nas quais ocorre.

Por sua vez, a licença compulsória é um mecanismo utilizado para a correção de abusos, vez que suspende temporariamente o direito de exclusividade do titular de uma patente. A licença compulsória só é garantida quando se comprova casos de interesse público.

³ BRASIL, Lei Ordinária 9.279 de 15 de maio de 1996, art.230

⁴ Idem ant.,art.231

O conceito de licença compulsória já estava presente no Estatuto dos Monopólios do Reino Unido (1623), tendo a Convenção de Paris de 1883 incorporado este dispositivo aos seus regulamentos⁵.

E por fim, a tipificação de crimes na Lei, mostra que ela descreve explicitamente o que se consiste crime em relação à matéria de propriedade industrial.

A Nova Lei de Patentes⁶ trata da titularidade de determinado invento, presumindo a autoria do mesmo, sendo assim a patente pode ser requerida em nome próprio. No entanto, há também a previsão de que a patente também pode ser requerida, como exposto anteriormente, pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade. Caso a invenção ou o modelo de utilidade seja fruto do trabalho de duas ou mais pessoas, todas elas podem requerer a patente, podendo uma delas somente fazer o pedido mediante nomeação e qualificação das demais.

Pode haver situação em que uma mesma invenção é criada por duas pessoas ou dois grupos de pessoas independentemente. Quando isto ocorre, é garantido o direito de obter a patente àquele que levar o depósito mais antigo, não dependendo da data de invenção ou criação. O registro, por sua vez, se dá no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Quando é feito um depósito de pedido de patente em qualquer país que mantenha acordo com o Brasil, ou organização internacional, é assegurado o direito de prioridade. Este é determinado dentro dos prazos estabelecidos via acordo entre os países, podendo ser suplementada dentro de sessenta dias por outras prioridades anteriores à data do depósito no Brasil, como se pode

⁵ <http://www.cipi-qf.org.br/legislacao.asp?tipo=L&legislacao=7>

⁶ Composta por 8 títulos, os assuntos referentes à Lei 9.279 são: Título I – DAS PATENTES; Título II – DOS DESENHOS INDUSTRIAIS; Título III – DAS MARCAS; Título IV – DAS INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS; Título V – DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL; Título VI – DA TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA E DA FRANQUIA; Título VII – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS; Título VIII – DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS E FINAIS.

verificar no §1º do artigo 16, Seção II Da prioridade, Capítulo II Da patenteabilidade da Lei de Patentes.

Uma novidade que a Nova Lei traz trata da prioridade estrangeira, na qual o documento de prioridade não mais requer tradução juramentada, podendo ser tradução simples, como diz o parágrafo 2º do art. 16.

Os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial são essenciais para que seja concedido o direito obtenção de patente. Ou seja, em se tratando de novidade, não se pode patentear algo que seja do conhecimento comum e que simplesmente ninguém ainda patenteou. A atividade inventiva está relacionada à criação do bem, no entanto a lei não descreve o que é invenção, deixando claro somente o que não é. No art.10, no qual estão incluídos os programas de computador em si, a questão é exposta da seguinte maneira:

Art.10. Não se considera invenção, nem modelo de utilidade:

- I- Descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;
- II- Concepções puramente abstratas;
- III- Esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários de sorteio e de fiscalização;
- IV- As obras literárias, arquitetônicas, artísticas, científicas ou qualquer criação estética;
- V- Programas de computador em si;
- VI- Apresentação de informações;
- VII- Regras de jogo;
- VIII- Técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e
- IX- O todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela

isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

É importante ressaltar que o quando se tratam de “materiais encontrados na natureza, ou que ainda dela isolados” é ainda possível patentear cadeias de proteínas ou de material genético, desde que, a partir de mudanças feitas em laboratório, não sejam mais encontrados na natureza. A lei é também clara em relação à não-patenteabilidade de seres vivos. Estas afirmações podem ser confirmadas pelo art.10, inciso IX, quando é reforçado que não são consideradas invenções nem modelos de utilidade os materiais descritos, quando são encontrados diretamente na natureza.

Outro ponto importante é o de que não se podem patentear modelos matemáticos, muito menos procedimentos cirúrgicos. Nota-se aí, o intuito do legislador, em visar o “interesse público”. Nestes casos, é importante que o conhecimento seja estimulado a ser propagado sem qualquer obstáculo, portanto, em domínio público.

Somente são patenteáveis as invenções de aplicação industrial, claramente especificadas no artigo 8º da própria lei.

A concessão de uma patente se dá após o deferimento do pedido, atendidos os requisitos legais, protegendo seu titular contra a utilização não-autorizada de terceiros. Isto posto, a invenção vigorará por 20 anos, e o modelo de utilidade por 15 anos da data do depósito. O art. 40 edita ainda que o prazo não será inferior a 10 anos para a patente e 7 anos para o modelo de utilidade, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial ou força maior.

Outro assunto abordado pela Nova Lei de Patentes diz respeito aos desenhos industriais. Estes tratam das linhas e das cores que podem ser aplicadas a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

O art. 96 da Nova Lei considera novo quando não compreendido no estado da técnica. Os desenhos industriais, então, são invenções de forma, destinados a produzir efeitos meramente visuais, devendo ser revestidos de originalidade para fazer jus à proteção legal.

O desenho contrário à moral ou aos bons costumes não é registrável, como mostra o inciso I do artigo 18. Assim sendo, qualquer desenho que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente à liberdade de consciência, crença, culto religioso ou ideia e sentimentos dignos de respeito e veneração não será patenteável. Muito menos é registrável a forma necessária comum ou vulgar do objeto ou ainda aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais. Parte daí o requisito de novidade, exigido para a obtenção de direito de patente.

Por fim, é notória a evolução e a melhoria do tratamento da propriedade industrial, trazida pela Nova Lei de patentes em relação ao Código de Propriedade Industrial de 1971. No entanto, é necessária a compreensão de que a Lei deve ser coerente a uma política de desenvolvimento industrial bem direcionada, para que melhoramentos futuros possam ser realizados pelos legisladores. Possivelmente, inclusive, através da ciência de que a patente por si própria não garante retorno financeiro ou protege integralmente o inventor em relação à presença de possíveis imitadores. Estas situações serão melhor discutidas nos capítulos seguintes.

3 - A PATENTE À LUZ DO PENSAMENTO ECONÔMICO

Este capítulo tem a intenção de apresentar os alicerces para a discussão da importância da eficácia da Lei de Patentes como instrumento de apropriação econômica, bem como sedimentar conceitos jurídicos do positivismo kelseniano para a compreensão do papel da Lei de Patentes nas relações econômicas e sociais.

3.1 - A teoria neoschumpeteriana

Especialmente os economistas neoschumpeterianos⁷ defendem que a inovação constitui o determinante fundamental da dinâmica econômica, definindo padrões de competitividade econômica. O conceito de inovação tecnológica na abordagem neoschumpeteriana não está relacionado somente à difusão de novos produtos ou processos de produção, mas incorpora também novas formas de organização das firmas e da sociedade em instituições, apesar de não formarem uma escola institucionalista *strictu sensu*. Por essa ótica, o processo de concorrência assume uma forma mais dinâmica do que aquela descrita na teoria convencional.

De acordo com Silvia Possas (2006, p.14), o termo “concorrência” passou por transformações semânticas, adquirindo novos significados ao longo da história, desde uma bandeira liberal, no séc XVIII, até o antônimo de monopólio. A autora explica que com o passar do tempo, passou-se a adotar o significado de concorrência para definir um tipo de mercado do qual o monopólio está inteiramente ausente. Sendo assim, um mercado em

⁷ Os economistas neoschumpeterianos resgataram as ideias de Joseph Schumpeter, especialmente a partir dos anos 70, utilizando-as numa abordagem sistêmica, assim são destinadas não só ao nível micro da economia, mas também no macroeconômico.

concorrência perfeita passou a ser entendido como aquele onde há muitos produtores sem poder de mercado, livre entrada e produto homogêneo. No entanto, na visão da autora, o poder monopólico se mostra inerente à ideia de concorrência, quando vista como um processo de disputa entre diferentes produtores/vendedores. Isto ocorre por não ser possível uma disputa entre iguais. Sendo assim, para que a concorrência exista, a imperfeição se faz necessária. A diferença entre os agentes é que determina vantagens para estabelecer a disputa.

Silvia Possas (2006, p.15) ainda acrescenta que, quando a concorrência ocorre em uma economia capitalista, os produtores não precisam se conformar com as armas que têm, podendo aperfeiçoá-las. Desta forma, os agentes se mostram capazes de tirar proveito de suas diferenças, bem como ampliá-las ou diminuí-las à medida que se mostre necessário. Sendo assim, quando se compreende a concorrência como um processo, passamos a dar ênfase às modificações presentes nos mercados. Estas foram chamadas por Schumpeter de “inovações”, imprescindíveis para a compreensão da dinâmica capitalista.

Possas ainda esclarece que concorrência e monopólio não são antônimos pois, de acordo com a autora, “não há processo de concorrência sem o surgimento e a superação de aspectos monopólicos”. Concorrência, para os neoschumpeterianos, trata-se de um processo seletivo no qual as firmas, ao decidirem o que e como produzem, buscam vantagens competitivas. Assim, ao introduzirem inovações para modificarem suas próprias condições de competir, as firmas alteram o seu próprio ambiente de seleção (POSSAS, 2006, p.32).

A autora ainda conclui que as firmas tendem a reuplicar seus lucros no próprio mercado do qual fazem parte, e já que não controlam o crescimento da demanda, podem fazer com que o mercado fique pequeno demais, expulsando firmas menos lucrativas (2006, p.33).

Sendo assim, apesar de analogias feitas à teoria evolucionista e o processo de seleção natural em relação a aspectos econômicos, é preciso notar uma diferença essencial: a de que, no processo de seleção natural o ambiente pode permanecer inalterado por milhares de anos, enquanto que, em concorrência, o ambiente todo pode ser alterado em poucos anos. Vem daí a ideia de dinamismo inerente à teoria neoschumpeteriana.

Já na introdução de seu livro “Uma teoria evolucionária da mudança econômica”, Richard R. Nelson e Sidney G. Winter (2005, p.25) explicam que o termo “teoria evolucionária”, como uma alternativa às ideias ortodoxas de situações hipotéticas de perfeita informação e equilíbrio estático, merece especial cuidado. Para os autores, trata-se de uma sinalização de que foi “tomado emprestado” um termo da biologia, reconhecendo a influência de Malthus no pensamento de Darwin, como no caso em que também foi “tomado emprestado” o termo “seleção natural econômica”. Na visão de Nelson e Winter, todas as ciências naturais são atualmente “evolucionárias”, no sentido de que podem ser citados exemplos como o da teoria do Big Bang até o deslocamento dos continentes para explicar os processos de mudança de longo prazo. Para os autores, a teoria é “desavergonhadamente lamarckiana”, assim, considera características herdadas bem como as mutações em decorrência de adversidades do ambiente. (NELSON;WINTER, 2005, p.28).

Aristóteles parece ser influenciador desse tipo de compreensão da realidade quando colocou a seguinte frase: “O mesmo homem nunca entra duas vezes no mesmo rio”. Entende-se, neste caso, que o rio será diferente, devido à passagem de suas águas, mas também que o próprio homem será diferente. Este conceito se assemelha bastante ao processo de *path-dependence* (trajetória de dependência), no qual uma vez que uma firma introduz uma inovação, não se volta mais ao ambiente que existia antes. O dinamismo presente na ideia do filósofo pode convergir às conclusões de

Schumpeter e seus seguidores a respeito do caráter extremamente mutável da concorrência na economia capitalista.

Sendo assim, tanto os agentes quanto o ambiente de adversidade vão se modificando com o passar do tempo, criando instituições formais e informais para guiar a vida em sociedade, e em consequência, a economia. O conceito dessas instituições e o seu papel será melhor discutido em seguida.

3.2 A Nova Economia Institucional

Propondo um estudo das instituições como determinantes do comportamento e dos resultados econômicos e políticos, a Nova Economia Institucional propõe uma análise da economia alicerçada em tomadas de decisões baseada em assimetria de informações. (CASTRO, 2004, p. 451-69).

No entanto, é possível perceber o diferente trato que se dá ao que se chama de “instituição”, em diferentes teorias. A questão que se coloca está relacionada ao conceito de instituições. Coloca-se a possibilidade das mesmas serem consideradas entidades físicas, normas jurídicas, apenas normas (lembrando que norma é um padrão de conduta social), ou ainda o conceito englobar todas estas definições, dependendo da escola de pensamento a qual determinado autor pertence.

Em seu artigo-resenha, “Construindo pontes: inovações, organizações e estratégias como abordagens complementares”, Ana Celia Castro (2004, p. 451-69) parte do princípio de que é necessário construir uma compreensão ampla das instituições, considerando-as “constitutivas” e dotadas de dimensão simbólica(cultural), sedimentando valores dentro das mesmas. A autora expõe:

É preciso ir além da postura institucionalista tradicional, que define as instituições como “restrições” ou regras do jogo que

condicionam o comportamento e a interação social dos indivíduos. (CASTRO, 2004, p. 451-69).

E prossegue:

[...]também é preciso ir além da visão funcionalista das instituições, na qual estas são instrumentos eficientes que permitem a consecução de alguns objetivos que exigem coordenação individual[...]Ou até ir além da visão keynesiana de que as instituições são necessárias para garantir o cumprimento dos contratos[...]É necessário ainda ir além da perspectiva instrumentalista, que acredita que as instituições se formam e se modificam para refletir os interesses exogenamente definidos dos mais poderosos”. (CASTRO, 2004, p. 451-69).

De acordo com a autora, todos os elementos supracitados estão presentes nas instituições. Citando Douglas North, ganhador do prêmio Nobel de Economia em 1993, a autora expõe que as instituições são as “regras do jogo” e que as organizações são os “jogadores”, atentando para o fato de Geoffrey Hodgson⁸ explicitar que, dentro das organizações também existem regras intrínsecas ao seu funcionamento. Assim sendo, as organizações passam a ser vistas como um tipo especial de instituição. Em resumo, são cadeias de contratos e hierarquias, sendo a coordenação entre elas uma “questão de imposição de regras preexistentes”(CASTRO, 2004, 469).

Para North, as instituições afetam as preferências econômicas, bem como as preferências econômicas mudam gradativamente as instituições. Isto

⁸ Hodgson, G., *Economics and Institutions*, Londres: Polity Press, 1988. “Institutions and Economic Development: Constraining, Enabling and Reconstituting” (2003), in G. Dymski e S. De Paula, *Re-imagining Growth*, no prelo, 2004.

posto, de acordo com a abordagem institucionalista, as instituições podem ser consideradas “formais” (como leis e Constituições) ou “informais” (como códigos de conduta não escritos).

Sendo assim, é possível perceber a importância da transação dentro da teoria neoinstitucional. Para esta, as instituições podem, portanto ser consideradas “formais” (como leis e Constituições) ou “informais” (como códigos de conduta não escritos).

Considerando-se que, no Brasil, adota-se o modelo de *Civil Law* (de origem romano-germânica, também chamado de Direito escrito) no qual se dá valor às leis, textos escritos do Direito e codificações, diferentemente do modelo de *Common Law* (de origem anglo-saxã), no qual se baseiam sentenças em função de costumes não codificados, dá-se especial atenção neste trabalho à vertente do Direito que tem por objeto o tratamento das normas postas, ou seja, instituições formais. Esta vertente é chamada na Ciência do Direito de “vertente dogmática”, da qual o positivismo faz parte. Seguem estão melhores explicações a respeito do mesmo.

3.3 – O positivismo kelseniano na Lei de Patentes

O positivismo é uma corrente da vertente dogmática do Direito segundo a qual o fenômeno jurídico é explicado a partir do estudo de normas postas. Estas são positivadas pela autoridade soberana, ou seja, aquela que tem o poder político de impor normas jurídicas.

De acordo com esta corrente, o intérprete do Direito não deve se posicionar quanto ao conteúdo das normas, aplicando-as de forma neutra.

Isto posto, sob a ótica positivista, a existência de uma Lei de Patentes só é possível graças a um princípio hierarquicamente superior, o qual se depreende do título VII da Constituição de 1988, art. 170 a art. 192, que trata

da ordem econômica e financeira do País. Eis a redação do texto constitucional:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A Lei de Patentes também segue o que descreve o Título III, Dos Atos Ilícitos, do Código Civil brasileiro (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002) visto que o art. 186 discorre que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Sendo assim, a própria Lei de Patentes passa então a descrever atos ilícitos no tangente à Propriedade Industrial.

Bem assim, atenta-se para o fato do conceito de crime estar relacionado à esfera penal do direito. Por sua vez, infrações também descritas na Lei de Patentes estão relacionadas às sanções descritas na esfera do Direito Civil, bem como as de caráter administrativo, devidamente reguladas pelo regimento interno do Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Para tanto, lembra-se o inciso XXXIX, do art. 5º da Constituição Federal, que expõe que “não há crime

sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Sendo assim, a Lei de Patentes tipifica os crimes, possibilitando a imposição de sanção àquele que os cometer.

Consequentemente, ainda sob ótica positivista, a Lei de Patentes pode orientar as atitudes que devem ser tomadas quando ocorrem infrações, vez que corrobora o art. 927 do Código Civil brasileiro que expõe:

Art 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Sendo assim, o Código de Propriedade Industrial, Lei 9.279 de 1996, respeita princípios Constitucionais e de Ordem Civil. Caso isto não ocorresse, o próprio ordenamento jurídico possui regras de exclusão da norma, obedecendo a princípios hierárquicos e temporais. Assim sendo, por não possuir eficácia formal, não se tornaria uma norma jurídica.

O estudo exclusivo da norma posta, bem como o processo de sistematização do Direito, se deu em grande parte graças às contribuições de Hans Kelsen, jurista e filósofo austríaco, que publicou mais de quatrocentos livros e artigos, demonstrando que a Ciência do Direito se abstém ao estudo de normas e das relações entre elas, afastando os aspectos axiológicos⁹ (o aplicador do Direito se mantém neutro, sem questionar a vontade do legislador,

⁹ Axiologia é o ramo da filosofia que estuda o valor, chamado muitas vezes de “ciência dos valores”.

tampouco valores que não contem na lei posta) e da análise metodológica (“pureza do Direito”, tratada no livro “Teoria Pura do Direito”).

O cientista do direito deve se ocupar do estudo da norma posta. Os fatores interferentes na produção da norma, bem como os valores que nela se encerram são rigorosamente estranhos ao objeto da ciência jurídica. (COELHO, 2001, p.123).

A validade do sistema jurídico, para Hans Kelsen, depende de uma norma superior, não escrita, chamada “*Grundnorm*”, ou norma fundamental. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “Qualquer norma só será considerada jurídica e legítima se for estabelecida em conformidade com as prescrições contidas na norma fundamental.” (2001, p.15)

Existe, assim, uma pirâmide de normas jurídicas na qual as superiores determinam a validade e o conteúdo das inferiores. De acordo com Paulo Dourado de Gusmão (2003, p.61)., “A teoria defendida por Kelsen explica a validade de uma norma por outra a ela imediatamente superior, que a torna jurídica exclusivamente por tê-la observado” .

Existem inclusive critérios de eliminação de normas que, porventura, não respeitem esta hierarquia. Um dos exemplos disso é a “Adin”¹⁰ (ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, fundamentada na alínea “a” do inciso I, art. 102 da Constituição Federal), na qual qualquer lei, ou ato normativo, que tenha conteúdo que não obedeça aos princípios dispostos na Constituição Federal deve ser imediatamente retirada do ordenamento jurídico. Na visão de Paulo Nader (2008, p.388), “As normas jurídicas formam uma pirâmide apoiada em seu vértice. A graduação é a seguinte: Constituição, lei, sentença, atos de execução.”

¹⁰ A Adin é regulamentada pela lei 9.868 de 1999

Uma norma se torna legítima quando possui vigência, eficácia e validade. Possuindo tais características, a norma se torna jurídica e pertencente ao ordenamento jurídico, sendo assim “positivada” ou “posta”.

O Direito é sempre Direito positivo, e sua positividade repousa no fato de ter sido criado e anulado por atos de seres humanos, sendo, desse modo, independente da moralidade e de sistemas similares de normas. (KELSEN, 1998, p.166).

Afasta-se, portanto, no trato científico do Direito Positivo, a valoração ética de seu conteúdo, tratando o Direito dos costumes acolhidos pelos tribunais, aos precedentes judiciais e à lei, independentemente de serem justos ou injustos. Kelsen deixa claro que apenas o Direito pode ser “fonte” de Direito. Opiniões de especialistas e interpretações ideológicas ocorrem no processo de criação do Direito, sendo uma manifestação do mesmo. Sendo assim, esta vertente se mostra apropriada para o estudo da Lei de Patentes para o presente trabalho, excluindo-se a necessidade de verificação de questões quanto à justiça social, por parte dos aplicadores do Direito, vez que para entrar no ordenamento jurídico a norma deve respeitar princípios hierarquicamente superiores, todos estes condizentes com o texto Constitucional. Desta forma, para os positivistas, somente normas justas são passíveis de serem postas. Isto não significa que os positivistas acreditem que não existe influência da moral no direito, ou que o direito deva permanecer separado da moral. Apenas defendem que a influência da moral no direito não deve ser objeto da teoria do direito. Ainda para Norberto Bobbio (2008, p.124), em outra obra, “No sistema kelseniano a teoria das fontes está estritamente ligada à noção de produção jurídica (*Rechtserzeugung*), que é uma noção fundamental na Teoria Pura do Direito”.

Não se pretende, no entanto, ser omissos em relação a outras vertentes do Direito, reforça-se que existem outras vertentes como a zetética ou a vertente crítica. Estas, entretanto, parecem não ser adequadas para o propósito deste trabalho.

Mostra-se, assim, capital a consideração da importância da corrente positivista para a compreensão da sistemática do Direito e o seu alcance como regulamentador do comportamento social.

Desta forma, a vertente dogmática do direito exclui da discussão questões ideológicas e de caráter social por parte de aplicadores do Direito, mantendo-os neutros em relação à interpretação da vontade do legislador e focando somente no que está escrito na própria lei. Esta, portanto, se mostra a mais adequada ao contraponto teórico que se pretende realizar neste trabalho. Reforça-se ainda o fato de que o Direito é sim criado para regular relações sociais, uma vez que emana do povo, porém o processo legislativo, que analisa aspectos sociais, temporais e espaciais, é que se isenta do estudo da Ciência do Direito. Sendo assim, sentenças são baseadas exclusivamente, de acordo com a ótica positivista, na lei.

Por sua vez, a eficácia das leis postas pode ser estudada sob determinados ângulos, inclusive admitindo graduação. A seguir, procura-se explicar como são feitos estes desdobramentos.

4 - A EFICÁCIA DA LEI DE PATENTES

As normas são padrões de comportamento. Por sua vez, as normas jurídicas proíbem, obrigam ou permitem. As leis são normas jurídicas criadas para reger o comportamento dos indivíduos em sociedade, sempre obrigando, proibindo ou permitindo determinado tipo de conduta. Portanto, considera-se inerente a vontade do legislador em promover um melhor convívio entre os membros de determinado grupo social.

Para serem consideradas legítimas, as leis precisam atender aos requisitos de vigência, eficácia e validade. A vigência de uma lei diz respeito à sua característica de estar em vigor e, assim, regulamentando as situações para as quais foi criada. É importante, no entanto, perceber que eficácia é diferente de vigência, pois uma lei pode ser vigente e não ser eficaz.

4.1 Eficácia no tempo

Como explicitado anteriormente, a eficácia de uma lei diz respeito à aptidão da mesma em alcançar os objetivos aos quais ela se propôs, sendo assim, encontram-se três princípios referentes à eficácia temporal, sendo estes: princípio da irretroatividade, da retroatividade e da reprivatização.

Quanto ao princípio da irretroatividade, diz-se que a nova Lei ao entrar em vigor tem efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 6º da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Sendo assim, a Nova Lei de Patentes teve efeito imediato, a partir do início de sua vigência em 1996, bem como foi estendida a todos os brasileiros.

O princípio da retroatividade se trata da situação extraordinária em que a Lei pode atingir situações já consolidadas, com o intuito de preservar direitos fundamentais ou o interesse público.

Art. 2º. Parágrafo único: A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.¹¹

Por sua vez, o princípio da repristinação é descrito no artigo 2º, parágrafo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, LINDB, estabelecendo que uma lei revogada somente poderá ter sua vigência restaurada de forma expressa. Sendo assim, o fato da lei revogadora ter perdido sua vigência não autoriza a lei revogada a repristinar (reviver). Cabe aqui ressaltar que a Lei 5.772 de 21.12.1971 foi revogada expressamente pelo art. 244 da Lei 9.279 (Nova Lei de Patentes). Isto posto, caso a Nova Lei perca sua vigência, a lei de 1971 não voltará a vigor, exceto se aprovada novamente.

4.2 - Eficácia no espaço

A ocupação da base territorial do Estado é que lhe confere autoridade sobre determinado espaço. No entanto, a unidade territorial jurídica do Estado não equivale à geográfica ou natural. No sentido jurídico, em Kelsen:

O território do Estado é, na verdade, nada mais que a esfera territorial de validade da norma jurídica chamada Estado. A limitação da esfera de validade da ordem coercitiva chamada Estado a um território definido significa que as medidas coercitivas, as sanções, estabelecidas pela ordem, têm de ser instituídas apenas para esse território e executadas apenas dentro dele.(KELSEN, 2005, p.300).

¹¹ BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei N. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em www.planalto.gov.br

Da mesma forma que em relação ao tempo, quando se trata da eficácia no espaço, podem ser apontados três princípios: o da territorialidade, o da extraterritorialidade e o da reciprocidade.

O princípio da territorialidade diz que a lei somente se aplica nos limites do estado que a elaborou¹², respeitando-se a soberania dos demais povos. Por sua vez, o princípio da extraterritorialidade se trata de uma questão excepcional. De acordo com ele, a Lei brasileira se aplica fora do território nacional, desde que, igualmente, acolha a eficácia da lei estrangeira no território do país. Por fim, o princípio da reciprocidade trata do reconhecimento aos estrangeiros no País os mesmos direitos e deveres que forem conferidos aos brasileiros quando em território estrangeiro.

4.3 - Eficácia formal e eficácia material

Eficácia no tempo e eficácia no espaço, citadas anteriormente, estão contidas na eficácia material de uma lei. É possível dizer que uma lei possui eficácia material quando atinge os objetivos aos quais ela foi proposta. Sendo assim, ao assumir que o objetivo da Lei de patentes é garantir ao inovador retorno financeiro pelo trabalho empregado, pode-se observar a sua eficácia (ou a ausência dela) em atingir tal objetivo.

A eficácia formal está relacionada por sua vez ao enquadramento da lei dentro de um ordenamento jurídico. Sendo assim, quando a lei é posta, diz-se que tem eficácia formal, pois se encontra dentro de uma hierarquia e atende às normas necessárias para fazer parte de determinado ordenamento jurídico.

¹² O art. 1º da LINDB dispõe que pós sua publicação oficial, a lei começa a vigorar em todo o País

4.4 – A eficácia da Lei de Patentes como instrumento de apropriação econômica

Veja que as leis pretendem conduzir o comportamento humano a um interesse comum, a Lei de Patentes foi elaborada para, ao reconhecer a propriedade da invenção, estimular o desenvolvimento econômico através de estímulos à inovação tecnológica. O seu sucesso em alcançar esse objetivo será melhor discutido mais adiante.

É possível perceber claramente pelos argumentos expostos anteriormente que a Lei de Patentes possui eficácia formal. No entanto, quando se assume que seu objetivo é garantir retorno financeiro ao inovador, é possível citar fatores e situações dentro da lógica econômica que fazem com que a Lei de Patentes não tenha eficácia material, pois estes fazem com que a Lei não atinja o objetivo ao qual ela foi proposta. Tais fatores serão melhor discutidos no decorrer deste trabalho. Cabe ressaltar, no momento, a existência de níveis de eficácia.

A eficácia admite graus. Há leis totalmente eficazes; mas há leis de eficácia reduzida, porque são mal redigidas, ou são de difícil interpretação, ou são repudiadas, casos todos de aplicação complicada e, às vezes, incerta. E há leis sem nenhuma eficácia, como as que, embora, não são revogadas expressamente. (TELLES JR., 2006, p.191)

Sendo assim, é possível que a eficácia da Lei de Patentes não seja total devido à sua abrangência. Portanto, pode-se dizer que a Lei de Patentes tem eficácia formal pois, como já foi dito, a Lei se encontra no ordenamento jurídico, no entanto, não tem eficácia material em determinados setores industriais, por razões inerentes à natureza do produto, ao comportamento do

mercado entre outros fatores econômicos. Para Albuquerque, outros meios de apropriação podem ser apontados como com maior eficácia:

Os mecanismos de apropriação de inovações são diversos. Entre eles, destacam-se: vantagens do pioneiro; vantagens obtidas pelo inovador em função de sua evolução na curva de aprendizado; o segredo industrial; os esforços de vendas e de prestação de serviços; além das patentes. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 234):

O autor cita ainda a conclusão de uma pesquisa realizada por Nelson (1992):

As patentes são a forma mais efetiva de proteção de inovação de produto em dois tipos básicos de indústrias: 1) indústrias em que a composição química é um aspecto central do *design* (farmacêutica, química orgânica industrial, matérias plásticas, fibras sintéticas); 2) indústrias que produzem aparelhos – *devices*- (compressores de ar e gás, instrumentos científicos, ferramentas – *power-driven hand tools*)

Sendo assim, o estudo realizado por Nelson destacou que, naquele momento, dois tipos de indústrias obtinham benefícios reais devidos ao reconhecimento de patentes. Isso ocorreu graças ao custo de imitação. Entende-se, portanto, que o caráter complexo de algumas indústrias reduz o apelo às patentes como meio mais seguro para se evitar a cópia. Em determinados segmentos industriais, as patentes se mostram tão eficazes quanto outras formas de apropriação intelectual.

Já para David J. Teece (1986, p. 285-305) a capacidade de garantir retornos financeiros ao inovador, protegendo sua criação de imitadores, está

relacionada a três conjuntos de fatores, sendo estes, o regime de apropriabilidade, o estágio do design dominante e a capacidade de acesso da empresa a “ativos complementares”. Em seu artigo “*Profiting from technological innovation: implications for integration, collaboration, licensing and public policy*”, o autor expõe que quando a imitação é fácil, os mercados não funcionam adequadamente, e os lucros decorrentes da inovação podem ser transferidos aos proprietários de ativos complementares, ao invés de serem transferidos aos criadores de determinada propriedade intelectual. As contribuições deste autor serão melhor abordadas no capítulo 5 que trata da Propriedade Intelectual.

De acordo com Alain Herscovici (2007), existe uma modificação da natureza e da função dos direitos de propriedade intelectual. Para o autor, as firmas praticam uma estratégia sistemática de constituição de um “portfólio de direitos de propriedade intelectual” sem nenhuma relação com a intensificação do progresso técnico.

Lebas (2002) é citado pelo autor para atentar ao fato de que a patente não é mais considerada, em muitos casos, como um meio de obtenção de lucros de monopólio, mas sim considerada uma “barreira à entrada” de possíveis agentes. Sendo assim, graças a uma mudança na natureza das patentes, estas já parecem se mostrar, na visão do autor, um instrumento ineficaz de apropriação da inovação que leva ao progresso técnico, uma vez que as patentes estão sendo utilizadas como meios de ampliação do poder de mercado de algumas empresas.

5 – PROPRIEDADE INTELECTUAL

O sistema de Propriedade Intelectual abrange alguns tipos de proteção específicos e adequados às características de diferentes produtos. Os diferentes instrumentos através dos quais a propriedade intelectual se manifesta devem estar em sinergia para favorecer a inovação.

5.1 - Tipos de propriedade intelectual

Existem algumas categorias básicas de proteção, entre elas podemos citar as principais, sendo estas, as patentes, os direitos autorais, os segredos de negócios, as marcas registradas e os *mask works*. (Sherwood, 1992, p. 22).

As patentes, portanto, estão inseridas em um ambiente de apropriação intelectual. Nos setores em que a patente não possui eficácia material, entram em ação outras formas de apropriação. Pode-se perceber que os segredos de negócios tomam papel imprescindível para determinadas empresas. Estas mantêm o segredo industrial de seus produtos para manterem a sua parcela de mercado. Os segredos de negócios evoluíram através da ação privada e surgiram da impossibilidade de se patentear todas as invenções em um ambiente industrial que se desenvolve cada vez mais rapidamente.

As marcas registradas partem do princípio de ser injusto apresentar um bem de uma pessoa como sendo de outra. O título III da Lei 9.279 (Lei de Patentes) rege os assuntos referentes às marcas.

Na antiguidade, a marca surgiu como indicação da procedência do produto. Esta ideia já foi superada, vez que atualmente nota-se que é permitido um comerciante comprar produtos de diferentes origens e revendê-los com sua própria marca de comércio.

Os *copyrights*, ou direitos autorais, surgiram com o desenvolvimento da imprensa e regulam a multiplicação de cópias. A Lei 9.610 de 1998 regulamenta os assuntos referentes aos direitos autorais, no Brasil.

Ainda segundo Sherwood, os *mask works*, ou chips de computador, se encontram entre o *copyright* e a patente. Com o desenvolvimento rápido da indústria de informática, cresce a ideia de sua proteção possuir uma abordagem *sui generis*.

Todos estes tipos de apropriação intelectual se complementam e atuam em áreas nas quais as patentes não tem eficácia material.

5.2- Inovação e os regimes de apropriabilidade

A ideia da importância da inovação para a dinâmica capitalista foi uma das grandes contribuições de Schumpeter para a ciência econômica. Uma das maneiras de se obter investimentos visando à inovação é a busca de lucros extraordinários por parte das empresas, advindos de monopólios temporários que se formam uma vez que a inovação chega ao mercado. No entanto, a realidade nos mostra que nada garante que a empresa inovadora será capaz de se apropriar da maior parcela dos lucros. Silvia Possas (2006, p.32), no já citado capítulo “Concorrência e inovação” do livro “Economia da inovação tecnológica” cita Josef Steindl (1945 e 1952) esclarecendo que o autor examinou o papel das economias de escala e de margens de lucro geradas por inovações, criando assimetrias de mercado. Assim sendo, na presença de economias de escala, firmas maiores se mostram mais capazes de acumular capital, crescendo ainda mais rapidamente. Pode-se notar assim que diferenças entre as firmas concorrentes tendem a se ampliar.

A autora ainda atenta para o fato de ser importante a geração de um monopólio temporário, que permita o surgimento de um fluxo de ganhos. Para que isto ocorra, utilizam-se instrumentos de propriedade industrial e intelectual,

como patentes, marcas e direitos autorais. Estes, por sua vez, são afetados “pelas normas vigentes na economia acerca desses direitos”.(POSSAS, 2006, p.33).

Para Huáscar F. Pessali e Ramón Garcia Fernández (2006, p.302), tem-se dado bastante atenção aos mercados como uma “instituição fundamental na dinâmica de reprodução social”. No entanto, duas instâncias institucionais acabam sendo negligenciadas, sendo elas a instância da produção e a instância das instituições de propriedade. Os autores lembram que os mercados não *produzem* mercadorias, bem como os direitos de propriedade se mostram importantes quando se visa “assegurar a reprodução social por meio da troca monetária”, contrastando com outras formas de se obter meios de sobrevivência (como força física, escambo ou distribuição por parte de um poder central).

Para Pessali e Fernandez, a produção de bens e serviços tem sido confiada às firmas, nas sociedades modernas. Estas, com o intuito de resolver problemas ou obter algo desejado, utilizam-se de meios materiais e conhecimento. A busca pelo aperfeiçoamento destes aponta para o que os autores chamam de “um ponto central no estudo econômico da produção”: a evolução da tecnologia. Esta é perceptível quando se observa as firmas capitalistas sempre inovando e experimentando novas tecnologias.

Os autores fazem referência a Schumpeter (1911) e a sua *Teoria do Desenvolvimento Econômico*, na qual defende que o motor do desenvolvimento capitalista é a mudança tecnológica. Sendo assim, mudanças qualitativas nas formas de produção e no que é produzido, faz com que o processo estacionário e de fluxo circular se rompa, dando origem ao desenvolvimento econômico ¹³.

Para que seja possível lucrar e sobreviver, não basta a firma ser capaz de inovar. Como destacado anteriormente, de acordo com David J. Teece (1986, p. 285-305), alguns fatores podem determinar quem é favorecido com a

¹³ Idem ant., p.309

inovação. São estes: 1- Regime de apropriabilidade; 2- Estágio do design dominante; e 3- Acesso a ativos complementares.

O regime de apropriabilidade pode ser definido, por sua vez, por dois fatores: a natureza da tecnologia e a proteção eficaz à propriedade intelectual. A natureza da tecnologia diz respeito ao grau em que os conhecimentos envolvidos numa inovação são codificáveis ou difíceis de serem copiados. Já uma proteção eficiente à propriedade intelectual diz respeito à previsão normativa de patentes e outros direitos sobre tecnologias. A combinação desses dois fatores pode resultar num regime de apropriabilidade forte ou fraco.

Para David Teece, o estágio em que se encontra o *design* do produto se mostra importante na determinação de quem ganha com a inovação. A probabilidade de um imitador tomar o mercado do inovador é maior no período anterior à fixação de um padrão dominante.

Para o autor, o acesso a ativos complementares são bastante importantes para a exploração comercial de uma inovação. Por ativos complementares compreendem-se aqueles ativos referentes à distribuição, estoque e comercialização (marketing e assistência técnica, por exemplo) dos produtos. Uma empresa inovadora que não tenha acesso as facilidades de acesso ao mercado que os ativos complementares proporcionam dificilmente será capaz de lucrar com tal inovação, fazendo com que imitadores em melhores condições fiquem com a maior parcela do mercado ou mesmo sedimentem um novo design dominante.

Segue o texto de Teece:

Em indústrias onde os métodos legais de proteção são eficazes, ou onde novos produtos são difíceis de serem copiados, a necessidade estratégica de firmas inovadoras se integrarem com ativos complementares parece menos atraente

que em indústrias onde a proteção é fraca. Em casos onde a proteção legal é fraca ou inexistente, o controle de ativos complementares será necessário para a sobrevivência da firma em longo prazo.(TEECE, 1986, p. 285-305).

A necessidade de ativos complementares leva à escolha entre contratos entre empresas ou a integração vertical. Há ainda a possibilidade de alianças estratégicas. Estas se mostram a forma híbrida entre as duas escolhas anteriores.

O estudo do autor parte da ideia de que a inovação não é perfeita e acabada. Pelo contrário, a inovação abre novas oportunidades de desenvolvimento de produto que podem, muitas vezes, ser aproveitadas por imitadores.

Ainda em Teece:

Mesmo os melhores conceitos de *design* inicial, muitas vezes acabam por não serem bem aceitos[...]porém, caso o inovador possua um portfólio de patentes impenetrável (ou possua alguma tecnologia difícil de ser copiada), então o mercado pode conceder ao inovador o tempo necessário para a correção do *design* antes de ser eclipsado por imitadores. (TEECE, 1986, p. 285-305).

O autor parece ainda concordar com a conclusão de Nelson no tangente a quais tipos de produtos as patentes conferem melhor proteção:

Já é sabido, há muito tempo, que patentes não funcionam na prática como elas funcionam na teoria. Raramente, quando muito, as patentes conferem apropriabilidade perfeita, apesar de oferecerem proteção

considerável para novos produtos químicos e invenções mecânicas simples. (TEECE, 1986, p. 285-305, grifo de David Teece)

Para os dois autores, as indústrias que obtêm proteção eficiente de patentes são aquelas em que se gasta muito para inovar, no entanto, a imitação é muito simples. Sendo assim, tais tipos de indústrias parecem precisar recorrer às patentes para se protegerem.

Maria Tereza Leopardi Mello (2009, p.378) aponta para o mesmo caso quando expõe que estudos empíricos mostram que o efeito da proteção à propriedade intelectual sobre a atividade inovativa é pequeno, em média, excetuando-se os casos das indústrias química e farmacêuticas.

A questão a respeito da capacidade de uma proteção mais forte ou mais fraca levar ao crescimento econômico é uma das mais discutidas, gerando debates fervorosos entre economistas.

Por um lado, economistas encaram a questão da proteção à propriedade intelectual como um fator de infra-estrutura, suficiente para atrair investimentos estrangeiros quando se garante que sua tecnologia estará protegida da imitação. Na visão de Sherwood:

Ao encarar a proteção à propriedade intelectual como um aspecto importante da infra-estrutura de um país, dirige-se a atenção e a análise para seu papel no processo de desenvolvimento econômico e não para conflitos comerciais. (SHERWOOD, 1992, p.16)

Sherwood defende uma maior proteção aos direitos de propriedade intelectual apontando alguns “mitos” em relação à proteção fraca. São estes:

1- Proteção fraca traz economia de divisas para o país; 2- Promove a indústria nacional; 3- Ajuda na aquisição de tecnologia; e 4- Diminui a dependência.

Em relação à economia de divisas, na visão do autor, são feitas suposições que não estão declaradas abertamente, como a de que os produtos e a tecnologia que estariam presentes no país sob condições de proteção estariam também presente se as condições fossem de falta de proteção (como se a única coisa que mudasse fosse o preço quando se passa de um ambiente com proteção para um onde há ausência da mesma). Sendo assim, deixa-se de levar em conta a possibilidade de que os padrões de atividade e as instituições, que seriam encorajados caso a proteção fosse disponível, podem ser tolhidos em sua ausência. Assume-se também que as cópias terão a mesma qualidade que os produtos originais, como se a tecnologia fosse a mesma nos dois ambientes e não houvesse problemas a respeito de adivinhações a respeito do processo produtivo.

Quanto à promoção da indústria nacional, o autor defende que está implícita a ideia de que a cópia é a primeira etapa na evolução da indústria de um país. Argumenta não ser válida a ideia de que se cresce com uma proteção fraca, capaz de imitar a tecnologia estrangeira que, nas palavras do autor, seria sempre superior.

No tangente à ajuda na aquisição de tecnologia em função de uma proteção fraca, novamente argumenta-se ser equivocada a ideia de que qualquer tecnologia de valor necessariamente vem de fora. Sherwood expõe que pode haver empresas nacionais com grande capacidade de inovação, sendo usado frequentemente o exemplo da EMBRAER, como uma empresa capaz de mostrar proficiência em sua área. Aponta-se também uma outra ideia, a de que se se prescindir da proteção à PI a tecnologia poderá ser obtida. Trata a tecnologia como algo isolado que pode flutuar sem impedimentos em qualquer direção vez que as barreiras da propriedade intelectual sejam removidas. (SHERWOOD, 1992, p.22).

Por fim, quanto à diminuição da dependência estrangeira em um ambiente de pouca proteção, quem defende uma proteção forte aponta que o país que não toma medidas para proteger a sua criação e expressão criativa, atrofia a sua capacidade de gerar tecnologia causando mais dependência ainda. Argumenta-se que o desafio para os países em desenvolvimento não é evitar sua dependência, mas como gerenciá-la melhor. Melhorar relações com o estrangeiro pode ser mais vantajoso, vez que economias voltadas para fora tem desempenho melhor que as fechadas.

Por sua vez, existem argumentos de economistas que defendem que a proteção à propriedade intelectual, especialmente de patentes, deve ser reduzida para aumentar a competitividade do país e promover um crescimento econômico. Joseph E. Stiglitz (2007, p.203) aponta que países sem propriedade intelectual, como o caso da Suíça até 1907 e da Holanda até 1912 foram altamente inovadores. Mais adiante, no mesmo trabalho, o autor ainda refuta o argumento de que os preços mais altos de bens protegidos por patentes estimularia a pesquisa, como a de medicamentos que podem salvar vidas. Em sua visão, a maioria dos laboratórios gasta mais dinheiro em propaganda do que em pesquisa. Stiglitz ainda vai além, observando que aplica-se mais dinheiro em pesquisa de medicamentos cosméticos, como para o crescimento de cabelo ou impotência masculina, do que em remédios relacionados a doenças (especialmente doenças mais comuns em países em desenvolvimento como malária e esquistossomose e que, portanto, não renderiam grandes lucros). (2007, p.218).

Autores como Oriat e Orsi (2002, p. 1491-1507) alegam que em campos de inovação sequencial, como software, uma generosa concessão de patentes pode obstruir o processo de inovação.

Por sua vez, a autora Maria Tereza Leopardi Mello (2009, p.371-402), em seu trabalho "Propriedade intelectual e concorrência", citado anteriormente, chega à conclusão de que os efeitos de proteção jurídica à propriedade

intelectual surtem efeitos ambíguos, ou seja, tanto incentivadores da atividade inovativa quanto restritivos da concorrência. Em sua visão, tratam-se de aspectos “inseparáveis e inerentes à proteção”.

Em sua visão, os efeitos econômicos da propriedade intelectual podem ser tratados em três diferentes níveis de análise, sendo estas: 1- no plano microeconômico; 2- no macroeconômico; e 3- numa perspectiva normativa.(MELLO, 2009, p.373).

Sendo assim, do ponto de vista microeconômico é possível discutir a propriedade intelectual do ponto de vista estratégico por parte dos agentes, sendo importantes para a tomada de decisão sobre investimentos. Já no plano macroeconômico, observa-se o ponto de vista social, verificando-se a possibilidade de a proteção à propriedade intelectual afetar positiva ou negativamente diferentes setores da economia ou até mesmo de países inteiros. Por fim, em uma análise normativa, discute-se a possibilidade de a propriedade intelectual se caracterizar em um instrumento de políticas, bem como os limites de sua eficácia para alcançar resultados¹⁴. Isto posto, Leopardi Mello observa que “2 depende de 1”, uma vez que os efeitos sociais estão ligados às tomadas de decisão estratégicas por parte dos agentes, bem como “3 depende de 2 e de 1”, no sentido de que os efeitos normativos podem ser guiados pelo entendimento de possíveis políticas de propriedade intelectual, e estas, por sua vez, dependem de decisões feitas no nível micro.

No entendimento da autora, a capacidade de apropriação dos resultados da inovação prolonga vantagens competitivas. Por sua vez, o grau de apropriabilidade destas depende de fatores que impedem a difusão imediata da vantagem do inovador. Leopardi Mello (2009, p.374) dá especial atenção para dois deles, sendo estes o tempo e o custo de imitação. Ou seja, quanto menor eles forem, menor é o grau de apropriabilidade. Assim, analisa-se a eficácia da proteção dos direitos da propriedade intelectual “a partir de sua

¹⁴Nota-se nesta última perspectiva uma profunda semelhança com os objetivos deste trabalho.

capacidade de afetar custos e tempo de imitação”. Para a autora existe um *trade-off* entre incentivo à inovação e a difusão do conhecimento:

Esse *trade-off* é tratado em inúmeros trabalhos que se preocupam em encontrar uma *dosagem* dos dispositivos legais do sistema patentário de modo tanto a garantir adequadas condições de apropriabilidade para incentivar a atividade inovativa, quanto a não impedir a posterior disseminação do conhecimento tecnológico, bem como de seu uso e aperfeiçoamento.(MELLO, 2009, p.376).

Quanto aos efeitos para a concorrência, Leopardi Mello ainda explica, fazendo alusão à ideia schumpeteriana, que *práticas restritivas* podem, numa perspectiva dinâmica, serem consideradas *instituições protetoras*. Sendo assim, podem reduzir a incerteza, atraindo investimentos privados em direção à inovação. No entanto, a autora ainda lembra que o sistema de proteção jurídica à propriedade intelectual “incentiva porque restringe”, reforçando os efeitos ambíguos da mesma.

Mesmo assim, com intuito de ampliar a proteção às invenções, foi criado o conceito de modelos de utilidade. O art. 9º da Lei 9.279, de 14.05.1996, *in verbis*:

Art.9º - É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

Percebe-se, no entanto, uma certa dificuldade na distinção de modelos de utilidade e invenção. Para Tavares Paes:

O modelo de utilidade tem um conceito inovativo referido à forma exterior de um objeto e a patente de invenção se manifesta numa solução atinente à substância do fenômeno idônea para alcançar, com determinados meios, um resultado determinado. (PAES, 1996, p.39).

Sendo assim, estudos apontam diferentes formas de proteção disponibilizadas para inovações menores (abaixo do padrão requerido pela lei de patentes), em especial os modelos de utilidade, que são algo entre a lei de patentes e a lei de desenho industrial. Estes são mais baratos e possuem certificados com menor tempo que uma patente. (PAES, 1996, p.39).

Considerando-se o grande número de pequenas e médias empresas existentes no mercado e que seu tipo de inovação é muito mais incremental que radical, os modelos de utilidade se mostram mais adequados, especialmente quando se considera que o padrão mais baixo de inventividade das mesmas está mais sujeito ao comportamento de “carona” de competidores.

No entanto, não existe um consenso global sobre o significado de modelo de utilidade, tendo inclusive nomes diferentes em alguns países: desde *innovation patent* na Austrália, *utility innovation* na Malásia, *utility certificate* na França e até mesmo *short term patent* na Bélgica. (Carneiro; Salles-Filho, 2008, p.124).

Os principais benefícios dos modelos de utilidade são: a) Encorajamento de mais bens de propriedade intelectual e inovação local; b) Aufere proteção a bens que não podem ser protegidos por outros instrumentos; c) Previne comportamento “free rider”; d) Disponibiliza especificações, sendo fonte de informação;

Sendo assim, especialmente em alguns países em desenvolvimento (aqueles que ainda não produzam invenções de “primeira linha” e sim

invenções incrementais), os modelos de utilidade parecem uma alternativa importante às patentes, inclusive por “desafogar” o sistema de patentes e desencorajar o patenteamento defensivo.

É importante, no entanto, atentar para o fato de que os modelos de utilidade podem aumentar litígios devido à ausência de exames de concessão ou mesmo criar um comportamento rentista, vez que os investimentos podem ser desviados para o esforço de obter proteção.

Discute-se, portanto, avidamente, até que ponto o aprendizado para inovar requer liberdade para imitar e copiar. Parece ser importante, então, não um mundo sem patentes, mas sim um mundo com diferentes níveis de patentes para assim, otimizar a proteção intelectual. Para que este objetivo seja alcançado, é necessária uma legislação capaz de atender às necessidades da economia, à medida que perceba a sua evolução no decorrer do tempo.

6 – LEGISLAÇÃO EFICAZ E A ECONOMIA

As fontes materiais influenciam, como visto anteriormente, a produção do direito. Sendo assim, existe uma relação direta entre as fontes materiais e as fontes formais. A atividade legiferante é tida como responsável por traduzir as fontes materiais (aspectos sociais, psicológicos, temporais, etc) em fontes formais do Direito (leis, constituições, códigos, etc). A criação de um Código de Propriedade Industrial, ou a conhecida “Lei de patentes”, foi então necessária para regulamentar a exploração comercial de invenções que atendessem requisitos descritos no mesmo.

O interesse do legislador, ao criar um Código de Propriedade Industrial, parece partir da observação da necessidade de incentivo à inovação tecnológica, bem como a ampliação do acesso da maioria da população ao detalhamento e cadastro de novas invenções.

O legislador, portanto, percebeu uma necessidade que surgia nas relações sociais a respeito de quem deveria possuir o direito de usufruir de benefícios financeiros em função do trabalho empenhado em uma invenção.

Uma legislação eficaz não é somente uma instituição, mas também possibilita a construção de outras instituições.

Todas as experiências bem-sucedidas de *catching-up* e, às vezes, superação dos líderes econômicos prevaletentes – a começar pelos Estados Unidos em relação à Grã-Bretanha – envolveram “construção Institucional” e medidas de políticas que afetam a imitação tecnológica, a organização de indústrias, padrões de comércio internacional, e direitos de propriedade intelectual (Cimoli et al, 2007, p.56)

Mario Cimoli, Richard Nelson, Joseph Stiglitz e Giovanni Dosi, no artigo “Instituições e Políticas Moldando o Desenvolvimento Industrial: uma nota introdutória” entendem que as “falhas de mercado” são um ponto de partida enganoso quando se pretende justificar o momento em que políticas públicas são necessárias. No seu entendimento, não podem ser encontrados exemplos onde não existam falhas de mercado. Sendo assim, as hipóteses criadas pela escola neoclássica em função de concorrência perfeita, produtos homogêneos, perfeita informação, etc. não são parâmetro para o estudo do momento certo para a aplicação de políticas públicas.

Existe, para eles, uma relação entre instituições mercantis e não mercantis (desde agências públicas até associações profissionais, e desde sindicatos até estruturas comunitárias), essencial para o entendimento do funcionamento da economia.

Os autores citam o exemplo de aviões e de serviços de linhas aéreas, apontando que em todos os países possuidores de uma importante produção de aeronaves, os fundos governamentais desempenham um papel significativo na P&D. Na maioria dos países, tanto os aeroportos como os sistemas de controle do tráfego são não apenas financiados, mas também operados por agências governamentais. O setor público, portanto, desempenha um importante papel, sendo este desde a garantia de condições básicas de infraestrutura, como a construção de estradas, até mesmo a garantia de direitos de cidadãos em diferentes setores da economia, como a saúde.

Joseph E. Stiglitz (2007, p.192), em seu livro “Globalização: como dar certo”, no capítulo “Patentes, lucros e gente” trata de um protesto organizado por um grupo ativista da AIDS no Marrocos, por temerem que empresas marroquinas seriam proibidas de produzirem medicamentos utilizados no tratamento de pessoas imunodepressivas, em vista de um acordo a respeito de patentes estabelecido entre o Marrocos e os Estados Unidos.

Stiglitz esclarece que no Marrocos, como no resto do mundo, medicamentos genéricos custam uma fração dos medicamentos de marca, e assim que os medicamentos genéricos entrassem no mercado os lucros das empresas farmacêuticas americanas despencariam. Nota-se aí o interesse por parte das empresas dos Estados Unidos em protelar a entrada de genéricos no país até que suas patentes expirassem. Assim sendo, o acesso a medicamentos que podem salvar vidas seria dificultado, muitas vezes até impossibilitado, em virtude de maiores lucros para empresas estrangeiras no país.

O autor concorda com críticos à globalização apontando a luta pela propriedade intelectual como sendo uma batalha de valores, na qual o exemplo do acordo TRIPs reflete o “triunfo dos interesses de grandes empresas dos Estados Unidos e na Europa sobre os interesses mais amplos de bilhões de pessoas do mundo em desenvolvimento”(STIGLITZ, 2007, p.195). Mas ainda alerta para o fato de que é necessário ir ainda mais adiante com essa crítica do regime de propriedade intelectual. Stiglitz aponta que grandes empresas utilizaram a concepção de que direitos de propriedade intelectual mais forte levariam a um melhor desempenho econômico. Munidos de tal argumentação, faziam com que países em desenvolvimento aprovassem leis que favorecessem aos seus próprios interesses.

Ainda na visão do autor, as leis de propriedade intelectual podem e devem estimular a inovação, no entanto, alerta que não é correta a alegação de que direitos de propriedade intelectual mais fortes sempre impulsionam o desempenho econômico. Sendo assim, regimes de propriedade intelectual mal projetados podem não só reduzir acesso de medicamentos como ainda levar a uma economia menos eficiente, inclusive reduzindo o ritmo de inovação. O autor ainda exemplifica, usando o termo “matagal de patentes” para descrever ambientes tão protegidos que parecem dificultar a introdução de inovações. Para solucionar este problema, Stiglitz sugere não a abolição da propriedade

intelectual, mas sim um regime de proteção mais equilibrado. Sendo assim, definir o que pode ser patenteado, bem como a duração e a amplitude das patentes influencia o regime de propriedade intelectual.

De um lado observa-se grandes corporações, especialmente de países industrializados, reivindicando patentes mais amplas e duradouras. De outro, o interesse de cidadãos, muitas vezes em países em desenvolvimento, em obter maior acesso (e por maior parte de sua população) em bens variados, sendo estes desde medicamentos mais baratos até novas tecnologias. Para Stiglitz, os países em desenvolvimento têm ganhado tempo – medido em anos para que cláusulas referentes à propriedade intelectual entrassem em vigência – e certa “flexibilidade”, lembrando-se dos casos anteriormente discutidos de licenciamento compulsório em casos de crises de saúde, como o da AIDS. Isto posto, em se tratando de interesse público ou emergência nacional, como previsto no artigo 71 da Lei de Patentes, é concedida licença compulsória temporária e não exclusiva, inclusive podendo ser julgada a possibilidade de prorrogação da mesma.

O autor ainda ressalta que é preciso adequar a propriedade intelectual às necessidades características dos países em desenvolvimento lembrando que o “o mundo aprendeu finalmente que estratégias de desenvolvimento de tamanho único não funcionam”(2007, p.213). Para ele, o acordo TRIPS tenta impor um único padrão de propriedade intelectual para o mundo. Isto seria prejudicial pois as circunstâncias e os *trade-offs* dos países desenvolvidos e em desenvolvimento são diferentes. Sendo assim, sugere que seja criado um sistema de propriedade intelectual para os países em desenvolvimento que seja diferente do sistema dos países de renda média e que, por sua vez, sejam diferentes do sistema dos países industriais avançados.

. É possível perceber, no anteriormente citado artigo de Cimoli e outros autores, instituições influenciando a vida econômica, e esta por sua vez corroborando o aparecimento de Instituições ainda mais eficazes e elaboradas.

Em resumo, os autores argumentam que o protecionismo teria sufocado a inovação nos países em desenvolvimento, no entanto, “os governos poderiam ter gerado uma concorrência entre as firmas locais, o que teria proporcionado incentivos à importação de novas tecnologias. Foi essa falha em criar uma concorrência interna, mais que o protecionismo em relação ao exterior, que acabou causando a estagnação”.

Na visão dos autores, a liberalização do comércio internacional pode fomentar a concorrência, mas ela não o faz automaticamente. Se essa liberalização do comércio se dá numa economia com um importador monopolista, as rendas podem ser simplesmente transferidas do governo para o monopolista, com pouca redução dos preços. Portanto, a liberalização do comércio internacional não é necessária nem suficiente para criar uma economia competitiva e inovativa. Importações protegidas têm que ser acompanhadas de exportações crescentes, para aumentar salários e expandir oportunidades de consumo. O exemplo das economias do leste asiático se encaixam nesse argumento.

Uma questão fundamental de política diz respeito aos graus de liberdade deixados às intervenções públicas discricionárias que apoiem, de maneiras diversas, tecnologias, setores e firmas específicas. As novas restrições internacionais devem, no entendimento de Cimoli, Dosi, Nelson e Stiglitz(2007, p.55-85), ser mais ou menos severas em função de qual setor e qual tecnologia estamos tratando. Eles também acreditam ser provável que dependam também da distância de cada país em relação à fronteira tecnológica.

De acordo com os já citados neste trabalho, José Carlos Barbieri e Cláudia Inês Chamas (2008, p.22), “em países em desenvolvimento com capacidade inovadora, como o Brasil, uma questão que merece ser debatida refere-se à integração das políticas de propriedade intelectual à política de ciência, tecnologia e inovação e à política industrial de modo a maximizar os incentivos à inovação local e ao desenvolvimento social”. Sendo

assim, os autores defendem a coordenação e o direcionamento de políticas industriais de forma coerente com as necessidades de regulamentação da propriedade intelectual.

Para José Matias Pereira (2011), economista e advogado, em seu artigo “A gestão do sistema de proteção à propriedade intelectual no Brasil é consistente?”, existem diversas maneiras de reduzir os custos da extensão do nível de abrangência das patentes, destacando duas delas. O autor cita o emprego de mecanismos de abusos do poder econômico; e o que o autor considera a melhor opção para o caso brasileiro: a criação de ambientes institucionais que estimulem os investimentos em P&D através da articulação entre governo, iniciativa privada e universidade.

De acordo com Pereira, “o Brasil ainda não conseguiu desenvolver um sistema de administração pública de gestão de propriedade intelectual compatível com as exigências das demandas num mundo globalizado”. Sendo assim, na visão do autor, políticas públicas de proteção à propriedade intelectual se mostram necessárias. Pereira ainda considera oportuno ressaltar o papel das universidades e dos centros de pesquisa, visto que nesse campo ocorre grande parte da inovação e da criação tecnológica. Para ele, a facilitação e o estímulo de parcerias entre as indústrias e as universidades favorecem o intercâmbio de informações e o progresso técnico.

Ainda na visão do autor, “torna-se essencial que o país intensifique a utilização da proteção à propriedade intelectual como um instrumento de suporte ao processo de desenvolvimento socioeconômico”.(2011).

Por fim, é possível perceber que os debates estabelecidos em âmbito internacional a respeito da propriedade intelectual têm uma forte implicação política, vez que interesses de determinados países interferem na destinação de políticas de desenvolvimento econômico de outros. Parece, assim, ser importante uma maior discussão a respeito da abrangência da matéria de

propriedade intelectual para assim, moldar o Direito e as políticas econômicas às necessidades de uma sociedade em constantes transformações.

7- CONCLUSÕES

É possível concluir, com a realização deste trabalho, que a discussão a respeito dos direitos de propriedade intelectual pode ajudar a orientar políticas de desenvolvimento econômico. No entanto, é necessário perceber que as patentes por si próprias não garantem total proteção contra possíveis imitações.

Chega-se também à conclusão de que a Lei de Patentes, apesar de possuir eficácia formal, não tem eficácia material em diversos setores industriais. Isto se deve em função de aspectos relacionados aos diferentes regimes de apropriabilidade (relacionados à natureza da tecnologia e à previsão normativa de patentes no mercado), ao estágio do design dominante e à disponibilidade de ativos complementares por parte dos agentes. Deste modo, na maioria dos casos, a proteção jurídica não é eficaz na proteção dos inovadores e nem mesmo impede que a tecnologia seja aperfeiçoada ou substituída. Sendo assim, outras formas de proteção à propriedade intelectual são utilizadas, como, por exemplo, os segredos de negócios e pioneirismo. Com isto em mente, parece ser necessária a compreensão de que não se deve repousar sobre um único aspecto da propriedade intelectual, como a patente, a responsabilidade de enfraquecimento da ação de imitadores, compreendendo que ela ajuda a compor um leque maior de proteção. Especialmente porque essa forma de proteção jurídica muitas vezes é utilizada por parte dos detentores das patentes não como forma de recompensar o criador pelo trabalho empenhado, mas sim como barreira à entrada de novos entrantes ou como meio de acesso a novos mercados. Desta forma, criar níveis de patentes, parece ser a solução para tornar o sistema mais eficaz. Esta experiência já foi feita no sentido da criação dos modelos de utilidade, que são patentes com um grau de sofisticação menor, porém responsáveis por “desafogar” ou no mínimo “aparar” o “matagal de patentes” ao qual Stiglitz se referia.

O entendimento entre as diferenças de demanda por proteção entre países desenvolvidos e em desenvolvimento pode se basear na ideia de que países diferentes necessitam de leis diferentes, pois por mais que semelhanças possam ser apontadas, não compartilham dos mesmos pensamentos e realidade.

Acredito que seja necessário, portanto, entender o contexto social e político no qual a Lei de Patentes está inserida. Assim sendo, a atividade legiferante deve ser coerente com as políticas de desenvolvimento econômico. Para tanto, a ciência de que o Direito evolui em conjunto com a sociedade parece permitir que, mesmo leis positivadas possam ser revistas e aperfeiçoadas com o intuito de aumentar sua eficácia material e assim, possibilitar a definição de estratégias e parcerias voltadas à inovação.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, E. "A apropriabilidade dos frutos do progresso técnico" *in*: PELAEZ, Victor, SZMRECSÁNYI, Tamás. (organizadores) **Economia da inovação tecnológica**. São Paulo: Hucitec, Ordem dos Economistas do Brasil, p. 232-259, 2006

BARBIERI, José Carlos; CHAMAS, Cláudia Inês. O acordo sobre os direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPs) e as políticas públicas de saúde e de defesa da biodiversidade. **Revista Eletrônica de Administração**, Porto Alegre, Ed.59Vol14nº1jan-abr2008

BITTENCOURT, Rubens. **Instituições de direito econômico**. Curitiba: Juruá, 1996

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**; tradução de Nilson Moulin. São Paulo: editora UNESP, 2008

BLASI Di, Gabriel; GARCIA, Mario Soerensen; MENDES, Paulo Parnte M. **A propriedade industrial**: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da lei 9.279, de 14 de março de 1996. Rio de Janeiro: Forense, 2002

CARNEIRO, Ana Maria; SALLES-FILHO, Sergio. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**. Rio de Janeiro, v.2, n.1, p.123-126, jan.-jun., 2008

CARVALHO, S. M. P. e Salles-Filho, S. Política de propriedade intelectual em medicamentos: uma visão do início da década de 2000. **RECIIS Revista Eletrônica de Comunicação Informação & Inovação em Saúde**. Rio de Janeiro (2008)

CASTRO, Ana Celia. (Artigo-resenha) "Construindo pontes: inovações, organizações e estratégias como abordagens complementares". **Revista brasileira de inovação**, Rio de Janeiro. vol3. num.2 (julho/dezembro2004)

COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. São Paulo: Saraiva, 2001
FERRAZ JR. Tércio Sampaio (in prólogo) Coelho, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 2001

CORIAT, B. e ORSI, F. Establishing a new intellectual property rights regime in the United States: Origins, content and problems, **Research Policy**, v.31, n.8-9, p.1491-1507, 2002

DOSI, G et al. Instituições e Políticas Moldando o Desenvolvimento Industrial: uma nota introdutória. **Revista Brasileira de Inovação**, Rio de Janeiro (RJ), vol6 1n1, p.55-85, janeiro/junho 2007

GRASSI, R. A. Concorrência schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando elos teóricos. Texto preparado para **VII encontro nacional da Sociedade de Economia Política**. Curitiba, 2002

GUISE, Mônica Steffen in BARRAL, W;PIMENTEL, L. O.(org).**Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

HERSCOVICI, Alain. Capital intangível e direitos de propriedade intelectual: uma análise institucionalista.**Revista de economia política**. vol.27 n.3 São Paulo, Jul/Set 2007

HODGSON, G., Economics and Institutions. Londres: Polity Press, 1988. "Institutions and Economic Development: Constraining, Enabling and Reconstituting" (2003), in G. Dymksi e S. De Paula, **Re-imagining Growth**, no prelo, 2004.

JHERING, Rudolph Von. **Teoria simplificada da posse**. (tradução de Valéria Maria Sant'Anna).Bauru: Editora Edipro,2002

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**; tradução de BORGES, Luís Carlos.4ed.São Paulo: Martins Fontes,2005

LEBAS, C. Fonctionnement, transformation et tensions du système de brevet- Les implications du "cours pro-brevet" à la lumière des études empiriques récentes, in **Revue d'Economie Industrielle** n.99, 2ème trimestre, Paris, 2002

MELLO, Maria Tereza Leopardi.Propriedade intelectual e concorrência. **Revista brasileira de inovação**, Rio de Janeiro(RJ),8(2),p378,julho/dezembro 2009

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

NELSON, Richard R.;WINTER, Sidney G. **Uma teoria evolucionária da mudança econômica**; tradutor:Cláudia Heller.-Campinas,SP:Editora da UNICAMP,2005

PAES, P. R. Tavares, **Nova Lei de Propriedade Industrial**, São Paulo:editora revista dos tribunais, 1996

PEREIRA, José Matias. A gestão do sistema de proteção à propriedade intelectual no Brasil é consistente?.**Revista de Administração Pública**.Vol.45.nº3,Rio de Janeiro.Jun 2011

PESSALI, Huáscar F.;FERNÁNDEZ, Ramón G., Inovação e teorias da firma in **Economia da inovação tecnológica**.PELAEZ, Víctor; SZMRECSÁNYI,

Tamás, organizadores. São Paulo: Hucitec: Ordem dos Economistas do Brasil, 2006

PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber (organizadores). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006

POSSAS, Silvia. "Concorrência e inovação" *in* **Economia da inovação tecnológica**. PELAEZ, Victor; SZMRECSÁNYI, Tamás, (organizadores). - São Paulo: Hucitec: Ordem dos Economistas do Brasil, 2006

SCHUMPETER, J. A. **A teoria do Desenvolvimento Econômico**. São Paulo, 1997

SHERWOOD, Robert M. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico**; tradução de Heloisa de Arruda Villela, São Paulo: editora da universidade de São Paulo, 1992

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**; tradução Pedro Maia Soares – São Paulo: Companhia das Letras, 2007

TEECE, David J. Profiting from technological innovation: implications for integration, collaboration, licensing and public policy, **School of business administration**, University of California, Berkeley, CA 94720, U.S.A., final version received in 1986

TELLES JR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 3ed. São Paulo: Saraiva. 2006