

INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO CONCORRENCIAL E O DIREITO DAS PATENTES: LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO

Intersección entre el derecho de la competencia y el derecho de las patentes: licencias
obligatorias

Juliana Demori de Andrade¹
Thiago Gonçalves Paluma Rocha²

RESUMO

Objetiva-se no presente trabalho o estudo do Direito de Propriedade Industrial, mais especificamente o Direito das Patentes, sob um prisma do Direito Concorrencial. Primeiramente aborda-se a relação existente entre a livre concorrência e a inovação tecnológica, além da sua relevância na promoção do desenvolvimento econômico e social de um Estado. Em seguida, passa-se a tratar do Direito das Patentes no que se refere às disposições legais, às justificantes para a sua concessão e a seu caráter de monopólio legal inserido em uma realidade de mercado. Logo após, analisa-se as hipóteses de abusos do poder econômico pelo titular da patente e as situações que justificam o licenciamento compulsório. Esta pesquisa utiliza os tipos bibliográfico e documental. O método utilizado para a pesquisa bibliográfica foi o dedutivo. Já para a pesquisa documental utilizou-se o método comparativo. A técnica utilizada para o tipo de pesquisa teórica ou bibliográfica é a análise textual, temática e interpretativa da bibliografia selecionada e estudada. Para o tipo de pesquisa documental, utiliza-se a técnica de análise histórica e de conteúdo.

¹ Mestranda em Direito Público na Universidade Federal de Uberlândia e bolsista da CAPES. E-mail: judemori@hotmail.com.

² Advogado inscrito na OAB/MG. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Doutorando em Direito Internacional Privado pela *Universitat de València*-Espanha. Professor da Faculdade Pitágoras de Uberlândia e da ULBRA (campus Itumbiara). E-mail: thiago_paluma@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Livre Concorrência; Patentes; Licenciamento Compulsório.

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo estudiar el Derecho de la Propiedad Industrial, más específicamente el Derecho de las Patentes, a partir de del Derecho Competencia. Primer, se trata de la relación existente entre la libre competencia y la innovación tecnológica, además de la importancia en la promoción del desarrollo económico y social de un Estado. Enseguida, se discurre sobre el Derecho de las Patentes en lo que se refiere a las disposiciones legales, a las justificaciones para su concesión y a su carácter de monopolio legal inserido en una realidad de mercado. En otro momento, se analiza las hipótesis de abusos del poder económico por el titular de la patente y las situaciones que justifican la licencia obligatoria. Esta investigación utiliza los tipos bibliográfico y documental. El método utilizado para la investigación bibliográfica fue el deductivo. Para la investigación documental se utiliza el método comparativo. La técnica utilizada para la investigación bibliográfica es el análisis textual, temático e interpretativo de la bibliografía seleccionada y estudiada. Para la investigación documental se utiliza la técnica de análisis histórico y de contenido.

Palabras claves: Libre Competencia; Patentes; Licencia Obligatoria.

INTRODUÇÃO

O Estado Brasileiro é constitucionalmente compelido a tutelar a livre concorrência e as demais liberdades do mercado como também deve investir e incentivar o progresso científico e tecnológico, inclusive através da proteção à propriedade industrial. Ocorre que basta uma análise superficial para verificar que existe um embate no mínimo teórico entre a matéria jurídica da propriedade industrial e a disciplina do direito concorrencial. Enquanto que o primeiro plano é orientado pelo valor da exclusividade de exploração do invento, como forma de aumentar o poder

econômico do detentor da patente, o tema da concorrência pressupõe um incentivo à competição no mercado e a repressão a formas de monopólio.

Não obstante, a livre concorrência, a inovação e, conseqüentemente, a proteção à propriedade industrial têm uma função em comum, qual seja a de criar meios para se fomentar o desenvolvimento econômico e social de um Estado, sendo necessária uma conexão entre a política estatal de incentivo ao mercado e a de progresso tecnológico. Nesse diapasão torna-se essencial analisar o direito de propriedade industrial, mais especificamente a regulamentação das patentes vinculada com o direito concorrencial e respeitando os ditames deste.

Para tanto, o tema é dividido didaticamente em quatro itens. No primeiro será analisada de modo mais pormenorizado a relação existente entre o princípio da livre concorrência e a inovação tecnológica, traçando a justificativa de existência desses institutos no fim maior de promoção do desenvolvimento social e econômico de um país.

No segundo item, a abordagem passa a ser especificamente do direito das patentes, apresentando os conceitos relevantes ao tema, as suas previsões legais e as justificativas para a sua concessão, tendo como foco primordial a observação da característica intrínseca à patente, qual seja a exclusividade, e a sua consequência direta de criação de um monopólio legal.

No momento seguinte, deflagrada a tensão existente entre o direito das patentes e o direito concorrencial, justamente pelo caráter de exclusividade da patente, torna-se relevante tratar de modo mais aprofundado a interseção entre essas duas disciplinas, submetendo o Direito de Propriedade Industrial às regras reguladoras da concorrência.

Por último, o foco da pesquisa vai recair sobre as possibilidades de abuso do poder econômico praticado pelo detentor da patente e sobre o licenciamento compulsório como um instrumento capaz de corrigir a distorção do mercado causado por tal abuso, garantindo os pressupostos da livre concorrência, do bem-estar do consumidor e da existência digna.

1. LIVRE CONCORRÊNCIA, INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

A estrutura capitalista, na qual os países estão assentados na atualidade, demanda uma valorização da concorrência como fator essencial na propulsão da economia de mercado. Devido a esta relevância assumida pelo mercado, a maioria das

Constituições contemporâneas possuem dispositivos preocupados em regular a ordem econômica. Segundo Manuel Aragón, “Já não é só a «Constituição política» (do Estado), mas a «Constituição jurídica» (da Nação). (...) A regulação da economia passou a ser parte, pois, da matéria constitucional³.”

Nesse mesmo sentido, Eros Grau, diz que a ordem econômica decorre da ordem constitucional, de modo que:

[...] compreendendo, a Constituição Econômica, como o conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser), sendo o conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia, é de esperar que, como tal, opere a consagração de um determinado sistema econômico. [...] uma Constituição Econômica que não opere essa consagração não é uma Constituição Econômica⁴.

São funções, então, da Constituição Econômica a organização institucional dos órgãos estatais que regulam a ordem econômica, a implementação de políticas públicas, a regulação da atuação privada na economia (liberdade de empresa e livre iniciativa) e a atuação do poder público como empresário e como regulador.

A Constituição Brasileira possui muitas cláusulas econômicas, algumas com força normativa comum e outras revestidas, com base em construções doutrinárias, de *status* de princípio. A primeira cláusula que se deve estudar é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) que, conforme preceitua o artigo 170, *caput* do texto constitucional, é um dos escopos da ordem econômica. No mesmo sentido, em julgado do Supremo Tribunal Federal, entendeu-se que as empresas privadas e as políticas públicas reguladoras têm como objetivo a promoção da dignidade humana e da cidadania⁵. Assim, esse princípio serve como diretriz para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

³ ARAGÓN, Manuel. Constitución económica y libertad de empresa. In.: **Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menendez**. Madrid:, 1996, págs. 163-180.

⁴ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 64.

⁵ Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros - ABRATI. Constitucionalidade da Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade,

Ainda no art. 170 da Constituição Brasileira encontram-se disciplinados os princípios do valor social do trabalho e da livre iniciativa como fundamentais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Como cláusulas econômicas que se relacionam diretamente com a ordem econômica tem-se a garantia da propriedade privada, limitada pela necessidade de que ela desempenhe uma função social; a proteção da livre concorrência; o tratamento mais favorável para as empresas nacionais de pequeno porte, dentre outros.

Todos esses dispositivos possuem, segundo a própria Carta Maior, a finalidade de erradicar a pobreza e as desigualdades sociais e regionais, assim como garantir o desenvolvimento nacional, sendo que é importante que esses princípios e cláusulas sejam interpretados conjuntamente, ou seja, de forma sistemática, ou seja, a Constituição não deve ser interpretada por partes, mas como um corpo normativo indissociável.

A livre concorrência alça-se a um princípio essencial para o desenvolvimento das atividades humanas, pois a competição no mercado faz com que os sujeitos envolvidos busquem aprimorar suas produções e produtos com o intuito de superarem seus concorrentes em face dos consumidores. Nesse contexto, a concorrência assume uma conotação positiva, uma vez que a mesma promove o bem-estar dos consumidores, incentivando o surgimento de produtos mais variados e a preços mais acessíveis. No mesmo sentido, Richard Whish *apud* Daniel Rocha Corrêa:

[...] os benefícios da concorrência são preços menores, produtos melhores, mais opções e maior eficiência do que o que se pode obter sob condições de monopólio. Segundo a teoria econômica neoclássica, em condições de concorrência perfeita, o bem-estar do consumidor é maximizado. [...] ‘bem-estar do consumidor’ [...] significa especificamente que se pode conseguir as eficiências alocativa e produtiva; a combinação da eficiência

além de ausência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, inc. IV, 5º, inc. XXII, e 170 da Constituição da República): improcedência. (...) A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº.2.649**. Rel. Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, 8 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018332>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

alocativa com a eficiência produtiva maximiza a riqueza total da sociedade.⁶

Desse modo, o sistema de mercado vai encontrar como justificativa o fato de gerar “eficiência alocativa”, que consiste no aprimoramento da capacidade de produzir mais e melhor, e também de promover a “eficiência distributiva”, no sentido de impulsionar uma mais igualitária distribuição da riqueza. Por esse motivo que a concorrência tem forte relação com o desenvolvimento de um Estado.

Acontece que para permanecer no mercado e conquistar maiores fatias deste impera a necessidade de inovar, logo, a concorrência, de modo indireto, influencia na inovação. Ainda segundo Richard Whish: “Outro benefício decorrente da concorrência é que ela tem um efeito dinâmico de estimular a inovação, pois os concorrentes são levados a produzir novos e melhores produtos para o consumidor.”⁷

Sob esse prisma, a concorrência e a inovação possuem íntima relação, que deve ter como fim último auxiliar no desenvolvimento de um Estado. Não obstante, para que a inovação coopere de fato com o desenvolvimento de um país, torna-se essencial que esse fenômeno seja direcionado por políticas privadas e públicas, separadas ou conjuntamente. Não é sem motivo, que a Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado Brasileiro, em seus arts. 218 e 219, a função de estimular e promover o desenvolvimento científico e tecnológico do país.

Cumprindo ainda ressaltar que o termo desenvolvimento utilizado aqui se refere ao desenvolvimento sustentável definido por Amartya Sen, como sendo uma forma de obter a manutenção presente e futura do acesso aos elementos básicos necessários à sobrevivência da humanidade, bem como o aumento da qualidade de vida, através de políticas que buscam, paralelamente, o crescimento econômico e o desenvolvimento social.

Ademais, Amartya Sen⁸ salienta que esse desenvolvimento só é possível com a completa remoção das principais formas de privação de liberdade humana, como a

⁶ CORRÊA, Daniel Rocha. Política Tecnológica e Defesa da Concorrência. In: OLIVEIRA, Amanda Flavio de. (Org.). **Direito Econômico - Evolução e Institutos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 97-125.

⁷ Ibid., p. 99.

⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

pobreza e a tirania, carência de oportunidades econômicas, negligência de serviços públicos, dentre outros.

O que se pode observar, então, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, é que a livre concorrência e a inovação não são valores positivos por si só, mas devem ser estimulados enquanto sejam ferramentas relevantes para o aprimoramento do desenvolvimento econômico e social da Nação e para a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais existentes.

2. DIREITO DAS PATENTES E MONOPÓLIO LEGAL

Não há como se estabelecer a relação entre livre concorrência e inovação tecnológica sem tratar sobre os conceitos básicos relativos ao direito das patentes. A patente é concedida pelo Estado àquele que comprova ser o criador de determinada invenção ou modelo de utilidade. Os requisitos para a concessão da patente são: a novidade, a atividade inventiva e a aplicabilidade industrial. Essa prerrogativa confere uma exclusividade temporária, sendo que, no Brasil, conforme a Lei 9.279/96 abrange o período de 20 anos para invenção e de 15 anos para o modelo de utilidade.

Diversos diplomas legais amparam os direitos de Propriedade Intelectual no âmbito internacional e no nacional. No primeiro, o diploma de maior relevância que dispõe não só sobre as patentes, mas sobre todos os direitos de propriedade intelectual, é o Acordo TRIPS da OMC.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro têm-se dois diplomas que protegem as patentes. O primeiro é a Constituição Federal de 1988, que no artigo 5º, inciso XXIX dispõe que:

a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

No nível infraconstitucional a matéria é regulada pela lei 9.279/96. Esta lei, chamada de Lei de Propriedade Industrial, e regula não somente o tema das patentes, mas também dos desenhos industriais, das marcas, das indicações geográficas, dos crimes contra a propriedade industrial e da transferência de tecnologia.

Segundo conceituam Luiz Otávio Pimentel e Welber Barral⁹, os direitos que emanam da propriedade intelectual podem ser divididos em duas principais garantias: a titularidade e a exclusividade. A primeira é uma proteção jurídica que define certas prerrogativas ao titular da propriedade industrial e a segunda é uma proteção econômica, concedida artificialmente, que garante a este titular uma posição privilegiada e lícita nos mercados nacionais ou internacionais, conhecida como monopólio legal.

Impera observar que justamente na exclusividade conferida pela patente que reside um ponto de tensão entre o direito de propriedade industrial e a disciplina da concorrência, pois a ideia de competição no mercado conflita com a de monopólio legal, criando um cenário suscetível ao desequilíbrio econômico e à ocorrência de abusos de poder econômico. Ao discutir o tema, Daniel Rocha Corrêa entende que:

Desse modo, a exclusividade que é da essência da disciplina da propriedade industrial constitui uma barreira à entrada, enquanto a liberdade de concorrência é um princípio que vai contra a ideia de alguém deter um monopólio. Ela pode prejudicar o equilíbrio do mercado ao conferir mais poder a um sujeito ante o poder daqueles outros que se relacionam com ele contratualmente ou extracontratualmente no mercado, especialmente os concorrentes, fornecedores, compradores e consumidores. E, assim, cria também um cenário bastante favorável à incidência de abusos¹⁰.

Para fundamentar a existência desse monopólio legal é necessário justificá-lo a partir de um interesse importante. Desse modo, passou-se a identificar o progresso tecnológico e o desenvolvimento científico como esse interesse a ser protegido.

Assim, concede-se um monopólio previsto em lei em contraprestação individual àquele que contribuiu para fomentar interesses de utilidade pública. Com o intuito de

⁹ BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

¹⁰ CORRÊA, Daniel Rocha. Política Tecnológica e Defesa da Concorrência. In: OLIVEIRA, Amanda Flavio de. (Org.). **Direito Econômico - Evolução e Institutos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 97-125.

discutir tal relação, foram criadas diversas doutrinas para sustentar a legitimidade do direito de propriedade industrial.

Tullio Ascarelli¹¹, buscando didaticamente simplificar a discussão existente na doutrina, divide em dois grandes grupos as opiniões construídas sobre o direito de patentes: o primeiro é formado por aqueles bastante permissivos à proteção patentária, pois a percebem como uma remuneração e estímulo à produção individual; e aqueles que são mais cautelosos, dentre eles está inserido o próprio Ascarelli, os quais entendem que a proteção à propriedade industrial é relevante na medida em que tutela o interesse público, estimulando o desenvolvimento tecnológico e científico.

Calixto Salomão Filho¹² afirma que não há como negar o interesse público apontado por Ascarelli, ressaltando apenas que o progresso tecnológico pretendido com direito de patente, na realidade, não passa de um instrumento essencial para a proteção da concorrência, analisada no sentido publicista e, portanto, sendo este interesse público a ser tutelado.

Além da divisão didática apresentada por Ascarelli, Calixto Filho¹³ aponta uma construção doutrinária na Alemanha que classifica em cinco grupos os fundamentos para a concessão das patentes, quais sejam: a teoria do direito natural, a teoria contratual, a teoria da recompensa, a teoria do estímulo às invenções e a teoria do estímulo aos investimentos.

A teoria do direito natural fundamenta a concessão da patente no pressuposto naturalista de que o inventor possui um direito natural sobre o produto por si criado e, conseqüentemente, ao patenteamento. Na atualidade esta teoria não tem um grande número de adeptos por sua forte natureza individualista e privatista.

Já a teoria contratual consiste naquela que entende que a comunidade deve recompensar o criador pelo fato de este ter tornado público o seu invento. Além de seu caráter também individualista, tal justificativa é duramente criticada pela sua insuficiência teórica e ineficácia prática, tendo em vista que as empresas preferem um segredo industrial, que será uma vantagem concorrencial mantida por um prazo

¹¹ ASCARELLI, Tulio. **Teoria de la concurrencia y de los bienes inmateriales**. Barcelona: Bosch, 1970.

¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. Razoabilidade e legalidade do licenciamento compulsório do ponto de vista concorrencial. In.: BASSO, Maristela; SALOMÃO FILHO, Calixto; POLIDO, Fabrício; CÉSAR, Priscilla. **Direitos de Propriedade Intelectual e Saúde Pública: o acesso aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil**. p.150.

¹³ Idem.

indefinido, a uma proteção patentária, que garante a exploração exclusiva apenas temporariamente.

Assemelha-se a essa segunda teoria a denominada teoria da recompensa, a qual justifica o direito de patente como sendo uma recompensa ao inventor por proporcionar bem-estar a todos na sociedade com a publicização de sua criação. Esta teoria é facilmente rechaçada, pois nem todas as tecnologias patenteáveis garantem bem-estar ao público.

A quarta, teoria do estímulo às invenções baseia a proteção à propriedade intelectual como estímulo à P&D, sendo este um relevante interesse público. A ideia de estímulo às invenções é uma falácia, pois no universo empresarial dificilmente se identifica a pessoa do inventor, sendo que os titulares dos produtos patenteados normalmente são as pessoas jurídicas.

Por fim, a última teoria, do estímulo ao investimento, é a defendida por Calixto Salomão Filho, e consiste na visualização da patente como sendo um incentivo concorrencial às empresas, uma proteção e um estímulo a seus investimentos, tendo como função final a de proteger o instituto da concorrência.

Faz-se mister ressaltar que as quatro primeiras teorias encontram justificativas para a existência do direito de patente na ideia de contraprestação ora pelo labor realizado pelo inventor, ora pelos benefícios da sociedade obtidos com a publicização de sua invenção, e é justamente nessa ideia de contraprestação que reside a fraqueza dessas teorias. Contudo, a última teoria, ao fundamentar a concessão de patente na proteção à concorrência tende a ser mais sólida e adequada aos objetos desse trabalho, como será abordado a seguir.

3. PROTEÇÃO PATENTÁRIA SOB O PRISMA DO DIREITO CONCORRENCIAL

O que se pode apreender do discutido até o momento é que a depender do prisma que se analisa a tríade formada pela livre concorrência, inovação e direito das patentes é que ora os juristas perceberão uma relação de complementariedade ora uma situação de conflito e ora uma interseção entre estes institutos.

Tullio Ascarelli observa que o inventor e o usuário de signo distintivo que não tiverem a patente ou a marca registrada de seus respectivos objetos intelectuais, têm a prerrogativa de usar do direito da concorrência como uma forma alternativa de se

proteger do concorrente. Cumpre ressaltar que aqui tal comercialista trata do tema da concorrência sob um prisma privatista.

Por outro lado, Calixto Salomão Filho critica essa visão clássica de Ascarelli sobre o direito industrial, declarando que perceber a este como um conjunto de regras de regulamentação de um monopólio legal e definidoras de um privilégio não é suficiente para solucionar questões da atualidade relativas às urgentes necessidades de acesso a determinados produtos a preços acessíveis. Segundo tal autor:

É preciso então revisitar a ideia clássica de monopólio, verificando se o moderno direito concorrencial não impõe uma revisão de conceitos, exigindo uma proteção da garantia institucional da concorrência mesmo no campo do direito industrial. Essa visão, que vem sendo reconhecida de forma tópica em tratados internacionais e na própria lei brasileira, deve ganhar sistematicidade teórica para ser bem compreendida e aplicada com coerência¹⁴.

Existe uma sutil, porém, relevante diferença entre o modo de entender a relação entre livre concorrência e direito de propriedade industrial desses dois autores. Enquanto que para Ascarelli há uma complementariedade entre os institutos, de modo que o direito patentário garante a proteção jurídica do titular da patente no cenário concorrencial, para Calixto Salomão Filho existe uma interseção, já que o direito industrial possui inspiração claramente concorrencial, ao prever casos de abusos quando a utilização do objeto da patente ultrapassar a proteção conferida pela mesma.

Verifica-se, então, uma evolução no modo de se entender a concorrência, passando de uma proteção privada ao concorrente para uma tutela de cunho publicista (liberdade de concorrência). Nesse diapasão, quando é admitida a existência de monopólio, esta deve ter a menor extensão possível e ser justificada pela sua função social¹⁵.

Assim, a proteção à propriedade industrial tem como função social que a justifique a repressão ao *free riding* que consiste no aproveitamento dos resultados obtidos pela pesquisa, por aqueles que não investiram na mesma (apenas enquanto o

¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 151.

¹⁵ A propriedade industrial, por ser um tipo de propriedade, deve respeitar sua função social disposta no art. 5º XXIII e no art. 173 III da CF/88.

free riding não permita a recuperação dos investimentos em tecnologia), além das funções de abastecimento do mercado com produtos variados, mantendo-se preços concorrenciais.

Essa forma publicista de pensar o direito de propriedade industrial tem como relevante efeito deixar de entender as patentes como um mero privilégio de seu titular para compreendê-la como um instrumento de garantia dos princípios concorrenciais, do acesso a produtos e dos direitos dos consumidores.

Nesse contexto, entende-se que quando se tratar de patentes cujos objetos sejam produtos caracterizados por serem de alta tecnologia e possuírem alto grau de essencialidade, estes terão uma função social mais premente, devido a esta sua essencialidade, e, portanto, mais necessária se tornará seu suficiente fornecimento a preços não abusivos. No próximo item será analisado especificamente o abuso de poder econômico pelo detentor da patente e o licenciamento compulsório como ferramenta aplicável na hipótese de ocorrência de abuso.

4. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO

Caracterizar-se-á abuso de direito econômico pelo detentor da patente quando este praticar preços abusivos na venda de seu produto e quando não for capaz de abastecer o mercado de forma adequada. Assim, em casos específicos nos quais a essencialidade do produto e sua importância social exija que o mesmo seja distribuído a preços acessíveis e em quantidades suficientes, a quebra do monopólio se justifica para que a propriedade industrial atinja sua função social e, conseqüentemente, o seu fim maior como caráter instrumental para o desenvolvimento do país, consagrado constitucionalmente.

Para melhor elucidação do tema, tem-se a indústria farmacêutica como exemplo de essencialidade e importância social de um determinado setor produtivo. Este setor caracteriza-se por uma baixa elasticidade da demanda, que muitas vezes não permite a substituição de uma substância por outra, criando para estas indústrias um enorme poder de mercado, suscetível a abusos como preços não concorrenciais e abastecimento insuficiente.

Extrai-se, portanto, da temática relativa ao abuso de poder econômico no exercício dos direitos de propriedade industrial a necessidade de sempre realizar uma

análise pormenorizada da realidade concreta, pois a licitude ou ilicitude de determinados comportamentos praticados sob as prerrogativas conferidas pela exclusividade da patente deverão ser avaliadas conforme os parâmetros oferecidos pelo mercado e as características específicas de cada setor. É impossível definir no plano meramente teórico as hipóteses em que a patente beneficiará a concorrência e, portanto, trará benefícios ao desenvolvimento social e econômico de um Estado, e as situações em que os efeitos conferidos pelo direito patentário será justamente o oposto.

Assim, verificado no caso concreto a ocorrência de abusos de poder econômico torna-se admissível a utilização da Licença Compulsória, que nada mais é do que um instrumento que tem como função limitar os direitos obtidos através do registro de patente sob uma determinada propriedade intelectual, sem a permissão do titular. Com essa ferramenta, terceiros ficam autorizados pelo Estado, a produzir, usar, colocar a venda, vender, ou importar os bens objetos da patente.

Destaca-se que não são todas e quaisquer patentes que podem sofrer o licenciamento compulsório, há certas situações e condições previstas tanto no Acordo TRIPS quanto na Lei 9.279/96, que permitem a utilização desse instrumento jurídico. O que ocorre é que com o licenciamento o titular continua com sua prerrogativa jurídica, a titularidade e, portanto, é o legítimo proprietário da invenção, tendo o direito de receber uma remuneração pelo licenciamento, conhecida como royalties.

O detentor perde então, apenas sua prerrogativa econômica, qual seja a de exclusividade de exploração do objeto da patente. Em via de regra, para que haja o licenciamento compulsório, é necessário que tenham ocorrido prévias tentativas de negociação com o titular da patente.

No Brasil, a Licença Compulsória tem previsão legal na Lei 9.279/96, sendo relevante destacar os artigos 68 e 71 dessa Lei. O artigo 68 *caput* e § 1º definem as situações nas quais, devido a abusos de poder econômico, o titular fica sujeito a sofrer o licenciamento compulsório. Assim o *caput* desse artigo engloba a hipótese de utilização de preços abusivos por parte do detentor da patente, enquanto que o §1º do mesmo alcança os casos em que não exista exploração do objeto da patente no território nacional, por falta de fabricação ou por fabricação insuficiente, salvo quando essa insuficiência do abastecimento do mercado tenha como justificativa a inviabilidade econômica.

O art. 68 da Lei de Propriedade Industrial, ao prever essas duas possibilidades para o licenciamento compulsório da patente: preços abusivos e distribuição insuficiente

do objeto da patente denota forte cunho concorrencial, pois se trata precisamente do rompimento do monopólio conferido pela patente sempre que o mesmo não se justificar sob uma análise da realidade concorrencial, quando o detentor da patente abusar do seu poder econômico, tomando decisões ou adotando práticas não aceitas pelas normas que regem o mercado.

Já o artigo 71, da mesma lei, prevê que nos casos de emergência nacional, ou de interesse público a Licença Compulsória, temporária e não-exclusiva, para exploração de patente, poderá ser concedida de ofício, declarada em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular ou seu licenciado não consiga atender a essa necessidade. No âmbito internacional o Acordo TRIPS em seu artigo 31, alínea b, prevê essas mesmas situações, estabelecendo que a Licença Compulsória deve ser conferida em casos de emergência nacional, situação de extrema urgência ou caso de uso público não comercial¹⁶.

O direito de exclusividade de exploração da patente provoca uma redução do nível de concorrência em um mercado. Essa redução da concorrência é muitas vezes desejável e deve ser inclusive incentivada em alguns casos, afinal com ela não permite o *free-riding*, incentivando assim a P&D e remunerando devidamente o indivíduo que investiu em setores de alto risco.

Porém, quando o detentor da patente impõe preços excessivamente altos ou não ser capaz de abastecer o mercado de modo suficiente, principalmente em setores em que é maior o grau de essencialidade do produto e sua possibilidade de substituição é reduzida, configura-se uma forma de abuso de poder econômico. Nesse contexto, colocando o Direito das Patentes sob o enfoque da sua finalidade publicista de tutelar o Direito Concorrencial, a Licença Compulsória pode ser interpretada como uma importante ferramenta para a promoção da livre concorrência, para a otimização do

¹⁶ As situações de emergência nacional ou de interesse público são as únicas que permitem o licenciamento compulsório sem uma negociação prévia com o titular da patente, em decorrência ao caráter emergencial destas. Apesar de prever tais situações, o Acordo TRIPS não trata dessa matéria de forma mais específica, não havendo, por exemplo, elementos que definam qualitativamente e quantitativamente o que constitui emergência nacional ou de interesse público. Esse fator gera, obviamente, diferentes interpretações e aplicações dos dispositivos, conforme os interesses de cada membro da OMC.

Com o objetivo de sanar essas questões, e simultaneamente equilibrar os interesses divergentes dos países em desenvolvimento e dos países desenvolvidos, surge a Declaração Ministerial de Doha que em seu parágrafo 5(b) determina que compete, a cada Membro da OMC estabelecer de forma livre quais os momentos em que a Licença Compulsória faz-se necessária. Esse posicionamento da declaração flexibiliza as condições previstas no art. 31 do Acordo TRIPS para concessão da licença compulsória.

bem-estar do consumidor e, em última análise, do desenvolvimento econômico e social da Nação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para satisfazer as exigências da sociedade atual urge a necessidade de se reformular o modo como se entende o direito de propriedade industrial, não mais apenas sob o ponto de vista privatista, mas também sob um caráter publicista. A propriedade industrial não é só um privilégio ou um poder de seu detentor, mas está inserida em um contexto e deve respeitar sua função social. Ao se ter em mente que até o direito de propriedade material sofreu ao longo do tempo uma relativização, também devendo realizar sua função na sociedade, torna-se coerente este novo paradigma sobre a propriedade imaterial.

Como já comentado neste trabalho, o direito de propriedade industrial e a livre concorrência são valores positivos e que devem ser perseguidos pelos Estados, enquanto tragam benefícios para a sociedade como um todo, ou seja, enquanto promovam o desenvolvimento tecnológico e científico, capaz de proporcionar bem-estar aos indivíduos, na posição de consumidores, através do aumento no acesso a produtos mais variados e com menores preços.

Assim, quando o detentor de uma patente abusa de seu poder econômico, praticando preços inacessíveis para seus produtos ou realizando uma distribuição insuficiente do mesmo, sem uma justificativa plausível, sua propriedade industrial não está exercendo a função social que lhe é correspondente e está ferindo princípios de Direito Concorrencial, portanto, tal detentor pode e deve sofrer limitações nos seus direitos.

Em um cenário no qual o produto objeto da patente tem como característica a essencialidade para a sobrevivência e qualidade de vida dos consumidores, abusos do poder econômico revelam-se mais onerosos para a sociedade como um todo. Nesse diapasão, a licença compulsória assume uma posição de grande relevância para corrigir os problemas no mercado decorrentes da má distribuição ou da prática de altos preços na venda do produto patentado, como no caso dos medicamentos.

Obviamente que a licença compulsória não consiste em uma desapropriação, já que o direito de propriedade, material ou imaterial, é garantido constitucionalmente, de modo que desapropriar o detentor seria medida de *ultima ratio*. Faz-se mister mais uma

vez sublinhar que a licença compulsória atinge somente a garantia de exclusividade de exploração da patente, sendo mantida a titularidade sobre a mesma, tendo em vista que o titular passa a receber os *royalties* após o licenciamento.

Somente a partir dessa perspectiva, ou seja, submetendo o direito imaterial à lógica do Direito Concorrencial e percebendo ambos como instrumentos para alcançar fins maiores - erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais e garantia de desenvolvimento nacional – resta possível uma interpretação dos princípios e cláusulas constitucionais e infraconstitucionais de forma conjunta, sistemática e teleológica.

REFERÊNCIAS

ARAGÓN, Manuel. Constitución económica y libertad de empresa. In: **Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menendez**. Madrid: Civitas, 1996, págs. 163-180.

ASCARELLI, Tulio. **Teoria de la concurrencia y de los bienes inmateriales**. Barcelona: Bosch, 1970.

BARBOSA, Dênis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

BASSO, Maristela; PRADO, Mauricio Almeida; ZAITZ, Daniela (coords.). **Direito do Comércio Internacional – pragmática, diversidade e inovação**. Curitiba: Juruá, 2005.

CORREA, Carlos M. **Propriedade Intelectual e Saúde Pública**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

GUISE, Mônica Steffen. TRIPS e saúde pública: por uma interpretação mais humana do acordo. In.: Wagner Menezes (Coord.). **Anais do 3º Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2005. Vol V. p. 116-126.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de (coord.). **Direito Econômico: Evolução e Institutos: obra em homenagem ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. Licença Compulsória para Exploração de Patentes de Medicamentos: O Acordo TRIPs e sua Aplicação no Brasil. In: MENEZES, Wagner (org.). **Estudos de Direito Internacional**. Vol IV. Curitiba: Juruá. p. 103-114.

PICARELLI, Márcia Flávia Santini.; ARANHA, Márcio Lório (Coords.). **Política de patentes em saúde humana**. São Paulo: Atlas, 2001.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. La libertad de empresa en la Constitución Económica Española: especial referencia al principio de libre competencia. In: **Revista de Derecho Mercantil**, n. 215, 1995, pág. 223-258.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Razoabilidade e legalidade do licenciamento compulsório do ponto de vista concorrencial. In.: BASSO, Maristela; SALOMÃO FILHO, Calixto; POLIDO, Fabrício; CÉSAR, Priscilla. **Direitos de Propriedade Intelectual e Saúde Pública: o acesso aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil**. pág.147-176.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.