



# AS JUSTIFICATIVAS COMUNS PARA O DIREITO DE PATENTES

---

*Maria Edelvacy P. Marinho\**

## **RESUMO**

Apesar do direito de patentes conseguir promover de maneira uniforme a inovação nos Estados que o adota, esse fato não impede que as leis nacionais sobre patentes tenham uma justificativa e objetivos comuns. Não se trata propriamente de um direito humano do inventor de ter um direito de propriedade sobre o bem criado, mas de um direito que nasce da necessidade econômica de se criar um instrumento de incentivo ao investimento privado em inovação. Parte-se do pressuposto que as normas de livre mercado não são capazes de garantir o estímulo necessário para a produção de inovação em razão das características peculiares dos bens intelectuais.

## **Palavras-chaves**

Direito de patentes. Natureza jurídica. Inovação.

## **RESUME**

Bien que le droit des brevets n'arrive pas à promouvoir l'innovation de façon uniforme dans les Etats qui ont l'adopté, ce fait n'empêche pas que les lois nationales sur les brevets aient une justification et des objectifs communs. Il ne s'agit pas exactement d'un droit humain de l'inventeur à avoir un droit de propriété sur le bien qu'il a conçu, mais un droit qui est né du besoin économique de créer un instrument pour encourager l'investissement privé dans l'innovation. On suppose que les règles du marché libre ne sont pas en mesure de garantir l'encouragement nécessaire pour la production de l'innovation en raison des caractéristiques particulières des actifs intellectuels.

## **Mots-clés**

Droit de brevets. Nature juridique. Innovation.

## INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido sobre os efeitos que o sistema de patentes tem sobre a produção de inovação de um país. Em Estados desenvolvidos, ele tende a ser um fator de incentivo relevante para o investimento em inovação em determinados setores, em Estados em desenvolvimento essa relação não é tão clara. Entretanto, o objetivo desse artigo não é discutir os diferentes graus de incentivo gerado pelo sistema de patentes em razão do grau de desenvolvimento dos Estados. O objetivo é analisar a natureza comum dos direitos de patentes a partir de suas justificativas e objetivos.

---

\* Advogada, consultora, Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB, Doutora em Direito pela Universidade Paris 1-Panthéon Sorbonne.

## 1. A NATUREZA COMUM DOS DIREITOS DE PATENTES

A patente é um título de propriedade que assegura a seu titular o direito de exclusividade na exploração de um invento por um período de tempo limitado. Ela é concedida a inventos que sejam considerados novos, apresentem atividade inventiva e aplicabilidade industrial. Em teoria, o depositante do pedido de patente deve apresentar um relatório descritivo onde revela como o invento foi produzido de modo que terceiros possam reproduzi-los. Na prática, os relatórios são elaborados de modo a revelar o mínimo necessário para se obter a patente.

Essa troca entre «inventor ou investidor» e o Estado, na qual um revela o segredo de seu invento e o outro concede um título que garante a exclusividade na exploração desse invento foi a solução encontrada para resolver o difícil equilíbrio entre acesso e incentivo à produção de inovação. Esse equilíbrio não é estático, por isso sua definição tem se alterado com o passar do tempo. A cada época foi aplicado um tratamento jurídico diferente quanto ao conteúdo dos direitos e deveres dos inventores<sup>1</sup>. A seguir iremos analisar como as justificativas e objetivos do direito de patentes foram sendo modificados.

### a) Do privilégio a um direito de propriedade

A lei de patentes começou a ser desenhada em 1421, em Florença, berço do Renascimento, com a concessão da patente de Filippo Brunelleschi. A patente foi concedida para uma invenção que ele intitulou “loading crane for ships”. O invento foi criado para transportar pedras para a construção da Catedral de Florença. Brunelleschi recusou-se a transmitir os segredos de sua invenção em troca de um prêmio por medo que os outros reproduzissem o invento sem autorização.<sup>2</sup> Em razão de sua recusa, o Conselho de Florença decidiu dar-lhe o direito exclusivo de explorar a invenção por um período de três anos, em troca da técnica de fabricação do barco. O texto da primeira patente começa com uma justificativa para o privilégio: «He refuses to make such a machine available to the public, in order that the fruit of his genius and skill may not be reaped by another without his will and consent; and that, if he enjoyed some prerogative concerning this, he would open up what he is hiding, and would disclose it to all».<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Para referências históricas sobre o desenvolvimento do direito de patentes, ver: DAVID, P. A. “Intellectual property institutions and the Panda’s Thumb: patents, copyrights, and trade secrets in economic theory and history”, in WALLERSTEIN, M.; MOGEE, M. S. R. *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*. National Academies Press (Eds.), 1993, pp. 19-64; KHAN, Z.; SOKOLOFF, B. K. L. *Intellectual Property Institutions in the United States: Early Development and Comparative Perspective*. Washington: World Bank Summer Research Workshop on Market Institutions, 2010. HILAIRE-PERE, L. *L’invention technique au siècle des lumières*. Paris: Albin Michel, 2002; DENT, C. *Patent Policy in Early Modern England: Jobs, Trade and Regulation*, Intellectual Property Research Institute of Australia, 2007. MACLEOD, C. *Inventing the industrial revolution. The English patent system, 1660-1800*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

<sup>2</sup> BUGBE. *Genesis of American Patent and Copyright Law*. Washington: Public Affairs Press, 1967, p. 17.

<sup>3</sup> Idem.

A primeira patente foi, portanto, concedida como resultado de uma negociação entre o Estado e o inventor. A inovação dessa negociação reside na escolha do modelo de recompensa do inventor : um direito exclusivo ao invés das formas tradicionais como um pagamento em moeda ou um título de nobreza. Tal inovação reflete o temor do inventor de ver sua invenção reproduzida sem autorização. Ele percebeu que em razão das possibilidades de uso de sua invenção era mais lucrativo garantir o controle sobre sua produção do que receber um valor fixo sobre seu invento. A troca de seu conhecimento por um preço não foi suficiente, o inventor sentiu a necessidade de outras garantias para a divulgação do segredo, e neste caso, o Estado concedeu o privilégio em nome do «bem comum». Os relatos sobre a concessão das primeiras patentes nos deixam a impressão de que a patente era parte de uma estratégia do Estado para o desenvolvimento e difusão de invenções, como um privilégio, uma recompensa, dada pelo soberano em razão dos serviços prestados pelo inventor ao divulgar o segredo da concepção do invento.

Entretanto, constata-se que em Florença e Veneza, a concessão de patentes não era uma prática comum o suficiente para que esta fosse identificada como parte de uma política econômica voltada para a inovação.

Na Inglaterra, inicialmente, a concessão de patentes não era exclusiva para inventos, servindo também para legitimar privilégios na exclusividade de comercialização de certos produtos como é o caso do sal. A escolha sobre quem conseguiria ou não o privilégio ainda era baseada no critério de conveniência e oportunidade da Coroa. A concessão de privilégios foi uma das formas encontradas para estimular a produção local e reduzir a dependência das manufaturas importadas. O privilégio era uma prerrogativa real<sup>4</sup>, não havendo ainda um direito do inventor de ter o seu invento protegido. É importante ressaltar que a concessão de privilégios era uma prática comum da economia mercantilista<sup>5</sup>, não sendo prática reservada apenas aos inventos.<sup>6</sup>

A passagem do modelo de privilégios para o modelo de propriedade não se deu de maneira uniforme nem imediata. O conceito de patente como propriedade foi fruto das ideias liberais, da valorização do homem pelo movimento iluminista e do fim do absolutismo. Na Inglaterra, essa transição aconteceu paulatinamente como resposta aos abusos cometidos pela coroa com a concessão de patentes<sup>7</sup>. Mas é importante que se enfatize o fato de que a associação entre patentes e direito de propriedade, não nasceu na Inglaterra.

---

<sup>4</sup> CHAUVEAU, S. "Marchandisation et brevet", in : VIVANT, Michel (dir), **Propriété intellectuelle et mondialisation: la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?** Paris : Dalloz, 2004, p. 106

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> MACLEOD, C. **Inventing the industrial revolution. The English patent system, 1660-1800.** Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

<sup>7</sup> Esses abusos foram cometidos principalmente nos governos de Elizabeth I e Jaime I. Sobre o sistema de patentes inglês ver: MACLEOD, C. **Inventing the industrial revolution. The English patent system, 1660-1800.** Cambridge: Cambridge University Press, 1988

A contribuição do direito inglês para a construção do direito de patentes como conhecemos hoje residiu na elaboração de critérios mais objetivos a concessão do título e sua dissociação entre os privilégios comerciais e os privilégios advindos de um invento.

Essa dissociação começa a se realizar graças à pressão do parlamento inglês contra a concessão de privilégios pela Coroa. Em resposta, em 1601, Elizabeth I permitiu que se arguisse a validade dos privilégios perante o judiciário. Como essa medida não foi suficiente, em 1621 o parlamento votou o *statute of monopolies*, tornando os monopólios ilegais à exceção daqueles deferidos às invenções que: não fossem “contrárias a lei, nem importassem em prejuízo ao Estado pelo aumento do preço das mercadorias e que não impedissem o comércio ou levasse a desconforto geral.”<sup>8</sup> As reformas de 1734, 1829 e 1852 consolidaram a passagem do modelo de privilégios para um modelo mais objetivo e impessoal, no qual era suficiente que o inventor pagasse as taxas e preenchesse os requisitos do depósito do pedido para que este fosse analisado.<sup>9</sup> O processo de oposição à concessão foi facilitado, o que repercutiu na qualidade das patentes concedidas.

O sistema evoluiu de uma negociação particular entre inventor e soberano para um sistema mais impessoal, onde os inventores depositavam um pedido de proteção de seu invento que após análise do Estado, poderia ser objeto de um privilégio ou não. As regras se tornaram mais objetivas, o que permitiu que o instituto da patente começasse a se constituir um direito específico.

Outro momento importante para a consolidação do direito de patentes ocorreu com a Revolução Francesa.<sup>10</sup> Depois da Revolução, a patente não poderia mais ser justificada como um privilégio. A solução foi considerá-la como um direito de propriedade.<sup>11</sup> Segundo os ideais da revolução, o homem só poderia ser livre se fosse proprietário de si mesmo e dos frutos do seu trabalho. Como demonstrou Marie-Angèle Hermitte:

“O pensamento revolucionário implicava de maneira irresistível a extensão da idéia propriedade de bens materiais aos bens imateriais (...) Para fazer isto, foi necessário para dar as obras intelectuais o mesmo tratamento dado aos bens materiais, porque os dois estavam intrinsecamente envolvidos no desenvolvimento da pessoa humana.”<sup>12</sup>

<sup>8</sup> PLASSEREAUD, Y.; SAVIGNON, F. *L'Etat et l'invention : histoire des brevets*. Paris : La documentation française, 1986, p. 45.

<sup>9</sup> Apesar do sistema inglês de patentes ter se tornado mais democrático, o acesso ao sistema ainda era limitado pelo poder aquisitivo do inventor. O alto custo das taxas e a burocracia impediam que pequenos inventores depositassem seus pedidos. As taxas variavam entre 100 a 120 libras chegando a 4 vezes esse valor em 1860. KHAN, Zorina B. *An Economic History of Patent Institutions*. Bowdoin College Disponível em: <http://eh.net/encyclopedia/article/khan.patents>

<sup>10</sup> HILAIRE-PERE, L. *L'invention technique au siècle des lumières*. Paris : Albin Michel, 2002, p. 241-287.

<sup>11</sup> Essa justificativa filosófica está baseada nas ideias de Locke e nos ideias da revolução francesa que tinha como uma de suas bases a sacralização da propriedade como meio do homem alcançar sua liberdade.

<sup>12</sup> HERMITTE, M.-A. *Les concepts mous de la propriété industrielle: passage du modèle de propriété*

Expressamente, a lei de 1791 reconhece o direito de propriedade dos inventores e autores sobre suas obras e inventos, assegurando em seu primeiro artigo que: “Toda nova descoberta ou invenção, em todos os tipos de indústria é propriedade do autor e, conseqüentemente, a lei garante seu pleno exercício , na forma e na duração que serão determinados a seguir. “ A lei francesa foi a primeira a reconhecer a natureza de propriedade do título de patentes.

A discussão sobre a natureza dos direitos de propriedade intelectual não se extinguiu com a criação da lei francesa. Questionava-se se o direito de propriedade decorreria de um direito natural ou de um contrato entre sociedade e inventor. Segundo o direito natural, por ser fruto do trabalho do inventor, o bem intelectual é de sua propriedade. Para a teoria do contrato, o bem pertence ao inventor em razão de um contrato entre a sociedade e o inventor em que este por revelar o segredo do invento recebe como recompensa a exclusividade na exploração do seu invento.

O fato da patente passar a ser considerada como um direito de propriedade não impediu que esta continuasse a ser utilizada como um instrumento de política industrial nacional. Por exemplo, o direito francês adotou uma postura nacionalista, ao recusar o reconhecimento do direito dos estrangeiros para solicitar patentes, ao impor aos inventores agraciados com a patente francesa a produção local ( ou seja na França) das invenções protegidas e a invalidar as patentes para invenções que posteriormente fossem solicitadas em outro país.

Além disso, sendo um direito de propriedade e não mais um privilégio, a patente passou a ser submetida aos limites da categoria da propriedade.<sup>13</sup> Assim, como toda a propriedade, a patente teve que se enquadrar na regra de que há elementos que não são passíveis de apropriação e, portanto, não patenteáveis; que o Estado diante de uma necessidade justificada e previamente definida em lei poderia submeter o titular da patente a um processo de expropriação. Entretanto, por conceder um monopólio de uso, exploração e comercialização a um bem que não se deteriora, a patente tem à diferença da propriedade clássica, um limite temporal: sua duração é pré-determinada pela lei.

Se por um lado as limitações impostas ao inventor pelo Estado, reduzia o potencial de exploração exclusiva do invento, por outro, a falta de estrutura dos sistemas nacionais de patentes, reduzia o acesso da população em geral ao relatório onde se descreviam os “segredos” do invento, o que por consequência reduzia a difusão do invento e a possibilidade de cópia. Nessa fase de consolidação dos direitos de patentes como direitos de propriedade, a contrapartida da sociedade com a divulgação dos segredos da concepção do invento ainda era reduzida em virtude da falta de estrutura dos escritórios de patentes da época e da dificuldade de circulação das informações. Além disso,

---

foncière au modèle du marché, in **Homme, nature et droit**, Bourgeois : Edition Christian, 1988, p. 89

<sup>13</sup> SALGUES, B. “Evaluation économique des droits de la propriété intellectuelle”. in **Droit du génie vegetal**. Paris : Librairie Techniques, 1987, p. 182.

a publicidade promovida pelo escritório de patentes desempenhou um papel limitado na disseminação de novas tecnologias em razão da baixa qualidade das informações fornecidas pelos requerentes do título. As exposições de novas máquinas ao público em geral era, na época, um dos meios mais eficazes de divulgação de informações.

No que se refere ao sistema de patentes, a publicidade do invento patenteado era feita através da publicação de uma breve descrição do invento e do nome do seu inventor em jornais de grande circulação da época. Aquele que se interessasse em obter informações específicas sobre o invento deveria se dirigir ao órgão que concedeu a patente.<sup>14</sup> No entanto, esse acesso nem sempre era garantido. Na França, o acesso era bastante restrito. Se o solicitante fosse francês, este deveria apresentar os motivos pelos quais desejava acesso ao relatório, e se fosse estrangeiro só poderia ler o relatório na presença de um advogado francês, sem o direito de copia-lo. Além da dificuldade de acesso, a qualidade do relatório nem sempre era boa, em muitos casos não se podia reproduzir o invento com as informações apresentadas no relatório.<sup>15</sup> Na Inglaterra a situação era parecida.<sup>16</sup>

A análise histórica das primeiras legislações sugere que a justificativa “jurnalista” da patente enquanto direito do inventor de se apropriar do fruto do seu trabalho intelectual foi importante para legitimar a passagem do privilégio para um direito de propriedade autônomo. Todavia, o reconhecimento da patente como direito de propriedade deve ser analisado sob a luz do contexto econômico e político da época para se evitar equívocos quanto à determinação da natureza desses direitos. Nos séculos XVIII a XX o sistema de patente se adequou às necessidades dos Estados de proteger suas indústrias nacionais. Nessa época o reconhecimento dos direitos de estrangeiros de solicitar patentes ainda era exceção entre as legislações nacionais.<sup>17</sup> Sendo comum que a concessão da patente em outro país fosse considerada como causa de perda de novidade. Alguns países ainda determinavam que caso o titular solicitasse uma patente em outros países esse ato constituiria uma razão para nulidade da patente nacional.<sup>18</sup> Em razão das políticas protecionistas da época, o reconhecimento de um monopólio de exploração sobre uma tecnologia estrangeira no mercado nacional poderia ter efeitos negativos sobre a indústria nacional. Por essa razão, o direito do homem de se apropriar do seu invento não era absoluto, mas condicionado em certas legislações à nacionalidade do inventor e à produção local do invento.

<sup>14</sup> MACLEOD, *op. cit.*, p. 170-185.

<sup>15</sup> ZORINA KHAN., **B. Intellectual Property and Economic Development: Lessons from American and European History**. Commission on Intellectual Property Rights, Study Paper 1a, 2002.

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> Nos EUA, por exemplo, apenas na revisão de 1836 que foi facultado ao estrangeiro a solicitação de patentes.

<sup>18</sup> A exemplo da lei francesa de 7 de janeiro de 1791, Artigo 16. 5º: « Tout inventeur qui, après avoir obtenu une patente en France, sera convaincu d'en avoir pris une pour le même objet en pays étranger, sera déchu de sa patente »

Feitas essas considerações, a utilização da propriedade clássica como modelo para a apropriação do conteúdo intelectual dos inventos permitiu que fosse acordado aos titulares o controle sobre a produção e comercialização dos seus inventos contra o uso não autorizado de terceiros. Por ser um título de propriedade, a patente passou a poder ser cedida, vendida ou licenciada, conforme a vontade do titular.

## 2. ADAPTABILIDADE DO MODELO DE PROPRIEDADE PARA OS BENS INTELECTUAIS

O modelo tradicional de propriedade não se aplica perfeitamente as particularidades do bem intelectual. Tomemos como exemplo a posse. Nos bens materiais o proprietário pode excluir terceiros da exploração do bem pela simples posse deste. Nos bens imateriais, tal fato não é possível - milhões de pessoas podem escutar a mesma música no mesmo momento. A venda de um cd, não exclui a propriedade intelectual do autor da música.

A adaptabilidade do modelo de propriedade para os bens intelectuais também é questionada diante da incorporação de novos setores tecnológicos como a informática e a biotecnologia. Parte desses questionamentos decorre do próprio sucesso do sistema de patentes. Os investidores do setor de informática e de biotecnologia vêm no sistema de patentes um meio eficaz de proteção de suas inovações contra o uso não autorizado de terceiros. Contudo, a estrutura do direito de patentes não é perfeitamente adaptada a esses campos. É importante lembrar que a estrutura do sistema foi pensada para inventos no campo da mecânica. A garantia de exclusividade de um invento no campo da mecânica não tem os mesmos efeitos da exclusividade acordada sobre uma cadeia genética. Além do fator ético, estudos tem provado que a concessão de patentes com reivindicações largas nesse campo tem dificultado a realização de pesquisas na área. Dessa forma, o sistema ao invés de estimular a inovação poderia ser considerado como um obstáculo.

Outro ponto relevante a se analisar é o sujeito protegido pelo direito de patentes. Inicialmente, a ideia era conceder um título de propriedade ao inventor que poderia ser considerado como um prêmio por sua genialidade, uma recompensa pelo esforço. Justificou-se, para alguns, a concessão do título em razão de um direito natural de propriedade que o inventor teria sobre o fruto do seu trabalho, o invento. Hoje os grandes solicitadores de patentes são grandes empresas, onde em grande parte dos casos, os inventos são fruto de um trabalho de equipe setorializado, onde o inventor raramente é inventor do todo.

A evolução recente do direito de patentes nos mostra que embora o conceito da patente não tenha se alterado substancialmente ao longo dos anos, a justificativa para sua concessão tem se baseado cada vez mais pela sua função econômica do que nos direitos de inventor de ser reconhecido como proprietário de seu trabalho intelectual. De fato, a teoria de contrato entre sociedade e investidor-inventor parece mais adaptada a esse estágio do sistema de patentes.

Contudo, os benefícios da sociedade com o sistema que antes eram focados na divulgação do segredo, parece ter se concentrado na construção de um ambiente seguro para o investimento em inovação.

Em teoria, além de ser um incentivo ao investimento privado em inovação, a patente teria outros benefícios econômicos como a obrigação do inventor de revelar a sociedade os segredos da concepção de seu invento evitando que as empresas concorrentes deslocassem recursos para desvendá-los. Todavia, essa contrapartida tem algumas limitações. Há situações onde as empresas concorrentes desenvolvem em paralelo, pesquisas similares na busca da solução para um mesmo problema. Nesses casos, o direito de patentes promove uma corrida pelo patenteamento.<sup>19</sup> E o benefício da sociedade não estaria tanto na revelação do segredo, mas na velocidade com que o invento seria divulgado. A empresa que também investiu no desenvolvimento do produto por não ter sido a primeira a inventar/patentear<sup>20</sup> o invento não poderia utilizar do sistema de patentes para reaver seus investimentos em inovação. Associado a esse fato, a capacidade crescente de engenharia reversa das empresas tem reduzido os benefícios da revelação do segredo do invento para o progresso tecnológico. Caso o invento seja de difícil reprodução, a proteção por segredo poder ser mais favorável ao inventor que a opção da patente. A patente seria a escolha dos inventores para inventos com uma maior probabilidade de serem copiados. Nesse caso, em curto prazo, a sociedade não ganharia tanto com a revelação do segredo já que em pouco tempo este poderia ser desvendado pela empresa concorrente.

De fato, a contrapartida da sociedade viria em longo prazo com a formação de um ambiente seguro ao investimento em inovação. A possibilidade de concessão do título de patentes é uma das poucas seguranças que o investidor pode contar diante das incertezas quanto ao sucesso dos projetos em R&D. Mesmo que o projeto seja bem sucedido e se concretize em um produto comercializável, a mera concessão da patente, não garante ao titular o retorno de seus investimentos. Após conferido o título, caberá ao mercado determinar seu valor diante das soluções que a invenção apresentar para sociedade, dos custos de produção e da capacidade de pagamento do público consumidor em potencial.

A justificativa econômica que mais se aproxima do real função da patente é a fornecida pela teoria das falhas de mercado<sup>21</sup>. Parte-se da premissa de que o mercado sozinho não é capaz de promover o investimento privado em R&D. A diferença dos bens corpóreos, os incorpóreos - como é o caso dos bens intelectuais- não estão sujeitos a escassez. Ou seja, o fato do conhecimento ser

---

<sup>19</sup> Sobre a análise sobre os efeitos econômicos para a sociedade da da corrida pelas patentes ver ;Bessen, James E. and Maskin, Eric S., "Sequential Innovation, Patents, And Imitation" MIT Dept. of Economics Working Paper No. 00-01, 2000. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=206189>

<sup>20</sup> Nos EUA a patente é concedida ao primeiro inventor e não ao primeiro depositante como ocorre na maioria dos países.

<sup>21</sup> WJ GORDON, Asymmetric market failure and prisoner's dilemma in intellectual property. University Dayton, 1992; Ejan Machaay, legal hybrids: beyond property and monopoly, 94, Col., 1994.



utilizado por um não impede o outro de fazer o mesmo, sem que com isso se perca em qualidade ou em quantidade.<sup>22</sup> De fato,

“a natureza da propriedade intelectual intangível - que é independente de sua materialização e de seu emprego - garante-lhe um poder especial no campo da fabricação e venda de mercadorias. Uma invenção pode ser usada em todo o país como uma regra para fabricar um bem de modo ilimitado ou para executar uma atividade. (...) Todos os ativos intangíveis podem ser a fonte de um uso infinitamente repetido, quantitativamente, no tempo e no espaço.”<sup>23</sup>

Em razão dessas características, - não rivalidade e não exclusividade<sup>24</sup>- o controle sobre a utilização dos conhecimentos que integram a invenção por terceiros se torna difícil. Nesse aspecto, o mercado falha em promover a produção de inovação, sendo somente pela via do direito que a apropriação do bem intelectual é assegurada para seus autores/inventores.

Do ponto de vista econômico, o baixo custo da cópia em relação ao custo de pesquisa e desenvolvimento de produtos estimula a ação de imitadores e acaba por promover um ambiente pouco inovador. A teoria da falha de mercado implica que, para garantir um quadro legal favorável à inovação, o Estado deve intervir através da concessão de um monopólio temporário. Graças a lei de patentes, os investimentos efectuados em P&D podem ser convertidos em capital, como parte dos ativos da empresa como ativo intangível.<sup>25</sup>

Diante da falha do mercado, a patente seria justificada como um meio de reduzir custos de transação de forma mais eficiente que a recompensa via prêmios e que o segredo do negócio.<sup>26</sup> Essa justificativa pressupõe a existência de ambiente de livre mercado, onde a patente, ao converter o conteúdo imaterial do invento em título de propriedade delimitado, reduziria os custos não só no desenvolvimento do produto como também da sua comercialização.

A teoria da patente como solução a uma falha de mercado serve tanto para justificar a existência da patente quanto às exceções à exclusividade na exploração do invento. Assim, justifica-se a autorização pelo Estado da exploração de uma patente mesmo sem a anuência do titular “para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial”.<sup>27</sup> A função econômica da patente estaria em garantir o bom funcionamento do mercado, estimulando uma concorrência baseada na inovação que por sua vez garantiria a provisão constante de inovação para sociedade. Nesse modelo, os limites impostos ao direito de patentes não

<sup>22</sup> SCHMIDT-SZALEWSKI, J. ; PIERRE, J.-L. defendem que por natureza os bens intelectuais não são passíveis de apropriação in , *Droit de la Propriété Industrielle*, Paris, Litec, 2007

<sup>23</sup> TROLLER, Alois Précis du droit de la propriété immatérielle. Helbing&Lichtenhahn, Bâle, 1978, p. 34.

<sup>24</sup> LEVÊQUE; et Y. MENIERE ,*Economie de la propriété intellectuelle*, Paris, La découverte, 2003.

<sup>25</sup> LEVÊQUE; et Y. MENIERE ,*Economie de la propriété intellectuelle*, Paris, La découverte, 2003, p. 63

<sup>26</sup> PIRES DE CARVALHO, N. *The TRIPS regime of patent rights*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 2005, p. 25

<sup>27</sup> Essa possibilidade está prevista no Accordo TRIPS artigo, 31, K.

são exclusivamente determinados pelo direito de propriedade clássica, mas são moldados pelo mercado e pelo direito de concorrência.<sup>28</sup>

No entanto, o modelo da patente, não é capaz de corrigir todas as falhas de mercado que permeiam o investimento em inovação. Como uma solução para um problema colocado pelo mercado, o sistema de patentes funciona especialmente nos casos em que o setor privado está disposto a investir, pois supõe a expectativa de um retorno sobre o investimento, ou seja, a existência de potenciais compradores e em número suficiente. Por exemplo, quando se trata de desenvolver medicamentos contra doenças que afetam pobres ou um número muito pequeno de pacientes, o modelo da patente não é capaz de incentivar o investimento privado. A malária é um bom exemplo. Em 2006, cerca de 1 milhão de pessoas morreram por causa desta doença<sup>29</sup> mas os recursos para o desenvolvimento de uma vacina são limitados e são investidos principalmente por institutos de pesquisa governamentais e ONG. O setor privado não está interessado em investir em tais pesquisas. As empresas investem no desenvolvimento de produtos que precisam de uma boa recepção no mercado, com os consumidores capazes de pagar, o que não é bem o caso de pacientes com malária.<sup>30</sup>

Apesar da teoria da falha de mercado ser aplicada apenas quando o mercado está disposto a investir, ela é útil por explicar porque a patente, sendo um monopólio temporário, ou seja, a princípio um fator limitante da livre concorrência, pode ser um instrumento em favor da concorrência leal.

O título de patentes tem se consolidado como uma propriedade voltada para o mercado, cujo escopo é definido pelo equilíbrio entre acesso e incentivo à produção de inovação. A categoria de propriedade é preservada pela ligação de apropriação entre o sujeito “investidor-inventor” com seu invento, mesmo que esta relação necessite do exame do Estado para se concretizar.<sup>31</sup> A questão da posse, tão marcante na propriedade clássica, assume no caso da patente e da propriedade intelectual em geral mais uma ideia de poder de controle: acesso, reprodução e comercialização do bem, não sendo uma razão para excluir a propriedade intelectual da categoria de propriedade.

Dessa forma, a propriedade intelectual se estrutura tendo como base um duplo objetivo: legitimar a apropriação do bem intelectual por quem o criou ou que ajudou a criar (financiamento) e pela sua função econômica de solucionar uma falha de mercado promovendo primeiramente a produção pelo setor privado para depois assegurar o acesso às inovações pela sociedade.

---

<sup>28</sup> SALGUES, B “Evaluation économique des droits de la propriété intellectuelle”, in *Droit du genievegetal*, Librairie Techniques, Paris, 1987.

<sup>29</sup> OMS. Rapport annuel sur le paludisme, 2008. Disponible sur : <http://www.who.int/malaria/mediacentre/wmr2008/MAL2008-SumKey-FR.pdf>

<sup>30</sup> Para mais informações consultar o relatório : « The malaria R&D Alliance » publicado no sitio [malariaalliance.org](http://malariaalliance.org).

<sup>31</sup> ABELLO, A. La propriété intellectuelle, une “propriété de marché”, in : FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir). *Droit et économie de la propriété intellectuelle*. Paris : L.G.D.J, 2005, p. 351.

Ao se analisar a propriedade intelectual como “uninstrumentéconomi- queplutôt que commel’achèvement de l’individualismejuridique”<sup>32</sup> ela deixa de ser vista como “exceção a propriedade clássica”<sup>33</sup> e passa a ser concebida “commelebastionavancé d’une nouvelle conception de lapropriété”<sup>34</sup>. Para Alexandra Abello esse movimento característico dos direitos de propriedade intelectual não deve ser visto como exceção, mas deve ser entendido como uma versão moderna da propriedade enquanto categoria; ela representaria de fato a evolução do instituto.<sup>35</sup> Abello se refere a propriedade intelectual no atual estágio de desenvolvimento como uma propriedade de mercado.

Todavia, essa denominação de propriedade de mercado não deve induzir o leitor a erro; como bem precisou Michel Vivant et PhillipeGaudrat “uma coisa é um direito que tem sua razão de ser e sua legitimidade em uma economia de mercado. Uma outra é a situação onde o mercado dita sua lei (... )”<sup>36</sup>

A existência do direito de patente responde a uma necessidade de correção do mercado para que o incentivo à inovação seja mantido sobre bases leais de concorrência. Entretanto, mesmo se pautando na lógica do retorno dos investimentos, o direito de patentes tem sua legitimidade na promoção da produção e acesso aos inventos pela sociedade. Quando o interesse do titular da patente de reaver seus investimentos conflita com o interesse da sociedade de ter um acesso rápido e mais barato a um bem intelectual- como é o caso dos medicamentos- o próprio direito de patentes regula o conflito prevendo a utilização do instrumento da licença compulsória. Não se deve confundir o mau uso do direito de patentes como se este fosse a justificativa para sua existência.

Alexandra Abello acertadamente associa a ideia de propriedade de mercado como um tipo de propriedade-necessidade na qual o “direito a apropriação” se justifica pela promoção do bem comum.

Para ela

“propriedade intelectual relaciona a propriedade e a necessidade, portanto, não se admite em princípio o não-uso, a falta de uso pode ser penalizada em nome dos interesses de todos. Monopólios não utilizados perdem sua razão de ser. (...) De fato, se o objeto em questão não é mais útil, a lei torna-se mais fraca e contestável. Os contornos do direito, passam então pelo uso. Se o uso é menos legítimo e a utilidade descrece, a propriedade se torna mais fraca. Além disso, uma vez que se pensa a propriedade em função das necessidades de seu titular, deve-se pensar nos terceiros que também tem necessidades. Assim, se conectarmos o direito de propriedade à necessidade, talvez possamos atacar o caráter egoísta

<sup>32</sup> Idem, p. 347

<sup>33</sup> Idem, p. 348.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> GAUDRAT, P ; VIVANT, M. Marchandisation, in VIVANT, Michel (dir). **Propriété intellectuelle et mondialisation: la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?** Paris : Dalloz, 2004, p. 32.

da propriedade, pois se a necessidade e a utilidade diminuem, logo deve-se deixá-la acessível aos outros.”<sup>37</sup>

Por isso, a exclusividade do titular da patente pode ser retirada em razão do não uso da patente : não seria do interesse geral que fosse acordado ao titular da patente um acesso privilegiado ao mercado, permitindo inclusive a exclusividade na produção do bem se este se recusasse a produzi-lo<sup>38</sup>.

Sob a mesma lógica de “propriedade-necessidade” que a exclusividade do direito de patentes não é “infinita”, ela é concedida para um período pré-determinado para que a patente cumpra a função de incentivo ao investimento privado e logo depois passe a integrar o domínio público permitindo à sociedade a livre reprodução daquele conhecimento. Essa ideia reforça o entendimento de que a patente é uma propriedade atrelada a sua função social, cujos contornos são definidos em função da necessidade de equilíbrio entre incentivo à produção e acesso à inovação.

## CONCLUSÃO

Analisando a evolução dos direitos de patentes, percebe-se que a passagem da propriedade clássica para a propriedade de mercado não representa a rejeição de um modelo sobre o outro, mas revela o caminho da afirmação da real natureza dos direitos de patentes. Essa concepção utilitarista trazida pela propriedade de mercado traz consigo o desafio de criar instrumentos que equilibrem o interesse privado e o interesse público na produção de inovação. Não se trata ainda da solução para esse momento de transição. Atualmente, o sistema de patentes precisa se adaptar aos novos campos tecnológicos de modo a manter sua função de equilíbrio entre incentivo à produção de inovação e seu acesso pela população. Essa mudança passa pelo esclarecimento dos objetivos que a sociedade pretende atingir com o sistema de patentes atual.

## BIBLIOGRAFIA

ABELLO, A. La propriété intellectuelle, une “propriété de marché”, in : FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir). **Droit et économie de la propriété intellectuelle**. Paris : L.G.D.J, 2005.

BESSEN, James E. ; MASKIN, Eric S., Sequential Innovation, Patents, And Imitation. MIT Dept. of Economics Working Paper No. 00-01, 2000. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=206189>

BUGBE. **Genesis of American Patent and Copyright Law**. Washington: Public Affairs Press, 1967.

<sup>37</sup> ABELLO, A. op.cit. p. 354.

<sup>38</sup> Como é o caso da licença compulsória por não uso justificado ou a decadência do direito pelo não pagamento da tarifa anual , instrumentos estes presentes em todos os direitos de patentes.

CHAUVEAU, S. Marchandisation et brevet, in : VIVANT, Michel (dir), **Propriété intellectuelle et mondialisation: la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?** Paris : Dalloz, 2004.

DAVID, P.A Intellectual property institutions and the Panda's Thumb: patents, copyrights, and trade secrets in economic theory and history, in WALLERSTEIN, M.; MOGEE, M. S. R. *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*. National Academies Press (Eds.), 1993, pp. 19-64.

DENT, C. Patent Policy in Early Modern England: Jobs, Trade and Regulation, Intellectual Property **Research Institute of Australia**, 2007.

GAUDRAT, P ; VIVANT, M. Marchandisation, in VIVANT, Michel (dir). **Propriété intellectuelle et mondialisation: la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?** Paris : Dalloz, 2004.

GORDON, W.J. Asymmetric market failure and prisoner's dilemma in intellectual property. University Dayton, 1992.

HERMITTE, M.-A. Les concepts mous de la propriété industrielle: passage du modèle de propriété foncière au modèle du marché, in *Homme, nature et droit*, Bourgeois : Edition Christian. 1988.

HILAIRE-PERE. L. **L'invention technique au siècle des lumières**. Paris : Albin Michel, 2002.

KHAN, Z.; SOKOLOFF, B. K. L. **Intellectual Property Institutions in the United States: Early Development and Comparative Perspective**. Washington: World Bank Summer Research Workshop on Market Institutions, 2010.

LEVÊQUE; Y. MENIERE .**Economie de la propriété intellectuelle**. Paris : La découverte, 2003.

MACLEOD, C. **Inventing the industrial revolution. The English patent system, 1660-1800**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988 .

PIRES DE CARVALHO, N. **The TRIPS regime of patent rights**. Kluwer Law and Taxation Publishers, 2005.

PLASSEREAUD, Y.; SAVIGNON, F. **L'Etat et l'invention : histoire des brevets**. Paris : La documentation française, 1986.

SALGUES, B. Evaluation économique des droits de la propriété intellectuelle. in **Droit du génie végétal**. Paris : Librairie Techniques, 1987.

SCHMIDT-SZALEWSKI, J. ; PIERRE, J.-L. **Droit de la Propriété industrielle**. Paris : Litec, 2007

TROLLER, Alois. **Précis du droit de la propriété immatérielle**. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1978.