

O MONOPÓLIO COMO CONSEQUÊNCIA DA LEI DE PATENTES: AS DISCORDÂNCIAS DO DIREITO À EXCLUSIVIDADE¹

*THE MONOPOLY AS A CONSEQUENCE OF PATENT LAW: THE CONTROVERSIES OF THE
RIGHT TO EXCLUSIVITY*

Guilherme de Aquino Ita NUNES²

ISSUE DOI: 10.21207/2675-0104.2020.1121

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo tratar dos motivos pelos quais a exclusividade de produção garantida pela Lei Nº 9.279/96 se torna uma atribulação à diretriz financeira. Para isso, faz-se uma análise histórica da propriedade industrial no Brasil e sua normatividade até os dias de hoje, com a LPI, dando uma maior atenção à concessão de patentes. Ademais, analisa-se o monopólio gerado pelo direito à patente e os danos causados por esse fenômeno para o cenário socioeconômico. Por fim, dedica-se uma observação da patente como um mecanismo competitivo e suas discordâncias legais de funcionamento e práticas de acessibilidade.

Palavras-chave: Propriedade industrial. Patente. Monopólio.

ABSTRACT

This work has as aims to address the reasons why the exclusivity of production guaranteed by the Law No. 9.279/96 becomes an affliction to the financial guideline. For this, it makes a historical analysis of industrial property in Brazil and its normativity until today, with LPI, giving greater attention to the granting of patents. In addition, the monopoly generated by the patent right and the damage caused by

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2019-2020) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Discente da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP. Bolsista do Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2019-2020).

this phenomenon to the socioeconomic scenario are analyzed. Finally, this paper is dedicated to the observation of the patent as a competitive mechanism and its legal disagreements of operation and accessibility practices.

Keywords: *Industrial property. Patent. Monopoly.*

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se insere no campo do Direito Empresarial, mais especificamente no direito concorrencial e de propriedade industrial e tem como propósito mostrar os danos efetivos que o monopólio de patente pode causar e apresentar os fatores que desincentivam a diversidade de mercado e, principalmente, desestimulam a aquisição em um sentido socioeconômico das relações de consumo. Analisa-se as discordâncias desse direito frente à promessa de liberdade concorrencial da ordem econômica brasileira e as ofensas que a LPI causa a importantes princípios constitucionais. Para isso, leva-se em consideração as evoluções histórica e legislativa em matéria de propriedade industrial no Brasil, que mesmo sendo um dos pioneiros na abordagem dessa matéria, ainda apresenta normas falhas e com aberturas para serem usadas de forma irregular.

2. A PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO BRASIL

O direito à propriedade industrial, em poucas palavras, garante a posse do autor sobre sua criação. Tal posse diz respeito ao direito de exclusividade de fabricação, comercialização, importação e do uso ou venda da criação. Direito este que perdura durante um período determinado, não sendo, então, vitalício e, quando terminado, a criação cai em domínio público, podendo ser livremente explorada.

Para chegarmos na atual Lei de Propriedade Industrial vigente no país, muito se criou e evoluiu através da história. Para o presente trabalho, evitando uma prolongação desnecessária, partiremos do momento em que o comércio brasileiro passa a se apresentar como o modelo parecido com o que conhecemos atualmente.

A “Constituição Política do Império do Brasil”, de 25 de março de 1824, traz a seguinte redação sobre o tema:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.³

Em 20 de março de 1883 ocorre a primeira reunião da Convenção de Paris, tendo o Brasil como um dos 14 países signatários. Tal acordo versava um consenso comum a respeito de direitos e obrigações da propriedade industrial no cenário internacional e, como expõe Lucas Rocha Furtado, “o direito passou, assim, a tomar conhecimento efetivo da vinculação existente entre uma nova classe de bens de natureza imaterial e a pessoa do autor, e que podia ser assinalada à relação estabelecida entre as coisas materiais e seus proprietários”.⁴ Entre as disposições acordadas, Walter Brasil Mujalli destaca as seguintes:

1. Os países a que se aplica a presente Convenção constituem-se em União para a proteção da propriedade industrial;
2. A proteção da propriedade industrial tem por objeto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.
3. A propriedade industrial entende-se na mais ampla acepção e aplica-se não só à indústria e ao comércio propriamente ditos, mas também às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos manufaturados ou naturais.
4. Entre as patentes de invenção compreendem-se as diversas espécies de patentes industriais admitidas nas legislações dos países da União, tais como patentes de importação, patentes de aperfeiçoamento, patentes e certificados de adição etc.⁵

³ BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro, 1824.

⁴ FURTADO, Lucas Rocha. “Sistema De Propriedade Industrial No Direito Brasileiro: comentários a nova legislação sobre marcas e patentes, Lei 7.279, de 14 de maio de 1996”. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. 15 p.

⁵ MUJALLI, Walter Brasil. A propriedade industrial: nova lei de patentes. 1. ed. atual. Leme-SP: Editora de Direito Ltda., 1997. 238 p.

Outras tantas disposições foram tratadas a respeito na CUP, mas nos atemos a estas a título de exemplo.

É inegável a importância da Convenção para o surgimento da discussão no Brasil, no entanto, a primeira lei que assegurou os direitos que o fabricante e o negociante têm sobre as marcas, patentes e comércio no país foi o Decreto Nº 2.682, vigorada apenas em 23 de outubro de 1875. Registros apontam que a primeira ação judicial acerca da matéria no Brasil tratou-se da propriedade da marca de rapé “Areia Preta” sobre o uso indevido de outra chamada “Areia Parda”, ação essa formulada pelo jurista e advogado Rui Barbosa.

A partir daí foram muitas as leis extraordinárias criadas para regular as marcas, patentes e a concorrência desleal, até que em 1945 foi estabelecido o Decreto Lei Nº 7.903/45, o primeiro Código de Propriedade Industrial brasileiro, que nas palavras do legislador, “visa reconhecer e garantir os direitos daqueles que contribuem para o melhor aproveitamento e distribuição de riqueza, mantendo a lealdade de concorrência no comércio e na indústria e estimulando a iniciativa individual, o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo”⁶. Tal legislação apresentou uma matéria mais completa e moderna do tema.

Durante sua vigência foi criado, em 1970, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), uma autarquia federal que tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial⁷.

Finalmente em 1996, como fruto de relações comerciais com outros países (principalmente com as grandes potências, como os Estados Unidos) desponta a atual Lei de Propriedade Industrial, Nº 9.279, de 14 de maio, regulando os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

Fazendo-se tal análise histórica, fica claro que o Brasil sempre esteve presente nas principais discussões internacionais sobre Propriedade Industrial no decorrer da história. Tal participação gerou grandes

⁶ BRASIL. Decreto-Lei Nº 7.903 de 27 de agosto de 1945. Código da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro, 27 de agosto de 1944, 123º da Independência e 56º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7903.htm>. Acesso em: 17 set. 2020.

⁷ BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Da patenteabilidade: seção 1, Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

conhecimentos aplicados em leis nacionais e também nos deu oportunidades de influenciar na matéria comum de PI. Também se entende que o país sempre teve o contrato de patente como um acordo segurador entre o Estado e o inventor do monopólio temporário em troca da posterior divulgação das peculiaridades da invenção para exploração local.

2.1 CONVENÇÃO E TRATADOS INTERNACIONAIS

Como anteriormente dito, o primeiro acordo internacional sobre propriedade industrial foi assinado em 1883 durante a Convenção da União de Paris, que está até hoje vigente com poucas alterações. A CUP designa os princípios para proteção da propriedade industrial e serve, atualmente, de referência para a elaboração de novas legislações sobre a matéria nos países signatários.

Ainda que não exista uma forma de patente única e internacional, o depósito pode ser efetuado em vários países graças aos tratados que o Brasil firmou ao longo do tempo. Dessa forma, a peça patenteada pode chegar a outros países com o mesmo conteúdo, basta que o solicitante traduza o pedido depositado no Brasil e selecione um escritório responsável pela condução do processo no(s) país(es) de interesse.

O primeiro pedido é chamado de prioridade e o depósito em outros países pode ser feito através da CUP, em até doze meses após a prioridade, ou por meio do tratado PCT, no período de trinta meses. Tal depositante, se tiver o interesse de internacionalizar sua patente, deve fazer a prioridade em um país que esteja vinculado a esses dois tratados, é o caso do Brasil. Após, deve ser escolhido um escritório especializado em buscas de patentes via PCT. Tais escritórios são órgãos de governo que administram o pedido de patente. No Brasil, é representado pelo INPI e, internacionalmente os mais notáveis são o USPTO (nos Estados Unidos) e o Escritório Europeu.

A internacionalização da patente é um meio de garantir maiores lucros e evitar a exploração de terceiros além-fronteiras. Dentre as opções de se fazer isso, deve-se observar as características de cada uma para uma adequação correta.

2.2 PATENTES NA LPI

Se fosse preciso resumir os direitos do titular da patente perante a lei, dir-se-ia que pode ele, após adquirir a posse, impedir terceiros de produzir, vender, usar, importar, sem o seu consentimento, o produto objeto da patente. Os terceiros só farão uso da invenção com a permissão – a licença – do titular. Para a presente pesquisa, nos limitemos aos direitos concernentes à vigência, territorialidade e vantagens comerciais que a patente propicia.

O direito da patente é assegurado ao autor da invenção ou modelo de utilidade, que poderá ser requerido em nome próprio ou também por herdeiros ou sucessores do autor. Caso o objeto patenteável for gerado em conjunto, por duas ou mais pessoas, todas ou qualquer uma delas poderá requerer a concessão, desde que mediante nomeação e qualificação das demais. Entretanto, se dois ou mais autores realizarem a mesma invenção, individual e independentemente, a patente será assegurada àquele que tiver feito o depósito primeiro, sem levar em consideração as datas de criação. A carta patente, enfim, será emitida após o deferimento do pedido e a comprovação do pagamento da retribuição devida.

De acordo com o artigo 40 da LPI, a patente de invenção vigora pelo prazo de 20 anos⁸, enquanto a de modelo de utilidade tem um prazo de 15 anos, prazos esses contados a partir da data de depósito. O parágrafo único do mesmo artigo enuncia que o período da vigência não será menor que 10 anos para patente de invenção e de 7 anos para a de modelo de utilidade, contados a partir da data de concessão. Todavia, caso o INPI estiver impedido de dar prosseguimento ao exame da permissão, por alguma pendência judicial sobre o direito do objeto ou motivo de força maior, esse prazo de validade não será contabilizado. A patente não é prorrogável, ou seja, vencido o prazo a invenção cai em domínio público, podendo ser explorada por qualquer pessoa sem necessidade de licença.

Concedida a patente, o titular obtém os devidos direitos de propriedade. A proteção será determinada pelo teor das reivindicações, interpretado com base no relatório descritivo e nos desenhos. O detentor, além de possuir o direito de impedir que terceiro produza, use, coloque a venda ou importe o a invenção ou MU sem seu consentimento, pode impedir que o mesmo contribua para que outros pratiquem esses atos. No artigo 44 é elucidado o direito à indenização que cabe ao proprietário pela

⁸O prazo mínimo de 20 anos para patentes foi firmado entre todos os países participantes do TRIPS.

exploração e uso indevidos da patente, inclusive se ocorrer entre a data do depósito do pedido e da concessão da patente⁹.

É garantido ao possuidor da patente, também, a faculdade de se desfazer da mesma por meio de venda ou licenciamento, o que transfere seus direitos exclusivos para outra pessoa através da execução de um contrato de licenciamento. Diz a lei que o a patente ou seu pedido poderão ser restaurados, se o depositante ou titular assim o requerer, dentro de três meses, contando da notificação da extinção da patente ou arquivamento do pedido.

A patente é uma espécie de acordo entre o Estado – a sociedade –, que concede a exclusividade temporária sobre a exploração de um produto, e o inventor, que só a terá por determinado tempo até que sua reprodução se torne gratuita.

3. O MERCADO MONOPOLÍSTICO DAS PATENTES

Com o fim do mercantilismo, para que o capitalismo pudesse se firmar como modelo de mercado, houve, no final do século XVIII, a consumação da teoria do liberalismo econômico, que rejeitava toda intervenção na economia que não viesse dela mesma. Era o início da ideia de que “o mercado se autorregula”. Nas palavras de Vincent de Gournay¹⁰, “as atividades comerciais e industriais deveriam usufruir de liberdade, para assim se desenvolverem e alcançarem a acumulação de capitais.”

No capitalismo, é chamado de capital o dinheiro investido com a intenção de gerar ainda mais dinheiro e o acúmulo é amontoar bens de valor para determinado grupo, aumentando sua riqueza através da concentração desta. Sendo assim, pode-se dizer que a finalidade do capitalismo é a limitação de riquezas à uma minoria. Por mais que as normas tentem

⁹ BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Da patenteabilidade: seção 1, Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

¹⁰ Jacques Claude Marie Vincent, marquês de Gournay (Saint-Malo, 28 de maio de 1712 – Paris, 27 de junho de 1759), foi um negociante e economista francês. Rico negociante, fez várias viagens profissionais pela Europa, aproveitando para fazer estudos sobre o comércio. Em 1749 comprou um cargo de conselheiro. Nomeado em 1751 intendente de comércio, percorreu com esse título diversas províncias da França, observando e combatendo abusos. Estava ligado à escola dos fisiocratas, mas ao contrário da linha de François Quesnay, dava importância capital à indústria. Lutou pela liberdade comercial. A ele atribui-se a invenção da palavra burocracia (com um sentido crítico irônico). (Vincent de Gournay. Wikipédia, a enciclopédia livre, 2019. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Vincent_de_Gournay>. Acesso em: 20 de maio de 2020.)

impedir que o acúmulo de capital aconteça de forma exacerbante e desigual e a Constituição legitime a intervenção do Estado na Ordem Econômica, as práticas de enriquecimento frequentemente encontram saídas para tais. É o caso da propriedade industrial e o seu direito de exclusividade, que quando limitado a um só fornecedor (monopólio) causa efeitos danosos à Ordem Econômicas, aos direitos dos cidadãos enquanto consumidores e até ao desenvolvimento científico de novas tecnologias de mercado.

O avanço industrial, concernente às evoluções alcançadas no século XIX, fomentou a concentração de capital para poucos, então percebeu-se que era possível esse acúmulo de forma rápida e eficiente, o que levou as empresas e indústrias estarem, até hoje, se esforçando para obtenção maior de lucros e concentração do controle de mercado, logo a formação de fenômenos prejudiciais à adequada concorrência, como os monopólios.

Com a chamada Crise de 29, muitas empresas de grande porte se fundiram em menores para conseguirem superar tal momento. Isso fez com que a concorrência diminuísse e trouxe à tona as práticas de formação de cartéis, trustes e holdings, todas elas impulsionadoras da concorrência desleal. Tudo isso com único objetivo: a obtenção constante de lucros.

Há muitas formas de se instituir uma concorrência desleal, que é quando o empresário busca, através de meios ilícitos, uma abrangência – dominação – maior do mercado e, conseqüentemente, a grande aquisição de clientes. Tratemos neste trabalho sobre o monopólio.

Matéria do Direito Concorrencial, o monopólio se dá quando uma só empresa fornece determinado produto em um cenário econômico, dominando tal mercado e não existindo, assim, a concorrência comercial. A palavra tem origem grega, com “mono” significando um e “pólio” representando comércio, vender. Ou seja, comércio ocupado apenas por um fornecedor.

O monopólio é uma barreira que impede a entrada de outras empresas em algum mercado e sendo a demanda – principal elemento de uma relação econômica – grande pelo alto número de consumidores e a indispensabilidade do bem principal, esta pode controlar e definir os preços de forma autônoma, que majoritariamente são altos e abusivos. Isso faz com que tal fornecedor ofereça uma menor quantidade do produto comparada à que seria oferecida se houvesse outros concorrentes. Logo, o alto lucro alcançado é gerado com muito menos esforço e há uma estagnação do avanço tecnológico neste mercado, causando um abuso a quem precisa consumi-lo.

Os fatores e condições que geram um monopólio podem variar e se relacionarem entre si conforme o caso em questão, porém pode-se dizer que ocorre quando:

- a) Existe apenas um vendedor para um produto ou serviço;
- b) Não há substitutos ou substitutos próximos para o bem ou serviço vendido pelo monopolista;
- c) O monopolista é protegido por obstáculos – à concorrência - que tornam impossível que outros entrem no mercado.
- d) Há controle praticamente total do preço de mercado. Se o monopolista controla o fornecimento disponível, ele pode controlar quanto as pessoas têm que pagar por ele.¹¹

Utilizando-se da propriedade industrial, especialmente a patente, há uma espécie de “legalização” do monopólio, já que todo direito de produção e taxação desta é concedido ao autor. É como se a sociedade dissesse: “você tem o direito de monopolizar esse produto agora, mas daqui um tempo todos poderão reproduzi-lo sem sua autorização”. Entretanto, há situações em que o mundo não pode esperar esse tempo, em que a urgência para se utilizar da nova tecnologia é tão grande que fazer valer esses direitos concedidos ao proprietário é uma dificuldade e, quiçá, irrelevante.

Sendo o monopólio uma barreira para a entrada de novas empresas em determinado mercado, no caso das patentes o domínio sobre alguma tecnologia garante essa exclusividade, tornando natural tal monopólio. Todavia, a negociação concernente ao proprietário muitas vezes pode ser um fator de risco para certo comércio, criando relações abusivas entre distribuidor e consumidor e alguns prejuízos tecnológicos.

3.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PATENTE ENQUANTO PROPRIEDADE

O surgimento do Estado Intervencionista garantiu ao mesmo o direito de mediação na atividade econômica de determinado país. Mediação essa feita de diversas formas, como com a regulação do setor privado através de consolidação de regras de mercado visando o estímulo ao crescimento da economia e redução de desigualdades, além de tender ao crescimento de empregos e salários dentro da economia. Por isso, a

¹¹ Market Business News. What Is A Monopoly? Definition And Examples. Disponível em: <<https://marketbusinessnews.com/financial-glossary/monopoly-definition-meaning/>>. Acesso em 10 de agosto de 2020.

dinâmica de coletividade passa a ter progressivamente mais consideração e, nesse cenário, a propriedade não é mais tão soberana. Acima de tudo, a propriedade, muito mais que servir ao seu dono, tem que servir a toda uma comunidade. Aí entra a função social¹².

A função social da propriedade é um dos institutos fundamentais para esse tipo de Estado. Atualmente prevista no artigo 5º da Constituição Federal/88, em seu parágrafo XXIII, ela leva em consideração a estipulação de limites que a propriedade privada deve admitir. Tal princípio busca conservar o interesse social sobre o bem de toda e qualquer pessoa, garantindo que o proprietário empregue a sua coisa na satisfação das necessidades comuns de uma coletividade nacional inteira ou de coletividades secundárias¹³.

Com a patente não é diferente. Sendo uma propriedade, do tipo industrial, deve ser destinada a um bem maior, um interesse público. Seu uso deve ser desvinculado do interesse íntimo do autor e atender ao progresso tecnológico que facilita nosso cotidiano. É preciso garantir o amparo às necessidades do homem e evitar ao máximo situações que dificultem o acesso a alguma utilidade.

4. A PATENTE E SUA VIGÊNCIA COMO DISPOSITIVOS COMPETITIVOS

É evidente que a patente garante muitos benefícios ao seu detentor, afinal esse é o papel dela. Com esse direito salvaguardado a determinada firma, ela adquire inúmeras vantagens econômicas no ambiente mercantil. Tais benefícios nem sempre são colocados em prática de forma justa à sociedade. Claramente, os ganhos lucrativos são maiores do que caso ela participasse de uma concorrência perfeita.

Na maioria das vezes, por ser a única opção em determinado seguimento de mercado, o detentor da patente estipula preços altamente abusivos. O impedimento do surgimento de novos concorrentes limita a distribuição do produto e o acesso a ele, dificultando, assim, a disseminação da nova tecnologia, que poderia servir de benefício para um

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 16.

¹³ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. A função social no código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

maior número de pessoas se não estivesse limitada a determinada região ou poder aquisitivo.

As vantagens comerciais e falhas legislativas são hoje matérias de discussão e até de Ação Direta de Inconstitucionalidade no Brasil. Alguns vícios processuais, os que aparecem antes mesmo da concessão da patente, ferem normas e princípios constitucionais essenciais ao devido funcionamento do mercado.

Além disso, a autonomia de poder sobre o controle do mercado gera efeitos prejudiciais ao consumidor e, mesmo sendo temporária, a patente pode deixar marcas profundas na economia graças ao seu mau uso e má administração econômica feita por seu detentor.

4. A RETENÇÃO DE MERCADO E DETERMINAÇÃO ABUSIVA DE CUSTO

O comodismo comercial que o proprietário da patente adquire através do monopólio patentário revela o lado injusto e traiçoeiro da propriedade industrial: a retenção de mercado. Com a certeza de um monopólio assegurado, nada é feito para maiores evoluções da mercadoria, o que freia o avanço industrial local, possível somente com uma competição livre e justa. Além disso, e mais gravemente, essa ocorrência acarreta possibilidades de aumentos exorbitantes nos preços dos produtos patenteados.

Para o detentor da patente tal mecanismo é muito vantajoso, pois lhe garante maiores lucros com menor empenho. Entretanto, para a sociedade e seu interesse, que é para onde a visão do mercado deve estar sempre voltada, esse sistema de patentes que possibilita monopólios indevidos, causa uma procrastinação no desenvolvimento nacional, pois as indústrias protegidas por monopólios não exploram a mercadoria da melhor forma possível e, como efeito, censuram e desmotivam o esforço de eventuais concorrentes.

Ao passo que em países desenvolvidos e mais competitivos em produtos de inovação a concessão de DPI dificilmente causa monopólios expressivos, em países ainda em desenvolvimento – como o Brasil –, onde a criação de inovações tecnológicas se dá em índices muito baixos e o número de competidores em mercados de novidades são menores comparados aos demais, as vantagens (ao detentor) resultantes da aplicação do direito à propriedade industrial são bem mais danosas e rígidas.

Sendo assim, fortalecer os DPI nesse tipo de país pode aumentar o controle individual do mercado, pois em caso de patente monopolista, não há redução de liberdade anterior (característica do monopólio econômico), mas o exercício de um poder econômico, expresso numa capacidade de elevar preço¹⁴.

No caso das patentes, o fenômeno de aumento dos preços é ainda mais prejudicial se não houverem similares do item comercializado. Quando a criação trata de um objeto totalmente novo, o monopólio possibilita a fixação de preços muito mais altos que a despesa incorrida e, muitas vezes, superam a capacidade aquisitiva do consumidor. Em uma economia de livre concorrência esse efeito seria controlado pela entrada de novos concorrentes, mas em uma economia de monopólio conferido pela patente a entrada de outros competidores é impossível e os preços, que se mantêm elevados, perduram até o fim da vigência da patente.

4.1 DANOS A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A vigência da patente, na prática, é um fator que, muitas vezes, não funciona como o planejado. Tal prazo coloca em conflito vários mecanismos de mercado e até mesmo princípios constitucionais.

O próprio processo de concessão de patente pode encontrar impasses durante seu curso que apresenta uma morosidade imprópria e ilegal. O princípio da razoável duração do processo frequentemente não é atendido nesses casos, nos quais não há a promoção da condução célere da demanda, dando-se logo um prolongamento da análise do pedido de concessão. Em síntese, pode-se dizer que a lei concretiza e autoriza esse tipo de situação.

Os prazos de vigência da patente definidos pelo art. 40, parágrafo único, da LPI não devem ser menores que dez anos para as patentes e sete anos para os MU. Entretanto, tais prazos só começam a ser contados a partir da concessão. Isto é, se o processo de exame do pedido ultrapassar, respectivamente, os dez ou oito anos para concluir-se, a vigência ainda se conta da concessão, não levando tal período em consideração.

Isto significa que além da proteção patentária assegurada durante a tramitação do processo de análise (art. 44 da LPI), o depositante terá assegurado o prazo de vigência da patente em si, de dez ou sete anos. Logo,

¹⁴ POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 12. ed. [S. l.]: University of Chicago Press, 1976. 262 p. ISBN 0226675580, 9780226675589.

o período de resguardo patentário será maior do que os vinte e quinze anos que o art. 40, *caput*, estabelece.

O atraso observado na duração do processo administrativo de concessão consiste num fenômeno chamado *backlog*, que expressa a aglomeração de processos em análises para concessão de patente. Mesmo sendo um problema visto não só no Brasil, tal fato não deve ser uma justificativa para se transferir, inconstitucionalmente, a responsabilidade estatal aos cidadãos. O que ocorre é uma transferência do encargo, do INPI à sociedade, de analisar tais processos, a qual se vê obrigada a esperar, por prazo indefinido e maior que o previsto, o seu direito de exploração sobre o invento, independente de autorização ou prestação de tarifas. Não é aceitável que a sociedade fique à mercê de eventual melhoramento estrutural, prometido pelo INPI, quando é ela que suporta as consequências desses lapsos que estão longes de serem corrigidos – se é que um dia serão.

Em termos legais,

a dilatação de vigência do privilégio para utilizar criação industrial traz enormes prejuízos à liberdade de concorrência e aos direitos do consumidor [...]. O que a norma provoca é transferência à sociedade da responsabilidade do INPI de analisar, em tempo razoável, os processos administrativos de sua competência. Se a instituição não consegue apreciar, em tempo hábil, os pedidos de patente, cabe-lhe, na condição de pessoa jurídica de direito público e nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, reparar os danos causados ao postulante. O art. 40, parágrafo único, da Lei 9.279/1996, transfere esse ônus à sociedade, que se vê compelida a aguardar, por prazo indeterminado e superior a quinze ou vinte anos, para explorar comercialmente inventos industriais, em sacrifício da livre concorrência, dos consumidores e de direitos sociais como o direito à saúde e à alimentação.¹⁵

Mais um fundamento constitucional que deixa de ser atendido na prática da norma é o princípio da isonomia, que estabelece que a lei “não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.”¹⁶ Isso ocorre logo que os prazos das patentes se mostram diferentes conforme cada processo e a sua duração. Ou seja, há um tratamento diferente entre semelhantes definido por esse período de avaliação do pedido.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.529 DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984195>>. Acesso em: 10 de set. de 2020.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 16.

Com efeito, a norma em estudo prolonga de forma indevida também o prazo da vigência da patente e sua exclusividade comercial. Esse acréscimo temporal traz, além de consequências processuais, vários prejuízos à funcionabilidade do mercado, afetando algumas garantias constitucionais básicas para a ordem econômica. Os princípios da livre concorrência e livre iniciativa, que, concomitantemente, coage o mercado a garantir um produto com maior qualidade possível, são os principais desprezados nos casos de patentes monopolistas. Tais preceitos incentivam a competição e estatuem que “a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”¹⁷ Também ajudam a evitar a concentração de capital característica do uso indevido da propriedade.

Evidencia Nuno Pires Carvalho sobre o assunto:

No entanto, porque as patentes têm tecnologia como objeto jurídico, e porque a tecnologia é um ativo essencial para as empresas concorrentes, a sua dimensão jurídica pode ser usada como uma ferramenta para obter ou para manter posição dominante. O direito da concorrência, portanto, deve operar de modo a evitar ou reprimir essas práticas. Na falta do direito da concorrência, os titulares de propriedade industrial podem abusar de seus direitos e assim destruir (ou reduzir) o clima de rivalidade que a propriedade industrial requer para operar efetivamente. Em outras palavras, a propriedade industrial, se mal usada, pode conter em si o germe da própria destruição.¹⁸

É a livre concorrência que fomenta a defesa do consumidor, pois a competição entre concorrentes gera aprimoramento nos produtos e serviços oferecidos e evita o surgimento de preços abusivos. Dessa forma, estando determinado produto protegido por patente e um eventual interessado a distribuí-lo (com menor preço ou/e melhor qualidade) sujeito ao pagamento de tarifas ao autor, frequentemente apenas o próprio autor dominará aquele mercado e o consumidor deverá se contentar com o modelo do modo como lhe for apresentado, tanto no preço quanto na variedade e qualidade. Isso (o monopólio) sempre instaura um comodismo comercial da parte do distribuidor, o que eleva os preços e diminui a qualidade (como se discute posteriormente) por período incerto.

¹⁷ (Silva, 1998, p. 876)

¹⁸ CARVALHO, Nuno Pires de. A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 60.

4.2 REFLEXÕES SOBRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.529

Apontado por Nuno Pires de Carvalho como uma verdadeira armadilha¹⁹, e alvo de pedido de revogação imediata pelo Tribunal de Contas da União²⁰, o artigo 40, parágrafo único, da LPI, além de violar princípios constitucionais, possibilita um prolongamento excessivo da vigência da patente e torna indeterminado esse período de proteção. Desta forma, em 2015 foi proposta pela Procuradoria-Geral da República a ADI de Nº 5.529, que questiona a constitucionalidade do dispositivo mencionado. A principal discussão proposta trata sobre o tempo de vigência da patente que, muitas vezes, por causa de mecanismos processuais, se estende por períodos indeterminados e, constitucionalmente, inadequados.

Uma das consequências mais graves que a lei traz é o provimento da patente nos casos em que o processo administrativo de análise ultrapassa a duração de oito anos para MU e dez anos para as invenções, fazendo com que o consequente prazo de vigência total seja maior do que o previsto constitucionalmente.

A ação discute a aplicabilidade do dispositivo (art. 40 da LPI) frente a princípios constitucionais e de que forma o processo de concessão de patente afeta o mercado e seus consumidores de forma negativa. Para fim de conhecimento, os fundamentos abordados são: a temporariedade da proteção patentária (Constituição da República, art. 5º, XXIX²¹), o

¹⁹ PIRES DE CARVALHO, Nuno. *The Trips Regime of Patent Rights*, 3rd. Ed. Kluwer Law International. 2010. Item 33.10. Citado por Denis Borges Barbosa em *A Inexplicável Política Pública* por trás do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial. *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 2ª Região*, vol. 19. p. 183.

²⁰ “Além disso, ante o impacto financeiro no imenso volume de aquisições de medicamentos pela Administração Pública, propõe-se recomendar à Casa Civil da Presidência da República que avalie a conveniência e oportunidade de discutir a revogação do parágrafo único do art. 40 da LPI, tendo em vista que o requerente de patente, quando há atraso excessivo no exame, já é protegido pelo disposto no art. 44 da LPI, que oferece retroatividade às pretensões do depositante da patente, conforme supramencionado nos parágrafos 219 e 220. Nesse sentido, não se considera razoável conceder a extensão de prazo de validade de patente para pedidos em que a concessão ocorre após decorridos dez anos do depósito, sobretudo tendo-se em vista que o acordo Trips, supramencionado nos parágrafos 21 a 23, não prevê tal exceção ao prazo de proteção de vinte anos, tampouco existe paralelismo dessa regra com leis de propriedade industrial de outros países.” TCU, ACÓRDÃO 1199/2020 – PLENÁRIO, Rel. Min. Vital do Rego, j. 13.5.2020.

²¹ “Art. 5º [...] XXIX – 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; [...]”.

princípio da isonomia (CR, art. 5º, caput²²), a defesa do consumidor (CR, arts. 5º, XXXII, e 170, V²³), a liberdade de concorrência (CR, art. 170, IV²⁴), a segurança jurídica (CR, art. 5º, caput²⁵), a responsabilidade objetiva do estado (CR, art. 37, § 6º²⁶), o princípio da eficiência da atuação administrativa (CR, art. 37, caput²⁷) e o princípio da duração razoável do processo (CR, art. 5º, LXXVIII²⁸).

A inconstitucionalidade do artigo 40, parágrafo único, da LPI apresenta um evidente desvio de poder legislativo²⁹ que fere a premissa do princípio do devido processo legal substantivo (CR, art. 5º, LIV³⁰), criando uma consequência social injusta que impede o uso de um bem que deveria estar sob domínio público. Tal consequência cria uma ofensa direta aos princípios da razoável duração do processo e da eficiência da atuação administrativa já mencionados, que quando interpretados conjuntamente exigem a celeridade do exame do pedido ao INPI, e não um privilégio individual advindo da sua morosidade.

A previsão constitucional da provisoriedade da proteção patentária institui a obrigatoriedade de um prazo fixado previamente para

²² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

²³ “Art. 5º [...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...]”.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V – defesa do consumidor; [...]”

²⁴ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV – livre concorrência; [...]”.

²⁵ Vide transcrição na nota 17 (acima).

²⁶ “§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

²⁷ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional no 19, de 1998) [...]”.

²⁸ “Art. 5º [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional no 45, de 2004) [...]”.

²⁹ STF, ADI nº1.158 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.12.1994, DJ 26.5.1995.

³⁰ “Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]”

a duração do privilégio, caso contrário fica a coletividade restringida por tempo indeterminado do conhecimento científico protegido.

Não apenas princípios constitucionais são ofendidos por essa prescrição. Como uma das consequências da falta de preocupação ao princípio da livre iniciativa, as empresas brasileiras ficam impossibilitadas de concorrerem com as estrangeiras em mesmo nível, já que a maioria das invenções são aprimoramentos ou novas disposições de um produto patenteado que cai em domínio público. Como no Brasil, por conta de prazos extensos, as patentes tendem a demorar mais para se tornarem conhecidas publicamente quando comparadas às estrangeiras, a indústria nacional fica incapacitada de participar da competição internacional em busca de novas possibilidades industriais, tardando e prejudicando o desenvolvimento nacional, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CR, art. 3º, II³¹).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propriedade industrial é um instrumento muito importante para a regularização das criações atualmente, mas o exercício desse direito ainda é realizado de maneiras irregulares e prejudiciais ao comércio. A retenção de mercado provocada pelo monopólio patentário funciona como uma ferramenta de vantagens econômicas abusivas, geradoras de preços excessivos e desestimuladora do surgimento de variantes do bem protegido.

Ademais, o prazo de vigência dessa patente monopolista causa uma estagnação nos avanços científicos, já que não existe a possibilidade de algum outro criador apresentar o mesmo produto com eventuais melhorias e novas disposições que facilitariam a sua exploração. E o uso, majoritariamente abusivo, desse monopólio açoita políticas fundamentais da constituição, de matéria econômica ou não, e terminantemente atinge o consumidor e a sociedade como um todo.

A presente pesquisa buscou, então, questionar a Lei de Propriedade Industrial, trazendo para a esfera científica a análise de sua funcionalidade e aplicabilidade levando em conta as regras de relações comerciais, princípios constitucionais e o desenvolvimento tecnológico.

³¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] II – garantir o desenvolvimento nacional; [...]”

Analisa-se o uso falho e prejudicial da proteção à criação, que sempre lesa quem mais precisa de proteção no mercado: o consumidor.

A área de estudo analisada nesse trabalho se mostrou, durante seu desenvolvimento, uma temática vasta e que guarda muitos tópicos necessários de serem trazidos à discussão acadêmica. A propriedade industrial como fruto de uma característica inerente à nossa espécie está sempre inclinada a estudos aprofundados, com análises críticas que busquem sempre apontar as falhas e aprimorar esse instituto tão essencial para a vida em conjunto.

Progressivamente, as pessoas estão entendendo melhor o papel da propriedade industrial, seus objetivos e suas aplicações e também que deve ser vista como um sistema minuciosamente harmônico de normas, políticas e práticas que incentivem e reconheçam a importância da inovação e da criatividade, tendo sempre em vista o bem geral da sociedade. Para isso, não é importante criar sistemas mais fracos ou mais fortes, mas sim *melhorar* o sistema de propriedade industrial que temos, acompanhando-se os avanços tecnológicos, as circunstâncias sociais e econômicas e as transformações culturais.

Por mais que o inventor mereça todo o mérito pela criação de uma nova tecnologia, esta será usada por toda sociedade, que é quem dissemina e paga pela invenção. Uma criação, por mais inovadora que seja, precisa de usuários e de pessoas que analisem esse uso e desenvolvam seu melhoramento. Por mais que hoje esteja em discussão constitucional o dispositivo mais problemático da LPI, esse empasse ainda parece longe de uma resolução satisfatória e efetiva, porém se os interesses sociais forem levados em maior consideração e se houverem pessoas dispostas a levantar tal debate, certamente chegaremos às soluções mais adequadas possíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACORDO TRIPS OU ACORDO ADPIC, de 31 de dezembro de 1994. Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. [S.l.], 1994. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/42593/mod_resource/content/1/%20Trips%20-%20Acordo%20sobre%20aspectos%20dos%20direitos%20de%20propriedade%20intelectual%20relacionados%20ao%20com%20C3%A9rcio.pdf. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.158 DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.52 DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984195>>. Acesso em: 10 de set. de 2020.

FERREIRA, Ademir Antônio; GUIMARAES, Edilson Rodrigues; CONTADOR, José Celso. Patente como instrumento competitivo e como fonte de informação tecnológica. Gest. Prod., São Carlos, v. 16, n. 2, p. 209-221, junho 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104530X2009000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 de ago. de 2020.

FILHO, Oscar Barreto. Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. 304 p.

FURTADO, Lucas Rocha. “Sistema De Propriedade Industrial No Direito Brasileiro: comentários a nova legislação sobre marcas e patentes, Lei 7.279, de 14 de maio de 1996”. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. 15 p.

GALUCHI, Thales. PCT e CUP: Como funciona uma patente internacional? Sobre Patente, [S. l.], p. 1-1, 1 jul. 2019. Disponível em: <https://sobrepatente.com.br/pct-cup-patente-internacional/>. Acesso em: 16 set. 2020.

MARKET BUSINESS NEWS. What Is A Monopoly? Definition And Examples. Disponível em: <https://marketbusinessnews.com/financial-glossary/monopoly-definition-meaning/>>. Acesso em 10 de agosto de 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 16.

MELO, José Mário Delaiti de. A função social da propriedade. Âmbito Jurídico, [S. l.], p. 1, 1 jan. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-funcao-social-da-propriedade/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

MUJALLI, Walter Brasil. A propriedade industrial: nova lei de patentes. 1. ed. atual. Leme - SP: Editora de Direito Ltda., 1997. 238 p.

PIRES DE CARVALHO, Nuno. The Trips Regime of Patent Rights, 3rd. Ed. Kluwer Law International. 2010. Item 33.10. Citado por Denis Borges Barbosa em A Inexplicável Política Pública por trás do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial. Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, vol. 19. p. 183.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 12. ed. [S. l.]: University of Chicago Press, 1976. 262 p. ISBN 0226675580, 9780226675589.

SANTIAGO, Emerson. Monopólio e Oligopólio. In: *Monopólio e Oligopólio*. [S. l.], 2011. Disponível em: <https://www.infoescola.com/economia/monopolio-e-oligopolio/>. Acesso em: 16 jul. 2020.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. A função social no código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.