

AS PATENTES DE SEGUNDO USO: POR UMA RE-INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA¹

SECOND MEDICAL USE PATENTS: A CONSTRUCTIVE INTERPRETATION

Marcos Vinício Chein Feres²

Vitor Schettino Tresse³

RESUMO

O presente artigo objetiva estudar o princípio do tratamento nacional encontrado nos principais acordos internacionais, dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção da União de Paris e o TRIPS. A discussão concentra-se na necessidade da re-interpretação construtiva desses tratados, tendo por fundamento a relação entre os países membros de desenvolvimento tecnológico desigual e o caso das patentes de segundo uso. Nesse contexto, propõe-se como marco teórico a idéia de integridade, tendo por base a teoria de Ronald Dworkin (2007). A partir desse referencial teórico, analisam-se as características dos principais tratados referentes à propriedade intelectual, dos quais o Brasil é signatário e como a patente de segundo uso pode caracterizar-se como instrumento de política pública estatal, ao discriminar pedidos estrangeiros dos similares nacionais. Ao final deste artigo, sustenta-se a constitucionalidade dessa re-interpretação legislativa e sua eficiência como política pública, com vistas a um incentivo ao desenvolvimento tecnológico de países em desenvolvimento.

Palavras-chave: Propriedade Industrial; Direito como Integridade; Tratados Internacionais; Patentes de segundo uso médico.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the principle of national treatment a legal clause found in the most important international agreements, signed by the Brazilian government, such as, Paris Convention and TRIPS. The discussion focuses on a necessary constructive re-interpretation of these agreements, taking into account the differences among developed and developing countries and the second medical use patents as a means of fostering technological innovation. Methodologically, the theory of law as integrity is used as a substantial theoretical paradigm. Taking the idea of integrity in law as the framework of an analytical system of concepts, a new perspective of national treatment and the case of second medical use, as public policy, can be achieved in order to conceive a new mechanism for registering patent rights in developing countries. To sum up, this legislative re-interpretation change is sound as long as constitutional principles are considered to be the fundamentals of an institutional order whose objective in the case of patent rights is the search for technological innovation.

¹ ESTE ARTIGO TEM O APOIO FINANCEIRO DA FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (FAPEMIG) E DO CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPq).

² Professor Associado da Faculdade de Direito da UFJF (Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil), Mestre e Doutor em Direito Econômico pela UFMG. E-mail: mvchein@gmail.com

³ Bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq acadêmico de Direito pela UFJF (Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil). E-mail: vitor_st7@hotmail.com

Keywords: Industrial Property Rights; Law as integrity; International Agreements; second medical use patents.

INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia na pós-modernidade, o mundo passou por um intenso estreitamento de relações nas mais variadas áreas. Entretanto, antes mesmo desse processo, já existia a preocupação das grandes potências em garantir a proteção uniforme à sua tecnologia e aos seus investimentos em todas as partes do globo.

É nesse contexto que iniciam-se os esforços internacionais para a criação de um sistema legal internacional de proteção à propriedade intelectual, que culminam com a ratificação da Convenção da União em Paris de 1883.

Como principal ferramenta para o alcance de tais objetivos, a Convenção elegeu como princípio o tratamento nacional - art. 2º, 1 - prevendo que “os nacionais de cada um dos países da União gozarão em todos os outros países da União, no que se refere à proteção da propriedade industrial, das vantagens que as leis respectivas concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais”, princípio este que permaneceu vigente com as posteriores revisões da Convenção.

Posteriormente, o Acordo Sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, TRIPS sigla em inglês para *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* – anexo 1C do acordo constitutivo da Organização Mundial do Comércio, assinado em Marrakesh, Marrocos, em 15 de abril de 1994 - ratificou tal princípio, conforme seus artigos 1º, 3 e art. 3º.

Diante deste quadro são necessários os seguintes questionamentos: como é possível estabelecer tratamento igualitário entre nacionais de países desenvolvidos e nacionais de países em desenvolvimento? Além disso, tendo em vista a profunda diferença existente no potencial tecnológico entre esses países, poderia cada país, a partir de uma re-interpretação íntegra desses tratados, estabelecerem políticas públicas que diferenciasssem nacionais e

estrangeiros, de modo a alcançar um dos objetivos da propriedade intelectual, qual seja, ser um vetor, um estímulo, no desenvolvimento de cada país?

Nesse ponto, faz-se importante a análise das patentes de segundo uso. O segundo uso médico é motivo de calorosas discussões no mundo. Questiona-se se esse segundo uso consistiria em um objeto passível de ser patenteado nos termos do ordenamento jurídico, ou se ao contrário, consistiria em um método terapêutico, que segundo o artigo 10 do Código de Propriedade Industrial, não seria patenteável.

No Brasil, o atual posicionamento dos principais entes responsáveis pelas diretrizes da propriedade industrial é conflitante. Se por um lado, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e o Grupo Interministerial da Propriedade Industrial (GIPI), são contrários à concessão de um segundo privilégio, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia competente para análise de pedidos de patente, exige a presença da fórmula suíça para analisar e, se for o caso, aprovar um requerimento sobre segundo uso.

Cabe levar em conta que o segundo uso médico pode aproveitar avanços na técnica para se aprimorar um medicamento, o que poderia ser utilizado como ferramenta para a superação de falta de investimento público em desenvolvimento tecnológico. No entanto, não se pode alegar que investimentos em patentes de segundo uso representem redução de custos de transação, ou mesmo, diminuição de gastos com equipamentos, com recursos humanos ou com testes clínicos, uma vez que não foram encontrados dados, ao longo dessa pesquisa, para confirmar qualquer tipo de vantagem competitiva nesse ponto.

Entretanto, levando em consideração as condições de fato dos países membros das Convenções aqui analisadas, se o segundo uso é aproveitado da mesma forma por nacionais e estrangeiros, em vez de representar uma ferramenta propulsora do desenvolvimento local de países em desenvolvimento, pode servir de instrumento de perpetuação do domínio de países que já possuem elevado grau de tecnologia – pois, intuitivamente, sabe-se que a tendência é descobrirem novas aplicações em um número mais elevado, tendo em vista, possuírem um elevado grau de tecnologia protegida.

O presente estudo busca analisar criticamente a viabilidade dessa política legislativa que utilize a patente de segundo uso médico como instrumento de desenvolvimento de países

em desenvolvimento. Propõe-se, aqui, um estudo do instituto da patente a partir do marco teórico da teoria substancial de Ronald Dworkin (2007), analisando a política pública de re-interpretação do tratamento nacional, principalmente nos casos de patentes de segundo uso, proposta neste trabalho, sob o enfoque da interpretação construtiva do direito, da comunidade personificada e do direito como integridade.

Com o propósito de buscar uma melhor estruturação didática da temática abordada no estudo, o trabalho foi dividido em quatro partes. Primeiramente será feita uma análise acerca da teoria substancial de Ronald Dworkin (2007). Em um segundo momento, serão analisados a Convenção da União de Paris, o TRIPs e o princípio do tratamento nacional. Posteriormente, será abordada a questão das patentes de segundo uso. Por fim, serão tecidos alguns comentários com o propósito de sistematizar uma política pública de re-interpretação eficaz do tratamento nacional que se utilize do primeiro e, principalmente, do segundo uso médico como meio de real e eficaz de desenvolvimento tecnológico de países em desenvolvimento.

O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Dworkin (2007) defende que nos processos judiciais sempre surgem três tipos de questionamentos: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade. O primeiro e o último tipo de questionamento não suscitam muitas discussões, pois para as questões de fato terá que ser necessariamente feita uma busca no caso concreto para descobrir aquilo que realmente aconteceu. Quanto à questão de moralidade política e fidelidade, apesar de as pessoas discordarem sobre o que é certo ou errado em termos morais, essa discordância não deve influenciar o julgamento dos casos pela Justiça, uma vez que, ao se discutirem questões de direito, não cabe justificar decisões judiciais a partir de noções particulares e sectárias sobre o que é moralmente relevante.

O problema consiste nas questões de direito, pois é nesse tipo de questão que se verifica se determinada decisão do Estado (seja no momento de uma decisão judicial, seja na elaboração de uma lei ou de uma política) estaria ou não de acordo com os fundamentos do direito. Dworkin (2007) pondera que casos difíceis, como o da patente de segundo uso aqui discutido, devem ser analisados tomando por base o que é adequado, coerente e consistente com a legislação, os precedentes e a política institucional.

Para o autor, os positivistas acreditam que a verdadeira divergência é aquela das questões de fato, pois eles argumentam que estão sempre de acordo com os fundamentos de direito. Para esses doutrinadores, no momento que se busca determinar se existe ou não direito, o que ocorre é a divergência sobre o significado das palavras e não do direito em si. Dworkin (2007) combate tal posicionamento – por ele denominado de agulhão semântico - demonstrando que, se não partimos de determinado consenso, não há como se estabelecer nenhum tipo de discussão.

Podemos divergir sobre os casos limítrofes: posso chamar de livrinho aquilo que para você seria um panfleto. Mas não podemos divergir sobre aquilo que chamei de casos centrais. Se para você meu exemplar de *Moby Dick* não é um livro, pois em sua opinião romances não são livros, qualquer divergência será necessariamente absurda. (DWORKIN, 2007, p.55).

A interpretação é condição necessária para a construção do direito em sua melhor luz, pois questões tidas como incontestáveis tendem a ser superadas por novas concepções de direito e de mundo. Determinado modo de aplicação do ordenamento jurídico, um paradigma, considerado certo em determinado momento histórico, altera-se com novas interpretações. Esse incessante devir comum ao processo hermenêutico, segundo Dworkin (2007), se realiza criativa e construtivamente dentro do ordenamento jurídico com intuito de obter a melhor solução para os conflitos que surgem da aplicação do direito. A exemplo do que se conhece por um romance em cadeia, de acordo com o citado autor, o direito deve ser interpretado e construído de forma a se levar em conta os capítulos escritos anteriormente pelos demais intérpretes sem impedir a criação de algo original e inovador no momento atual.

Para Dworkin (2007, p. 116), o direito de uma comunidade “é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorização à coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado”. Na busca de justificação da relação entre coerção e direito, o autor chega a três concepções de interpretação do direito: o convencionalismo, o pragmatismo e o direito como integridade.

O convencionalismo justifica a coerção exercida pelo Estado por meio das convenções e dos precedentes. Diante de um caso concreto no qual seja difícil a aplicação direta de uma norma jurídica, o aplicador do direito deve buscar na legislação vigente e nas

decisões passadas legitimidade para escolher a sua decisão. São essas decisões que vão levar a comunidade à idéia de segurança jurídica.

O grande problema que surge do convencionalismo como via interpretativa, segundo Dworkin (2007), é quando se está diante de um caso ao qual não pode ser diretamente aplicada nem uma solução oriunda da legislação, nem uma solução derivada dos precedentes. O que pode fazer o aplicador diante desses casos? Além disso, pode a comunidade ficar presa a decisões passadas, quando o ordenamento jurídico e as práticas sociais pedem outra forma de interpretação e atuação por parte do aplicador do direito?

A segunda concepção analisada pelo autor é o pragmatismo jurídico. Nesse modo interpretativo, ao aplicador do direito é dada liberdade para adotar a melhor solução, ainda que contrária aos direitos eleitos e às decisões passadas construídas naquela comunidade. A justificativa para essa decisão pragmática consiste na suposta convicção do operador do direito de que a sua decisão, embora contrária aos precedentes e às convenções, é a melhor e a mais eficiente, pois poderá gerar, no futuro ou no longo prazo, mais bem-estar e mais frutos para a comunidade.

À primeira vista, essa alternativa pode parecer a mais adequada, pois o aplicador visa alcançar a melhor alternativa para a comunidade. Porém, como definir o que é melhor para uma comunidade? Como o aplicador pode dispor dos direitos construídos pela comunidade, ainda que seja com propósitos de maior eficiência e utilidade?

Nesse sentido, a crítica central exposta contra o pragmatismo é que os pragmatistas não respeitam os direitos e as garantias dos indivíduos numa comunidade. Tais direitos e garantias, numa vertente pragmatista, não têm força alguma, são parâmetros utilizados pelo aplicador do direito para se atingir o fim que ele, de acordo com suas convicções, elege como sendo o melhor para todos, mesmo que, para isso, se valha de soluções conciliatórias que acabam, em muitos casos, por negligenciar o direito das minorias.

Após tecer críticas ao Convencionalismo e ao Pragmatismo Jurídico, Dworkin (2007) finalmente vai abordar alguns ideais políticos e como eles se relacionam com a concepção interpretativa que analisa o direito sob sua melhor luz, o direito como integridade.

A política comum compartilha com a teoria política utópica certos ideais políticos, os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem. Para ser breve vou chamá-los de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo.(DWORKIN,2007, p.199-200).

Para o autor, o ideal da equidade diz respeito aos métodos e aos procedimentos utilizados para a escolha dos dirigentes de modo a viabilizar a vontade da comunidade. Como virtude política, a equidade consiste nos procedimentos por meio dos quais os eleitores possam, de algum modo, influir nas decisões dos que os governam. Já a justiça “se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade” (DWORKIN, 2007, p. 200). Do ponto de vista da justiça como virtude política, os legisladores devem distribuir recursos materiais e assegurar as garantias individuais. Finalmente o devido processo legal adjetivo busca a utilização de meios corretos, por meio do respeito aos procedimentos estabelecidos, para se averiguar se um cidadão infringiu ou não preceitos legais. Como virtude política, o devido processo legal exige que todo cidadão, ao ser acusado de violação das leis, seja submetido a regras apropriadas de apuração das provas e aos procedimentos justos para averiguação dos fatos ilícitos.

O direito como integridade faz com que a integridade seja um ideal político independente da justiça e da equidade, mas que atua em conjunto com estas virtudes de modo que as decisões da comunidade sejam as mais corretas e coerentes. Essa concepção interpretativa pressupõe a comunidade como um ente personificado, um agente moral separado do resto dos cidadãos, que atua pautada em princípios, princípios esses, compartilhados por todos. A integridade faz com que os direitos não sejam somente fonte das decisões passadas, mas também dos princípios que conduzem a comunidade. Uma comunidade baseada em princípios faz com que “cada um seja tratado com igual interesse” (DWORKIN, 2007, p. 257). Por tudo isso, Dworkin (2007) vai considerar a integridade como a melhor justificativa da legitimidade da coerção do direito sobre os indivíduos.

O direito como integridade vai permitir que direitos sejam respeitados, porque aqui eles são derivados de uma moral política institucionalmente construída a partir das bases principiológicas instituídas pela comunidade personificada.

Segundo Dworkin (2007, p. 213), existem dois princípios de integridade política, o princípio legislativo que preza pela coerência moral das leis produzidas pelo legislativo e o princípio jurisdicional que demanda que a lei seja coerente nesse sentido: “A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção” (DWORKIN, 2007, p. 264)

Para o autor, a integridade política exige que o governo atue de forma coerente com todos os cidadãos, visto como a comunidade personificada decorre de fundamentos morais que se organizam a partir de obrigações pessoais, especiais e iguais entre os membros. E, por isso, a comunidade personificada, porque fiel a um conjunto coerente de princípios, demanda um dever de imparcialidade para com os cidadãos no exercício do ofício político. Diante disso, políticas públicas ou metas de governo que visem a promover o bem geral, terão que ser elaboradas, respeitando, primordialmente, esse coerente conjunto de princípios da comunidade. Tais políticas podem dar um incentivo maior para determinado campo da indústria, por exemplo, porque esse campo industrial é importante para o desenvolvimento da comunidade. Porém, esse incentivo não poderá ser concedido, porque os donos dessa indústria são católicos ou apresentam um certo posicionamento político-partidário.

TRATADOS INTERNACIONAIS E TRATAMENTO NACIONAL

Inicialmente, importante observar que o presente estudo focou sua análise na Convenção da União de Paris e no Acordo Sobre os Direitos de Propriedade Intelectual, pois são os principais tratados referentes às patentes e ao princípio do tratamento nacional. Assim, será feita, em um primeiro momento, uma análise sobre os tratados, e posteriormente, uma análise sobre o princípio do tratamento nacional.

Conforme material disponibilizado pelo curso DL – 101, Curso Geral de propriedade intelectual oferecido pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (2012)⁴, os acordos e tratados internacionais nesta área têm por objetivo em sua maioria, redução de custos de operacionalização dos tramites de submissão, análise e concessão de

⁴ Curso DL – 101 Curso geral de propriedade intelectual. Curso disponibilizado pela WIPO em seu site sobre propriedade intelectual com acesso restrito, 26 mar. – 10 mai. 2012. 34 f.

direitos de propriedade intelectual e entendimento relativo à abrangência de proteção dos direitos de propriedade intelectual.

Segundo o site do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (2012), a Convenção da União de Paris⁵ de 1883 foi responsável pelo surgimento do Sistema Internacional da Propriedade Industrial, a primeira tentativa de uma harmonização internacional dos diferentes sistemas jurídicos nacionais relativos à propriedade industrial, atribuindo à relação do autor e os bens imateriais o direito de propriedade – cabendo destacar que o Brasil foi um dos 14 membros originais⁶. Ainda de acordo com o site, esse tratado foi elaborado de modo a permitir razoável grau de flexibilidade às legislações nacionais, desde que fossem respeitados alguns princípios fundamentais, de observância obrigatória pelos países signatários, entre eles, o tratamento nacional. O objetivo era criar um “território da União” constituído pelos signatários que deveriam observar os princípios acordados.

Novamente, de acordo com material disponibilizado pelo curso sobre propriedade intelectual oferecido pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (2012)⁷, o Acordo Geral de Comércio e Tarifas (na sigla em inglês, GATT) foi um foro multilateral de negociação, constituído no final da 2ª Guerra Mundial perdurando até 1994.

Nas negociações na Rodada Uruguai (1986-1994), a propriedade intelectual foi um dos objetos de negociação, tendo como resultado a substituição do GATT pela Organização Mundial do Comércio no acordo de Marrakesh, que possui um anexo denominado Acordo Sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)⁸.

O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – ADPIC-TRIPS – foi consolidado frente a um quadro internacional de globalização da economia e dos avanços tecnológicos. A produção industrial modificava-se

⁵ O decreto 1263/94 ratificou a revisão de Estocolmo da Convenção, aderindo aos arts.1º ao 12º e ao art. 28, alínea I.

⁶ Importante observação feita aqui por Gama Cerqueira (1946), no livro Tratado da Propriedade Intelectual. O autor ao analisar a evolução histórica da legislação referente à propriedade intelectual do Brasil, constata a inegável contradição existente no cenário sócio-econômico do país à época e seu pioneirismo no processo de desenvolvimento de uma legislação nacional e internacional sobre propriedade intelectual

⁷ Curso DL – 101 Curso geral de propriedade intelectual. Curso disponibilizado pela WITO em seu site sobre propriedade intelectual com acesso restrito, 26 mar. – 10 mai. 2012. 34 f.

⁸ O decreto 1355/94 promulgou a ata final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.

para setores vinculados à pesquisa e à criatividade, tornando-se o incentivo à pesquisa e a busca pelo desenvolvimento científico e tecnológico uma filosofia empresarial e um fator determinante de êxito na competição mundial. Como consequência, houve uma elevação na pirataria, aumentando as tensões entre países industrializados e os emergentes. É nesse período que se torna clara a íntima relação entre o comércio internacional e os direitos de propriedade intelectual, sendo necessária uma adequada e eficaz proteção jurídica.

Segundo o site da Organização Mundial do Comércio⁹ (2012)-, o TRIPS tem por objetivo trazer ordem, previsibilidade e sistematização para as disputas entre países nessa área, para isso, estabelece níveis mínimos de proteção que cada governo deve conceder para ser membro da Organização. Ainda conforme o site, este acordo abrange cinco grandes assuntos: i) os princípios básicos que o sistema de comércio e os tratados internacionais sobre propriedade intelectual devem observar; ii) como conceder a proteção adequada sobre os direitos de propriedade intelectual; iii) como os países devem proteger de forma adequada esses direitos em seus territórios; iv) como resolver conflitos de países membros da Organização e finalmente; v) transações especiais para o período em que esse novo sistema é introduzido.

Na proteção e sistematização dos direitos de propriedade intelectual, esses tratados estabelecem, entre outros, o princípio do tratamento nacional.

Segundo site do INPI (2012), este princípio é instituído pelo art. 2º da CUP – art. 1º, 3 e art. 3º do TRIPS – que estabelece que “os nacionais de cada um dos países membros gozem, em todos os outros países membros da União, da mesma proteção, vantagens e direitos concedidos pela legislação do país a seus nacionais, sem que nenhuma condição de domicílio ou de estabelecimento seja exigida”, de modo a criar uma equiparação entre os domiciliados ou os que possuem estabelecimento industriais ou comerciais efetivos no território de um dos países membros da União aos nacionais do lugar onde foi requerida a patente ou o desenho industrial. Nesse sentido, visando exclusivamente um sistema seguro, coeso e de proteção, o princípio do tratamento nacional significa dar tratamento uniforme, no momento da concessão de proteção, vantagens e direitos sobre propriedade

⁹ Disponível em http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm7_e.htm.

intelectual, para países profundamente desiguais. Visando tais fins, este princípio busca uma simplificação grosseira em um contexto de hipercomplexidade.

SEGUNDO USO MÉDICO E TRATAMENTO NACIONAL

O instituto da propriedade intelectual, mais especificamente da patente, caracteriza-se por possuir duplo aspecto: é um direito subjetivo do autor de ser reconhecido como titular da invenção, explorar economicamente sua invenção e protegê-la da intervenção criminosa de terceiros, assim como, um instrumento de política para o desenvolvimento¹⁰ tecnológico, econômico e social de uma sociedade¹¹.

Segundo João da Gama Cerqueira (1946), a patente em sua origem, consistia em distinções honoríficas atribuídas pelos monarcas aos inventores. Tal natureza jurídica evoluiu com o tempo, sendo a propriedade intelectual considerada um direito real e posteriormente, uma propriedade imaterial, de acordo com a teoria de Kohler (CERQUEIRA, 1946). Em razão dessa evolução, a concessão do monopólio de uso ao inventor por certo período de tempo faz com que a propriedade industrial seja um verdadeiro incentivo para o desenvolvimento tecnológico, econômico e social¹².

Para que haja desenvolvimento científico e tecnológico em um país em desenvolvimento como o Brasil, é essencial o investimento público nessas áreas. Frente a essa dificuldade, a patente de segundo uso médico poderia ser uma ferramenta hábil ao incentivo de novas pesquisas no país de modo a intensificar as pesquisas continuadas e, assim, aperfeiçoar os diferentes processos de construção de um arsenal tecnológico público e privado. Nessa perspectiva, contesta-se o argumento falacioso de que, ao se conceder um

¹⁰ Segundo Denis Borges Barbosa, Margaret Chon e Andrés Mocayo Von Hase (artigo a ser publicado na Michigan State Law Review em 2007 apud BARBOSA, 2010, p. 243) existem dois significados para a palavra desenvolvimento; desenvolvimento como modelo de liberdade, que baseia sua análise com os níveis do Índice de Desenvolvimento Humano de cada país – índice utilizado pelo Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas, e desenvolvimento como simples modelo de crescimento, que levam em conta índices como o produto interno bruto para sua análise - são utilizados por organizações como Organização do Mundial do Comércio e Organização Mundial da Propriedade Intelectual. O significado utilizado no presente artigo refere-se ao primeiro.

¹¹ Nesse sentido, ler Tratado da Propriedade Industrial de Gama Cerqueira, 1946, editora Forense.

¹² Conforme Denis Borges Barbosa, na página 387, do seu livro “Tratado da Propriedade Intelectual”, 2010, editora Lúmen Júris, a concessão de uma patente por certo prazo significa que a União, ao mesmo tempo, constitui um direito a tal prazo para inventores e à sociedade em geral, de que, após esse prazo, a tecnologia estaria em domínio público.

segundo uso a patentes já registradas, estar-se-ia estendendo o prazo inicial de vinte anos por vias transversas. De fato, trata-se de uma nova invenção derivada de um processo complexo de pesquisas as quais agregam valor ao produto inovador, resultante final desse procedimento.

Tendo em vista esta peculiaridade das patentes de novo uso, a concessão igualitária do tratamento nacional por meio de uma interpretação exclusivamente positivista/legalista dos tratados em análise, poderia, ao contrário, levar a um desenvolvimento tecnológico falso de países em desenvolvimento e a perpetuação da concentração de tecnologia nos grandes centros econômicos.

Desse modo, uma possível proposta consiste na adoção de uma análise re-interpretativa criativa e construtiva com relação ao princípio do tratamento nacional nos casos de patentes de segundo uso médico. É bem provável que tais patentes sirvam de estímulo para um processo continuado de pesquisas avançadas com relação a uma primeira patente. Ao se aproveitarem os fundamentos dessa primeira pesquisa pode-se desenvolver um novo composto com fins diferenciados numa perspectiva de pesquisa institucionalmente articulada no espaço e no tempo. Conceder o mesmo tratamento entre países tão assimétricos como os centrais e os periféricos, principalmente nos casos de segundo uso médico, pode levar a uma concentração de poder econômico, desfigurando toda a função da propriedade intelectual para os países em desenvolvimento, qual seja, ser um catalisador de desenvolvimento tecnológico.

O princípio do tratamento nacional e o caso das patentes de segundo uso representam uma típica situação para a qual a teoria econômica do direito não consegue encontrar soluções. Mesmo que os grupos farmacêuticos de grandes potências econômicas aumentem sua riqueza – assim como a comunidade internacional de uma maneira geral – ao não se levar em conta as peculiaridades de cada país na hora do tratamento igualitário, milhares de pessoas em países em desenvolvimento tem comprometidos direitos como o de saúde e o acesso ao desenvolvimento, perpetuando uma perversa história de dependência¹³.

¹³ Esse problema é bastante evidenciado no caso das doenças negligenciadas. Dados derivados de estudo dos Médicos Sem Fronteiras (2010) demonstram a crise em pesquisa e desenvolvimento de medicamentos para essas doenças as quais atingem os países em desenvolvimento. Esses países, que representam 80% da população mundial, mas apenas 20% do mercado de medicamentos, não têm se beneficiado – como os países desenvolvidos - da pesquisa e desenvolvimento de medicamento nos últimos 25 anos. Entre 2001 e 2006,

A solução para esta incoerência jurídica somente pode ser proposta por vias de uma interpretação substancial do direito, pois o Estado brasileiro, como uma comunidade personificada, deve propor medidas de políticas públicas de investimento no sentido de minimizar o processo de manutenção e perpetuação de dependência social, econômica e tecnológica.

Como comunidade personificada, a responsabilização por atos de governo deve ser diferente da responsabilidade de um indivíduo em particular, no sentido dado por Dworkin (2007). Somente atuando de forma íntegra, pautado nos princípios consubstanciados desta comunidade – sendo um deles, o direito à saúde – é que o Estado poderá superar os problemas de atraso e de concentração de poder tecnológico e econômico.

Deve existir um tratamento diferenciado, uma verdadeira política reversa nos termos dworkinianos. Como o monopólio deve ser considerado como exceção, esse tratamento poderia ficar a cargo de cada governo, podendo consistir, por exemplo, em prazos diferenciados para privilégios concedidos sobre patentes de segundo uso para estrangeiros de grandes potências tecnológicas e privilégios concedidos para nacionais de países em desenvolvimento. Entretanto, as políticas adotadas de tratamento diferenciado para o princípio do tratamento nacional deveriam ser acompanhadas de uma forte estruturação de combate ao abuso do poder econômico pela Organização Mundial do Comércio, de modo a evitar protecionismos e retaliações econômicas.

O fortalecimento do poder regulatório de cada país, representa uma mudança de perspectiva a qual gera uma intervenção do Estado nas relações privadas mais racional e mais sistematicamente estruturada. Concede-se o direito subjetivo à patente, ao mesmo tempo em que se controla o poder privado das empresas farmacêuticas, induzindo um comportamento mais adequado às exigências sociais e sanitárias do país.

nenhuma das vinte empresas farmacêuticas de maior faturamento bruto mundial lançou, no mercado, um único medicamento para qualquer uma das doenças negligenciadas. E mais, 75% da produção mundial de medicamentos é consumida principalmente pelos Estados Unidos, Japão, Alemanha, França, Itália e Reino Unido, fazendo com que as pesquisas e a produção de medicamentos voltem-se às demandas desses países, como doenças crônico-degenerativas ou problemas como calvície, enxaqueca e depressão.

Mas será que tal re-interpretação seria constitucional em um sentido formal e material, frente ao tratado internacional de propriedade intelectual e à legislação nacional de proteção à propriedade industrial?

Para tal, é necessário que esses tratados sejam interpretados em seu conjunto de maneira construtiva, tendo por ponto de partida princípios, para que sejam analisados sob sua melhor luz, conforme Dworkin (2007). O TRIPS prevê em seu artigo 8º que os Membros, ao formularem ou emendarem suas leis e regulamentos, podem adotar as medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico. Esse artigo é essencial no que diz respeito ao tratamento disforme entre nacionais e estrangeiros na concessão de patentes de segundo uso em países em desenvolvimento. Constata-se que tal interpretação serve justamente para proteger e promover princípios como a saúde, o desenvolvimento, a soberania nacional, entre outros. Além desse artigo, o artigo 33 versa apenas que a vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data de depósito, o que gera uma invalidade lógica no argumento contrário ao segundo uso desenvolvido com base num indevido alargamento do prazo do privilégio. Nos termos do artigo em questão, o prazo de vinte anos pode, inclusive, ser alargado se assim se decidir o Poder Legislativo interno.

E finalmente, no art. 71, item 2, verifica-se que as emendas que sirvam meramente para incorporarem níveis mais elevados de proteção dos direitos de propriedade intelectual, alcançados e vigentes em outros acordos multilaterais, e que tenha sido aceitos nesse contexto por todos os membros da OMC, poderão ser encaminhados à Conferência Ministerial para a deliberação e a proposta consensual do Conselho do TRIPS.

Dessa maneira, a proposta de re-interpretação da CUP e do TRIPS, não possui qualquer incompatibilidade formal, podendo ser considerada legal para todos os efeitos pretendidos com a implementação do critério interpretativo que valida a concessão diferenciada de privilégio temporário no caso do segundo uso médico.

Considerando a lógica do texto constitucional no que se refere à propriedade industrial, valida-se com a interpretação favorável à diferenciação das patentes de segundo uso um verdadeiro incentivo, qual seja, a de ser uma indução suficiente e necessária para que

haja novas invenções em sentido diverso das já fomentadas pelo contexto regular de mercado, de modo, a alcançar verdadeira independência tecnológica e econômica de países em desenvolvimento. Nesse sentido, percebe-se, claramente, a legitimidade desse privilégio atribuível às patentes de segundo uso médico em relação ao texto da Constituição Federal em seu inciso XXIX do artigo 5º e também em relação ao seu art. 218, §2º. Ademais, nos termos do direito como integridade, é legítimo se interpretar como válida a patente de segundo uso médico, no caso da re-interpretação do princípio do tratamento nacional, tendo em conta uma proposta reconstrutiva e crítica em relação aos fundamentos do direito de patente. Há, pois, um argumento de princípio de proteção à inovação fortemente justificado pela garantia do direito ao desenvolvimento e soberania nacional constitucionalmente estabelecidos. A patente de segundo uso médico não viola o direito subjetivo de proteção à propriedade imaterial do cidadão assim como serve de substrato indutivo no processo de desenvolvimento real de países em desenvolvimento.

Dessa forma, o fomento a patentes de segundo uso consiste numa interpretação legal em consonância com o direito como integridade de Ronald Dworkin (2007), pois como já analisado, traz uma diferenciação pautada nos princípios supracitados, determinando que o Estado atue dentro de sua responsabilidade, qual seja, a de garantir o direito ao desenvolvimento e à soberania nacional, entre outros, por meio de desenvolvimento de políticas públicas as quais possam ser validadas tanto por medidas de incentivo à inovação no campo do direito privado quanto por interpretações legais consistentemente articuladas com a lógica de proteção aos direitos fundamentais. Ademais a patente de segundo uso é, além de importante mecanismo de política de inovação tecnológica, um direito conforme se infere de uma interpretação construtiva e criativa da Lei nº 9279/96 e da Constituição da República.

Enfim, a ênfase no segundo uso, como proposta de política pública a ser implementada no contexto de órgãos públicos, como INPI e ANVISA, é plenamente plausível, pois, tem uma justificativa principiológica, a saber, o fato de o Brasil ser um país que investe pouco em pesquisa se comparado a países desenvolvidos e, por isso, o país necessita orientar as decisões de mérito dessas entidades autárquicas no sentido de implementar mais agressivamente o desenvolvimento científico e tecnológico. Percebe-se, com essas medidas de política e de direito, estar-se adotando uma interpretação adequada da lei e da Constituição.

Diante da exposição, fica clara a necessidade da mudança de postura, por parte do Estado em relação ao princípio do tratamento nacional, principalmente nos casos de patentes de segundo uso. Por mais que a Organização Mundial de Comércio possua capacidade na determinação de uniformidade no tratamento legal para com os seus membros, é evidente a necessidade de uma atuação efetiva, com base em princípios constitucionais, na supressão dessa incongruência, para que os nacionais de países em desenvolvimento possam, de fato, se valer do direito à saúde e ao desenvolvimento constitucionalmente garantidos.

CONCLUSÃO

No contexto atual, é notória a importância da atuação do Estado com políticas públicas que priorizem o desenvolvimento de países pobres. Essa atuação tem fundamento na sua responsabilidade de tratar com maior interesse e com igual importância todos os indivíduos que fazem parte dessa comunidade. Além disso, é íntegra uma política pública que dê maior ênfase às patentes de segundo uso médico quando produzidas por nacionais de países em desenvolvimento, desde que ela tenha como justificativa de princípio assegurar o direito à saúde, o direito ao desenvolvimento e à soberania nacional, atribuídos constitucionalmente, de modo a evitar que o instituto da propriedade intelectual tenha sua função distorcida, transformando-se em uma ferramenta de perpetuação de dependência econômica, social e tecnológica sob o argumento de uma suposta uniformização internacional do sistema legal da propriedade intelectual.

Por isso, o presente artigo buscou estruturar uma política pública por meio de uma re-interpretação construtiva e criativa que incorpore ao processo de decisão de entidades autárquicas, como INPI e ANVISA, a legitimidade de se conceder privilégio temporário ao segundo uso médico, de tal maneira, que haja diferenciação entre patentes produzidas por nacionais e patentes produzidas por residentes em grandes potências tecnológicas. Tal alteração seria constitucional, tanto por estar em consonância com os acordos dos quais o Brasil é signatário e, além disso, seria uma política estatal legítima que cabe ser reconduzida a argumento constitucional e legal de princípio, a saber, aliar o direito de proteção à patente com o direito à saúde, direito ao desenvolvimento e o direito à soberania nacional.

O direito como integridade consiste na possibilidade de se articular o processo de indução de comportamentos no mercado a partir de uma interpretação construtiva e criativa das legislações vigentes. O ato de aplicar o direito à patente de segundo uso médico a questões estratégicas, como a priorização do desenvolvimento local de países em desenvolvimento, além de implementar o princípio básico de proteção à propriedade industrial, serve para induzir uma mudança de atitude no mercado privado. O fundamento de validade desse tipo de atuação voltada para a diferenciação de patentes de segundo uso médico no caso dos inventores serem ou não nacionais de países em desenvolvimento, pode, sim, ser estabelecido por meio de uma reconstrução interpretativa dos requisitos legais de patenteabilidade.

Não se trata de uma solução conciliatória entre questões de política pública e de princípio. Na verdade, reconstrói-se o sentido, o significado e o alcance dos requisitos de patenteabilidade e do princípio do tratamento nacional para se dar o direito a quem efetivamente o possui, no caso das patentes de segundo uso. E, nesse contexto, ao se observar um mecanismo indutivo de política pública na saúde, o poder público se vale dessa legítima interpretação para estimular o desenvolvimento nacional de países em desenvolvimento, de modo a romper com uma história de profunda dependência tecnológica em relação às potências tecnológicas.

Não deve deixar-se olvidar a dificuldade política para o estabelecimento da proposta aqui analisada em âmbito internacional. Entretanto, o principal objetivo do artigo foi o de analisar, por meio de uma postura crítica, o princípio do tratamento nacional e a questão das patentes de segundo uso, de modo que haja um rompimento com a simples contemplação e aplicação mecânica do texto legal. Além disso, com as profundas crises que vêm assolando grandes economias no mundo desde 2008, há atualmente, um rearranjo do poder de influência política de grandes economias como é o caso do Brasil, e talvez, esse seja o momento mais adequado para que questões como essas sejam discutidas em âmbito internacional.

Enfim, pode-se afirmar que as patentes de segundo uso médico não devem ser tratadas superficialmente como um mero subterfúgio para estender o prazo de privilégio patentário, mas antes podem se tornar argumentos legítimos de proteção ao direito individual de propriedade imaterial com repercussão na garantia do direito à saúde, no direito ao

desenvolvimento e à soberania nacional de países em desenvolvimento. A integridade no direito reside em encontrar o exato sentido e a adequada dimensão de aplicação da lei e da Constituição de modo a se construir a interpretação mais apropriada à história constitucional e, enfim, explicitar uma decisão que seja, de fato, a expressão do direito em sua melhor luz.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges **A nova regulamentação da licença compulsória por interesse público**. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com>>. Acesso em: 09 jul. 2010.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____. **Bases constitucionais da propriedade intelectual**. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com>>. Acesso em: 09 jul. 2010.

_____. **Licenças Compulsórias de Patentes de Invenção**. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com>>. Acesso em: 09 jul. 2010.

_____. **O conceito de propriedade intelectual**. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com>>. Acesso em: 09 jul. 2010.

BRASIL. Constituição da República 5 de outubro de 1988. **Site do Planalto**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2009.

BRASIL. Decreto 1263 10 de outubro de 1994. Ratifica a declaração de adesão aos arts. 1º a 12 e ao art. 28, alínea 1, do texto da revisão de Estocolmo da Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial. **Site do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1263.htm>. Acesso em: 13 jun. 2009.

BRASIL. Decreto 1355 30 de dezembro de 1994. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. **Site do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em: 13 jun. 2009.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. **Ata completa da primeira reunião do grupo de estudos sobre segundo uso médico**, 1. Rio de Janeiro, 2007a. 9 p.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. **Ata completa da segunda reunião do grupo de estudos sobre segundo uso médico**, 2, Rio de Janeiro, 2007b. 14 p.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. **Ata completa da segunda reunião do grupo de estudos sobre segundo uso médico**, 3., Rio de Janeiro, 2007c. 17 p.

BERMUDEZ, Jorge. LABRA, M. E. OLIVEIRA, E. Andrade. de. **A produção pública de medicamentos no Brasil: uma visão geral**. *Caderno de saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 11, nov.2006. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0102-311X2006001100012&script=sci_arttext> .Acesso em: 25 mai. 2010.

BRASIL. **Ministério da Ciência e Tecnologia. Plano de Ação 2007 – 2010 Ciência Tecnologia e Inovação para o desenvolvimento nacional, 2007**. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

BOYLE, James. **A manifesto on Wipo and the future of the intellectual property**. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/journals/dltr,articles/2004dltr0009.html>>. Acesso em: 20 out. 2009.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERES, M. V. C.; TRESSE, V. S. **Patentes de segundo uso: questão de política ou questão de princípio?**. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 20., 2011. Belo Horizonte. Anais... Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>>, 2012. p. 11417-11430. Acesso em: 30 mar. 2012.

FERES, Marcos Vinício Chein. **Indetity in law: the second medical use and the drugs for neglected diseases**. Juiz de Fora. Trabalho não publicado.

FERES, M. V. C.; TRESSE, V. S. **As patentes de segundo uso e as drogas para doenças negligenciadas: por uma interpretação construtiva**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 20., 2011. Vitória. Anais... Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/anais/XXcongresso/Integra.pdf>>, 2012. p. 12579-12596. Acesso em: 30 mar. 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Acordos Internacionais**. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/pasta_acordos>. Acesso em: 11 mai. 2010.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Instituição e Acordos Internacionais**. Disponível em: <<http://pesquisa.inpi.gov.br/patentes/instituicoes/convencao.htm>>. Acesso em 15 mai. 2010.

PRONER, Carol. **Propriedade intelectual: para uma outra ordem jurídica possível**. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/varios/Proner_2007.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2009.

MÉDICOS SEM FRONTEIRAS. **Desequilíbrio Fatal: A crise de pesquisa e desenvolvimento de drogas para doenças negligenciadas.** Disponível em: <www.msf.org.br/campanha/desequilibrio.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2010.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Contracting parties > Paris Convention.** Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2>. Acesso em 15 mai. 2010.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **DL – 101 Curso geral de propriedade intelectual:** Curso disponibilizado pela WITO em seu site sobre propriedade intelectual com acesso restrito, 26 mar. – 10 mai. 2012. 34 f. Curso com acesso restrito.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Intellectual property: protection and enforcement.** Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm7_e.htm>. Acesso em 11 mai. 2010.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Trade-related aspects of intellectual property rights.** Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm>. Acesso em 11 mai. 2010.