

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

Larissa Pierozan

**PROPRIEDADE INTELECTUAL: ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA E SEUS
DESDOBRAMENTOS**

Porto Alegre
2019

Larissa Pierozan

**PROPRIEDADE INTELECTUAL: ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA E SEUS
DESDOBRAMENTOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharela em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Kelly Lissandra Bruch

Porto Alegre
2019

Larissa Pierozan

**PROPRIEDADE INTELECTUAL: ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA E SEUS
DESDOBRAMENTOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharela em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Kely Lissandra Bruch

Aprovada em 17 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Kelly Lissandra Bruch
Orientadora

Prof^ª. Dr^ª. Lisiane Feiten Wingert Ody

Prof. Me. Mauricio Brum Esteves

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, primeiramente, à minha mãe Jandira que me apoiou durante a elaboração do trabalho, além de me motivar durante todo o decorrer da graduação. Também agradeço ao meu pai Nilso que me introduziu à área das ciências, em especial à química, pois foi em razão dele que me aproximei da área de propriedade intelectual desde o início da faculdade.

Registro meu agradecimento às amigas que fiz no decorrer da faculdade: Anita, Cristina, Mariana e Vanessa. Sem dúvida essa amizade me motivou nos dias mais cansativos. Agradeço também por todo o apoio e compreensão durante esse período de elaboração da tese de conclusão de curso.

Por fim, agradeço à minha orientadora, a Professora Kelly Lissandra Bruch. Obrigada pela paciência ao longo desses anos, sua orientação me proporcionou grandes aprendizados, além de um crescimento acadêmico e pessoal.

RESUMO

Os direitos intelectuais tutelam as criações, via de regra, do ser humano. Essas criações nada mais são do que conhecimentos novos, ou dotados de originalidade ou distinguibilidade que, em razão de cumprirem certos requisitos, são protegidas de forma temporária, de modo que terceiros não podem utilizá-la sem a permissão do titular desta criação. E, o presente trabalho questiona qual a natureza jurídica dos direitos intelectuais e se há efeitos práticos nessa discussão. Desta forma, o estudo tem por objetivo analisar se a natureza jurídica dos direitos intelectuais se conforma como figura de direito de propriedade ou de outra forma não proprietária, em especial, com a figura dos direitos de exclusiva. E, a fim de verificar se há alguma diferença prática nesta distinção da natureza jurídica dos direitos intelectuais, realizou-se um estudo de caso sobre a proteção de dados de testes clínicos e patentes *pipeline*. A pesquisa foi desenvolvida pelo método descritivo exploratório consistente na revisão da literatura e da legislação pertinente. Com isso, observou-se que há diferenças práticas em conceber os direitos intelectuais como propriedade ou outra natureza jurídica, em especial, a de direito de exclusiva. Isso porque para a propriedade é aplicável a função social da propriedade. Enquanto que, para o direito de exclusiva, há um maior enfoque nos requisitos que autorizam a concessão desta proteção: interesse social e desenvolvimento nacional.

Palavras-chaves: Bens intelectuais. Tragedy of the Anticommons. Desapropriação. Ato administrativo. Tragedy of the Commons

ABSTRACT

Intellectual rights protect the creations, as a rule, of the human being. These creations are nothing more than new knowledge, or endowed with originality or distinguishability, that, because they meet certain requirements, are temporarily protected, so that third parties cannot use it without the permission of the holder of this creation. And, the present work questions the legal nature of intellectual rights and if there are any practical effects in this discussion. Thus, the study aims to analyze whether the legal nature of intellectual rights conforms to the figure of property rights or otherwise non-proprietary, especially the figure of exclusive rights. And in order to verify whether there is any practical difference in this distinction of the legal nature of intellectual rights, a case study was conducted on the protection of clinical trial data and pipeline patents. The research was developed by the exploratory descriptive method consistent in the revision of the literature and relevant legislation. Thereby, it was observed that there are practical differences in conceiving intellectual rights as property or other legal nature, in particular, as exclusive rights. This is because for property the social function of property is applied. While for the exclusive right, there is a greater focus on the requirements authorizing the granting of this protection: social interest and national development.

Key-Words: Intellectual goods. Tragedy of the Anticommons. Expropriation. Administrative Act. Tragedy of the Commons

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Propriedade resolúvel – relação tríade	19
Figura 2 – Propriedade resolúvel – dinâmica direitos intelectuais	23

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Fase Clínica de desenvolvimento de um novo medicamento	57
--	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CC/02 – Código Civil de 2002

CF – Constituição Federal

INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial

LPI – Lei de Propriedade Industrial, Lei 9.279/96

TRIPS – *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PROPRIEDADE INTELECTUAL, PROPRIEDADE?	13
1.1. Natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade	13
1.2. Natureza jurídica dos direitos intelectuais como não proprietária.....	26
1.3. Natureza jurídica dos direitos intelectuais pela perspectiva do <i>Commons</i>	37
2. ESTUDO DE CASO	50
2.1. Proteção de dados de testes clínicos	50
2.1.1. Conceituação dos dados de prova	50
2.1.2. Da proteção dos dados de prova.....	57
2.2. Patentes Pipeline	67
2.2.1. Conceituação das patentes <i>pipeline</i>	67
2.2.2. Da proteção das patentes <i>pipeline</i>	73
CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS	84

INTRODUÇÃO

A propriedade intelectual é a área do direito que tutela as criações, via de regra, do ser humano. Essas criações nada mais são do que conhecimentos novos, ou dotados de originalidade ou distinguibilidade que, em razão de cumprirem certos requisitos, são protegidas de forma temporária, de forma que terceiros não podem utilizá-la sem a permissão do titular desta criação. Após determinado tempo, extingue-se a proteção sobre essa criação, de forma que ela cai em domínio público, de forma que todos podem se utilizar deste conhecimento sem restrições. Há uma troca entre o titular da criação e a sociedade: o titular recebe essa proteção, desde que compartilhe esse conhecimento com a sociedade. Não abarca somente a forma de criar, mas, inclusive, a forma de recriar este conhecimento.

O presente estudo tem como principal escopo a análise da natureza jurídica dessa proteção. Desta forma, ao se referir a ela, não se utiliza a nomenclatura de propriedade intelectual que já infere a natureza jurídica de propriedade. Utiliza-se a nomenclatura de “direitos intelectuais” como forma neutra para referir a proteção sobre os bens intelectuais. E, por sua vez, entendem-se bens intelectuais como o objeto de proteção, ou seja, as criações, via de regra, do ser humano que se consubstanciam em conhecimentos novos, ou dotados de originalidade ou distinguibilidade, que preenchem certos requisitos e por isso são protegidos. O conhecimento é um bem público global, conceito que será explorado no desenvolvimento deste estudo. Assim, pertence a todos. Novos conhecimentos são desenvolvidos a partir de conhecimentos prévios. No entanto, em razão de o conhecimento ser o tipo de bem que tem o consumo como não rival e não ser um bem escasso, não haveria razões econômicas para continuar a desenvolvê-lo. Deste modo, cria-se uma intervenção jurídica, permitindo-se ao titular de um novo conhecimento um período exclusivo de exploração, no qual ele poderá obter o retorno de seus investimentos gastos com essa criação e o lucro decorrente da exploração econômica do bem intelectual. E, por conseguinte, haveria estímulo para se continuar a criar.

No entanto, fica o questionamento de qual é a natureza jurídica dessa proteção. Embora a legislação infraconstitucional, na Lei 9.279/96, denomine de propriedade intelectual, seria de fato uma propriedade? Principalmente quando a Constituição Federal dispõe que será concedido um privilégio temporário ao titular dessas criações no art. 5º, inciso XXIX. Mas, mais importante do que verificar a natureza jurídica simplesmente por se verificar, a questão central é se existe uma diferença prática em tratar os direitos intelectuais como natureza jurídica

de propriedade ou como outra modalidade de proteção, como, por exemplo, direito de exclusiva.

Assim, este estudo tem como objetivo geral verificar qual a diferença entre a natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade ou como outra natureza, em especial, de direito de exclusiva. E, além disso, mais especificamente, pretende-se verificar quais os efeitos práticos na distinção da natureza jurídica dos direitos intelectuais. Isso porque para se aplicar um conhecimento, primeiramente, deve-se compreendê-lo. E, a partir disso, objetiva-se verificar quais os institutos aplicáveis a esse direito e qual a sua extensão.

Para atingir os objetivos deste estudo, utiliza-se o método descritivo exploratório, consistente em uma revisão literária e da legislação pertinente ao tema, em especial a Constituição Federal, o Código Civil de 2002 e a Lei 9.279/96, que trata da propriedade industrial. Em um segundo momento, passa-se ao estudo de casos concretos. O escopo de análise se restringe às criações técnicas, ou seja, dentre os direitos intelectuais não se analisou as criações de espírito, nem os signos distintivos. Restringe-se, assim, a pesquisa às criações técnicas tais como as patentes invenção ou desenhos industriais.

Embora tradicionalmente se divida a Propriedade Intelectual como gênero que compreende duas espécies, o Direito Autoral e a Propriedade Industrial, nesta pesquisa se adota outra forma de divisão. Desta forma, utiliza-se a divisão de Tullio Ascarelli (1970, *apud* BRUCH; AREAS; VIEIRA, 2019, p. 63), segundo a qual os direitos intelectuais são divididos conforme os elementos diferenciadores que fundamentam a sua proteção: novidade, originalidade e distinguibilidade. As criações que têm por base o critério da originalidade, são as criações intelectuais, como os direitos autorais e conexos. Por sua vez, as criações que têm por base a distinguibilidade, são os signos distintivos, como as marcas ou indicações geográficas. E, por fim, as criações que têm por elemento caracterizador de sua proteção a novidade, e para as quais a presente pesquisa se restringe, são as criações técnicas, como patentes, desenhos industriais, proteção de cultivares ou topografia de circuitos integrados.

A revisão da literatura e da legislação será o objeto principal do primeiro capítulo desta pesquisa. O primeiro capítulo é subdividido em três partes. Na primeira parte, analisa-se a natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade indicando-se os argumentos a favor e contra essa concepção. Na segunda parte, por sua vez, pretende-se analisar a natureza jurídica dos direitos intelectuais como não proprietária. Do mesmo modo que na primeira parte, são

analisados argumentos que suportam ou não esta concepção. Por fim, na terceira parte do primeiro capítulo, são analisadas as concepções dos capítulos anteriores, natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade ou não, à luz de duas teorias: a *Tragedy of the Commons* e a *Tragedy of the Anticommons*. Esta análise objetiva verificar se há diferenças entre essas naturezas jurídicas e a extensão dessa proteção, consubstanciada em quais institutos lhe são aplicáveis.

Já, no segundo capítulo, realiza-se dois estudos de caso. Na primeira parte, o estudo de caso aborda a proteção de dados de testes clínicos. Trata-se de um tema atual, não tendo no ordenamento jurídico brasileiro previsão de proteção destes dados como direitos intelectuais, sendo abarcados apenas em relação à concorrência desleal. E, na segunda parte, o estudo de caso trata sobre um tema ocorrido no passado que é a proteção das patentes *pipeline*. Trata-se de forma de revalidação de patentes de invenção adotada na Lei 9.279/96 que teve grandes impactos para o Brasil. Em ambos os capítulos serão conceituados o objeto de estudo, o impacto de sua proteção e, por fim, a análise conforme a natureza jurídica dos direitos intelectuais, a fim de verificar se há alguma diferença prática nesse tratamento nos dois casos escolhidos.

Desde já, esclarece-se que o presente trabalho não inclui pesquisa e análise da jurisprudência sobre o tema.

1. PROPRIEDADE INTELECTUAL, PROPRIEDADE?

1.1. Natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade

A fim de se verificar se os direitos intelectuais possuem natureza jurídica de propriedade, passa-se a análise da possibilidade de apropriação de bens intangíveis; bem como do fato de a proteção conferida aos direitos intelectuais ser temporária, ao contrário da regra geral da propriedade que é a perpetuidade. Para isso, utilizam-se as concepções, principalmente, de Pedro Marcos Nunes Barbosa e Sérgio Branco, bem como uma análise da legislação pátria.

A Constituição Federal vigente, dentro do capítulo dos direitos e das garantias fundamentais, assegura um privilégio temporário aos autores de invenções industriais¹. Assim, em âmbito constitucional, é reconhecida a tutela de bens intelectuais, mas como um instituto de privilégio temporário.

Já, a lei infraconstitucional que traz as diretrizes para assegurar a garantia constitucional de privilégio temporal de utilização aos autores de inventos industriais, a Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial – LPI), conceitua os direitos intelectuais como propriedade industrial². Referida lei segue a mesma nomenclatura utilizada pelo acordo internacional multilateral que o Brasil é signatário e ratificado pelo Decreto nº 1.355/94, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ou, TRIPS – *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

Assim, verifica-se que a norma constitucional prevê a proteção por um privilégio temporário, já, a lei infraconstitucional conceitua como propriedade industrial estabelecendo períodos de proteção da criação para a qual, findo o prazo, ela cairá em domínio público³.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se a análise da verificação da natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade, tal qual aquela prevista no Código Civil de 2002, pela possibilidade de apropriação de bens intangíveis.

¹ CF, 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.

² Lei 9.279/96. Art. 1º. Esta Lei regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

³ Lei 9.279/96. Art. 78. Art. 78. A patente extingue-se: [...]

Parágrafo único. Extinta a patente, o seu objeto cai em domínio público.

Inicialmente, cumpre apontar que o instituto da propriedade é previsto no Livro de Direito das Coisas no Código Civil. E, por se utilizar da nomenclatura “coisas”, dá-se a entender que se trata somente de bens corpóreos tangíveis. E, por conseguinte, os bens intangíveis, dentre eles, os bens intelectuais não seriam apropriáveis. Em complemento, o próprio artigo art. 1.228⁴, ao tratar das faculdades do titular da propriedade, indica que elas recaem sobre a “coisa”. E, novamente, o termo coisa não parece remeter a um bem intangível, mas sim a um bem tangível.

Quanto à natureza imaterial dos bens intelectuais, destaque-se que eles não podem ser tocados, tangenciados, isso porque a criação não é algo material, embora possa ser materializada em um substrato fático. Inclusive, o art. 216 da Constituição Federal reconhece esta natureza de bem imaterial das criações:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os **bens de natureza material e imaterial**, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...]
III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

Já, no Código Civil, não há a diferenciação entre bens materiais (tangíveis) e bens imateriais (intangíveis)⁵. Desta forma, ressalte-se que, na parte do Código que trata sobre bens (Livro II), sequer é mencionada a palavra “coisa”, apenas são elencadas diversas categorias de bens, mas todos tangíveis ou equiparados (explicarei a seguir).

Ao, analisar os dispositivos contidos no Livro II sobre bens no Código Civil, são elencadas as classificações de bens, dentre elas, os bens móveis e imóveis (artigos 79⁶ e 82⁷). Se os bens podem ser movidos ou não, pressupõe-se que eles podem ser tocados, logo, tangíveis. Assim, a partir da verificação desta classificação, entende-se, em um primeiro momento, que a concepção de bens do Código Civil não abarcaria a categoria dos bens intangíveis.

⁴ CC/02. Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

⁵ “Os romanos faziam a distinção entre bens corpóreos e incorpóreos. Tal classificação não foi acolhida pela nossa legislação e pela generalidade dos códigos [...]”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. V. 1. P. 281/282

⁶ CC/02. Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

⁷ CC/02. Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

No entanto, como já mencionado acima, o Código elenca também os bens equiparados a bens tangíveis. Exemplo disso é o art. 80⁸ que considera, para fins legais, como bens imóveis o direito à sucessão aberta. E, a sucessão aberta não é algo tangível, é um acúmulo de todo o patrimônio do falecido, e essa sucessão não é representada por uma casa, um condomínio, enfim, por uma coisa, mas é um conjunto do patrimônio⁹. Logo, compreendido como algo intangível. Desta forma, ainda que não haja indicação do reconhecimento de bens intangíveis como bens intangíveis, o Código Civil trata de tais bens, mas como se fossem bens imóveis.

E, para resolver a questão atinente aos bens intelectuais, a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) estabelece que os direitos de propriedade industrial, para efeitos legais, são considerados bens móveis¹⁰. Assim, cria-se a ficção jurídica de que os bens intelectuais são bens móveis, equiparação feita similarmente ao disposto pelo art. 80 do Código Civil. E, como mencionado acima, o termo móvel presume que seja algo tangível, logo, uma coisa. Assim, por serem considerados, para efeitos legais – de forma que não necessariamente corresponde à realidade, como é o caso em questão, vez que a criação em si não é tangível, apenas o aparato em que ela é fixada (ex.: papel, metal, etc.) – bens móveis e, por conseguinte, coisas, os bens intelectuais seriam apropriáveis.

Em complemento a essa análise, menciona-se a posição de Pedro Marcos Nunes Barbosa, o qual entende que há uma diversidade de tratamento, por parte do ordenamento jurídico pátrio, quanto ao conceito de bens e de coisas como sinônimos ou como conceitos distintos: *“A doutrina clássica brasileira utiliza-se dos conceitos de forma aleatória, por vezes tomando bens como gênero do qual coisa é espécie, para limitar a última aos elementos tangíveis e corpóreos, para logo depois utilizar de um termo como sinônimo d’outro”*¹¹.

Assim, Pedro Marcos Nunes Barbosa entende que bem é gênero que abarca o material (coisas) e o imaterial. Mais que isso, analisando a questão da distinção entre coisas e bens, bem

⁸ CC/02. Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

⁹ “O direito à sucessão aberta é o complexo patrimonial transmitido pela pessoa falecida a seus herdeiros. É considerado bem imóvel, ainda que a herança seja composta apenas de móveis. Não cogita a lei das coisas que compõem a herança, porém do direito a elas. Somente com a partilha e a sua homologação deixa de existir a herança, passando os bens a serem encarados individualmente. A sucessão aberta abarca tanto os direitos reais como os direitos pessoais. Dessa ficção legal deflui que a renúncia da herança é renúncia de imóvel, e sua cessão configura a transmissão de direitos imobiliários sujeita a tributação respectiva.” VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. V. 1 P. 323/324.

¹⁰ Lei 9.279/96. Art. 5º Consideram-se bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de propriedade industrial.

¹¹ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual**: O caso da usucapião de patentes. São Paulo: Jus Podvm, 2012. P. 117. Grifos no original.

como a opção por denominar direito das coisas em face de direitos reais, conclui que “*não se está aqui a defender que tal predileção autoral tenha sido completamente intencional, mas que é antiga e – quiçá – inadequada a ótica de que os direitos de oponibilidade absoluta são restritos às coisas (bens materiais)*”¹². Logo, a partir de sua análise conclui-se que a propriedade recairia sobre bens, estando aqui, contemplado os bens intelectuais.

Aliás, a possibilidade de uma palavra abranger mais de dois conceitos é verificada no ordenamento jurídico, englobando a própria Constituição. Exemplo disso é a expressão atividade econômica que, no texto constitucional, por vezes é utilizada em seu sentido estrito, em outras em seu sentido amplo, assim, englobando tanto a noção de atividade econômica em sentido estrito e a de serviço público. Assim, plenamente possível a noção de que bem pode ser utilizado em sentido amplo, sendo coisa uma das noções contidas nesse conceito.

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa, menciona que embora a doutrina não seja uníssona, bem e coisas são termos distintos, sendo bem aquilo que tem utilidade econômica ou não econômica¹³. O autor também discorre sobre bem e coisa por vezes serem utilizados de forma indiferente. Mas, para ele, coisa é aquilo que pode ser apropriável, sendo que “*em nossa doutrina, porém, coisa pode abranger tanto objetos corpóreos como incorpóreos*”¹⁴.

Já, para Carlos Roberto Gonçalves, coisa é gênero, enquanto que bem é espécie, sendo os bens coisas úteis, raras com valor econômico passíveis de apropriação¹⁵. Para este autor, bens incluem as coisas imateriais economicamente apreciáveis¹⁶.

¹² BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual**: O caso da usucapião de patentes. São Paulo: Jus Podvm, 2012. P. 121

¹³ “Entende-se por bens tudo o que pode proporcionar utilidade aos homens. Não deve o termo ser confundido com *coisas*, embora a doutrina longe está de ser uníssona. Bem, numa concepção ampla, é tudo que corresponde a nossos desejos, nosso afeto em uma visão não jurídica. No campo jurídico, bem deve ser considerado aquilo que tem valor, abstraindo-se daí a noção pecuniária do termo. Para o direito, *bem* é uma utilidade econômica ou não econômica. Existe conteúdo axiológico nesse vocábulo.”. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. V. 1. P. 315.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. V. 1. P. 316.

¹⁵ “*Coisa* é gênero do qual *bem* é espécie. É tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem. *Bens* são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico. Somente interessam ao direito coisas suscetíveis de apropriação exclusiva pelo homem. As que existem em abundância no universo, como o ar atmosférico e a água dos oceanos, por exemplo, deixam de ser bens em sentido jurídico.”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. V. 1. P. 280

¹⁶ “*Bens*, portanto, são coisas materiais, concretas, úteis ao homem e de expressão econômica, suscetíveis de apropriação, bem como as de existência imaterial economicamente apreciáveis.” GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. V. 1. P. 281

Quanto à possibilidade de apropriação de bens imateriais, Sílvio de Salvo Venosa entende que é possível se apropriar de bens tangíveis e intangíveis: “*O direito de propriedade, como já exposto no estudo da posse, engloba tanto os bens corpóreos e incorpóreos, como os móveis ou imóveis*”¹⁷. E, Carlos Roberto Gonçalves compartilha do mesmo entendimento: “*Num sentido amplo, pois, o direito de propriedade recai tanto sobre coisas corpóreas como incorpóreas.*”¹⁸.

Assim, conclui-se que ainda que o Código não trate expressamente de bens intangíveis, bem como não há consenso na doutrina entre a distinção entre bens e coisas, é reconhecida a existência de bens imateriais. Sendo que, no âmbito da Lei 9.279/96, eles não são denominados de bens intangíveis ou materiais, mas equiparados à bens móveis. E, quanto à possibilidade de apropriação de bens intelectuais, ainda que o Código utilize a expressão “coisas”, estariam aqui incluídos os bens imateriais – ou coisas imateriais no entendimento de alguns dos autores acima mencionados –, bem como a doutrina majoritária entende pela possibilidade de apropriação de bens intangíveis. Desta forma, superada a questão da possibilidade de apropriação de bens intangíveis.

No entanto, ainda há outra questão a ser analisada a fim de se verificar se o instituto da propriedade é o instituto adequado para caracterizar a natureza jurídica da proteção conferida pelos direitos intelectuais. Isso porque uma das principais características da propriedade é que ela é perpétua, enquanto que a proteção conferida pelos direitos intelectuais é temporária, conforme preceitua o art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal ao dispor que às criações é conferido um privilégio temporário¹⁹.

Conforme leciona Sílvio de Salvo Venosa: “*Diz-se também que o direito de propriedade é perpétuo, no sentido de que não pode simplesmente se extinguir pelo não uso*”²⁰. A exceção da perpetuidade da propriedade, no ordenamento jurídico brasileiro, é a figura da propriedade resolúvel.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. V. 5.P. 172. Retirei grifos.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. V. 1. P. 224.

¹⁹ CF, 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.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. V. 5. P. 172.

Desta forma, cumpre analisar se a dinâmica da proteção dos direitos intelectuais corresponde à dinâmica da propriedade resolúvel ante o fato de a proteção temporária conferida aos bens intelectuais ir de encontro com a característica de perpetuidade da propriedade. Importa, inclusive, destacar que Pedro Marcos Nunes Barbosa, cuja obra é objeto de análise e fundamenta grande parte deste capítulo, classifica os direitos intelectuais como propriedade e, em especial, como uma propriedade resolúvel: *“Na presente obra se adotará a perspectiva patrimonial enquanto modalidade constitucional inserida dentro da matriz proprietária móvel, no seu viés imaterial e resolúvel, sem se olvidar da seara existencial atinente aos valores da personalidade.”*²¹.

O autor em questão não aprofunda os motivos pelos quais considera os direitos intelectuais como uma propriedade resolúvel. Provavelmente adote esta classificação em razão justamente de a propriedade resolúvel ser o instituto que é a exceção à característica de perpetuidade da propriedade.

Conceitue-se a propriedade resolúvel como a propriedade com característica de ser temporária e prevista no art. 1.359 do Código Civil²². Cumpre destacar que a análise recai somente sobre a propriedade resolúvel prevista no art. 1.359, que é aquela submetida a uma condição ou termo. Sendo assim, a modalidade de propriedade resolúvel prevista no art. 1.360²³, na qual a propriedade se resolve em razão de uma causa superveniente, não será analisada nesta pesquisa.

De todo modo, esclareça-se que a extinção da proteção de uma criação pode ocorrer em razão de outras causas além da extinção do período de proteção, como a caducidade, a renúncia de seu titular, falta de pagamento das taxas de manutenção da proteção, por exemplo, vide art. 78, da Lei 9.279/96²⁴, que trata das causas de extinção da patente. Assim existem causas

²¹ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual: O caso da usucapião de patentes.** São Paulo: Jus Podvm, 2012. P. 53.

²² CC/02. Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possuía ou detinha.

²³ CC/02. Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor.

²⁴ Lei 9.279/96. Art. 78. A patente extingue-se:

I - pela expiração do prazo de vigência;

II - pela renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros;

III - pela caducidade;

IV - pela falta de pagamento da retribuição anual, nos prazos previstos no § 2º do art. 84 e no art. 87; e

V - pela inobservância do disposto no art. 217.

Parágrafo único. Extinta a patente, o seu objeto cai em domínio público.

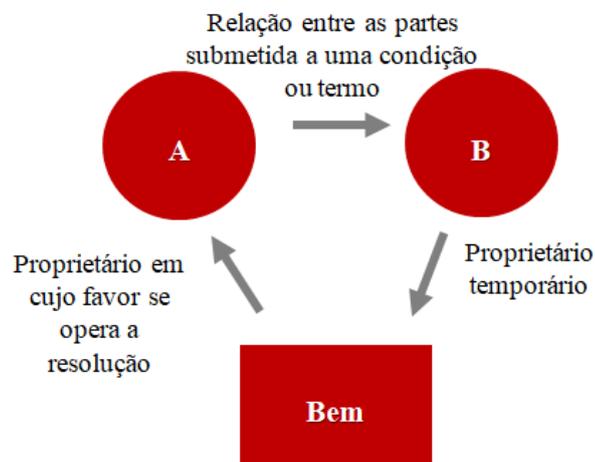
supervenientes para extinção da proteção conferida pelos direitos intelectuais. Para fins didáticos, a análise abaixo será realizada considerando apenas a questão da proteção temporária condicionada a um termo. Entretanto, a forma de análise e suas considerações, a princípio, são as mesmas para ambos os casos da propriedade resolúvel dos artigos 1.359 e 1.360 do Código Civil.

Feito esse esclarecimento, a propriedade resolúvel envolve a relação entre dois sujeitos, sendo um deles o proprietário temporário e o outro a favor de quem a propriedade se resolverá após certo tempo ou condição sejam atingidos. Silvio de Salvo Venosa²⁵ esclarece:

Nessa situação, contrariando o princípio geral de direito de propriedade, o título aquisitivo já contém o germe da resolução. O titular sabe, ou deve saber, que a propriedade pode findar-se, resolver-se com o implemento de condição ou advento de termo. Também desaparecem direitos reais concedidos em sua pendência como o penhor ou a hipoteca

A fim de tornar mais didática a explicação, ilustra-se a dinâmica da propriedade resolúvel por meio da figura abaixo:

Figura 1: Propriedade resolúvel – relação tríade



Fonte: figura criada pela autora

Desta forma, verifica-se a existência de uma relação tríade entre os sujeitos da relação e o bem: “A” estabelece uma relação com “B”, este recebendo a propriedade temporária do

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salso. **Direito Civil:** direitos reais. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. V. 5. P. 395.

bem, e advindo o termo ou condição estabelecida entre as partes, opera-se a resolução da propriedade em favor de “A”, de forma que o bem passa de “B” para “A”.

Nesse sentido, pode-se pensar que o Estado, ocupando a posição de “A”, pactua que o criador, ocupando a posição de “B”, terá a propriedade de sua criação por um tempo. Finalizado o período estipulado pelo Estado, a criação (o bem) de titularidade do particular (“B”), deverá se resolver em favor do Estado (“A”). Assim, tem-se a relação entre dois sujeitos e uma propriedade submetida a um termo.

Ocorre que advindo o termo de proteção a criação deverá cair em domínio público, ou seja, todas as pessoas poderão utilizar aquela criação sem qualquer empecilho por parte do criador, que possuía a titularidade da propriedade intelectual. Aliás, essa troca de conhecimentos, a concessão de um período de utilização exclusiva a um privado para que depois toda a coletividade possa se utilizar dessa criação, é uma das justificativas para concessão da proteção dos bens intelectuais.

Logo, ao cair em domínio público, questiona-se se a propriedade se resolveria em favor do Estado. Para tanto, é necessária também a análise do que é o domínio público.

Segundo concepção de Sérgio Branco, há uma diferença entre domínio público administrativo e domínio público aplicável ao direito intelectual. Segundo ele, domínio público administrativo é o domínio do Estado sobre os bens públicos listados no art. 99 do Código Civil, que difere do domínio público aplicável aos direitos intelectuais²⁶.

Denote-se que o Código Civil, a partir do art. 98, passa a definir o que são os bens públicos. Deste conceito, já se define que por exclusão, ou seja, tudo o que não for bem público, é bem particular²⁷. Em relação aos bens públicos, eles são divididos em bens comuns do povo, especiais e dominicais, conforme definições abaixo:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

²⁶ BRANCO, Sérgio. **O Domínio Público no Direito Autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 55.

²⁷ CC/02. Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. (Grifei)

Observe-se que os bens de uso comum são todos bens tangíveis, nenhum deles é um bem imaterial. Desta forma, fica a dúvida de se os bens intelectuais estariam incluídos neste dispositivo.

Os bens intelectuais são os bens frutos do intelecto humano e, por conseguinte, fazem parte da noção de conhecimento. Toda criação, logo, bem intelectual, tem por base um conhecimento prévio. Segundo Cóquelin, “*em toda a invenção há uma boa parte que já pertence ao público*”²⁸. E, o conhecimento não pertence a alguém, mas sim a toda a população global. Nesse sentido, menciona-se a aceção de Joseph Stiglitz que entende que o conhecimento – e, portanto, também abarcaria a noção de bens intelectuais eis que frutos daquele – é um bem público global.

Segundo Joseph Stiglitz, o conhecimento não diminui ao ser consumido (consumo não rival), bem como é difícil excluir o usufruto deste bem (a exceção de se criar barreiras para tanto, que é o caso dos direitos intelectuais, uma ficção jurídica para criar esta exclusão)²⁹. Nesse sentido, o conhecimento não pertence a um particular ou a um Estado, ele é um bem público global³⁰:

Ao mesmo tempo, existem vários bens públicos e focalizados pela teoria inicial – como a defesa nacional – também se limitavam geograficamente a um país em especial. Ao mesmo tempo, existem vários bens públicos que não são tão limitados – cujos benefícios estendem-se a todos no mundo. [...]

A maior parte do conhecimento é um bem público global: um teorema matemático é tão verdadeiro na Rússia como o é nos Estados Unidos, na África ou na Austrália. Para sermos precisos, alguns tipos de conhecimento possuem valor apenas ou em grande parte àqueles que vivem em um certo país – por exemplo, um conhecimento específico das instituições de um país, clima, ou mesmo geografia. Mas verdades científicas – desde teoremas matemáticos até leis de física e química – são universais por natureza. Os problemas com os quais a economia lida, tais como a escassez são ubíquos e, por conseguinte, as leis da economia são aplicáveis universalmente, mesmo quando existem instituições idiossincráticas dentro de cada país.

²⁸ Citação retirada do artigo POTTAGE, Alain; SHERMAN, Brad. On the prehistory of intellectual property. *In*: HOWE, Helena R.; Jonathan, GRIFFITHS. **Concepts of Property in Intellectual Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. P. 11 – 28.

²⁹ “Um bem público possui duas propriedades importantes: consumo não rival – o consumo de um indivíduo não diminui o consumo de outro – e a não exclusão – é difícil, se não impossível, excluir um indivíduo do usufruto do bem.”. STIGLITZ, Joseph E. O Conhecimento como um Bem Público Global. *In*: GRUNBERG, Isabelle; KAUL, Inge; STERN, Marc A. **Bens Públicos Globais**. Tradução de Zaida Maldonato. 1ª edição. Editora Record: 2012.

³⁰ STIGLITZ, Joseph E. O Conhecimento como um Bem Público Global. *In*: GRUNBERG, Isabelle; KAUL, Inge; STERN, Marc A. **Bens Públicos Globais**. Tradução de Zaida Maldonato. 1ª edição. Editora Record: 2012. P. 335/356

Logo, quando a criação cai em domínio público, cessa a proteção que impedia terceiros de utilizarem esse conhecimento. Portanto a criação faz parte do conhecimento geral e é um bem público global, que é acessível a toda a população.

Tanto é assim, que Sérgio Branco (ainda que ao tratar do direito autoral – criações do espírito – também traz noção aplicável às criações técnicas), esclarece que³¹:

No entanto, tal classificação não se sustenta no Brasil contemporâneo porque os bens em domínio público (no sentido do direito autoral) não pertencem ao Estado (nem, *stricto sensu*, a todos, como se se tratasse de fato de propriedade, por meio da constituição de um condomínio), ainda que caiba a este a sua defesa.

E, ainda cumpre menção ao conceito deste autor sobre o que é o domínio público³²:

No entanto, decorrido o prazo de proteção conferido aos bens intelectuais, eles entram em domínio público e então não podem mais ser apropriados por quem quer que seja, nem pelo particular nem pelo Estado, ainda que a este incumba a sua defesa. A obra em domínio público não é – nem pode ser – propriedade de ninguém.

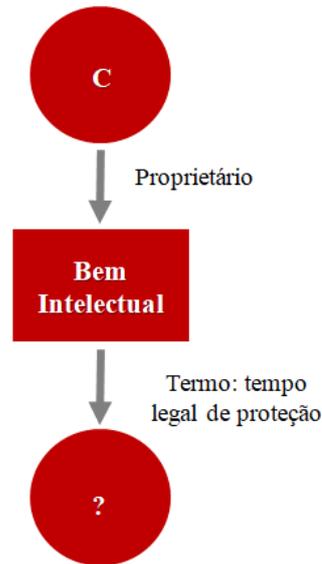
Assim, considerando que ao cair em domínio público os bens não são mais apropriáveis, a propriedade cessa, ela não se resolve em favor de alguém. O que ocorre é a extinção da propriedade, sendo que a criação não será mais objeto de apropriação, mas sim será de livre acesso por toda a coletividade.

Logo, ao se encerrar o tempo de proteção de uma invenção, a criação cai em domínio público, sendo acessível a todos, não se resolvendo em favor do Estado, ainda que a ele incumba a sua defesa. Por conseguinte, não haveria a relação tríade demonstrada na figura 1, de forma que a dinâmica da proteção dos direitos intelectuais pode ser representada pela figura abaixo:

³¹ BRANCO, Sérgio. **O Domínio Público no Direito Autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 159

³² BRANCO, Sérgio. **O Domínio Público no Direito Autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 23

Figura 2: Propriedade resolúvel – dinâmica direitos intelectuais



Fonte: figura criada pela autora

A imagem acima retrata o particular, na posição de “C”, que recebe a propriedade sobre a criação, o bem intelectual. Advindo o termo legal de proteção, a criação cai em domínio público, não se resolvendo a favor de alguém e, por isso, o questionamento, representado pelo símbolo de interrogação (“?”), de a favor de quem se resolveria a propriedade: da coletividade.

Desta forma, a propriedade resolúvel não é o melhor instituto para descrever a dinâmica da proteção dos direitos intelectuais. Conclui-se que os direitos intelectuais contrariam a regra geral de perpetuidade da propriedade e não se enquadram na exceção legal, a propriedade resolúvel.

A fim de resolver essa questão, cita-se a teoria que entende que não há uma propriedade, mas propriedades no plural, como leciona Eros Grau: “*é certo, ademais, que a propriedade não existe, existem as propriedades: a propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens*”³³.

Em complemento a essa concepção de que não existe uma noção rígida de propriedade, Pedro Marcos Nunes Barbosa acompanha a teoria argumentando que³⁴:

³³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2017. P. 294.

³⁴ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual: O caso da usucapião de patentes**. São Paulo: Jus Podvm, 2012. P. 52.

No entanto, parte majoritária da doutrina e da jurisprudência vislumbra as patentes como uma espécie do gênero propriedade. Destarte pelas limitações trazidas através de cláusulas gerais infra-constitucionais, ou mesmo pelos princípios e valores da Carta Magna, o estudo do direito de propriedade não deverá ser confundido com uma apreciação *uniforme* do conteúdo do direito, não há sempre uma propriedade igual, nem deixará um instituto de estar inserido no *gênero exclusivista* se não for perpétuo, absoluto, ou corpóreo.

E, Sérgio Branco esclarece que o tratamento do instituto da propriedade como propriedades, no plural, tem fundamento no fato de o instituto recair sobre bens diversos e cada qual com as suas características próprias³⁵:

Se é certo que esta noção inicial de propriedade é bastante abrangente para nela se incluírem propriedades tão diversas quanto aquela exercida sobre bens materiais ou quanto esta outra exercida sobre bens imateriais, não é possível tratarmos todas as formas de propriedade como se fossem a mesma. Tanto é assim que cada uma das propriedades, sobre bens móveis e imóveis, rural ou urbana, de bens materiais ou imateriais, de bens particulares ou públicos, é regulada a partir de suas peculiaridades.

E, Sílvio de Salvo Venosa³⁶, mencionando Arnold Wald, de outro lado, contempla a concepção de que os direitos intelectuais são equiparados ao direito de propriedade:

O Código de 1916 colocou a propriedade literária, científica e artística disciplinada entre os direitos de propriedade (art. 524, parágrafo único). O direito atual tende a considerá-la ramo autônomo porque essas modalidades apresentam naturezas diversas que impendem uma única classificação, tanto que o Código de 2002 suprimiu esse capítulo. Os diplomas legislativos atuais reguladores das matérias sustentam essa posição. Arnold Wald (1991:115) explica a posição legislativa do Código: “pelo prestígio especial gozado pelo direito de propriedade, fazendo com que o legislador, visando consolidar certos outros direitos de criação recente, os tenha equiparado ao direito de propriedade”.

Neste momento, o estudo não se aprofundará na classificação da propriedade como uma pluralidade de propriedades. Pretende-se, por ora, mencionar o entendimento de alguns autores justamente para explicar a questão de a propriedade tal qual a prevista no Código Civil não se ajustar à dinâmica dos direitos intelectuais. Assim, por essa teoria, a propriedade sobre os bens intelectuais seria uma forma de propriedade regulada a partir de suas peculiaridades, ou, ao menos, equiparada a este instituto.

Assim, ainda que os direitos intelectuais possam entrar em contradição com a propriedade prevista no Código Civil, primeiramente pela discussão da possibilidade de se apropriar de bens intangíveis e, em segundo lugar, por ser temporária, essa questão estaria resolvida ao se considerar a teoria de propriedades plurais. Os direitos intelectuais seriam um

³⁵ BRANCO, Sérgio. **O Domínio Público no Direito Autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 13.

³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. V. 5. P. 172.

tipo de propriedade com as suas próprias peculiaridades, não correspondendo ao instituto da propriedade prevista no art. 1.228 do Código Civil.

Entender que a natureza jurídica dos direitos intelectuais corresponde ao instituto da propriedade, por sua vez, significa associá-los a ideia absoluta de propriedade, conforme menciona José de Oliveira Ascensão³⁷:

Não apenas por a propriedade ter, desde o direito romano, adquirido o simbolismo do direito real máximo, como ainda para permitir combater, como decorrência da qualificação defendida, a eliminação tendencial dos limites que as leis estabelecem aos direitos intelectuais.

No entanto, nenhum direito é absoluto, de forma que ao se entender que os direitos intelectuais têm natureza de propriedade, logo, um direito de propriedade, também se entende que lhe são aplicáveis todas as limitações do exercício deste direito. E, quanto às limitações da propriedade, há previsão constitucional de que a propriedade deve atender a sua função social³⁸. E, considerando as peculiaridades desse direito, consignadas na disposição constitucional de que é concedida a proteção aos bens intelectuais “*tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*”³⁹, o exercício deste direito é funcionalizado a esta previsão constitucional. Ademais, ao entender que os direitos intelectuais são aplicáveis as limitações da propriedade, pode-se, inclusive, pretender aplicar os institutos possessórios como defende Pedro Marcos Nunes Barbosa⁴⁰, mas esta questão não será objeto de análise nesta pesquisa.

Desta forma, resta finalizada a análise da natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade, enumerando-se as seguintes conclusões: (i) é possível se apropriar de bens intangíveis, segundo entendimento da doutrina majoritária; (ii) o instituto da propriedade resolúvel não é adequado para descrever a dinâmica dos direitos intelectuais e, para resolver essa questão, há o entendimento de que os direitos intelectuais são um tipo de propriedade com as suas próprias características; e (iii) se os direitos intelectuais têm natureza jurídica de propriedade, lhes são aplicáveis as limitações ao exercício deste direito, como a função social.

³⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. A “pretensa” propriedade intelectual. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo** | vol. 20/2007 | p. 243 – 261 | Jul – Dez / 2007 Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 1 | p. 1283 – 1306 | Dez / 2010 DTR\2011\1922. P. 246.

³⁸ CF. Art. 5º. XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

³⁹ CF. 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;

⁴⁰ Vide sua obra **Direito Civil da Propriedade Intelectual: O caso da usucapião de patentes**. São Paulo: Jus Podvm, 2012.

1.2. Natureza jurídica dos direitos intelectuais como não proprietária

Analisada a natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade, cumpre verificar as concepções que se opõem a teoria de que a natureza jurídica destes direitos é de propriedade. Para isso, será realizada uma análise da previsão constitucional que trata da possibilidade de proteção das criações, bem como da legislação infraconstitucional e da literatura. Com isso, será analisado o que é um privilégio temporário, conforme é previsto na Constituição Federal. Também será verificada a teoria levantada por Pedro Marcos Nunes Barbosa, de concessão monopolista. E, a partir disso, investigar-se-á a relação dos atos administrativos e a sua relação com a dinâmica de proteção dos direitos intelectuais. E, por fim, serão analisados os direitos conferidos ao titular desses direitos e a teoria de direito de exclusiva levantada por José de Oliveira Ascensão.

Para a análise da concepção da natureza jurídica como não sendo a de propriedade, parte-se da concepção de que o simples fato de a legislação infraconstitucional denominar os direitos intelectuais como propriedade, não é suficiente para lhes conferir esta natureza jurídica. Sendo assim, deve ser analisada a dinâmica desta proteção a fim de verificar a sua real natureza, não se baseando apenas na forma que o legislador a denominou. Até mesmo porque, como demonstrado no subcapítulo anterior, ao tratar da distinção entre bens e coisas, o legislador, muitas vezes, é impreciso na linguagem adotada.

Assim, como mencionado no início do subcapítulo anterior, o art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, dispõe que a lei assegurará um privilégio temporário para utilização dos inventos industriais por parte de seus autores. Referida previsão não assegura um direito de propriedade às invenções, aliás, o dispositivo até menciona o instituto da propriedade, mas ao tratar de marcas e este instituto não é objeto do presente estudo que se restringe às criações técnicas:

CF. 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; (Grifei)

A questão a ser analisada, então, é o que seria esse privilégio temporário. Ao se mencionar um regime de privilégios, remete-se à área do direito público, mais especificamente ao direito administrativo. E, dentro deste campo do direito, o regime de privilégios é o regime

que versa sobre a prestação de serviço público⁴¹ prevista no art. 175 da Constituição Federal⁴². Ocorre que a proteção de uma invenção não corresponde à prestação de um serviço público, eis que os direitos intelectuais conferem a um particular a proteção sobre sua criação. O direito de tutelar essa invenção não se confunde com o exercício de uma atividade econômica, no caso, de prestar um serviço público. Logo, a natureza jurídica dos direitos intelectuais não corresponde a um regime de privilégios.

Outra concepção sobre a natureza jurídica dos direitos intelectuais é mencionada por Pedro Marcos Nunes Barbosa, ao tratar da natureza jurídica dos direitos intelectuais, em sua obra “Direito Civil da Propriedade Intelectual: o caso da usucapião de patentes”⁴³. Cumpre destacar o autor adota a concepção de que a natureza jurídica dos direitos intelectuais é de propriedade, embora em obras anteriores, ao tratar da proteção de dados de testes clínicos, tenha adotado o entendimento de que a natureza jurídica se assemelha a uma concessão monopolista⁴⁴. Desta forma, a fim de esclarecer tal questão, cumpre transcrever trecho de sua obra⁴⁵:

Assim, dentro da concepção doutrinária que rechaça o molde proprietário, **a patente se aproximaria do conceito de concessão monopolista, como, v.g, o fornecimento de energia**. A outorga da patente atribuiria uma exclusividade a um ente privado, que

⁴¹ O serviço postal – conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado – não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. **A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio**. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X). O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), empresa pública, entidade da administração indireta da União, criada pelo DL 509, de 10 de março de 1969. É imprescindível distinguirmos **o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos**, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. A ECT deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao art. 42 da Lei 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º desse ato normativo.

[ADPF 46, rel. p/ o ac. min. Eros Grau, j. 5-8-2009, P, DJE de 26-2-2010.]

Vide RE 627.051, rel. min. Dias Toffoli, j. 12-11-2014, P, DJE de 11-2-2015, Tema 402. (Grifei) Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=1693>. Acesso em 30/10/2019.

⁴² CF. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

⁴³ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual: O caso da usucapião de patentes**. São Paulo: Jus Podvm, 2012.

⁴⁴ Vide: BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **A proteção dos dados de testes sigilosos submetidos à regulação estatal**. E, BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **As patentes farmacêuticas e os direitos humanos. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. Curitiba, 11: 170 – 194.

⁴⁵ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual: O caso da usucapião de patentes**. São Paulo: Jus Podvm, 2012. P. 50/51. Grifei.

elegeria a adequada forma de desempenhar seu uso, podendo cobrar uma retribuição, mas sob o controle Estatal e da sociedade civil. Conforme designação da doutrina administrativista, a concessão de um serviço público importaria na atribuição pelo Estado a um terceiro, que o prestaria em nome próprio, assumindo os riscos da atividade, observando as “cláusulas” outorgadas pelo ente público, mas sendo remunerado pela exploração do objeto do contrato mediante tarifas cobradas aos utentes.

Mutatis mutandi, há similitudes em alguns aspectos com o sistema patentário posto que o INPI concede a patente, a um titular, que, mediante a observância das prescrições legais (e da função social), será remunerado pela possível exploração da tecnologia interdita (ou diretamente, ou através de licenças com o pagamento de realezas).

Primeiramente, conforme se infere do disposto no art. 175, da Constituição Federal⁴⁶, a concessão somente é aplicável aos casos de delegação dos serviços públicos, de titularidade do Estado, aos particulares. Trata-se do caso de regime de privilégios analisado alguns parágrafos acima. Saliente-se que serviço público é uma atividade econômica quando considerada em sentido amplo. Ele difere da atividade econômica em sentido estrito, que é aquela atividade econômica exercida pelo particular pautada no princípio da liberdade. Já, o serviço público, conforme Eros Grau⁴⁷, não tem conceito, é uma noção, plena de historicidade.

Ocorre que os direitos intelectuais são uma tutela sobre bens intelectuais, não conferindo ao seu titular o direito de explorar aquele bem, apenas de impedir terceiros de o utilizarem. Desta forma, a exploração do bem não configura a prestação de um serviço público, visto que não tem o objetivo de atender as necessidades da sociedade⁴⁸. Um direito intelectual até pode estar envolvido na forma de prestar esse serviço, mas ele, por si só não é um serviço público.

Ademais a dinâmica entre a concessão monopolista e a proteção dos direitos intelectuais é distinta. Isso porque incumbe ao Poder Público a prestação dos serviços públicos, sendo permitido que seja essa prestação delegada aos particulares. Ou seja, a prestação dos serviços públicos não é permitida a todos, via de regra, ela é vedada ao particular, sendo-lhe permitido explorá-la quando concedida a sua exploração pelo Estado.

Já, os direitos intelectuais tratam-se de conhecimento, o qual é de acesso a todos e pode ser utilizado por todos. Mas, por uma ficção legal, a fim de promover o desenvolvimento

⁴⁶ CF. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2017. P. 105

⁴⁸ “*Serviço público*, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é a sua vinculação ao *interesse social*.”. In: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2017. P. 124. Grifos no original.

tecnológico e econômico, cria-se uma proteção sobre certos conhecimentos que sejam novos – no âmbito das criações técnicas – e cumpram com alguns requisitos (no caso das patentes, por exemplo, novidade absoluta, atividade inventiva e aplicação industrial⁴⁹). Desta forma o que, via de regra, é de acesso de toda a população, passa a ser vedado seu acesso sem limites. Assim, há uma oposição entre a dinâmica das relações: para o serviço público sua exploração não é permitida aos particulares, sendo exceção a sua permissão; enquanto que para os direitos intelectuais o acesso ao bem intelectual é regra, sendo exceção o direito de excluir terceiros de o utilizarem.

Ambos os cenários, serviço público e direitos intelectuais, possuem em comum a figura do Estado e de um particular. Porém, para o exercício de diversas atividades em sentido estrito é necessário um ato público de liberação para a sua exploração, como uma licença sanitária para quem deseja abrir uma empresa no ramo alimentício.

Assim, verifica-se que há um ato do Poder Público reconhecendo a existência desses direitos intelectuais, constituindo a proteção da criação ao titular. Logo, cumpre uma análise de que ato administrativo seria esse, bem como verificar se esta análise auxilia a esclarecer a dinâmica da proteção dos direitos intelectuais e, por conseguinte, a sua natureza jurídica. Para isso, passa-se ao exame dos atos administrativos como autorização, permissão e licença.

Note-se que os atos administrativos mencionados são todos classificados como atos negociais, ou seja, atos em que não há um imperativo da Administração Pública, não são imposições ao particular, mas sim resultam do consentimento de ambas as partes⁵⁰. Nesses atos, há interesse da administração e do administrado, mas não adentram a esfera contratual⁵¹. E, a concessão da tutela dos direitos intelectuais é requerida pelo particular, não sendo uma imposição da Administração Pública, pelo contrário, há interesse do particular na proteção que, em troca, deve disponibilizá-la ao público (não só a criação, mas a forma de recriá-la e todo o conhecimento ali envolvido), como forma de promover o desenvolvimento nacional.

Deste modo, o primeiro dos atos administrativos desta análise é a autorização. Trata-se de um ato discricionário, pelo qual a Administração Pública “*faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço*

⁴⁹ Lei 9.279/96. Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 264/265.

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 211.

público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia)”⁵².

Também há a permissão, que, segundo Maria Di Pietro, “*o seu objeto é a utilização privativa de bem público por particular ou a execução de serviço público*”⁵³. Marçal Justen Filho acrescenta que é um ato precário⁵⁴.

E, por fim, há a licença, caracterizada por ser um ato administrativo que declara um direito preexistente. Trata-se de um ato vinculado, eis que a licença é concedida para quem preencher certos requisitos legais para o exercício de uma atividade⁵⁵. Segundo Marçal Justen Filho ela declara que os requisitos foram preenchidos e constitui o direito de um particular⁵⁶:

Licença é o ato administrativo editado no exercício de competência vinculada, por meio do qual a Administração Pública formalmente declara terem sido preenchidos os requisitos legais e regulamentares exigidos e constitui o direito de um particular ao exercício de uma profissão ou atividade privada determinadas.

A figura da licença possui uma dinâmica que parece se assemelhar ao que ocorre com os direitos intelectuais. Vez que aquele que preencher os requisitos legais – na patente, por exemplo, novidade absoluta, atividade inventiva e aplicação industrial⁵⁷ – terá concedida a carta patente. Não há discricionariedade da Administração Pública para sua concessão.

Ademais, embora se reconheça que ante o preenchimento dos requisitos há o direito de receber a tutela da proteção do bem intangível, é por esse ato também que se constitui o direito de seu titular impedir terceiros de utilizarem de sua invenção. Desta forma, trata-se de um ato

⁵² Trecho original: “Pode-se, portanto, definir a autorização administrativa, em sentido amplo, como o ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia). Em DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 30ª Ed. P. 270.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 271

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 258.

⁵⁵ “Licença é o ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração Pública faculta àquele que preenche os requisitos legais o exercício de uma atividade.

[...] na licença, cabe à autoridade tão somente verificar, em cada caso concreto, se foram preenchidos os requisitos legais exigidos para determinada outorga administrativa e, em caso afirmativo, expedir o ato, sem possibilidade de recusa; é o que se verifica na licença para construir e para dirigir veículos automotores.

A autorização é ato constitutivo e a licença é ato declaratório de direito preexistente.” DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 30ª Ed. P. 271. Retirei grifos.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 256

⁵⁷ Lei 9.279/96. Art. 8º. É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

administrativo que é ao mesmo tempo declarativo e constitutivo. E, esse, inclusive, é o entendimento do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI): “*A concessão da patente é um ato administrativo declarativo ao se reconhecer o direito do titular, e atributivo (constitutivo), sendo necessário o requerimento da patente e o seu trâmite junto à administração pública*”⁵⁸.

No entanto, ainda que verificado que o ato que reconhece a proteção à uma invenção é uma licença, ainda assim não é possível concluir qual seria a natureza jurídica dos direitos intelectuais, se de propriedade ou outra forma não proprietária. Em outras palavras, para o reconhecimento de ambas as formas de tutela dos direitos intelectuais, pode-se entender que o ato do INPI (autarquia, logo, ente que compõe a Administração Pública) é um ato administrativo, cuja natureza é uma licença.

Ainda, embora a licença pareça ser o ato que mais se assemelha a relação dos direitos intelectuais, importante destacar que, conforme os autores mencionados acima, esse ato concede ao particular o exercício de uma profissão ou atividade privada determinadas. Ocorre que a concessão de uma Carta Patente, por exemplo, não concede automaticamente o direito de seu titular explorar esse bem intelectual, pois apenas lhe concede o direito de impedir terceiros de utilizá-lo. No caso de patentes que tenham por objeto um fármaco, esse medicamento não pode ser, desde logo, comercializado, é necessária aprovação desta comercialização pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Logo, ainda que o titular tenha a patente do medicamento, não pode explorar a atividade econômica, eis que depende de aprovação de sua comercialização.

Sendo assim, o reconhecimento da proteção dos direitos intelectuais por parte da Administração Pública não confere, necessariamente, ao titular a faculdade de explorar a atividade econômica. Desta forma, o ato administrativo licença, na forma que conceituada pelos autores mencionados (Maria Di Pietro e Marça Justen Filho) não é totalmente adequado para descrever essa dinâmica, mas é o que mais se assemelha.

Outra teoria normalmente associada à natureza dos direitos intelectuais é a do monopólio. Nesse sentido, cumpre destacar o entendimento de Eros Grau, cuja perspectiva é de

⁵⁸ Diretoria de Patentes. **Manual para o depositante de patentes**. INPI. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/arquivos/manual-para-o-depositante-de-patentes.pdf> Acesso em 02/11/2019.

que os direitos intelectuais seriam um monopólio, mais especificamente na modalidade de impedir o agente econômico ao investimento⁵⁹:

Qualquer outro agente econômico que se disponha a explorar a atividade monopolizada estará impedido de fazê-lo – a lei não admite essa exploração.

Os monopólios legais dividem-se, por sua vez, em duas espécies: (i) os que visam impedir o agente econômico ao investimento e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia.

Transitamos, quando diante daquele primeiro tipo de monopólio, pela seara da chama propriedade industrial: da e na proteção dos brevês [patentes], marcas, *know-how* etc. emerge autêntico monopólio privado; ao detentor do direito de propriedade industrial é assegurada a exclusividade de sua exploração. Aqui também não há, em rigor, exceção à livre concorrência ou à livre iniciativa, na medida em que essa exclusividade de exploração consubstancia uma condição necessária do mercado. Dizendo-o em outros termos: a instituição jurídica que o mercado é, enquanto produzido pelo Direito posto pelo Estado, supõe que determinados agentes econômicos detenham a faculdade do exercício, com exclusividade, de certa atividade econômica em sentido estrito. O segundo tipo de monopólio legal consubstancia atuação estatal no domínio econômico: o Estado assume o exercício de determinada atividade em regime de monopólio, em cumprimento a preceito contemplado no plano constitucional.

Ocorre que a proteção conferida aos bens intelectuais não recai sobre uma atividade econômica, eis que como já se analisou anteriormente, a proteção recai sobre a criação, conferindo ao seu titular o direito de impedir terceiros de utilizá-la. A proteção conferida pelo direito intelectual não confere ao titular o direito de explorar o bem intelectual.

Antes de se adentrar em maiores explicações, cumpre a análise de um exemplo didático: a exploração da atividade econômica de produção de calçados envolvendo uma máquina de prensa de sola dos sapatos. Supondo a criação de uma prensa com trava de segurança que envolva todos os critérios necessários de patenteabilidade e esta patente tenha sido concedida. Não haverá impedimento de que outros concorrentes continuem a explorar a área calçadista, mais especificamente, para a produção de sapatos cujo método envolva a necessidade de prensar a sola ao cabedal dos sapatos, em razão da patente concedida. Apenas há um impedimento de que os concorrentes utilizem aquela prensa específica com travas de segurança para qual foi concedida uma Carta Patente. Aliás, nada impede que se desenvolva uma prensa com outras formas de travas de segurança e que também seja patenteável.

Deste modo, ao contrário do que refere Eros Grau, não há um monopólio configurado no impedimento de investir na atividade econômica. Isso porque ainda é possível investir naquela atividade econômica. Embora isto não signifique que, eventualmente, para a

⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2017. P. 288. Grifei.

exploração de uma atividade que somente possa ser explorada se utilizando de uma criação protegida, até que ela entre em domínio público ou surjam novas invenções, haja um monopólio na sua exploração pelo titular desses direitos intelectuais. Inclusive, a própria justificativa para a criação dos direitos intelectuais é a promoção do desenvolvimento tecnológico e, por conseguinte, a procura de novas formas de explorar aquela atividade econômica. Logo, a tutela conferida pelos direitos intelectuais não caracteriza um impedimento, mas um incentivo a se investir em novas tecnologias.

Outra análise importante para se verificar a natureza jurídica dos direitos intelectuais consiste no estudo de quais são os direitos conferidos ao titular dos direitos intelectuais. Conforme mencionado no início deste subcapítulo, o art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal confere ao titular das criações um privilégio temporário para a sua utilização. Sendo assim, superada a análise do regime de privilégios, podemos concluir que é conferido ao titular um direito temporário para utilizar sua criação.

Em complemento, na legislação ordinária, ao se analisar os direitos conferidos aos titulares de criações técnicas, como para as patentes ou desenho industrial, verifica-se se tratar de um direito de excluir terceiros de utilizar esse bem intelectual protegido:

Lei. 9.279/96. Art. 42. A **patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro**, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: [...]

Art. 109. A propriedade do **desenho industrial** adquire-se pelo registro validamente concedido.

Parágrafo único. **Aplicam-se ao registro do desenho industrial, no que couber, as disposições do art. 42** e dos incisos I, II e IV do art. 43. (Grifei)

Cumprido destacar que a análise destes direitos permite concluir que eles não correspondem aos direitos conferidos ao titular de uma propriedade. Isso porque ao titular da propriedade são conferidas as faculdades de: “*usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha*”⁶⁰. Desta forma, os direitos conferidos ao titular da propriedade e ao titular dos direitos intelectuais são distintos. Esta conclusão é uma questão que contradiz a teoria de que os direitos intelectuais teriam natureza jurídica de propriedade, vez que seu titular não detém todas as faculdades atinentes aquele que é proprietário. Assim, embora a legislação denomine os direitos intelectuais de propriedade, não lhe são atribuídos os mesmos feixes de direitos.

⁶⁰ CC/02. Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Assim, a tutela dos direitos intelectuais se resume a um direito de uso exclusivo, de excluir terceiros de se utilizarem daquela criação, o bem intelectual protegido. Saliente-se a concepção de que toda criação provém de um conhecimento inicial. E, via de regra, o conhecimento é um bem público global, de forma que ele não pertence a um particular ou a um Estado⁶¹. E, considerando que se trata de um bem não escasso e cujo consumo não é rival, todos podem se utilizar desse conhecimento, sem que a utilização de um prejudique a utilização de outrem. Ocorre que ante a abundância deste bem, não haveria motivo para investir em novas criações, já que haveria um alto investimento e pouco retorno, visto que todos podem se utilizar do conhecimento disponível. Deste modo, é criada a ficção jurídica dos direitos intelectuais a fim de criar uma escassez de tais bens, atribuir-lhes maior valor econômico a fim de compensar os investimentos por parte do seu titular e, assim, também fomentar o desenvolvimento. Logo, esse conhecimento novo, no caso das criações técnicas, ao invés de ser um bem público global, passa a ter um uso exclusivo de um titular. E, este titular, tem o direito de excluir terceiros da utilização desse bem, que a princípio seria passível de ser utilizado por todos. Sendo assim, um direito de excluir terceiros.

Em complemento a essa concepção de que se trata de um direito de excluir terceiros, um direito de uso exclusivo, cumpre mencionar um dos defensores desta tese, José de Oliveira Ascensão, para o qual os direitos intelectuais são um direito de exclusiva⁶²:

Mas o exclusivo tem ainda outra característica singular. Dissemos que a atribuição de direitos se faz através de regras positivas e negativas. Mas os exclusivos resultam apenas de regras negativas. Ao beneficiário não é atribuído positivamente nada. Não recebe o direito de exercer, porque esse estava já compreendido na sua liberdade natural. **O seu direito é assim um reflexo das proibições que foram dirigidas a todos os outros.**

O que seria a vertente ou conteúdo positivo destes direitos é afinal apenas manifestação da liberdade natural de utilização de ideias; mais genericamente, da utilização de coisas incorpóreas. Por isso, **o direito intelectual não dá ao titular nada que ele não tivesse já: apenas, não estende até ele a proibição que atinge todos os outros.**

Esclareça-se que o autor mencionado trata o direito de exclusiva como um sinônimo de monopólio: “[...] *todo o monopólio, ou exclusivo*”⁶³. Entretanto, como já analisado neste

⁶¹ STIGLITZ, Joseph E. O Conhecimento como um Bem Público Global. *In*: GRUNBERG, Isabelle; KAUL, Inge; STERN, Marc A. **Bens Públicos Globais**. Tradução de Zaida Maldonato. 1ª edição. Editora Record: 2012. P. 355/356

⁶² ASCENSÃO, José de Oliveira. A “pretensa” propriedade intelectual. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo** | vol. 20/2007 | p. 243 – 261 | Jul – Dez / 2007 Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 1 | p. 1283 – 1306 | Dez / 2010 DTR\2011\1922. P. 255. Grifei.

⁶³ Em: “Desde logo: todo o monopólio, ou exclusivo, é uma exceção à liberdade natural e ao diálogo social. Mas se a liberdade é o princípio geral, a criação de exclusivos é exceção a essa liberdade. Daí deriva que os exclusivos devem ser interpretados restritivamente.”. E, em trecho anterior: “Mas como surge com caráter geral o direito não

subcapítulo, a proteção dos direitos intelectuais não confere um monopólio sobre a atividade econômica, mas pode-se entender que se trata de um monopólio de uso daquele bem, não se confundido com a forma de monopólio tratada por Eros Grau. Assim, a classificação como um direito exclusivo tendo por base que os direitos conferidos pela proteção dos direitos intelectuais é um direito de excluir terceiros é uma teoria plausível para explicar a natureza jurídica dos direitos intelectuais.

Ainda, José de Oliveira Ascensão além de classificar os direitos intelectuais como um direito de exclusiva, os caracteriza como um direito patrimonial⁶⁴:

Os direitos intelectuais, uma vez adquiridos, beneficiam necessariamente deste regime. São direitos patrimoniais privados; não podem conseqüentemente ser desapropriados ou de qualquer modo atingidos no seu âmbito essencial sem indenização, nas mesmas condições que os outros direitos patrimoniais; estão sujeitos à função social... Mas nada disso é específico dos direitos intelectuais.

E, de fato, os direitos intelectuais são um direito patrimonial, vez que revestidos de conteúdo econômico, eles são economicamente mensuráveis⁶⁵. Inclusive, é conferida a proteção para acrescer de valor esses bens intelectuais como analisado em parágrafos anteriores.

A fim de complementar os dizeres de José de Oliveira Ascensão, cumpre trazer os ensinamentos de João da Gama Cerqueira acerca da natureza jurídica dos direitos intelectuais como pertencentes ao ramo do direito privado (ressaltando-se, no entanto, que este autor adota a concepção de que os direitos intelectuais têm natureza jurídica da propriedade)⁶⁶:

[...] a propriedade industrial constitui uma parte do direito privado, embora compreenda normas de direito público e verse sobre algumas matérias que interessem à ordem pública. Nela predominam, de modo incontestável, as inúmeras relações de ordem individual e privada, resultantes do exercício dos direitos que lhe concernem, umas de caráter contratual, outras de índole extracontratual, como as obrigações *ex delicto*. E são essas relações que lhe dão o caráter essencial de direito privado.

é um privilégio, é um exclusivo. Se se acentua o caráter econômico, é um monopólio.” ASCENSÃO, José de Oliveira. A “pretensa” propriedade intelectual. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo** | vol. 20/2007 | p. 243 – 261 | Jul – Dez / 2007 Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 1 | p. 1283 – 1306 | Dez / 2010 DTR\2011\1922. P. 254.

⁶⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. A “pretensa” propriedade intelectual. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo** | vol. 20/2007 | p. 243 – 261 | Jul – Dez / 2007 Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 1 | p. 1283 – 1306 | Dez / 2010 DTR\2011\1922. P. 247.

⁶⁵ “Patrimônio, segundo a doutrina, é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico.”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 283.

⁶⁶ CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946. V. 1. P. 198.

E, parece correto este entendimento de os direitos intelectuais se tratarem de regime privado e não público, visto que as teorias que aproximavam a natureza jurídica dos direitos intelectuais ao ramo do direito público foram acima rechaçadas (regime de privilégios, concessão monopolista e monopólio). E, ademais, os direitos intelectuais versam sobre relações entre privados, visto que constitui uma forma de o particular obter retorno dos seus investimentos.

Sendo assim, conclui-se que o direito intelectual possui natureza jurídica de direito de exclusiva com vertente patrimonial e submetido ao regime de direito privado. Ocorre que ao se chegar nesta conclusão, necessita-se também estabelecer qual é o regime próprio do direito de exclusiva. Isso porque como propriedade, há um instituto próprio, também de direito patrimonial e submetido ao regime privado, mas que dentre seus contornos, possui faculdades próprias e é regido pela função social.

No caso do direito de exclusiva, tem-se um instituto próprio, que não está inserido dentro de nenhum outro instituto já concebido, sendo, assim, *sui generis*. Para verificar seus contornos, desta forma, deve-se recorrer à previsão constitucional que cria esse instituto. Como já reprisado, o inciso XXIX, do art. 5º, da Constituição Federal dispõe que a concessão desta tutela está condicionada ao interesse social e ao desenvolvimento econômico e tecnológico do País.

Deste modo, diferentemente da concepção da natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade, que devem atender a sua função social, ou seja, atender ao interesse social e ao desenvolvimento nacional, verificação posterior à sua concessão; os direitos intelectuais, tendo natureza jurídica de direito de exclusiva, são concedidos porque atendem ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico. Sendo assim, se justamente a sua concessão é tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico, ao se conceder a proteção sobre uma criação, esses requisitos devem estar presentes. Por conseguinte, pode-se concluir que a verificação de tais requisitos pode ser feita de forma prévia, ou seja, ao se conceder uma patente, além de se verificar os critérios que permitem a patenteabilidade de uma criação (novidade absoluta, atividade inventiva e aplicabilidade industrial), também se verificaria se a criação impulsiona o desenvolvimento tecnológico e se sua concessão não contraria o interesse social.

Inclusive, cumpre destacar que a verificação do requisito do interesse social é realizada de forma prévia para concessão de patentes. No caso de patentes de medicamentos, elas

dependem de prévia anuência da ANVISA, conforme disposto no art. 229-C, da Lei 9.279/96⁶⁷. O objetivo desta análise ser realizada além do INPI, também pela ANVISA, é verificar a existência de eventuais riscos à saúde pública. Caso seja verificada a existência de eventuais riscos à saúde pública, a ANVISA se posiciona no sentido de indeferimento do pedido de patente, podendo o INPI aceitar – ou não – e, assim, indeferir o pedido.

Essa conclusão de verificação dos requisitos de interesse social e desenvolvimento nacional de forma prévia é uma conclusão temerária. Isso em razão da possibilidade de se conceder discricionariedade à Administração Pública para a concessão de direitos intelectuais. E, principalmente, porque os critérios que servem de parâmetro para o que é considerado contra o interesse social e/ou desenvolvimento nacional podem mudar conforme as políticas estabelecidas por cada governo. Entretanto, essa análise prévia também pode ser utilizada como uma forma de privilegiar o crescimento de invenções nacionais e para a concessão de patentes que sejam úteis ao País e, principalmente, que não violem o interesse social – o que pode ter um impacto maior na área de medicamentos e saúde pública.

Sendo assim, conclui-se que em relação à natureza jurídica dos direitos intelectuais: (i) ela não corresponde a um privilégio, eis que o regime de privilégio tem por objeto a prestação de serviços públicos; (ii) ela não se trata de uma concessão monopolista, visto que também aplicável somente para a concessão de serviços públicos; (iii) o ato administrativo que concede a proteção dos direitos intelectuais se assemelha à uma licença, contendo a característica de declarar o preenchimento dos requisitos e constituir o direito, embora o objeto não seja a faculdade de explorar a atividade econômica; (iv) os direitos conferidos ao titular dos direitos intelectuais são de excluir terceiros da utilização da criação; e (v) os direitos intelectuais possuem natureza jurídica de direito de exclusiva, tratando-se de um direito patrimonial, submetido ao direito privado, sendo um instituto *sui generis*, logo, regulado pelas suas próprias regras, em especial, o interesse social e o desenvolvimento nacional.

1.3. Natureza jurídica dos direitos intelectuais pela perspectiva do *Commons*

O objetivo deste trabalho é justamente verificar se há alguma diferença prática entre o tratamento da natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade ou como outra

⁶⁷ Lei 9.279/96. Art. 229-C. A concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.

natureza jurídica, em especial, a de direito de exclusiva. Para realizar esta verificação, também cumpre uma análise das teorias do “*Tragedy of the Commons*” e a “*Tragedy of the Anticommons*” que versam sobre o paradoxo de se restringir os bens comuns. Essas teorias serão aplicadas aos bens intelectuais, entendidos como bens públicos globais, além de se comparar a natureza jurídica dos direitos intelectuais, como propriedade ou um direito de exclusiva, sob a óptica destas teorias.

A primeira teoria a ser analisada é a “*Tragedy of the Commons*”, em tradução livre, tragédia dos comuns, concebida por Garret Hardin. O “*commons*” tratado pelo autor se refere aos bens que não são de titularidade de ninguém – ou ainda que sejam de titularidade de um grupo, um não pode excluir o outro de sua utilização – são bens comuns à coletividade, como um bem público (mas não necessariamente global, nem necessariamente pertencente ao Estado). Segundo Michael Heller, refere-se a recursos compartilhados, recursos para os quais não há um tomador de decisão singular⁶⁸.

Conforme essa teoria, o fato de os bens não serem de titularidade de ninguém, daria azo para que se superutilizassem esses bens, sem se importar com as consequências. E, a fim de preservá-los, alguém poderia se apropriar dos bens, e seriam criadas restrições para sua utilização⁶⁹. Assim, a tragédia dos comuns é a perspectiva de superutilização do comum⁷⁰, aumentar o consumo do comum sem limites.

A fim de ilustrar essa teoria, o autor Garret Hardin exemplifica a questão por meio de uma criação de gado em um pasto comum a todos os pastores. Por se tratar de algo comum, cada pastor, a fim de obter a maximização de seus lucros com a criação e consequente venda do gado, tentará aumentar ao máximo o seu rebanho. Isso porque a cada animal que ele inclui no seu rebanho e, por conseguinte, a consumir o pasto comum, representa o percentual de um lucro para ele. Já, quanto aos efeitos negativos, o consumo do pasto, visto que esse pasto é compartilhado por todos, entre todos também serão divididos os prejuízos. Desta forma, o

⁶⁸ “Propriedade *Commons* refere-se a recursos compartilhados, recursos para os quais não há um único tomador de decisão.” (Tradução livre). Trecho original: “Commons property refers to shared resources, resources for which there is no singular decision maker.”. HELLER, Michael. **The Tragedy of the Anticommons**. P. 1.

⁶⁹ “Proprietários privados tendem a evitar o uso excessivo porque se beneficiam diretamente da conservação de recursos que controlam.” (Tradução livre). Trecho original: “Private owners tend to avoid overuse because they benefit directly from conserving resources they control”. HELLER, Michael. **The Tragedy of the Anticommons**. P. 1.

⁷⁰ “Quando muitas pessoas compartilham um único recurso, tendemos a usá-lo demais – podemos sobrepescar os oceanos e poluir o ar.” (Tradução livre). Trecho original: “When too many people share a single resource, we tend to overuse it – we may overfish the oceans and pollute the air”. HELLER, Michael. **The Tragedy of the Anticommons**. P. 1.

prejuízo para aquele pastor representa um percentual dividido entre toda aquela coletividade, portanto, menor que o benefício obtido ao incluir mais um animal em seu rebanho. Assim, o pastor, bem como qualquer pastor racional, tentará aumentar o seu rebanho sem limites em um mundo que possui limites, o que não é possível, e criará uma tragédia⁷¹.

Garret Hardin aplica a teoria, principalmente, para discutir o crescimento populacional e as suas consequências. Desta forma, a teoria é aplicada tendo em vista bens escassos, consumíveis. Ocorre que os bens intelectuais não se tratam de bens escassos ou consumíveis, eis que se tratam de conhecimento, que não é escasso, não tem consumo rival, e tende somente a se desenvolver conforme há a busca do ser humano por novos conhecimentos, criações e

⁷¹“A tragédia dos comuns se desenvolve dessa maneira. Imagine um pasto aberto a todos. É de se esperar que cada pastor tente manter o maior número possível de gado nas terras comuns (no commons). Esse arranjo pode funcionar razoavelmente satisfatoriamente por séculos, em razão de guerras tribais, caça furtiva e doenças que mantêm o número tanto de homens quanto o de animais bem abaixo da capacidade de produção da terra. Finalmente, porém, chega o dia do acerto de contas, ou seja, o dia em que o objetivo de estabilidade social há muito desejado se torna realidade. Nesse ponto, a lógica inerente aos comuns gera, sem remorso, tragédia.

Como ser racional, cada pastor busca maximizar seu ganho. Explícita ou implicitamente, mais ou menos conscientemente, ele pergunta: "Qual é a utilidade para mim de adicionar mais um animal ao meu rebanho?" Essa utilidade possui um componente negativo e um positivo.

1) O componente positivo é uma função do incremento de um animal. Uma vez que o pastor recebe todos os rendimentos da venda do animal adicional, a utilidade positiva é aproximadamente +1.

2) O componente negativo é uma função do excesso de pastoreio criado por mais um animal. Uma vez que, no entanto, os efeitos do excesso de pastoreio são compartilhados por todos os pastores, a utilidade negativa para qualquer pastor tomador de decisão em particular é apenas uma fração de -1.

Somando as utilidades parciais componentes, o pastor racional conclui que o único caminho sensato para ele seguir é adicionar outro animal ao seu rebanho. E outro; e outro... Mas essa é a conclusão alcançada por todo e cada pastor racional compartilhando um bem comum (commons). Aí está a tragédia. Cada homem está trancado em um sistema que o compele a aumentar seu rebanho sem limites - em um mundo que é limitado. A ruína é o destino para o qual todos os homens correm, cada um buscando seu próprio interesse em uma sociedade que acredita na liberdade dos bens comuns (commons). A liberdade dos bens comuns traz a ruína de todos.” (Tradução livre).

Trecho original: “The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy.

As a rational being, each herdsman seeks to maximize his gain. Explicitly or implicitly, more or less consciously, he asks, "What is the utility to me of adding one more animal to my herd?" This utility has one negative and one positive component.

1) The positive component is a function of the increment of one animal. Since the herdsman receives all the proceeds from the sale of the additional animal, the positive utility is nearly +1.

2) The negative component is a function of the additional overgrazing created by one more animal. Since, however, the effects of overgrazing are shared by all the herdsmen, the negative utility for any particular decisionmaking herdsman is only a fraction of -1.

Adding together the component partial utilities, the rational herdsman concludes that the only sensible course for him to pursue is to add another animal to his herd. And another; and another.... But this is the conclusion reached by each and every rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit-in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all.” HARDIN. Garret. *The Tragedy of the Commons*. **Science**. Vol. 162, 13 Dec. 1968. Issue 3859, p. 1244.

inovações. Sendo assim, o conhecimento é coletivo, formado e fomentado pela coletividade, portando, toda inovação faz uso de um conhecimento previamente acumulado.

Sendo assim, a aplicação de referida teoria é realizada com algumas adaptações. Desta forma, o conhecimento como um bem público global pode ser utilizado por todos, sem que a utilização de uma pessoa afete a utilização de outra. Desta forma, também não haveria uma necessidade de criar, visto que é possível utilizar gratuitamente (ou por um preço muito baixo) daquilo que já está disponível. E, em relação a quem inova e, por conseguinte, investe neste desenvolvimento, visto que a utilização é de fácil acesso por todos, sem haver impedimento, teria um retorno abaixo daquilo que investiu.

Assim, as pessoas que utilizam das criações, dispostas como um bem público global, utilizam-nas sem remunerar seus criadores, e a falta de remuneração aos seus criadores pode conduzir a uma produção abaixo do nível esperado pela sociedade ⁷². Assim, a fim de impulsionar o desenvolvimento às novas criações, é que se criariam restrições à utilização deste bem, um uso exclusivo. Nesse sentido entende Joseph Stiglitz: *“Se as empresas não podem se apropriar dos retornos da produção de conhecimento, então terão incentivo limitado de produzi-lo: ao decidirem quando investir, examinarão apenas os retornos obtidos por elas, não os benefícios estendidos aos outros”*⁷³.

Logo, ao contrário do que ocorrem com os bens escassos que seu uso exclusivo é criado para evitar a sua deterioração, para o conhecimento, seu uso exclusivo é criado para aumentar esse bem, para desenvolvê-lo. Nesse sentido explica Séverine Dusollier⁷⁴:

Esse uso excessivo e esgotamento não pode ocorrer com recursos intangíveis, como criação e inovação, mas deixar esses bens como comuns (no *commons*), como diz a história tradicional, pode levar à subprodução. A exclusividade é, portanto, preferida

⁷² “Os usuários são tentados a agir como ‘caroneiros’, não pagando qualquer remuneração pelo acesso e uso do ativo, e os produtores do bem, por falta de receita, podem não produzi-lo em um nível socialmente ideal.” (Tradução livre). Trecho original: “[...] users are tempted to act as free-riders by not paying any remuneration to access and use the asset, and producers of the good, through lack of revenue, might not produce it at a socially optimal level.”. DUSOLLIER, Séverine. *The commons as a reverse intellectual property – from exclusivity to inclusivity*. In: HOWE, Helena R.; Jonathan, GRIFFITHS. **Concepts of Property in Intellectual Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. P. 258.

⁷³ STIGLITZ, Joseph E. O Conhecimento como um Bem Público Global. In: GRUNBERG, Isabelle; KAUL, Inge; STERN, Marc A. **Bens Públicos Globais**. Tradução de Zaida Maldonato. 1ª edição. Editora Record: 2012. P. 356.

⁷⁴ Trecho original “Such overuse and depletion cannot occur with intangible resources such as creation and innovation, but leaving those in the commons, so the traditional story goes, might lead to underproduction. Exclusivity is hence preferred over common use, thereby enabling creators to reap the value of what they have created, preventing free-riding at their expense.”. DUSOLLIER, Séverine. *The commons as a reverse intellectual property – from exclusivity to inclusivity*. In: HOWE, Helena R.; Jonathan, GRIFFITHS. **Concepts of Property in Intellectual Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. P. 259

ao uso comum, assim, permitindo que os criadores colham o valor do que criaram, impedindo a utilização gratuita às suas custas.

Assim é criada a ficção jurídica de proteção dos bens intelectuais, o que se nomeou até o momento de direitos intelectuais. É realizada uma intervenção jurídica para rarificar esses bens intelectuais e, assim, também atribuir uma valoração econômica. Todos têm acesso ao conhecimento e podem criar, mas algumas criações, que atenderem certos requisitos, podem ser objeto de apropriação/uso exclusivo. E, com isso, há um incentivo à criação, visto que para inovar é necessário investimento, logo, é criada uma forma de se obter um retorno e lucro deste investimento.⁷⁵

Em contrapartida à teoria do “*Tragedy of the Commons*”, há a teoria do “*Tragedy of the Anticommons*”, em tradição livre, tragédia dos não comuns, concebida por Michel Heller. A questão tratada por esta teoria é a concepção de que criar tantos bens não comuns, pode causar o efeito oposto ao da primeira teoria, ou seja, de bloqueio de uso desses bens. Segundo, Michel Heller, “*embora a propriedade privada geralmente aumente a riqueza, propriedade em excesso tem o efeito oposto: destrói mercados, interrompe a inovação e custa vidas.*”⁷⁶.

Assim, se a teoria da *Tragedy of the Commons* versa sobre a superutilização de um bem comum, a teoria da *Tragedy of The Anticommons* trata da subutilização desses bens. Ocorre que em relação aos bens intelectuais, o paradoxo de ambas as teorias versa sobre a subutilização desses bens. Ou seja, se não houver restrições na utilização dos bens intelectuais, não há um desenvolvimento deles, porém, se há restrições demais, há um bloqueio na criação, e, portanto, também um impedimento do desenvolvimento desses bens.

Para melhor elucidar a teoria da *Tragedy of the Anticommons* em relação aos direitos intelectuais, Michel Heller ilustra o seguinte cenário em face das patentes de medicamentos⁷⁷:

⁷⁵ Em relação à fundamentação dos direitos intelectuais, ainda que o enfoque seja sobre direito de autor, ver: ESTEVES, Maurício Brum. **Justificação Constitucional do Direito de Autor**: da hermenêutica aos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁷⁶ Trecho original: “While private ownership usually increases wealth, too much ownership has the opposite effect: it wrecks markets, stops innovation, and costs lives”. HELLER, Michael. **The Tragedy of the Anticommons**. P. 1.

⁷⁷ Trecho original: “To date, the most debated application of anticommons theory has been in the area of drug patents and innovation (Heller and Eisenberg 1998). Since my 1998 Science article with Rebecca Eisenberg, there has been a flurry of follow-on papers and reports, many concluding that patents should be harder to obtain, in part to avoid potential anticommons tragedy effects. A recent book on the patent crisis concludes that, “the structure of the biotechnology industry seems likely to run high anticommons risks,” particularly when companies are attempting to bring products to market (Burk and Lemley 2009).” HELLER, Michael. **The Tragedy of the Anticommons**. P. 3.

Até o momento, a aplicação mais debatida da teoria anticommons tem sido na área de patentes e inovação na área de medicamentos (fármacos) (Heller e Eisenberg 1998). Desde meu artigo na Science em 1998 com Rebecca Eisenberg, houve uma enxurrada de trabalhos e relatórios subsequentes, muitos concluindo que as patentes deveriam ser mais difíceis de serem obtidas, em parte para evitar possíveis efeitos da tragédia dos anticommons. Um livro recente sobre a crise das patentes concluiu que "a estrutura da indústria de biotecnologia parece correr altos riscos do anticommon", principalmente, quando as empresas estão tentando trazer produtos ao mercado (Burk e Lemley 2009)

Outro exemplo, de como o excesso de bens não comuns – demasia de restrições a utilização dos bens públicos globais – também na área de patentes é quando há utilizações conjuntas de diversas patentes, sendo que a restrição de uso de uma, impede a utilização das demais e, por conseguinte, que se atinja o resultado almejado. Nesse sentido⁷⁸:

Talvez o exemplo mais convincente da tragédia da subutilização venha da área das patentes: o chamado "patent thicket" (entrelaçamento de patentes). O entrelaçamento ocorre quando há muitos detentores de patentes - "proprietários" - que detêm direitos exclusivos de patentes que são úteis como parte de um processo ou invenção maior: os muitos detentores de patentes de uma cura potencial para uma doença horrível ou um smartphone, ou uma máquina de costura. Em grupos tão complexos, em que um grupo de patentes pode ser combinado para uma finalidade funcional maior, um proprietário de uma patente chave pode impedir que toda a invenção aconteça.

E, para finalizar, outro exemplo da subutilização das criações, é o caso dos *patent trolls*, caracterizados por serem⁷⁹:

[...] entidades não praticantes especializadas na aquisição de diversas patentes com o fim exclusivo de reivindicar estes direitos de exclusiva contra possíveis infringentes. Ainda, o termo NPEs (Non-Practicing Entities), ou entidade não praticante, poderá ser usado como sinônimo de Patent Trolls.

Desta forma, a aquisição de patentes pode ser utilizada como forma de bloquear o desenvolvimento de novas criações. Nesse sentido, Stiglitz, ao tratar especificamente de patentes, mas entendimento que pode ser aplicável para os direitos intelectuais como um todo, esclarece que⁸⁰:

⁷⁸ Trecho original: "Perhaps the single most compelling example of the tragedy of the under-use comes from the realm of patents: the so-called "patent thicket". The thicket occurs where there are many patent-holders – "owners" – who hold exclusive patent rights that are useful as part of a larger process or invention: the many patent-holders of a potential cure for a horrible disease, or a smartphone, or a sewing machine. In such complex clusters where a group of patents might be combined for a larger functional purpose, one owner of a key patent might block the whole invention from ever happening." LAMETTI, David. The concept of the anticommons: useful, or ubiquitous and unnecessary. In: HOWE, Helena R.; Jonathan, GRIFFITHS. **Concepts of Property in Intellectual Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. P. 233.

⁷⁹ MANTOVANI, Luca Smaniotto. **Patent trolls**: desdobramentos e eventual atuação no cenário brasileiro. 84 F. Dissertação (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. P. 21

⁸⁰ STIGLITZ, Joseph E. O Conhecimento como um Bem Público Global. In: GRUNBERG, Isabelle; KAUL, Inge; STERN, Marc A. **Bens Públicos Globais**. Tradução de Zaida Maldonato. 1ª edição. Editora Record: 2012. P. 357.

Um sistema de patentes excessivamente amplo (por exemplo, com patentes de longa duração e escopo amplo) pode elevar o preço de um dos mais vitais investimentos no processo inovador e, por conseguinte, reduzir o ritmo de inovações seguintes, mesmo que possa estar proporcionando retornos àqueles que estão fazendo a inovação original.

Sendo assim, a proteção em demasia dos direitos intelectuais pode ser um impedimento ao desenvolvimento do conhecimento e, conseqüentemente, de novas criações. Ou, ainda que não seja um impedimento, ao menos retardará esse processo de desenvolvimento. Visto que com o bloqueio de utilização desses bens intelectuais, será necessário aguardar que caiam em domínio público, quando passarão a ser um bem público global.

E, a concepção da natureza jurídica dos direitos intelectuais auxilia na forma de lidar com o paradoxo apresentado pelas teorias analisadas neste subcapítulo. Isso porque, a partir de cada forma de concepção da natureza jurídica desses direitos, pode-se adaptar um mecanismo aplicável a essas situações.

Primeiramente, cumpre destacar que a legislação infraconstitucional estabelece limites ao exercício dos direitos intelectuais. Em relação às patentes, além do limite temporal (o prazo de vigência da proteção, findo o qual a patente recai em domínio público⁸¹), e do limite territorial (restringe-se ao país para qual foi concedida⁸²), há outros limites legais dispostos no art. 43, da Lei 9.279/96⁸³. Trata-se de casos em que o titular da patente não pode exercer seu

⁸¹ Lei 9.279/96. Art. 78. A patente extingue-se:[...]

Parágrafo único. Extinta a patente, o seu objeto cai em domínio público.

⁸² Convenção União de Paris (tratado assinado pelo Brasil e ratificado no ordenamento jurídico interno). Art. 4 bis. 1) As patentes requeridas nos diferentes países da União por nacionais de países da União serão independentes das patentes obtidas para a mesma invenção nos outros países, membros ou não da União.

⁸³ Lei 9.279/96. Art. 43. O disposto no artigo anterior não se aplica:

I - aos atos praticados por terceiros não autorizados, em caráter privado e sem finalidade comercial, desde que não acarretem prejuízo ao interesse econômico do titular da patente;

II - aos atos praticados por terceiros não autorizados, com finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas;

III - à preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado, bem como ao medicamento assim preparado;

IV - a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento;

V - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, sem finalidade econômica, o produto patenteado como fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos; e

VI - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido licitamente no comércio pelo detentor da patente ou por detentor de licença, desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa.

VII - aos atos praticados por terceiros não autorizados, relacionados à invenção protegida por patente, destinados exclusivamente à produção de informações, dados e resultados de testes, visando à obtenção do registro de comercialização, no Brasil ou em outro país, para a exploração e comercialização do produto objeto da patente, após a expiração dos prazos estipulados no art. 40.

direito de impedir terceiros de utilizar a sua criação. Kelly Lissandra Bruch⁸⁴ elenca essas limitações da seguinte forma: (i) atos sem fim comercial; (ii) pesquisa; (iii) preparação de medicamento em casos específicos de preparação sob prescrição médica; (iv) esgotamento nacional do direito quando o titular coloca sua criação no mercado interno, ou terceiro com o seu consentimento; (v) uso de matéria viva como fonte de propagação para obtenção de outros produtos e (vi) esgotamento do direito de patentes relativas à matéria viva.

Além disso, a legislação infraconstitucional também estabelece meios para lidar com o abuso dos direitos intelectuais por parte do seu titular. No caso das patentes, há a figura das licenças compulsórias, aplicável para quando o titular não explorar a criação, a sua comercialização não satisfazer as necessidades do mercado⁸⁵, no caso de uma patente for dependente de outra e não houver acordo entre seus titulares⁸⁶, ou casos de emergência nacional ou interesse público⁸⁷. Ocorre que quem pode requerer essas medidas é apenas aquele que tem legítimo interesse e capacidade de exploração daquela criação, ou for titular da patente dependente. Em outras palavras, a licença compulsória permite que apenas algumas pessoas possam explorar aquela criação, ainda que contra a vontade do titular. Deste modo, mantém-se

⁸⁴ BRUCH, Kelly Lissandra. **Limites do direito de propriedade industrial de plantas**. 226 F. Dissertação (Mestrado em Agronegócios) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. P. 61.

⁸⁵ Lei 9.279/96. Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

§ 2º A licença só poderá ser requerida por pessoa com legítimo interesse e que tenha capacidade técnica e econômica para realizar a exploração eficiente do objeto da patente, que deverá destinar-se, predominantemente, ao mercado interno, extinguindo-se nesse caso a excepcionalidade prevista no inciso I do parágrafo anterior.

⁸⁶ Lei 9.279/96. Art. 70. A licença compulsória será ainda concedida quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes hipóteses:

I - ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação a outra;

II - o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior; e

III - o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior.

§ 1º Para os fins deste artigo considera-se patente dependente aquela cuja exploração depende obrigatoriamente da utilização do objeto de patente anterior.

§ 2º Para efeito deste artigo, uma patente de processo poderá ser considerada dependente de patente do produto respectivo, bem como uma patente de produto poderá ser dependente de patente de processo.

§ 3º O titular da patente licenciada na forma deste artigo terá direito a licença compulsória cruzada da patente dependente.

⁸⁷ Lei 9.279/96. Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

Parágrafo único. O ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação.

a proteção destes direitos intelectuais, porém alguém que não seja titular desta patente pode explorá-la, permanecendo a exclusão de explorar a criação para as demais partes não licenciadas.

Em especial quanto à licença compulsória concedida em razão do interesse público, ela é regulada pelo Decreto 3.201/99, o qual lista, em um rol exemplificativo, as causas que permitem essa concessão, como a saúde pública, a nutrição, a defesa do meio ambiente, bem como aquelas de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou sócio-econômico do País⁸⁸. Ocorre que essa licença compulsória é temporária, ainda que se permita a sua prorrogação⁸⁹. O remédio legal de concessão dessa licença, ainda que durante um período resolva essa questão, ainda mantém a proteção ao titular, bem como a sua remuneração por esse período. No entanto, ao término da licença, a situação pode voltar ao *status quo* anterior e essa proteção continuar a violar o interesse social e o desenvolvimento nacional. Nesse sentido, nos casos de aquela criação, além da forma de utilização pelo seu titular, não cumprir com o interesse social ou promover o desenvolvimento, outras medidas poderiam ser tomadas. Isso porque, ante a violação dos requisitos que fundamentam e norteiam a proteção dos direitos intelectuais, não haveria motivo em manter a exclusão de terceiros utilizar aquele conhecimento.

Destaque-se que a Lei 9.279/96, prevê como uma das formas de extinção da patente a caducidade⁹⁰. Pode ser requerida a declaração de caducidade de uma patente justamente quando anteriormente já se tenha requerido uma licença compulsória, mas que, após dois anos, verifique-se que ela não tenha sido suficiente para sanar o abuso por parte do seu titular⁹¹. No

⁸⁸ Decreto 3.201/99. Art. 2º. Poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória de patente, nos casos de emergência nacional ou interesse público, neste último caso somente para uso público não-comercial, desde que assim declarados pelo Poder Público, quando constatado que o titular da patente, diretamente ou por intermédio de licenciado, não atende a essas necessidades. § 2º Consideram-se de interesse público os fatos relacionados, dentre outros, à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como aqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou sócio-econômico do País.

⁸⁹ Decreto 3.201/99. Art. 5º. O ato de concessão da licença compulsória estabelecerá, dentre outras, as seguintes condições:

I - o prazo de vigência da licença e a possibilidade de prorrogação;

⁹⁰ Lei 9.279/96. Art. 78. A patente extingue-se: [...]

III - pela caducidade;

⁹¹ Lei 9.279/96. Art. 80. Caducará a patente, de ofício ou a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse, se, decorridos 2 (dois) anos da concessão da primeira licença compulsória, esse prazo não tiver sido suficiente para prevenir ou sanar o abuso ou desuso, salvo motivos justificáveis.

§ 1º A patente caducará quando, na data do requerimento da caducidade ou da instauração de ofício do respectivo processo, não tiver sido iniciada a exploração.

§ 2º No processo de caducidade instaurado a requerimento, o INPI poderá prosseguir se houver desistência do requerente.

entanto, considerando-se que dificilmente são concedidas licenças compulsórias, mais difícil ainda é conseguir a declaração de caducidade de uma patente.

Note-se que essas limitações legais têm por objetivo limitar o exercício dos direitos intelectuais do titular, a fim de que não seja um direito absoluto, bem como prevenir e remediar eventuais abusos do titular da patente. Ocorre que se o titular utilizar um direito intelectual de forma a impedir o desenvolvimento de novas tecnologias, ou, ainda, a proteção daquele bem não for de acordo com o interesse social (o que pode ocorrer, principalmente, quando o objeto da proteção for algum medicamento), não necessariamente seriam aplicáveis os limites ao seu exercício dos direitos sobre aquele bem (art. 43, Lei 9.279/96, licença compulsória e caducidade), bem como há a possibilidade de não estarem presentes os requisitos para a concessão dessa proteção previstos no art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal: interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Sendo assim, ao se entender que os direitos intelectuais possuem natureza jurídica de propriedade, na hipótese mencionada, o titular não estaria utilizando esta propriedade de acordo com a sua função social, de forma que ela poderia ser desapropriada, ainda que mediante indenização⁹². A desapropriação é a retirada da propriedade de seu titular com base no interesse da coletividade⁹³. No Código Civil, é prevista a possibilidade de o proprietário ser privado de seu bem com fundamento na necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente⁹⁴. E, a modalidade de desapropriação em razão do interesse social, segundo Silvio de Salvo Venosa, é a que se permite buscar o sentido social da propriedade, sendo os bens desapropriados destinados à coletividade⁹⁵.

⁹² “Desapropriação é um ato estatal que produz a extinção da propriedade sobre um bem ou direito e a aquisição do domínio sobre ele pela entidade expropriante, mediante indenização justa” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 486.

“A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 199

⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. V. 5. P. 333.

⁹⁴ CC/02. Art. 1.228. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

⁹⁵ “O *interesse social*” é aquele que efetivamente permite ao Estado buscar o sentido social da propriedade. Decorre de circunstâncias para melhorar a distribuição e fruição da propriedade privada. Os bens desapropriados por interesse social não se destinam propriamente a órgãos da Administração, mas à coletividade”. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. V. 5. P. 260.

A desapropriação com base no interesse social é, originalmente, utilizada para desapropriação de propriedades urbanas e rurais com finalidade de reforma agrária, conforme leciona Marçal Justen Filho⁹⁶:

A desapropriação por interesse social foi concebida como instrumento de promoção da reforma agrária, e sua utilização é de competência privativa da União, como apontado acima. Nesse caso, a desapropriação se funda na ausência de cumprimento da função social da propriedade, o que justifica a extinção do vínculo de domínio privado

Ocorre que os bens intelectuais, e, por conseguinte, a propriedade intelectual, possuem suas peculiaridades. A função social referente à propriedade rural e urbana, relativas a sua produção⁹⁷ e critérios do plano Diretor da cidade⁹⁸. No entanto, esses critérios não são aplicáveis aos bens intelectuais, sendo a função social da propriedade intelectual compreendida como “*o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*” (art. 5º, XXIX, CF). Do mesmo modo, a desapropriação pelo interesse social não pode ter por base os mesmos fundamentos da propriedade rural ou urbana.

Assim, a propriedade intelectual que não atingir sua função social, ou seja, o interesse social e desenvolvimento nacional, e não sendo as limitações legais ao exercício do seu titular, previstas no art. 43 da Lei 9.279/96, nem seja caso de licença compulsória ou ela não seja suficiente para que a propriedade atinja a sua função, poderá ser caso de desapropriação desta propriedade. E, desapropriada no sentido de retirar, extinguir a propriedade e, assim, a criação caia em domínio público (vez que não há mais a propriedade, tratando-se de bens intelectuais, eles caem em domínio público, conforme analisado no subcapítulo inicial) permitindo-se que todos utilizem essa criação.

E, ao se compreender que a natureza jurídica dos direitos intelectuais se trata de direito de exclusiva, seria possível postular a extinção do ato administrativo que reconhece o preenchimento dos requisitos legais e constitui esse direito, visto que ocorre o desaparecimento dos pressupostos que permitiam a proteção daquela criação. Visto que a licença, ato

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 490

⁹⁷ CF. Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

⁹⁸ CF. 182. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

administrativo que declara e constitui o direito intelectual se trata de um ato vinculado, conforme sustentam Maria Di Pietro⁹⁹ e Marçal Justen Filho¹⁰⁰, não seria possível a revogação do ato. No entanto, há outras formas de extinção do ato administrativo.

Dentre as formas de extinção do ato administrativo há a cassação do ato em razão do descumprimento das condições por parte do destinatário¹⁰¹. E, conforme Hely Lopes Meireles, tratando-se de atos negociais, dos quais a licença faz parte, “cassa-se o ato quando ocorrer ilegalidade na sua execução”¹⁰². Assim, uma forma de extinguir a proteção conferida pelo titular dos direitos intelectuais que não os utilize conforme o interesse social e o desenvolvimento nacional (requisitos autorizadores desta proteção), bem como não necessariamente esteja limitado o titular no exercício dos seus direitos sobre àquele bem (art. 43, Lei 9.279/96, licença compulsória e caducidade), seria possível a cassação da licença que concedeu a proteção desses direitos.

Desta forma, não estando mais presentes os requisitos autorizadores da concessão de licença que declara e constitui a proteção dos direitos intelectuais, seria possível cassar esse ato administrativo. Assim, haveria a extinção do ato administrativo e, conseqüentemente, o bem intelectual cairia em domínio público.

Sendo assim, a fim de lidar com a subutilização dos bens itens intelectuais, é concedida uma proteção a eles, os direitos intelectuais. No entanto, essa proteção em demasia, pode causar também a subutilização desses bens. E, ainda que a legislação preveja formas de limitação ao exercício deste direito, como a licença compulsória, o seu efeito é permitir que um particular utilize essa criação, não se estendo este efeito a outras pessoas. Assim, conclui-se que se os direitos intelectuais têm natureza jurídica de: (i) propriedade, ante a violação do interesse social e desenvolvimento nacional, essa propriedade descumpra com a sua função social e, por conseguinte, poderia ser objeto de desapropriação; ou (ii) direito de exclusiva, a ausência dos critérios que permitem a concessão de proteção, pode ocasionar a extinção do ato administrativo

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 292.

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 297

¹⁰¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando Celso Antônio Bandeira de Mello: “c) **cassação** em que a retirada se dá “porque o destinatário descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica”; o autor cita o exemplo da cassação de licença para funcionamento de hotel por haver se convertido em casa de tolerância”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 278.

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 212. Grifo no original

que declara o preenchimento dos requisitos legais e concede a proteção dos bens intelectuais. O efeito prático é que o bem intelectual passaria a estar em domínio público e, assim, todos poderiam utilizar deste bem. Se com a proteção ocorre a subutilização desses bens e é contrária ao interesse social e ao próprio desenvolvimento, é preferível que os bens intelectuais sejam acessíveis a todos e que sejam somados ao conhecimento geral passível de utilização sem restrições, já que o conhecimento não é escasso, nem se extingue e ele tende somente a se desenvolver conforme há a busca do ser humano por novos conhecimentos.

2. ESTUDO DE CASO

Na primeira parte dessa pesquisa, analisou-se as concepções acerca da natureza jurídica dos direitos intelectuais, bem como se realizou um estudo da distinção dessas teorias sob a perspectiva das teorias “*Tragedy of the Commons*” e “*Tragedy of the Anticommons*”. Nesta segunda parte da pesquisa, pretende-se verificar se há diferenças práticas em tratar a natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade ou como direito de exclusiva. Em outras palavras, qual o impacto desta distinção sobre a proteção dos bens intelectuais. Para isso, foram escolhidos dois casos, um tema com repercussão no passado, e outro mais atual.

Assim, será analisada a problemática da proteção desses direitos intelectuais de acordo com cada natureza jurídica, aplicada ao caso dos dados de testes clínicos de medicamentos e das patentes pipeline de fármacos. Em cada subcapítulo, será apresentado e conceituado o objeto do caso e, após, se passará a analisar o caso segundo a perspectiva de propriedade e de direito de exclusiva para, ao fim, concluir se há alguma diferença prática.

2.1. Proteção de dados de testes clínicos

Antes de se adentrar na análise da distinção da proteção conforme a natureza jurídica, cumpre passar alguns conceitos essenciais para a compreensão da análise. Inicialmente, então, cumpre verificar o que são os dados de testes clínicos objeto do estudo de caso.

2.1.1. Conceituação dos dados de prova

Os dados de testes clínicos são dados obtidos a partir de teste clínicos realizados, geralmente, em animais ou seres humanos, a fim de obter dados que demonstrem a eficácia e segurança do medicamento¹⁰³. Esses dados devem ser fornecidos, em formato de dossiê, contendo testes iniciais *in vitro*, laboratoriais em cobaias e em seres humanos¹⁰⁴, à Agência

¹⁰³ “Estes testes são estudos controlados, realizados em humanos, para assegurar a segurança e eficácia das terapias. Os dados resultantes das análises são exigidos pelas autoridades sanitárias (no Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa) para a aprovação de medicamentos e vacinas para posterior comercialização”. CHAMAS, Cláudia Inês; REIS, Roberto Silveira. Saúde Pública, Patentes e Exclusividade de Dados de Testes Clínicos. *In*: BAIOCCHI, Enzo; SICHEL, Ricardo Luiz. **20 anos da Lei da Propriedade Industrial (lei nº 9.279/1996)**: estudos e homenagem ao Professor Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018 P. 84.

¹⁰⁴ LINS, Bruna Rego. **DADOS CONFIDENCIAIS APRESENTADOS À ANVISA: Qual o impacto das decisões judiciais para a política pública de acesso a medicamentos?** 160 F. Dissertação (Mestrado em Propriedade

Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para que ela aprove a comercialização de um medicamento¹⁰⁵, recebendo o medicamento um registro¹⁰⁶.

Bruna Rego Lins explica que¹⁰⁷:

Ou seja, para que um medicamento de referência seja assim considerado e possa ser registrado, seu titular deve apresentar à ANVISA estudos que comprovem a sua eficácia, segurança e qualidade, dados estes apresentados à ANVISA através de um dossiê. O registro do medicamento só ocorre após avaliação e aprovação pela ANVISA dos resultados dos testes contidos no dossiê.

Cumprido destacar que os dados fornecidos à ANVISA não são divulgados ao público, à exceção de casos de interesse público. Desta forma é preservado o sigilo desses dados¹⁰⁸.

Em relação aos medicamentos genéricos, ou seja, os medicamentos que utilizam os mesmos princípios ativos que um medicamento de referência – o medicamento original, de “marca” e que já submeteu os dados de testes –, não é necessário refazer os testes comprovando sua eficácia e segurança para aprovação de sua comercialização. Para os medicamentos genéricos, é necessário, apenas, demonstrar que ele utiliza os mesmos princípios ativos que o medicamento de referência, que há bioequivalência e biodisponibilidade. Isso porque se presume que o medicamento genérico possui a mesma eficácia e segurança do medicamento de referência, já que possuem os mesmos princípios ativos. Importante destacar os conceitos

Intelectual e Inovação) - Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 2014. P. 61.

¹⁰⁵ Lei 9782/1999 - Art. 7º. Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo: VII - autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei e de comercialização de medicamentos; Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

I - medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias;

¹⁰⁶ Lei 6.360/1973. Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

§ 1º - A Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA - definirá por ato próprio o prazo para renovação do registro dos produtos de que trata esta Lei, não superior a 10 (dez) anos, considerando a natureza do produto e o risco sanitário envolvido na sua utilização.

¹⁰⁷ LINS, Bruna Rego. **DADOS CONFIDENCIAIS APRESENTADOS À ANVISA: Qual o impacto das decisões judiciais para a política pública de acesso a medicamentos?** 160 F. Dissertação (Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação) - Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 2014. P. 49

¹⁰⁸ “[...] Ao produtor de genéricos é vedado o acesso ao dossiê clínico. Os dados não são disponibilizados ou divulgados pela Anvisa a terceiros, não havendo caracterização de crime de concorrência desleal. Neste caso, claramente, o uso dos dados pela Anvisa é marcado pela lealdade, ao garantir o sigilo das informações recebidas pelas empresas e que não se encontram em domínio público. A legislação brasileira protege, de modo efetivo, o sigilo.”. CHAMAS, Cláudia Inês; REIS, Roberto Silveira. Saúde Pública, Patentes e Exclusividade de Dados de Testes Clínicos. *In*: BAIOCCHI, Enzo; SICHEL, Ricardo Luiz. **20 anos da Lei da Propriedade Industrial (lei nº 9.279/1996): estudos e homenagem ao Professor Denis Borges Barbosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 93.

trazidos pelo ordenamento jurídico para os tipos de medicamentos, bem como de bioequivalência e biodisponibilidade, dispostos na Lei 9.787/99:

Art. 3º. XX – Medicamento Similar – aquele que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresenta a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica, preventiva ou diagnóstica, do medicamento de referência registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículos, devendo sempre ser identificado por nome comercial ou marca;

XXI – Medicamento Genérico – medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI;

XXII – Medicamento de Referência – produto inovador registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária e comercializado no País, cuja eficácia, segurança e qualidade foram comprovadas cientificamente junto ao órgão federal competente, por ocasião do registro;

XXIV – Bioequivalência – consiste na demonstração de equivalência farmacêutica entre produtos apresentados sob a mesma forma farmacêutica, contendo idêntica composição qualitativa e quantitativa de princípio(s) ativo(s), e que tenham comparável biodisponibilidade, quando estudados sob um mesmo desenho experimental;

XXV – Biodisponibilidade – indica a velocidade e a extensão de absorção de um princípio ativo em uma forma de dosagem, a partir de sua curva concentração/tempo na circulação sistêmica ou sua excreção na urina.

Cumprido destacar que inclusive para os medicamentos similares – que também possuem os mesmos princípios ativos do medicamento de referência – é necessária a realização da comprovação de bioequivalência. A diferença entre medicamentos similares e genéricos reside na questão de que a primeira categoria pode ser identificada por marcas, enquanto que a segunda categoria somente pode ser identificada pelos princípios ativos¹⁰⁹. Em complemento, quanto à produção desses medicamentos, Bruna Rego Lins menciona que¹¹⁰:

Tanto genéricos quanto similares são medicamentos cujas patentes já expiraram e são mais baratos do que os de referência. Expirada a patente existe a possibilidade de concorrência, o que sempre puxa os preços para baixo. Ademais, é sabido que os genéricos devem ser até 35% mais baratos que os medicamentos de referência, isso porque os testes de biodisponibilidade e de equivalência farmacêutica são mais baratos que os testes clínicos e pré-clínicos que devem ser apresentados à ANVISA

¹⁰⁹ “A figura do medicamento similar está sendo modificada. Desde 2007, todos os que solicitaram a renovação da autorização de comercialização de medicamentos similares foram obrigados a apresentar os testes de biodisponibilidade e equivalência farmacêutica, que são os mesmos testes apresentados pelos genéricos. Entretanto, os medicamentos similares podem ser identificados por marcas, enquanto os genéricos só podem ser identificados pela DCB – Denominação Comum Brasileira, ou princípio ativo.” LINS, Bruna Rego. **DADOS CONFIDENCIAIS APRESENTADOS À ANVISA: Qual o impacto das decisões judiciais para a política pública de acesso a medicamentos?** 160 F. Dissertação (Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação) - Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 2014. P. 53.

¹¹⁰ LINS, Bruna Rego. **DADOS CONFIDENCIAIS APRESENTADOS À ANVISA: Qual o impacto das decisões judiciais para a política pública de acesso a medicamentos?** 160 F. Dissertação (Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação) - Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 2014. P. 53/54

para aprovação da comercialização dos medicamentos de referência. Além disso, como o medicamento genérico não possui marca, os custos do laboratório com propaganda são bem menores.

Observe-se que os testes de bioequivalência e biodisponibilidade são apresentados pela empresa fabricante de medicamento genérico. Chamas e Reis descrevem o procedimento de aprovação de medicamentos genéricos no âmbito nacional¹¹¹:

Os medicamentos genéricos são cópias dos medicamentos de referência no tocante à dosagem, à forma farmacêutica, à segurança, à via de administração, à qualidade, às características de desempenho e ao uso. Os genéricos e os medicamentos de referência precisam ser intercambiáveis. Com base nos dados de prova (estudos pré-clínicos e clínicos), a autoridade sanitária examina os testes de biodisponibilidade e bioequivalência e atesta a equivalência terapêutica entre o genérico e o medicamento de referência. A confrontação entre o medicamento de referência e o candidato a genérico não ocorre sem custos. **É necessário que o produtor do genérico empregue recursos para a confecção do dossiê que será entregue à autoridade sanitária.**

Conectando a proteção desses dados com os direitos intelectuais, primeiramente, importante apontar que o TRIPS possui previsão sobre a proteção destes dados contra seu uso comercial desleal, em seu art. 39.3, dentro da Seção 7 sobre proteção de informação confidencial:

Art. 39. 1. Ao assegurar proteção efetiva contra competição desleal, como disposto no ARTIGO 10bis da Convenção de Paris (1967), os Membros protegerão informação confidencial de acordo com o parágrafo 2 abaixo, e informação submetida a Governos ou a Agências Governamentais, de acordo com o parágrafo 3 abaixo. [...]
3. Os Membros que exijam a apresentação de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos que utilizem novas entidades químicas, protegerão esses dados contra seu uso comercial desleal. Ademais, os Membros adotarão providências para impedir que esses dados sejam divulgados, exceto quando necessário para proteger o público, ou quando tenham sido adotadas medidas para assegurar que os dados sejam protegidos contra o uso comercial desleal.

Cumprido ressaltar que o TRIPS estabelece que a proteção dos dados de testes está englobada como um direito relativo à propriedade intelectual: “*Art. 1º. Parágrafo 2. Para os fins deste Acordo, o termo "propriedade intelectual" refere-se a todas as categorias de propriedade intelectual que são objeto das Seções 1 a 7 da Parte II.*”. No entanto, a proteção conferida não é a mesma conferida aos demais institutos, pois é apenas estabelecido que esses dados serão protegidos contra seu uso comercial desleal.

¹¹¹ CHAMAS, Cláudia Inês; REIS, Roberto Silveira. Saúde Pública, Patentes e Exclusividade de Dados de Testes Clínicos. *In*: BAIOCCHI, Enzo; SICHEL, Ricardo Luiz. **20 anos da Lei da Propriedade Industrial (lei nº 9.279/1996)**: estudos e homenagem ao Professor Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 85/86. Grifei.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico pátrio possui previsão similar a estabelecida no TRIPS, já que este se trata de um acordo que estabelece patamares mínimos de proteção, logo, nada mais adequado que o Brasil tivesse uma disposição similar. Ocorre que ao tratar sobre essa proteção, ela é prevista dentro do instituto da concorrência desleal e, por conseguinte, não sendo a sua proteção a mesma que os direitos intelectuais:

Lei 9.279/96. Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: [...] XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. [...] § 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

Entretanto, diversos países, com base no art. 39.3 do TRIPS, seja por interpretação deste artigo, seja por meio de legislação própria, passaram a prever a possibilidade de proteção dos dados clínicos no sentido de impedir terceiros de se utilizarem desses dados. Portanto, uma proteção maior do que a prevista no tratado¹¹². Assim, países como Japão, Estados Unidos e os que compõem a União Europeia¹¹³, passaram a prever um período de uso exclusivo dos dados de testes clínicos e, assim, impedir que o fabricante de um medicamento genérico se utilize dos dados já produzidos pelo medicamento de referência para obter a permissão de comercialização daquele. Desta forma, não basta apenas demonstrar a bioequivalência entre os medicamentos, sendo necessário refazer os testes para obtenção dos dados; e, em alguns países, não é sequer permitido que seja realizado o pedido de registro de medicamentos genéricos durante o período de proteção.

Assim, cumpre destacar os esclarecimentos prestados por Correa sobre a proteção dos dados objeto do estudo¹¹⁴:

Em algumas jurisdições, os dados apresentados para o registro de produtos farmacêuticos (e agroquímicos) estão sujeitos a um sistema de proteção *sui generis* baseado em um direito temporário para uso exclusivo desses dados pelo requerente original (geralmente a empresa que desenvolveu um produto novo). Sob esse sistema,

¹¹² “Após o advento do TRIPS, observou-se a ampla disseminação da proteção para dados entre os países desenvolvidos e nos países em desenvolvimento comprometidos com acordos bilaterais com cláusulas de propriedade intelectual TRIPS plus. Cada país ou região adota limites de tempo distintos para a proteção.”. CHAMAS, Cláudia Inês; REIS, Roberto Silveira. Saúde Pública, Patentes e Exclusividade de Dados de Testes Clínicos. In: BAIOCCHI, Enzo; SICHEL, Ricardo Luiz. **20 anos da Lei da Propriedade Industrial (lei nº 9.279/1996)**: estudos e homenagem ao Professor Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 91.

¹¹³ Para mais informações sobre o período de proteção em outros países, verificar tabela na página 13 no INFARMA. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/97-data-protection-site.pdf>

¹¹⁴ CORREA, Carlos M. Proteção dos dados apresentados para registro de produtos farmacêuticos. In: CORREA, Carlos M. **Propriedade intelectual e saúde pública**. Tradução de Fabíola Wüst Zibetti. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. P. 223.

outras empresas (com frequência fabricantes de “genéricos”) não poderão se basear nos dados apresentados pelo primeiro requerente para registrar produtos similares para uso comercial. A razão de ser deste modelo de exclusividade seria a necessidade de permitir a quem criou os dados recuperar o investimento realizado para obtê-los. A suposição implícita é que sem essa proteção, as empresas privadas não teriam um incentivo para suportar significativos custos envolvidos na produção desses dados

As negociações entre os blocos econômicos do Mercosul (bloco do qual o Brasil faz parte) e da União Europeia, iniciadas em 1999¹¹⁵, tinham como um dos pontos discutidos, justamente, a possibilidade de proteção dos dados de testes clínicos, mas que não foi incluída no texto final do acordo¹¹⁶, celebrado em junho do corrente ano (2019), o qual ainda pende de ratificação pelos países signatários. Segundo resumo informativo elaborado pelo Governo brasileiro, preservaram-se os compromissos do Acordo TRIPS em relação às informações não-divulgadas, no que trata da proteção dos dados de testes clínicos exigidos para o lançamento de remédios e defensivos agrícolas¹¹⁷.

Desta forma, ainda que não tenha logrado êxito as negociações para estender a proteção dos direitos intelectuais aos dados de testes clínicos, nada impede que iniciativas legislativas sobre o tema possam surgir. Isso principalmente em razão da influência das empresas farmacêuticas que fazem campanha para que o País adote essa proteção. Nesse sentido, cita-se artigo elaborado pela INFARMA – Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa, datado de novembro de 2015¹¹⁸, que traz motivos pelos quais a proteção desses dados seria necessária. Em complemento, em sua tese de mestrado, Bruna Rego Lins, analisa decisões judiciais nos Tribunais nacionais e seus posicionamentos quanto à exclusividade dessas informações, a partir da previsão do art. 195, XIV, da Lei 9.279/96, bem como os argumentos das partes envolvidas a favor dos fabricantes de medicamentos de referência e a favor dos fabricantes de medicamentos genéricos¹¹⁹.

¹¹⁵ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2019/08/acordo-mercosul-ue-deve-baratear-produtos-mas-forcar-eficiencia-e-productividade> - acesso em 11/11/2019.

¹¹⁶ “Outro ponto considerado positivo para o Brasil envolve a produção de remédios genéricos que, segundo o governo brasileiro, não será impactada pelo acordo. Para os europeus, havia a demanda de incluir dois tipos de proteção neste caso: a extensão de patentes e a exclusividade de dados para testes clínicos. Os dois pontos não emplacaram na negociação, o que se diferencia em relação a outros acordos finalizados pela UE no passado.”. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/07/epoca-negocios-governo-do-brasil-ve-permanencia-de-drawback-como-vitoria-no-acordo-mercosul-ue.html> - acesso em 11/11/2019. Acessi em 11/11/2019.

¹¹⁷ Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf. Acesso em 28/11/2019.

¹¹⁸ Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/97-data-protection-site.pdf>. Acesso em 22/10/2019.

¹¹⁹ LINS, Bruna Rego. **DADOS CONFIDENCIAIS APRESENTADOS À ANVISA: Qual o impacto das decisões judiciais para a política pública de acesso a medicamentos?** 160 F. Dissertação (Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação) - Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 2014.

Sendo assim, cumpre destacar a importância destes dados. O desenvolvimento de um novo medicamento envolve extensas pesquisas em laboratório, seguido por fases de estudos em animais e seres humanos, realizados em três fases, para que o medicamento possa vir a ser produzido e comercializado¹²⁰. O dossiê apresentado à ANVISA deve conter testes da fase pré-clínica (fase prévia aos testes em seres humanos, os testes são realizados em células e em animais¹²¹) e da fase clínica até a fase III (fase em que se testa a segurança e a eficácia deste novo medicamento em seres humanos¹²²)¹²³.

Conforme dados fornecidos pela INFARMA (novembro/2015), a fase de testes clínicos leva, em média, de 6 a 7 anos¹²⁴. E o custo financeiro pode chegar a representar 70% do montante total de desenvolvimento de um novo medicamento¹²⁵. Chamas e Reis citam que esta fase pode representar mais de 60% dos custos de pesquisa e desenvolvimento de novas drogas¹²⁶. Segundo o INCA – Instituto Nacional de Câncer¹²⁷ (2018), a fase clínica de desenvolvimento de um medicamento (fase em que se verifica a eficácia e segurança do fármaco) pode durar mais de seis anos (considerando-se até a fase III que deve ser apresentada à ANVISA, a fase IV é realizada após o registro do medicamento)¹²⁸ – sendo que esta tabela não contempla a fase pré-clínica de desenvolvimento de um novo medicamento que também pode demorar anos para sua conclusão¹²⁹ – conforme demonstrado em tabela que ora se transcreve abaixo:

¹²⁰ INTERFARMA. Proteção do dossiê de testes no Brasil: um estímulo à inovação. Brasil: 2015. Pg. 11.

¹²¹ Disponível em: <https://www.inca.gov.br/pesquisa/ensaios-clinicos/fases-desenvolvimento-um-novo-medicamento>. Acesso em 11/11/2019.

¹²² Disponível em: <https://www.inca.gov.br/pesquisa/ensaios-clinicos/fases-desenvolvimento-um-novo-medicamento>. Acesso em 11/11/2019.

¹²³ Resolução nº 60 de 10/10/2014 / ANVISA. Art. 24. A petição de registro descrita nesta seção, além da documentação citada nas Seções III e IV do Capítulo III, deverá estar acompanhada de:

I - relatório de segurança e eficácia de acordo com guia específico, contendo:

- a) relatório de ensaios não-clínicos; e
- b) relatório de ensaios clínicos fase I, II e III.

Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=228600>. Acesso em 15/11/2019.

¹²⁴ INTERFARMA. Proteção do dossiê de testes no Brasil: um estímulo à inovação. Brasil: 2015. Pg. 11.

¹²⁵ INTERFARMA. Proteção do dossiê de testes no Brasil: um estímulo à inovação. Brasil: 2015. Pg. 7.

¹²⁶ CHAMAS, Cláudia Inês; REIS, Roberto Silveira. Saúde Pública, Patentes e Exclusividade de Dados de Testes Clínicos. In: BAIOCCHI, Enzo; SICHEL, Ricardo Luiz. **20 anos da Lei da Propriedade Industrial (lei nº 9.279/1996)**: estudos e homenagem ao Professor Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 86.

¹²⁷ Disponível em: <https://www.inca.gov.br/pesquisa/ensaios-clinicos/fases-desenvolvimento-um-novo-medicamento>. Acesso em 11/11/2019.

¹²⁸ LINS, Bruna Rego. **DADOS CONFIDENCIAIS APRESENTADOS À ANVISA: Qual o impacto das decisões judiciais para a política pública de acesso a medicamentos?** 160 F. Dissertação (Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação) - Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 2014. P. 67.

¹²⁹ Para mais informações sobre as fases de desenvolvimento de um medicamento, bem como sobre as fases da etapa de testes pré-clínicos e clínicos, vide, a partir da página 61 de LINS, Bruna Rego. **DADOS**

Tabela 1 - Fase Clínica de desenvolvimento de um novo medicamento

Fases	Número de participantes de pesquisa	Tempo de duração	Objetivos
I	Pequenos grupos de participantes de pesquisa (20-100)	Vários meses	Segurança, avaliação preliminar.
II	Número limitado de participantes de pesquisa	Vários meses até 2 anos	Eficácia, definição da dose eficaz. Em paralelo, a segurança.
III	Grandes e variados grupos de participantes de pesquisa	1 a 4 anos	Segurança, eficácia comparativa, risco/benefício. Aumenta-se o número de pacientes. Tem a intenção de registrar o novo medicamento.
IV	Milhares de participantes de pesquisa	Vários anos	Farmacovigilância. Promover experiência com o produto, avaliar novas indicações para os mesmos.

Fonte: INCA – Instituto Nacional de Câncer

Desta forma, para a obtenção dos dados que comprovam a eficácia e segurança de um fármaco e a sua consequente comercialização, é necessário um período extenso e altos investimentos. Logo, esses dados são extremamente valiosos.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se a análise da possibilidade de se proteger os dados de testes clínicos por meio dos direitos intelectuais de acordo com a natureza jurídica deste instituto: de propriedade ou de direito de exclusiva. Assim, será iniciado o estudo pelo instituto da propriedade, e, após, pela concepção de direito de exclusiva.

2.1.2. Da proteção dos dados de prova

Como analisado no capítulo 1.1, as faculdades do direito da propriedade recaem sobre a coisa, o que, a princípio, daria a entender que seria somente sobre os bens tangíveis. No entanto, conforme ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa e Carlos Roberto Gonçalves, entende-se que o instituto da propriedade pode recair sobre bens intangíveis, de forma que seria possível se apropriar de bens intelectuais.

Ocorre que os dados de testes clínicos são fatos. Isso porque esses dados são constatações fáticas do comportamento de um medicamento, em especial, quanto à sua segurança e eficácia. Utilizando as palavras de Correa¹³⁰:

O desenvolvimento desses dados se realiza conforme procedimentos e protocolos padronizados, que envolvem uma recompilação sistemática de informação fática. Ainda que a prova refira-se a uma droga nova, os resultados obtidos são apenas consequências de práticas científicas rotineiras

Desta forma, ainda que os dados obtidos tenham um conteúdo econômico, ante o alto investimento para sua obtenção, eles nada mais são do que constatações de fatos. Logo, não há um ato inventivo na produção desses dados. Eles fazem parte do conhecimento geral e não preenchem os requisitos necessários para que sejam protegidos pelos direitos intelectuais, no caso, ter um ato inventivo do ser humano. Sendo assim, eles nada mais são do que uma descoberta, uma constatação de como uma substância química, o medicamento, funciona no organismo vivo.

A fim de ilustrar essa questão, faz-se uma analogia com a previsão na legislação que trata sobre patentes (Lei 9.279/96), a qual elenca os conhecimentos que não são considerados invenções, dentre eles, as “*descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos*”¹³¹. E isso porque em todos esses casos não há um ato inventivo, mas apenas constatação de um fato na natureza. Destaque-se que os dados de testes clínicos não são fatos na natureza, pois é necessário que o ser humano faça os testes em outro organismo vivo, mas ainda assim a analogia é válida, visto que em ambos os casos não há um ato inventivo, mas apenas observação de fatos. Neste ponto, cumpre mencionar trecho esclarecedor de Denis Borges Barbosa¹³²:

Como se vê, as descobertas, como simples ato de conhecimento, inclusive de material biológico encontrado na natureza, as criações estéticas, as técnicas operatórias e de diagnóstico, assim como todas as formas de criação prática não industrial estão excluídas da proteção da Lei 9.279/96, como aliás das demais leis nacionais. [...] Explicando porque não se dá proteção patentária às descobertas, mas tão somente às invenções, diz por sua vez Douglas Gabriel Domingues:
A par de ser a descoberta simples revelação de algo já existente, a mesma resulta do espírito especulativo do homem, na investigação dos fenômenos e leis naturais. Assim, a descoberta apenas aumenta os conhecimentos do homem sobre o mundo físico, e não satisfaz nenhuma necessidade de ordem prática. Finalmente, a descoberta não soluciona nenhum problema de ordem técnica.

¹³⁰ CORREA, Carlos M. Proteção dos dados apresentados para registro de produtos farmacêuticos. *In*: CORREA, Carlos M. **Propriedade intelectual e saúde pública**. Tradução de Fabíola Wüst Zibetti. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. P. 236.

¹³¹ Lei 9.279/96. Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;

¹³² BABOSA, Denis Borges. Uma introdução à Propriedade Intelectual. 2ª ed. P. 302/303.

Sendo assim, esses dados, ainda que possuam um conteúdo econômico, eles não preenchem os requisitos de proteção dos direitos intelectuais: possuir um ato inventivo. Por conseguinte, eles compõem o conhecimento geral e, portanto, são bens públicos globais inapropriáveis. Embora nada impeça que a forma de organização desses dados, portanto não os dados em si, eventualmente, possa ser objeto de proteção de direitos autorais, com base no art. 7º, XIII, da Lei de Direitos Autorais¹³³. No entanto, como o escopo desta pesquisa está limitada às criações técnicas, não se adentrará nesta questão.

Desta forma, em relação à concepção dos direitos intelectuais como propriedade, a possibilidade de apropriação dos dados de testes clínicos já teria um impedimento quanto à própria natureza desses dados, de serem apenas fatos e, por conseguinte, inapropriáveis. No entanto, supondo que se pudesse superar essa questão, concebendo-se que é possível se apropriar desses dados, ainda haverá problemas em conferir essa proteção. Isso porque há o mesmo problema enfrentado no capítulo 1.1 relativo à proteção temporária. A proteção dos direitos intelectuais é temporária e não possui a mesma dinâmica da propriedade resolúvel. Igualmente, os dados de testes clínicos teriam uma proteção temporária com a mesma dinâmica dos direitos intelectuais e que não se enquadra no instituto da propriedade resolúvel. Logo, a proteção desses dados também iria de encontro com a característica de perpetuidade da propriedade.

Em contrapartida, ao se adotar a concepção de propriedade no plural, logo, que o instituto da propriedade comporta mais de um tipo de propriedade, cada uma com suas próprias características, o problema da possibilidade de apropriação poderia ser resolvido. Assim, ao se entender que a propriedade dos bens intelectuais possui suas próprias características, abre-se a possibilidade de proteção por meio de uma propriedade temporária, sem ser a propriedade resolúvel. Do mesmo modo, se pela concepção de propriedade no plural há uma relação entre regras específicas para cada tipo de bem objeto desta propriedade, é aceitável a possibilidade de proteção dos dados de testes clínicos, ainda que sejam constatações fáticas. Criam-se regras específicas de apropriação para esse bem intangível com características próprias.

¹³³ Lei 9.610/98. Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...] XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. [...] § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

Assim, ao se entender que os direitos intelectuais possuem natureza jurídica de propriedade e que é possível se apropriar dos dados de testes clínicos, essa propriedade também está submetida à função social. E, essa função social é compreendida como a propriedade que tem em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, como analisado na primeira parte deste estudo.

Ademais, a proteção desses dados de testes clínicos não precisa, necessariamente, ser concedida ao mesmo tempo, nem ter vigência pelo mesmo período que a proteção conferida à patente cujo objeto é o medicamento que esses dados se referem. E, os dados objeto desta proteção também não precisam necessariamente se referir a medicamentos que também sejam objetos de uma patente. Ou seja, podem se referir a medicamentos que não podem ser patenteados. Sendo assim, a proteção dos dados de testes clínicos pode ser utilizada como uma forma de estender a proteção de uma patente, bem como conferir uma proteção para aqueles medicamentos que não podem ser objeto de patente por não cumprirem com os requisitos de patenteabilidade.

Novamente, frise-se que nada impede que a forma de organização desses dados, e, assim, não os dados em si, eventualmente, possa ser objeto de proteção de direitos autorais, com base no art. 7º, XIII, da Lei de Direitos Autorais¹³⁴.

A concessão de uma patente tem a finalidade de estimular o desenvolvimento de novos conhecimentos, permitindo-se também que o seu titular detenha uma forma de recuperar os investimentos necessários para a criação daquela invenção e lucrar com a sua exploração, vide capítulo 1.3 em que essa questão foi tratada de forma mais detida. Sendo assim, no caso de um medicamento já protegido por uma patente, em tese, o seu titular já teve um tempo razoável para explorar a sua criação e, assim, a possibilidade de recuperar seus investimentos e obter lucro. Embora não seja o escopo desta pesquisa, razão pela qual não se aprofundará na questão, cumpre destacar que a análise pelo INPI para a concessão de uma patente pode demorar extensos anos. Deste modo, a proteção patentária pode ser superior a 20 anos para uma patente de invenção ou de 15 anos para uma patente de modelo de utilidade contados do seu depósito, ante a previsão de período mínimo de proteção após a sua concessão de 10 e 7 anos,

¹³⁴ Lei 9.610/98. Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...] XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. [...] § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

respectivamente¹³⁵. Assim, em razão da demora em se conceder uma patente, além de todo esse período que seu titular possui expectativa de direitos e tem proteção da sua invenção, ele também terá um período adicional de proteção¹³⁶.

Sendo assim, considerando que um medicamento objeto de uma patente teve a proteção pelo tempo mínimo de 15 anos para recuperar seus investimentos e lucro sobre a criação, prazo razoável, já que é o estabelecido em lei, a concessão de mais um período de proteção dos dados de testes clínicos pode conferir um excesso de proteção ao seu titular. Isso porque além do direito de impedir terceiros de utilizar a sua invenção patenteada, o titular também terá o direito de impedir que sejam concedidos medicamentos genéricos durante o período da proteção dos dados de testes clínicos ou que os fabricantes de genéricos necessitem realizar novos testes. E isto pode demandar anos e, inclusive, corresponder ao próprio período da proteção.

Dessa forma, a exploração do titular da propriedade dos dados de testes clínicos é contrária ao interesse social, visto que se trata da área medicamentos e, por conseguinte, está intimamente relacionada a questões de saúde pública. Note-se que ao conferir um período adicional de proteção a um medicamento que já foi objeto de patente, ao cessar a proteção patentária e o medicamento cair em domínio público, esta criação não poderá desde logo ser explorada. Será necessário refazer todos os testes, o que implica que o medicamento genérico iria demorar muito mais para chegar ao mercado, bem como teria um valor mais alto, eis que certamente as empresas repassariam o valor gasto com os testes ao consumidor final. Ou, caso não pudessem sequer realizar o pedido de registro para comercialização perante a ANVISA, como acontece quando há uma proteção patentária, haveria apenas o medicamento de referência disponível e, certamente, em um valor mais alto do que um medicamento genérico.

¹³⁵ Lei 9.279/96. Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

¹³⁶ Em relação à patentes farmacêuticas, um estudo promovido por Eduardo Mercadante; Lia Hasenclever e Julia Paranhos, concluiu que: “Aproveitando todas as datas investigadas para cada patente, foi possível o estabelecimento de sete prazos, expostos na Tabela 1. Em primeiro lugar, a defasagem média entre o depósito e a concessão corresponde a 12 anos e oito meses. A concessão mais rápida foi em quatro anos e dois meses, enquanto a mais demorada foi de 16 anos e seis meses. Dado o parágrafo único do art. 40 da LPI, os 279 pedidos (96% do total) que extrapolaram 10 anos para a concessão passaram a ter vigência total superior ao previsto no TRIPS: 20 anos. No caso, a vigência total média dessas patentes é de 22 anos e oito meses, sendo esse período extra um ganho unilateral para o titular, que aumenta seu período de exclusividade.”. MERCADANTE, Eduardo; HASENCLEVER, Lia; PARANHOS, Julia. **UM ESTUDO DA TRAMITAÇÃO DE PATENTES FARMACÊUTICAS CONCEDIDAS PELO INPI PÓS-TRIPS**. P. 10.

Além disso, a própria legislação que trata sobre o medicamento genérico (Lei. 9.787/99), de certa forma, tem como política pública – para resolver o problema de acesso aos medicamentos pela população – incentivar a produção de medicamentos genéricos, bem como para que Sistema Único de Saúde (SUS), quando for adquirir medicamentos, privilegie os genéricos em face dos medicamentos de marca:

Art. 3º. As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI). [...]

§ 2º. Nas aquisições de medicamentos a que se refere o caput deste artigo, o medicamento genérico, quando houver, terá preferência sobre os demais em condições de igualdade de preço.

Art. 4º. É o Poder Executivo Federal autorizado a promover medidas especiais relacionadas com o registro, a fabricação, o regime econômico-fiscal, a distribuição e a dispensação de medicamentos genéricos, de que trata esta Lei, com vistas a estimular sua adoção e uso no País.

Parágrafo único. O Ministério da Saúde promoverá mecanismos que assegurem ampla comunicação, informação e educação sobre os medicamentos genéricos.

Assim, a exploração pelo titular dessa propriedade, ao impedir que terceiros utilizem dos dados de testes clínicos é, via de regra, contra o interesse social, eis que em contrária a uma política pública nacional. E, também, essa proteção tem por consequência um prejuízo ao acesso de medicamentos por parte da população e, por conseguinte, um prejuízo para a saúde pública.

Ademais, não há um desenvolvimento econômico, eis que outras empresas possuem maiores restrições para explorar a área de medicamento, bem como também afeta o desenvolvimento tecnológico, eis que não há uma promoção a se desenvolver novos medicamentos. Note-se que o incentivo ao desenvolvimento de novas tecnologias já é o objetivo das patentes. Assim, a proteção dos dados de testes clínicos seria uma mera forma de estender a proteção patentária. E, igualmente, em razão desses altos custos para obtenção dos dados que devem ser submetidos à ANVISA, também poderia ocorrer um desincentivo por parte dos fabricantes de medicamentos genéricos em produzi-los e registrá-los, o que também afetaria o acesso da população a medicamentos¹³⁷.

Chamas e Reis, em relação à dinâmica do mercado farmacêutico, mencionam que¹³⁸:

¹³⁷ “[...] ou diminuindo o incentivo aos produtores de genéricos para solicitar o registro de seus produtos.”. Centro de Estudos e Debates Estratégicos da Câmara dos Deputados. **A revisão da Lei de patentes: inovação em prol da competitividade nacional**. Brasília: Edições Câmara, 2013. P. 168.

¹³⁸ CHAMAS, Cláudia Inês; REIS, Roberto Silveira. Saúde Pública, Patentes e Exclusividade de Dados de Testes Clínicos. *In*: BAIOCCHI, Enzo; SICHEL, Ricardo Luiz. **20 anos da Lei da Propriedade Industrial (lei nº 9.279/1996): estudos e homenagem ao Professor Denis Borges Barbosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 88.

É um mercado de demanda inelástica, com baixa reação da demanda em relação à variação de preços. Além disso, no escopo das decisões racionais para a escolha de medicamentos na rede pública, nem sempre há alternativas seguras, eficazes e a preços acessíveis ao medicamento inovador. Neste cenário, atrasos na introdução de genéricos ofendem o interesse público.

Nesse sentido, Correa destaca que: “[...] *este sistema obriga os concorrentes a duplicarem provas (que, com frequência, envolvem sofrimento animal e riscos para seres humanos) para se chegar a resultados já conhecidos; esta situação é realmente questionável tanto do ponto de vista social como ético.*”. E, em complemento a esta perspectiva, cumpre transcrever os dizeres de Chamas e Reis, que destacam três problemas relacionados à proteção dos dados de testes clínicos¹³⁹:

Naturalmente, é possível que os fabricantes de genéricos públicos e privados invistam na geração de seus próprios dados clínicos para submissão à autoridade governamental. No entanto, aí residem três problemas. O primeiro diz respeito ao tempo demandado para esta tarefa, que retardará a entrada do medicamento genérico no mercado, causando prejuízos ao consumidor. Trata-se, evidentemente, de uma barreira à entrada de novos competidores, o que é agravado pelo reduzido número de firmas que dominam o mercado. O segundo é de ordem ética. Por que dispender recursos financeiros e submeter um conjunto de pessoas a testes de produtos cuja eficácia já foi demonstrada, questionam Sanjuan *et al.* Reichman ressalta que esta proteção extra implica negar acesso de muitos pacientes a medicamentos eficazes por razões puramente comerciais. Por último, haveria um aumento do custo relacionado aos testes para aprovação do genérico, que anularia as vantagens inerentes a um medicamento genérico e acarretariam um preço final ao consumidor desnecessariamente mais elevado. **Neste contexto, a exclusividade de dados age como um obstáculo e um desincentivo à entrada de competidores no mercado farmacêutico.**

Logo, se eventualmente se entender pela possibilidade de apropriação de dados de testes clínicos, como forma de propriedade intelectual, o exercício desse direito pelo seu titular inevitavelmente acarretaria em uma subutilização dos conhecimentos, visto que favorece apenas ao titular da invenção. Demais fabricantes de medicamentos, em especial de genéricos, teriam uma dificuldade a mais em explorar o mercado, além de realizar investimentos excessivos e desnecessários. Aliás, a proteção dos dados dos testes clínicos de um medicamento que já está em domínio público, seja pelo término da proteção patentária, seja porque nunca foi objeto de uma patente, não incentiva a criação de medicamentos concorrentes. Isso porque aquela criação já faz parte do conhecimento como um bem público global e não haveria motivos

¹³⁹ CHAMAS, Cláudia Inês; REIS, Roberto Silveira. Saúde Pública, Patentes e Exclusividade de Dados de Testes Clínicos. *In*: BAIOCCHI, Enzo; SICHEL, Ricardo Luiz. **20 anos da Lei da Propriedade Industrial (lei nº 9.279/1996)**: estudos e homenagem ao Professor Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 87. Grifei

para protegê-la, visto que os direitos intelectuais, no âmbito das criações técnicas, visam proteger novos conhecimentos.

E, ainda que se trate de um medicamento que não foi objeto de patente, a exploração do titular desta propriedade viola a função social. Neste caso, a concessão da proteção seria uma forma de permitir que o titular recuperasse os seus investimentos para criação daquele medicamento e obtivesse lucros com sua exploração. Todavia, importante destacar que, provavelmente, se este medicamento não é passível de proteção por meio da patente, significa que não se trata de um conhecimento para o qual seja permitida a exceção de impedir terceiros de sua utilização. Logo, trata-se de um conhecimento passível de utilização por todos, um bem público global, de forma que não haveria razão para impedir terceiros de utilizarem esse bem. E, nesse sentido, o alto investimento no desenvolvimento de um medicamento e, conseqüentemente, a elaboração de testes pré-clínicos e clínicos compõe o risco do negócio inerente à atividade do mercado farmacêutico. Nesse sentido é que Canotilho e Machado, ainda que tratando da constitucionalidade das patentes *pipeline*, mencionam que a produção e comercialização de novos produtos farmacêuticos “[...] se trata de uma actividade de riscos elevados”¹⁴⁰.

Correa¹⁴¹, em sentido similar, entende que:

Estender a propriedade intelectual mais além de seus limites para proteger um investimento, ao invés de proteger as contribuições intelectuais, quebra a essência de um sistema concebido para recompensar os criadores de idéias originais e nova informação. Ainda no caso em que se argumente que o “uso desleal” de tais dados por terceiros pode produzir vantagens injustas, ou enriquecimento ilícito, não é função do sistema de propriedade intelectual resolver problemas de concorrência que não se relacionem com a criação ou o uso de ativos intelectuais.

Deste modo, dificilmente o titular exerceria o seu direito de propriedade sobre esses dados sem violar a função social desta propriedade. E, ante essa violação, a fim de evitar abusos do titular e prejuízos à sociedade, é que seria concebível a desapropriação destes dados do seu titular, a fim de que eles caíam em domínio públicos e todos possam utilizá-los. Assim, de acordo com a conclusão do capítulo 1.3, é preferível que os bens intelectuais sejam acessíveis a todos e que sejam somados ao conhecimento geral passível de utilização sem restrições, já

¹⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas. **A questão da constitucionalidade das patentes “pipeline” à luz da Constituição Federal brasileira de 1988**. Coimbra: Edições Almedina AS, 2008. P. 17.

¹⁴¹ CORREA, Carlos M. Proteção dos dados apresentados para registro de produtos farmacêuticos. *In*: CORREA, Carlos M. **Propriedade intelectual e saúde pública**. Tradução de Fabíola Wüst Zibetti. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. P. 240.

que o conhecimento não é escasso, nem se extingue e ele tende somente a se desenvolver conforme há a busca do ser humano por novos conhecimentos.

De outro lado, ao se compreender que os direitos intelectuais possuem natureza jurídica de direito de exclusiva, não haveria, a princípio, problemas quanto à proteção dos dados de testes clínicos devido à sua natureza de fatos, como há no caso da propriedade. A proteção por esse direito estaria de acordo com a dinâmica da proteção dos dados de testes clínicos, ou seja, um direito de impedir terceiros de se utilizarem desses dados, que difere da proteção conferida pela propriedade em que é atribuído ao titular as faculdades de usar, gozar ou dispor dos dados, são faculdades sobre o bem.

Em outras palavras, sob a perspectiva da propriedade, não há um somente um direito de excluir terceiros, mas há faculdades do direito de propriedade exercidas sobre um bem. Logo, é necessário que esse bem sobre o qual se exercem as faculdades da propriedade seja apropriável. Já, sob a óptica do direito de exclusiva, por ele ser compreendido restritivamente como um direito de excluir terceiros de utilizar algo, não é necessário se apropriar do bem, não sendo determinante a sua natureza. A questão recai sobre se é viável conceder essa proteção tendo em vista os requisitos que permitem que se confira o direito a alguém de excluir terceiros.

Destaque-se que a proteção conferida pelo direito de exclusiva não confere um monopólio sobre esses dados, eis que por serem meros fatos, ou seja, constatação de como um medicamento se comporta, bastaria que os testes clínicos fossem recriados para a obtenção dos mesmos dados. O que a proteção pode conferir é um direito de excluir terceiros da utilização destes dados, de forma que seja necessário refazer os testes. Já, em relação a hipótese de a proteção também constituir um impedimento a admissão de pedido de registros de medicamentos perante à ANVISA, ainda que os testes tenham sido refeitos, é questionável essa possibilidade de proteção sob a óptica dos direitos intelectuais. Isso porque o efeito prático é o mesmo que a de concessão de uma patente, impedir que outros explorem aquela criação.

E, para um medicamento que já é objeto de uma patente, ter a extensão da proteção dos seus dados de testes clínicos a ponto de impedir que terceiros sequer possam requerer pedidos durante esse período, ainda que refaçam os testes, é quase que conceder um duplo período de proteção patentária. Note-se que é requisito para a comercialização de um medicamento o registro perante a ANVISA, de forma que a impossibilidade de registro significa que não é

possível explorar aquela criação. E, conforme analisado acima, um excesso de proteção é contrário ao interesse social.

E, como apontado nos parágrafos anteriores, ainda que sob a perspectiva da natureza jurídica como de propriedade, a concessão da proteção dos dados de testes clínicos tem como consequência uma demora da disponibilização do medicamento ao mercado, bem como chegariam ao consumidor em um valor muito mais alto. Ademais, a concessão da proteção iria contra política pública que incentiva a produção dos medicamentos genéricos, bem como para que Sistema Único de Saúde (SUS), quando for adquirir medicamentos, privilegie os medicamentos genéricos em face dos medicamentos de marca.

Além disso, a proteção dos dados de testes clínicos não estimula o desenvolvimento nacional. Isso porque coloca maiores dificuldades para que outras empresas explorem aquele medicamento, bem como pode desestimular que outros fabricantes de medicamentos genéricos os produzam e os registrem ante o custo extra para isso, o que também afetaria o acesso da população aos medicamentos.

Conforme abordado no capítulo 1.2, ao compreender a natureza jurídica dos direitos intelectuais como um direito de exclusiva, entende-se que para a própria concessão deste direito se deve observar os requisitos do interesse social e desenvolvimento econômico e tecnológico do País. Sendo assim, antes as considerações dos parágrafos anteriores, a proteção de dados de testes clínicos não preenche os requisitos que autorizam a concessão da proteção dos direitos intelectuais prevista no art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal. Portanto, por esta óptica, não seria possível proteger os dados de testes clínicos.

Em suma, em relação à proteção dos dados de testes clínicos, conforme a análise da natureza jurídica dos direitos intelectuais, tem-se que: *(i)* se tratar-se de propriedade, não é possível se apropriar de fatos; e ainda que se superasse essa questão, a exploração dessa propriedade pelo seu titular violaria a função social da propriedade intelectual; e *(ii)* se tratar-se de direito de exclusiva, a proteção é contra os requisitos que autorizam a concessão da proteção, o interesse social e o desenvolvimento nacional, logo, não seria possível proteger esses dados.

2.2. Patentes Pipeline

No subcapítulo anterior, analisou-se a questão da proteção dos dados de testes clínicos à luz da natureza jurídica dos direitos intelectuais. Trata-se de questão atual e ainda em discussão. Neste subcapítulo, a análise recairá sobre um caso ocorrido no passado, cujo objetivo é verificar se, por meio da análise da natureza jurídica dos direitos intelectuais, certas medidas poderiam ter sido adotadas frente à proteção concedida pelas patentes *pipeline* em relação às criações farmacêuticas. Desta forma, o estudo inicia com a contextualização desta modalidade de patente, quais foram os efeitos desta proteção em âmbito nacional e, após, relaciona-se esses efeitos com a análise da natureza jurídica dos direitos intelectuais. Para tanto, será realizada uma revisão da literatura e da legislação.

2.2.1. Conceituação das patentes *pipeline*

Inicialmente, cumpre conceituar o que é a patente *pipeline*, também conhecida como patente de revalidação. Na legislação anterior a atual lei que regula os direitos relativos à propriedade industrial (Lei 9.279/96), não era conferida proteção às patentes cujo objeto eram criações farmacêuticas, dentre outras substâncias que não são objeto do presente estudo. Assim, não era possível requerer patentes, tanto de produtos quando de processos, farmacêuticas. Nesse sentido, para melhor contextualizar, Mercadante, Hasenclever e Paranhos narram que¹⁴²:

Até 1945, os produtos e processos farmacêuticos eram objetos passíveis de proteção pela legislação vigente. Entre 1945 e 1969, a partir da promulgação do Decreto-lei 7.903, foi excluída a previsão de patentes para produtos farmacêuticos, cabendo apenas processos. Estes também perderam, por sua vez, a possibilidade de proteção após o Decreto-lei 1.005, já em 1969. Dessa maneira, de 1969 a 1996, a indústria farmacêutica não estava contemplada nas previsões de patenteamento da legislação de PI brasileira. Essa flexibilidade no estabelecimento das leis nacionais de PI era permitida pela Convenção da União de Paris (CUP) a seus signatários.

Ocorre que o TRIPS passou a prever que a concessão de patentes recai sobre todos os setores tecnológicos¹⁴³. E, considerando que referido acordo estabelece patamares mínimos de proteção e, tendo o Brasil assinado e ratificado esse tratado, passou-se a reconhecer a proteção

¹⁴² MERCADANTE, Eduardo; HASENCLEVER, Lia; PARANHOS, Julia. **UM ESTUDO DA TRAMITAÇÃO DE PATENTES FARMACÊUTICAS CONCEDIDAS PELO INPI PÓS-TRIPS**. P. 03

¹⁴³ TRIPS. Art. 27. 1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4 do Artigo 65, no parágrafo 8 do Artigo 70 e no parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

de criações no setor farmacêutico. Embora não fosse uma exigência deste tratado, o Brasil, na Lei 9.279/96, que trata sobre patentes, previu normas de transição. Dentre estas normas, em seu art. 230, dispôs sobre a possibilidade de depósito de patentes em âmbito nacional para criações farmacêuticas para os casos em que o titular já houvesse requerido patentes no exterior e ainda não as tivesse colocado no mercado, ou por terceiro com seu consentimento; ou, ainda, não tivessem sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente. Do mesmo modo criou uma possibilidade de os nacionais ou pessoas domiciliadas no País, no art. 231¹⁴⁴, requererem patente para fármacos, também desde que não os tivessem colocado no mercado, ou por terceiro com seu consentimento; ou, ainda, não tivessem sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente

Em especial, quanto à patente *pipeline* prevista no art. 230, a concessão da patente em âmbito nacional ficava vinculada a concessão da patente no exterior, de forma que o INPI não realizaria a verificação dos critérios de patenteabilidade (novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, previstos no art. 8º¹⁴⁵). Considerando se tratar de medida excepcional e de transição, a possibilidade de se realizar esse requerimento foi prevista no período de um ano a partir da publicação da lei, sendo a proteção concedida pelo período remanescente da proteção da patente no exterior, limitada ao período de proteção geral de 20 anos, conforme previsão do art. 230 da referida lei:

Art. 230. Poderá ser depositado pedido de patente relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, por quem tenha proteção garantida em tratado ou convenção em vigor no Brasil, ficando assegurada a data do primeiro depósito no exterior, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente.

¹⁴⁴ Lei. 9.279/96. Art. 231. Poderá ser depositado pedido de patente relativo às matérias de que trata o artigo anterior, por nacional ou pessoa domiciliada no País, ficando assegurada a data de divulgação do invento, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido.

§ 1º O depósito deverá ser feito dentro do prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta Lei.

§ 2º O pedido de patente depositado com base neste artigo será processado nos termos desta Lei.

§ 3º Fica assegurado à patente concedida com base neste artigo o prazo remanescente de proteção de 20 (vinte) anos contado da data da divulgação do invento, a partir do depósito no Brasil.

§ 4º O depositante que tiver pedido de patente em andamento, relativo às matérias de que trata o artigo anterior, poderá apresentar novo pedido, no prazo e condições estabelecidos neste artigo, juntando prova de desistência do pedido em andamento.

¹⁴⁵ Lei 9.279/96. Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

§ 1º **O depósito deverá ser feito dentro do prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta Lei**, e deverá indicar a data do primeiro depósito no exterior.

§ 2º O pedido de patente depositado com base neste artigo será automaticamente publicado, sendo facultado a qualquer interessado manifestar-se, no prazo de 90 (noventa) dias, quanto ao atendimento do disposto no caput deste artigo.

§ 3º Respeitados os arts. 10 e 18 desta Lei, e uma vez atendidas as condições estabelecidas neste artigo e comprovada a concessão da patente no país onde foi depositado o primeiro pedido, será concedida a patente no Brasil, tal como concedida no país de origem.

§ 4º **Fica assegurado à patente concedida com base neste artigo o prazo remanescente de proteção no país onde foi depositado o primeiro pedido, contado da data do depósito no Brasil e limitado ao prazo previsto no art. 40, não se aplicando o disposto no seu parágrafo único.**

§ 5º O depositante que tiver pedido de patente em andamento, relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, poderá apresentar novo pedido, no prazo e condições estabelecidos neste artigo, juntando prova de desistência do pedido em andamento.

§ 6º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, ao pedido depositado e à patente concedida com base neste artigo. (Grifei)

Segundo Denis Borges Barbosa¹⁴⁶:

O CPI/96 introduziu um instituto temporário, destinado a corrigir, em parte, a falta de patentes para produtos químicos, e processos e produtos de fins farmacêuticos e alimentares na legislação anterior (art. 230 e 231 da Lei 9.279/96). Tal instituto, denominado pipeline, visava trazer diretamente ao sistema jurídico brasileiro as patentes solicitadas no exterior ou no Brasil, que aqui não poderiam ser deferidas em face da proibição da lei anterior.

Em relação à questão das patentes *pipeline*, cumpre observar que, no ano de 2009, foi proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade dos artigos 230 e 231, da Lei 9.279/96, a qual ainda pende de julgamento¹⁴⁷. Neste estudo, não se adentrará na análise das questões de eventual inconstitucionalidade ou não de referidos artigos¹⁴⁸. O estudo se deterá a analisar os efeitos desta proteção para o País e como esses efeitos se relacionam com a discussão da natureza jurídica dos direitos intelectuais a fim de verificar eventuais efeitos práticos nesta distinção.

Ainda, considerando que o depósito poderia ocorrer somente até 15 de maio de 1997, eis que a legislação foi publicada em 15 de maio de 1996, e a proteção está restringida ao prazo

¹⁴⁶ BARBOSA, Denis Borges. **Inconstitucionalidade das Patentes Pipeline**. 2006. P. 02.

¹⁴⁷ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12879>. Acesso em 18/11/2019.

¹⁴⁸ Sobre o tema, em relação a argumentos sobre a constitucionalidade da patente *pipeline* ver: CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas. **A questão da constitucionalidade das patentes “pipeline” à luz da Constituição Federal brasileira de 1988**. Coimbra: Edições Almedina AS, 2008. Sobre argumentos relativos à inconstitucionalidade da patente *pipeline* ver: BARBOSA, Denis Borges. **Inconstitucionalidade das Patentes Pipeline**. 2006.

de 20 anos, as patentes *pipeline* tiveram o término de proteção em 15 de maio de 2017¹⁴⁹. Desta forma, no corrente ano (2019), não há mais a proteção dessas criações, tendo elas recaído em domínio público¹⁵⁰.

Cumprе destacar que durante esse período legal para requerimento das patentes *pipeline*, foram depositados 1.182 pedidos, dos quais 63% referem-se a medicamentos¹⁵¹. Segundo Pedro Henrique Marques Villardi Miranda¹⁵² “[...] isso representou a proteção no Brasil de pelo menos 340 medicamentos que não seriam protegidos caso o Brasil não tivesse adotado o mecanismo pipeline”.

Ocorre que muitas destas patentes pipeline de medicamentos se referiam a substâncias que já faziam parte de políticas públicas de fornecimento de medicamentos à população. Sendo assim, em razão da proteção conferida por esses medicamentos por meio das patentes *pipeline*, a Administração Pública ficou impedida de adquirir os medicamentos genéricos, podendo somente adquirir os medicamentos de referência objeto destas patentes.

Note-se que ainda que se o produto objeto da patente tivesse sido colocado no mercado brasileiro, desde que não tivesse sido feito “por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento”¹⁵³, logo, tenha sido introduzido no mercado por terceiro sem consentimento do titular, seria possível a concessão de patente *pipeline*. Isso significa que o País poderia importar medicamentos genéricos de outros países, porém, após a concessão da patente,

¹⁴⁹ “Por exemplo, como os pedidos de “pipeline” só puderam ser requeridos no Brasil entre maio de 1996 e maio de 1997, e como estão limitados a 20 anos a partir da data do depósito no Brasil, todos os “pipelines” do país vão acabar antes de maio de 2017, devendo cada um deles, dentre desse limite, expirar no mesmo dia em que expira a patente originária obtida no estrangeiro”. CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas. **A questão da constitucionalidade das patentes “pipeline” à luz da Constituição Federal brasileira de 1988**. Coimbra: Edições Almedina AS, 2008. P. 83

¹⁵⁰ Cumprе destacar que não foi realizada busca perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial para verificar se ainda há alguma patente vigente. No entanto, considerando que a proteção é limitada a 20 anos, bem como que não é possível a extensão do prazo de proteção, via de regra, não devem existir patentes *pipeline* em vigor.

¹⁵¹ “[...] De acordo com os dados divulgados pelo INPI, dentro do prazo legal de um ano a contar da publicação da Lei de Patentes, foram depositados 1.182 pedidos pipeline, dos quais 63% referem-se a medicamentos.”. Centro de Estudos e Debates Estratégicos da Câmara dos Deputados. **A revisão da Lei de patentes: inovação em prol da competitividade nacional**. Brasília: Edições Câmara, 2013. P. 112.

¹⁵² Miranda, Pedro Henrique Marques Villardi. **Perguntas e respostas sobre patentes pipeline: como afetam sua saúde?** Rio de Janeiro: ABIA, 2009. P.7.

¹⁵³ Lei 9.279/96. Art. 230. Poderá ser depositado pedido de patente relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, por quem tenha proteção garantida em tratado ou convenção em vigor no Brasil, ficando assegurada a data do primeiro depósito no exterior, **desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento**, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente. (Grifei)

somente poderia adquirir o mesmo medicamento com o titular da patente. E, como já analisado no subcapítulo anterior, medicamentos genéricos tendem a ser muito mais baratos do que os medicamentos de referência. Assim, essa proteção, que revalidou em âmbito nacional patentes estrangeiras, trouxe impactos econômicos negativos ao País.

Nesse sentido, em estudo elaborado pela Câmara de Deputados, esclarece-se que¹⁵⁴:

Medicamentos para tratamento de câncer, Alzheimer, Parkinson e esquizofrenia também foram patenteados por meio do mecanismo pipeline, alguns dos quais estão incluídos no Programa de Medicamentos Excepcionais, financiado pelo Ministério da Saúde e gerenciado pelas Secretarias Estaduais ou Municipais de Assistência à Saúde. Esses medicamentos oneram o sistema público de saúde de forma absolutamente excessiva na medida em que o Brasil ficou impossibilitado de adquirir versões genéricas mais baratas disponíveis no mercado internacional ou de produzi-los localmente a preços mais acessíveis.

E, a fim de ilustrar o impacto da concessão das patentes *pipeline*, Hasenclever *et al* demonstram que¹⁵⁵:

Por exemplo, o medicamento mesilato de imatinib, comercializado pelo nome Glivec (Novartis), é utilizado para o tratamento de leucemia mieloide crônica. A patente do princípio ativo é de 1992 e foi protegida no Brasil pelo instituto da patente pipeline. O custo do tratamento por paciente/mês no país em 2006 era de aproximadamente R\$10.000, mesmo existindo opções genéricas do produto onde os custos não ultrapassariam US\$200 por paciente/mês. Podem ser citados ainda outros exemplos de produtos presentes na lista de medicamentos excepcionais ou de alto custo do Ministério da Saúde, tais como a olanzapina, ziprasidona, atorvastatina, donepezila e leflunomida. Todos têm versões genéricas disponíveis em mercado internacional a preços mais baixos, sendo o caso da olanzapina emblemático: o custo do tratamento por paciente por mês no Brasil (aproximadamente R\$ 1.800,00) chega a ser 60 vezes mais alto do que a versão genérica indiana (aproximadamente R\$30,00). Desta forma, fica claro que o instituto de patentes pipeline está beneficiando, principalmente, os titulares das patentes, enquanto o governo está pagando preços prêmio elevados que são prejudiciais ao bem-estar da sociedade.

Referidos autores inferem que em relação aos medicamentos retrovirais, a concessão de patentes *pipeline* representou, no período entre 2001 e 2007, aproximadamente, entre US\$35,3 milhões de dólares¹⁵⁶, segundo base de cálculo considerando o percentual de 5% de *royalties*, percentual inferior ao praticado pelas empresas, eis que estimado com base nos utilizados para licença compulsória. Os autores também apresentaram outra forma de cálculo, para o mesmo período, mais realista, utilizando o preço mínimo dos produtos praticados do mercado

¹⁵⁴ Centro de Estudos e Debates Estratégicos da Câmara dos Deputados. **A revisão da Lei de patentes: inovação em prol da competitividade nacional.** Brasília: Edições Câmara, 2013. P 113.

¹⁵⁵ HASENCLEVER, Lia; LOPES, Rodrigo; CHAVES, Gabriela Costa; REIS, Renata; VIEIRA, Marcela Fogaça. **O INSTITUTO DE PATENTES PIPELINE E O ACESSO A MEDICAMENTOS: aspectos econômicos e jurídicos deletérios à economia da saúde.** P. 15.

¹⁵⁶ HASENCLEVER, Lia; LOPES, Rodrigo; CHAVES, Gabriela Costa; REIS, Renata; VIEIRA, Marcela Fogaça. **O INSTITUTO DE PATENTES PIPELINE E O ACESSO A MEDICAMENTOS: aspectos econômicos e jurídicos deletérios à economia da saúde.** P. 11.

internacional, chegando-se a seguinte conclusão: US\$ 420 milhões de dólares se comparado aos preços mínimos da Organização Mundial da Saúde, ou US\$ 519 milhões de dólares se comparado aos preços mínimos utilizados pela Organização Médicos Sem Fronteiras¹⁵⁷.

Sendo assim, a concessão das patentes *pipeline*, em relação a alguns medicamentos, teve um grande impacto da saúde pública do Brasil, eis que a Administração Pública passou a gastar maiores valores monetários para a aquisição de medicamentos. Logo, pelo mesmo valor que gastaria para aquisição de medicamentos genéricos, passou a adquirir menor quantidade desses produtos e, por conseguinte, atendendo a uma menor parte da população.

Outro exemplo trazido por Hasenclever *et al* em relação ao impacto da concessão das patentes *pipeline* no acesso à medicamentos, é o caso de recolhimento do medicamento pelo titular, não sendo possível adquirir de seus concorrentes em razão da proteção conferida¹⁵⁸:

Em junho de 2007, a empresa Roche comunicou ao Ministério da Saúde o recolhimento do medicamento Mesilato de Nelfinavir (comercializado pela marca Viracept®) em toda a Europa e no Brasil, por ter sido identificado problemas na qualidade do produto. Novamente, como medida temporária, o Ministério da Saúde suspendeu a distribuição do nelfinavir e recomendou a substituição do medicamento por outro antirretroviral. Mesmo com a existência de três fabricantes indianos de versões genéricas, possíveis fornecedores opcionais, o país se encontrou novamente refém de apenas uma opção de oferta, cuja patente foi concedida pelo mecanismo do instituto da patente *pipeline*.

E, ante esse contexto é que a conclusão do estudo elaborado pela Câmara dos Deputados é de que¹⁵⁹:

As patentes *pipeline* causaram grande impacto negativo em áreas sensíveis para o interesse social, especialmente no que se refere ao acesso a medicamento e promoção do direito à saúde, e para o desenvolvimento tecnológico e econômico do país – indo, portanto, contra os ditames constitucionais.

Desta forma, feita a análise do conceito e contextualização das patentes *pipeline*, bem como dos efeitos desta proteção na área farmacêutica, passa-se a análise dessas perspectivas sob a óptica da natureza jurídica dos direitos intelectuais. Inicialmente, a análise recairá sobre a natureza jurídica de propriedade e, após, como direito de exclusiva.

¹⁵⁷ HASENCLEVER, Lia; LOPES, Rodrigo; CHAVES, Gabriela Costa; REIS, Renata; VIEIRA, Marcela Fogaça. **O INSTITUTO DE PATENTES PIPELINE E O ACESSO A MEDICAMENTOS:** aspectos econômicos e jurídicos deletérios à economia da saúde. P. 14.

¹⁵⁸ HASENCLEVER, Lia; LOPES, Rodrigo; CHAVES, Gabriela Costa; REIS, Renata; VIEIRA, Marcela Fogaça. **O INSTITUTO DE PATENTES PIPELINE E O ACESSO A MEDICAMENTOS:** aspectos econômicos e jurídicos deletérios à economia da saúde. P. 08.

¹⁵⁹ Centro de Estudos e Debates Estratégicos da Câmara dos Deputados. **A revisão da Lei de patentes:** inovação em prol da competitividade nacional. Brasília: Edições Câmara, 2013. P. 113.

2.2.2. Da proteção das patentes *pipeline*

A partir da concepção da natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade, é possível a proteção de criações na área farmacêutica. Diferentemente do que ocorre com os dados de testes clínicos, em que não há atividade inventiva na produção dos dados, mas mera constatação de fatos, a proteção de um medicamento recai sobre a criação de uma nova substância química e em que há ato inventivo. Em relação às patentes *pipeline*, há a exceção ao critério de novidade, visto que essas substâncias, em âmbito nacional, já estavam em domínio público, pois havia impedimento legal de se conceder proteção a essas criações.

Inclusive, uma das questões quanto à eventual inconstitucionalidade das patentes *pipeline* é que não há o requisito de novidade absoluta, que é o requisito adotado pelo Brasil para concessão de patentes¹⁶⁰. Assim, essas substâncias já se encontravam em domínio público, porém foi permitida, de certa forma, a sua reapropriação. Novamente, o presente estudo não adentrará na verificação da constitucionalidade desta modalidade de patente, porém essa ressalva é importante para a análise a seguir.

Conforme analisado no primeiro capítulo deste trabalho, ao se considerar a natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade, conclui-se que a propriedade intelectual também possui uma função social. E, essa função social é consubstanciada na exploração do titular desses bens intelectuais que deve considerar “*o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*”¹⁶¹.

A proteção concedida pela patente *pipeline*, ou seja, revalidando-se patentes concedidas no exterior de substâncias que em âmbito nacional não eram passíveis de proteção, teve impactos negativos na saúde pública. Isso porque o Brasil, a partir do reconhecimento destas patentes e enquanto elas continuassem vigentes, ficou impossibilitado de importar medicamentos genéricos ou de, eventualmente, ter empresas que os produzissem em território nacional por valores mais baixos que o medicamento de referência. Conforme destacam Siqueira e Alves, uma das críticas ao sistema *pipeline* é “*pautada no fato de vários*

¹⁶⁰ Lei. 9.279/96. Art. 11. A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica.

§ 1º O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos arts. 12, 16 e 17.

¹⁶¹ CF. 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;

medicamentos, que já poderiam estar no mercado na forma genérica, não estarem por conta de uma proteção excessiva que prolonga o pagamento de elevados royalties aos titulares das patentes”¹⁶². Deste modo, houve um aumento no gasto para aquisição de medicamentos distribuídos pelo Estado. Por conseguinte, maiores gastos de dinheiro público, uma quantidade menor de medicamentos adquiridos pelo mesmo valor. E, logicamente, menor parcela da população com acesso a esses medicamentos. E, nessa mesma concepção, a exclusividade sobre a criação, permitiu aos seus titulares a prática de preços abusivos, ante o obstáculo à livre concorrência, de certa forma, imposto pela proteção patentária¹⁶³.

Além disso, ante a concessão das patentes *pipeline* empresas de medicamentos genéricos ficaram inviabilizadas de produzir esses medicamentos que já estavam em domínio público. Embora o art. 230, da Lei 9.279/96, preveja que a concessão destas patentes seria possível, desde que não tivessem sido realizados “*sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto da patente*”. Conforme Denis Borges Barbosa, estabeleceu-se “*uma exceção de pré-uso em favor de qualquer pessoa que já tivesse confiado no domínio público como fundamento da fabricação do objeto.*”¹⁶⁴. No entanto, ainda que haja essa previsão, durante um período, fabricantes de genéricos que não tivessem realizado esses preparativos, ficaram impedidos de colocar no mercado medicamentos mais baratos.

Destaque-se que as criações objeto das patentes *pipeline* já estavam em domínio público. Isto em razão de que ao terem sido requeridas em outros países, é disponibilizado o conteúdo desta criação, ou seja, a descrição do produto ou processo de forma a ser replicada por um técnico no assunto¹⁶⁵. Ademais, a proteção da patente possui limitação territorial, ou seja, restringe-se ao país para qual foi concedida¹⁶⁶. Assim, ante o conjunto destes fatores, essas criações que foram objeto das patentes *pipeline*, já eram conhecimentos disponibilizados a

¹⁶² SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Bruna Fernandes. Os Medicamentos e as Patentes Pipeline Convergências e Distanciamentos entre a Ordem Jurídica Constituição Brasileira e as Previsões Estrangeiras. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. v. 4 n. 8 (2016). P. 160.

¹⁶³ Miranda, Pedro Henrique Marques Villardi. **Perguntas e respostas sobre patentes pipeline : como afetam sua saúde?** Rio de Janeiro: ABIA, 2009. P. 11/14.

¹⁶⁴ BARBOSA, Denis Borges. **Inconstitucionalidade das Patentes Pipeline**. 2006. P. 6.

¹⁶⁵ TRIPS. Art. 29. 1. Os Membros exigirão que um requerente de uma patente divulgue a invenção de modo suficientemente claro e completo para permitir que um técnico habilitado possa realizá-la e podem exigir que o requerente indique o melhor método de realizar a invenção que seja de seu conhecimento no dia do pedido ou, quando for requerida prioridade, na data prioritária do pedido.

E, em âmbito nacional: Lei 9.279/96. Art. 24. O relatório deverá descrever clara e suficientemente o objeto, de modo a possibilitar sua realização por técnico no assunto e indicar, quando for o caso, a melhor forma de execução.

¹⁶⁶ Convenção União de Paris (tratado assinado pelo Brasil e ratificado no ordenamento jurídico interno). Art. 4 bis. 1) As patentes requeridas nos diferentes países da União por nacionais de países da União serão independentes das patentes obtidas para a mesma invenção nos outros países, membros ou não da União.

todos os nacionais, sem restrição de uso, fazendo parte do bem público global e estando em domínio público.

E, considerando que essas criações já estavam em domínio público, não haveria incentivo para desenvolvimento de substâncias concorrentes. Logo, a proteção conferida pelas patentes *pipeline* não representa necessariamente uma forma de incentivar o desenvolvimento tecnológico nacional.

Assim, cumpre mencionar a conclusão dos autores Hasenclever *et al*¹⁶⁷:

O instituto de patente pipeline, entretanto, não representa um bem-estar adicional para a sociedade, seja porque ele não incentivará novos investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) (benefício de apropriação privada), seja porque ele não acrescentará novos conhecimentos para a sociedade (benefício de apropriação pública). **Este instituto está protegendo investimentos pretéritos em P&D que já ocorreram e que, portanto, não precisam ser mais incentivados.** Da mesma forma, a difusão do conhecimento já é um fato decorrido. Em suma, ele não traz benefícios privados ou públicos para a sociedade, mas os contraria frontalmente, reduzindo o bem-estar econômico de uns — a sociedade em geral — e privilegiando o de outros — os produtores inovadores. **Dessa forma, é evidente que o instituto da patente pipeline é contrária à natureza econômica do instituto de patente: o país pagou como “contrapartida” preços altos para muitos dos produtos protegidos, como é o caso dos ARV, sem que esses estimulassem novos investimentos em P&D ou ampliassem o conhecimento disponível.**

Segundo Cristiana Baum Silva, “os países desenvolvidos são responsáveis por 95% das invenções patenteadas, sendo que no setor de medicamentos essa concentração é ainda maior, ou seja, ocupam a quase totalidade das patentes registradas”¹⁶⁸. Assim, as patentes *pipeline*, em especial a do art. 230, da Lei 9.279/96, compreendidas como um sistema de revalidação de patentes estrangeira, não privilegia o desenvolvimento nacional. Note-se que a maior parte das patentes já é de titularidade de estrangeiros, tendo o sistema *pipeline* permitindo a concessão de patentes de fármacos já em domínio público, evitando, assim, a exploração dessas criações por empresas nacionais fabricantes de fármacos. Logo, também há prejuízos ao desenvolvimento econômico nacional, visto que o lucro da venda destes medicamentos patenteados é majoritariamente de titularidade de empresas estrangeiras.

Em complemento, Pedro Henrique Marques Villardi Miranda¹⁶⁹ entende que:

¹⁶⁷ MERCADANTE, Eduardo; HASENCLEVER, Lia; PARANHOS, Julia. **UM ESTUDO DA TRAMITAÇÃO DE PATENTES FARMACÊUTICAS CONCEDIDAS PELO INPI PÓS-TRIPS**. P. 09. Grifei.

¹⁶⁸ SILVA, Cristina Baum da. **PATENTES PIPELINE E SEUS REFLEXOS NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO**. 65 F. Dissertação (Especialização em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. P. 55.

¹⁶⁹ Miranda, Pedro Henrique Marques Villardi. **Perguntas e respostas sobre patentes pipeline : como afetam sua saúde?** Rio de Janeiro: ABIA, 2009. P. 10/11. Grifo no original.

7. As patentes pipeline podem ser consideradas um estímulo à inovação?

Não, a concessão de patentes pipeline viola a troca entre público e privado que fundamenta a concessão de proteção patentária. As patentes pipeline, ao possibilitarem a proteção de inventos que já estavam em domínio público, ferem até mesmo os fundamentos básicos que justificam a existência de um sistema de patentes. Isso porque a difusão do conhecimento – a troca obtida pela obtenção do monopólio – já é um fato consumado, pois a patente pipeline protege uma invenção que já havia sido divulgada e que, portanto, não apresentava uma nova solução técnica, mas uma informação já em domínio público.

No caso do setor farmacêutico, a sociedade pagou ainda mais caro, porque o direito de exclusividade concedido ao detentor da patente pipeline possibilitou a prática de preços abusivos e impossibilitou a obtenção de versões mais baratas dos medicamentos disponíveis no mercado internacional e utilizadas por diversos outros países e organizações.

Ademais, a concessão da proteção das patentes *pipeline*, pode ser usada como forma de barrar o desenvolvimento econômico e tecnológico. Assim, a criação de restrições ao uso de criações que já estavam em domínio público, tende a criar novos bloqueios à utilização do conhecimento, evitando o desenvolvimento da indústria farmacêutica nacional, bem como da importação de medicamentos por preços mais baixos, além de não estimular o investimento em novas criações.

Desta forma, está-se, novamente, diante do dilema da *Tragedy of the Commons* e da *Tragedy of the Anticommons*. A excessiva proteção conferida pelos direitos intelectuais, no caso, a patente *pipeline*, atua como uma medida de impedir o desenvolvimento e viola o interesse social do país. Assim, os conhecimentos são subutilizados.

Sendo assim, a proteção da patente pipeline em relação a alguns medicamentos, mais especificamente, aqueles que faziam parte de políticas governamentais de distribuição de medicamentos à população, representou um acréscimo elevado em sua aquisição pela Administração Pública. Igualmente, a proteção desses medicamentos não auxilia no desenvolvimento econômico e tecnológico nacional, logo, violando a função social da propriedade intelectual.

Observe-se que no contexto narrado, a exploração do objeto de uma patente *pipeline* pelo seu titular não viola as limitações legais do art. 43 da Lei 9.279/96. E, ainda que se pudesse sustentar a concessão de licença compulsória com base no interesse público, esse remédio legal não resolveria o fato de que a proteção desses medicamentos continuaria a trazer prejuízos. Isso porque a sua concessão ainda seria restrita a algumas pessoas e ainda seria necessário o pagamento de *royalties* ao titular. E, também, pode-se arguir que não seja caso de requerimento da caducidade da patente, visto que ela depende da concessão de uma licença compulsória e da espera de dois anos para verificar se ela não foi suficiente para sanar o abuso por parte do seu

titular. Logo, considerando-se que dificilmente são concedidas licenças compulsórias, mais difícil ainda é conseguir a declaração de caducidade de uma patente.

Sendo assim, a exploração das patentes *pipeline* pelo seu titular pode ser contrária ao interesse social. Por conseguinte, algumas patentes *pipeline* de medicamentos – diga-se algumas, visto que nem todas podem estar nas circunstâncias tratadas acima – poderiam ter sido objeto de desapropriação por não cumprirem a sua função social consubstanciada no interesse social e desenvolvimento nacional. Isso permitiria que os medicamentos objeto destas patentes caíssem – novamente – em domínio público, o que, provavelmente, teria impactado no custo de sua aquisição pela Administração Pública e, conseqüentemente, no acesso desses medicamentos pela população, ou seja, no acesso à saúde.

Igualmente, ao tratar a natureza jurídica dos direitos intelectuais como direito de exclusiva, a conclusão será similar à concebida pela perspectiva da natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade. Note-se que pela natureza jurídica dos direitos intelectuais como direito de exclusiva, a proteção é concedida em razão de a criação preencher os requisitos constitucionais de interesse público e desenvolvimento nacional.

A patente *pipeline*, para sua concessão, não passa por um exame de mérito, sendo assim, não são verificados os requisitos de patenteabilidade do art. 8º, da Lei 9.279/96: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Segundo Denis Borges Barbosa¹⁷⁰, seria permitido ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, o exame de se aquela criação é considerada um invento¹⁷¹ e se ela é patenteável, nos termos do art. 18, da Lei 9.279/96¹⁷², mas ainda não há um exame de mérito da criação.

¹⁷⁰ “O decoro também surge no que o art. 230 admite exame de certos requisitos pelo INPI. Além do exame da novidade de mercado e do direito do usuário anterior, o art. 230 permite à autarquia o exame dos requisitos de existência de invento (art. 10), e de inexistência de imprivilegiabilidade (art. 18).” BARBOSA, Denis Borges. **Inconstitucionalidade das Patentes Pipeline**. 2006. P. 64.

¹⁷¹ Lei 9.279/96. Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: [...]

¹⁷² Lei 9.279/96. Art. 18. Não são patenteáveis:

I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas;

II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e

III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

Ocorre que sem a análise de mérito, não é possível fazer um exame prévio do preenchimento dos requisitos que autorizam a concessão dessa proteção, conforme examinado no capítulo 1.2. Assim, ao se conceder a patente *pipeline* não é verificado se ela atende o interesse social e o desenvolvimento nacional.

A partir desta noção, uma vez que algumas patentes *pipeline* de medicamentos são contra o interesse social e não são um incentivo ao desenvolvimento nacional, como demonstrado acima, poderia ter sido cassado o ato administrativo que concedeu essa proteção. Isso porque com a exploração dessa patente, o seu titular está descumprindo com as condições que autorizam a concessão dessa proteção. Logo, seria possível extinguir a patente, de modo que esse conhecimento voltaria ao domínio público.

Deste modo, conforme a natureza jurídica dos direitos intelectuais, em relação às patentes *pipeline*, tem-se que: (i) como propriedade, em relação às patentes *pipeline* concedidas, no caso de a exploração pelo seu titular não cumprir com a sua função social, seria possível desapropriá-lo destas criações, de modo que elas iriam recair em domínio público; (ii) como direito de exclusiva, não subsistindo o preenchimento dos requisitos de interesse social e desenvolvimento nacional, autorizadores da concessão da proteção, seria possível extinguir o ato administrativo que concedeu a patente, recaindo, assim, a criação em domínio público.

CONCLUSÃO

O objetivo deste estudo é verificar se há diferenças práticas na análise da natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade ou como outras modalidades não proprietárias, em especial direito de exclusiva. Para isso, o trabalho foi dividido em duas partes. A primeira parte mais teórica e com revisão da literatura e da legislação. Já, a segunda parte com análise da parte teórica aplicada a dois casos concretos a fim de verificar quais os efeitos práticos de tratar a natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade, ou outra modalidade de natureza jurídica, em especial, a de direito de exclusiva.

Deste modo, no primeiro capítulo, procurou-se analisar os direitos intelectuais conforme a sua natureza jurídica e verificar os institutos aplicáveis a esses direitos. Na primeira parte do capítulo um, verificou-se que a concepção dos direitos intelectuais como propriedade possui alguns argumentos que não suportam essa teoria. Um deles é o questionamento da possibilidade de se apropriar de bens imateriais. Além disso, os direitos intelectuais constituem uma proteção temporária. No entanto, a propriedade tem como característica principal a perpetuidade. A exceção a isso, é o instituto da propriedade resolúvel. Entretanto, conforme análise realizada neste subcapítulo, conclui-se que a dinâmica dos direitos intelectuais não se ajusta à dinâmica da propriedade resolúvel. Desta forma, a teoria que resolveria o problema de a proteção dos direitos intelectuais violar a característica de perpetuidade da propriedade, é a de que existem propriedades no plural. E, cada propriedade possui suas próprias características, sendo aceitável que a propriedade intelectual seja uma propriedade temporária, ainda que não se adeque ao instituto da propriedade resolúvel. E, concebendo a natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade, seria aplicável a função social da propriedade prevista em âmbito constitucional.

Já, na segunda parte do primeiro capítulo, analisou-se a natureza jurídica dos direitos intelectuais como não proprietária. Deste modo, realizou-se um estudo de diversas teorias que pudessem explicar a natureza jurídica dos direitos intelectuais. Assim, verifica-se que não se trata de um regime de privilégios nem uma concessão monopolista, eis que expressões utilizadas para a exploração de serviço público, não sendo o caso dos direitos intelectuais. Ainda, conclui-se que o ato administrativo que concede a proteção dos direitos intelectuais se assemelha a uma licença. Isso porque, tal qual na licença, há a duplicidade de declarar que se preenchem os requisitos que autorizam a sua concessão, bem como de constituir o direito ao titular. Também se analisou os direitos conferidos pela proteção dos bens intelectuais, os quais

atribuem ao seu titular o direito de excluir terceiros da utilização da criação. Por fim, conclui-se que a natureza jurídica não proprietária que melhor se adéqua à dinâmica dos direitos intelectuais é o direito de exclusiva. E, esse direito de exclusiva é um direito patrimonial, submetido ao direito privado, sendo um instituto *sui generis*, logo, regulado pelas suas próprias regras, em especial, o interesse social e o desenvolvimento nacional.

E, na terceira e última parte do capítulo um, analisou-se a concepção da natureza jurídica dos direitos intelectuais pela perspectiva das teorias do *Tragedy of the Commons* e *Tragedy of the Anticommons*. Por essas teorias, pretende-se resolver o dilema da subutilização dos bens intelectuais, seja porque não há estímulos para sua criação, seja porque o excesso de proteção impede o surgimento de novas criações. Deste modo, a fim de resolver essa questão, observa-se que a legislação infraconstitucional possui formas de limitar o exercício dos direitos intelectuais pelo seu titular, consubstanciada nas exceções ao seu direito, previstas no art. 43 da Lei 9.279/96 e na concessão de licenças compulsórias e declaração da caducidade. Ocorre que nem sempre essas previsões são suficientes para que se evite a subutilização dos direitos intelectuais. Dessa forma, conforme a análise desse direito à luz de sua natureza jurídica, chega-se a duas conclusões. A primeira conclusão, de acordo com a natureza jurídica de propriedade, é de que no caso de a propriedade intelectual não atingir a sua função social, seria possível desapropriá-la de seu titular, de modo que ela cairia em domínio público. Já, na análise conforme a natureza jurídica de direito de exclusiva, não se mantendo os critérios autorizadores da concessão dessa proteção, o interesse social e o desenvolvimento nacional, seria possível extinguir o ato que concedeu a proteção, de forma que a criação iria também cair em domínio público.

E, na segunda parte do estudo, analisou-se dois casos concretos a fim de verificar se há consequências práticas em distinguir a natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade ou como outra forma não proprietária. Essa outra forma, conforme conclusão do capítulo um, é a de direito de exclusiva. Deste modo, na primeira parte do capítulo dois, analisou-se os dados de testes clínicos. Os dados de testes clínicos são dados obtidos a partir de testes clínicos realizados, geralmente, em animais ou seres humanos, a fim de obter dados que demonstrem a eficácia e segurança do medicamento. Esses dados devem ser fornecidos à ANVISA para que ela aprove a comercialização deste medicamento. Em razão da proteção desses dados estarem conectados à fármacos, há uma relação com a saúde pública. Desta forma, a concessão de sua proteção traz grandes impactos ao acesso de medicamentos pela população brasileira.

A conclusão deste estudo de caso é de que ao entender que os direitos intelectuais possuem natureza jurídica de propriedade, não seria sequer possível proteger os dados de testes clínicos. Isso porque eles são constatações fáticas, não sendo apropriáveis. E, ainda que se pudesse superar essa questão e conferir a proteção desses dados, ainda há a questão de que conceder a proteção dos dados de testes clínicos pode trazer grandes impactos negativos à saúde pública e ao desenvolvimento nacional. Deste modo, a concessão desta proteção seria contra o interesse social e o desenvolvimento nacional. Por conseguinte, visto que a função social da propriedade intelectual está condicionada ao preenchimento desses requisitos, o seu não preenchimento pode permitir a desapropriação da propriedade desses dados.

Em contrapartida, a natureza jurídica dos direitos intelectuais compreendida como direito de exclusiva, não haveria impedimentos quanto à proteção dos dados de testes clínicos em razão de sua natureza de meras constatações fáticas. No entanto, ante o grande impacto dessa proteção na saúde pública e desenvolvimento nacional, a concessão de proteção é contra os próprios requisitos que autorizam a sua concessão. Sendo assim, pode-se concluir pela impossibilidade de proteção desses dados.

Destaque-se que a natureza de constatações fáticas destes dados é relevante apenas para o estudo da natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade. Isso porque sob a perspectiva da propriedade, não há um somente um direito de excluir terceiros, mas há faculdades do direito de propriedade exercidas sobre um bem. Logo, é necessário que esse bem sobre o qual se exercem as faculdades da propriedade seja apropriável. Já, sob a óptica da natureza jurídica como direito de exclusiva, por ele ser compreendido restritivamente como um direito de excluir terceiros de utilizar algo, não é necessário se apropriar do bem, não sendo determinante a sua natureza. A questão recai sobre se é viável conceder essa proteção tendo em vista os requisitos que permitem que se confira o direito a alguém de excluir terceiros.

Já, na segunda parte do capítulo dois, o objeto de análise foi a figura da patente *pipeline*. A patente *pipeline* ou patente de revalidação é a concessão de patentes sobre substâncias que, na legislação anterior, não eram patenteáveis e que o titular do pedido em âmbito nacional já detenha um pedido ou uma patente estrangeira cujo objeto seja uma dessas substâncias. A concessão desta patente está condicionada a concessão da patente estrangeira, não sendo realizado um exame de mérito em âmbito nacional. A análise se restringiu as patentes *pipeline* de fármacos e, assim, como no estudo de caso anterior, há uma relação com a saúde pública. A

concessão desta forma de proteção de bens intelectuais trouxe grandes impactos negativos ao Brasil, em especial para as políticas públicas de distribuição de medicamentos.

A conclusão deste estudo de caso foi de que ao se compreender a natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade, algumas patentes *pipeline* de medicamentos, cuja proteção ou sua exploração pelo titular violassem a função social da propriedade, poderiam ser submetidas à desapropriação. Já, sob a óptica de direito de exclusiva, as patentes *pipeline* de medicamentos, cuja proteção ou sua exploração pelo titular não mantivessem os requisitos autorizadores da concessão dessa proteção, poderiam recair em domínio público ante a extinção do ato administrativo que as concedeu.

Deste modo, por meio das análises realizadas neste trabalho, verifica-se que há distinções práticas no tratamento da natureza jurídica dos direitos intelectuais. Isso porque conforme a concepção adotada é possível aplicar aos direitos intelectuais alguns institutos que não são aplicáveis a outra concepção de natureza jurídica. Isso porque ao se entender que os direitos intelectuais possuem natureza jurídica de propriedade, aplica-se a função social da propriedade, bem como se pode pensar na possibilidade de aplicar a essa propriedade intelectual o instituto da desapropriação. E, isto não seria possível no caso na perspectiva do direito de exclusiva.

Já, pela concepção da natureza jurídica dos direitos intelectuais como direito de exclusiva, a análise do ato administrativo que concede essa proteção ganha maior relevância. Além disso, pode-se pensar na possibilidade de quando da concessão também se analisar os requisitos constitucionais que permitem a proteção: o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. E, por sua vez, ainda que estivessem presentes no momento da concessão, na hipótese de que não se mantivessem no momento de exploração pelo seu titular, seria possível extinguir esse ato administrativo e, por conseguinte, a criação cairia em domínio público.

Ainda, na análise do caso concreto dos dados de testes clínicos, pela concepção de propriedade, sequer seria possível proteger esses dados. O que não ocorre na concepção da natureza jurídica dos direitos intelectuais como direito de exclusiva. E, no estudo de caso das patentes *pipeline*, ainda que se defenda um resultado final similar, que as criações recaíssem em domínio público por violarem o interesse social e o desenvolvimento nacional, as formas

para atingir essa finalidade variam conforme a concepção da natureza jurídica dos direitos intelectuais.

Por fim, para concluir a análise deste trabalho, algumas questões ficaram pendentes em razão do tempo para finalizá-lo. Inicialmente, faz-se necessária uma análise mais aprofundada da teoria de propriedades no plural. Ela somente foi apresentada superficialmente, mas para o desenvolvimento da pesquisa deve-se adentrar nessa teoria a fim de verificar a sua credibilidade e até que ponto sustenta a concepção da natureza jurídica dos direitos intelectuais como propriedade. Outra concepção que faltou ser melhor analisada foi o instituto da licença compulsória e suas nuances, principalmente sua relação com o instituto da caducidade. Isso porque a teoria de desapropriar ou extinguir o ato administrativo que concede a proteção dos direitos intelectuais baseia-se no fato de que as limitações legais previstas não seriam suficientes. Deste modo, uma melhor análise entre a dinâmica da licença compulsória em face do interesse público em contraste com a extinção da proteção, justamente porque ela não atende ou preenche os requisitos de interesse social e desenvolvimento nacional, faz-se necessária. E, para continuidade da pesquisa, haveria um terceiro momento de verificação do entendimento da natureza jurídica dos direitos intelectuais pelos Tribunais pátrios, o que não foi possível de ser realizado até o momento.

De todo modo, a pesquisa atingiu seu objetivo de verificar se há efeitos práticos na discussão da natureza jurídica dos direitos intelectuais, chegando a conclusões que ainda devem ser melhor exploradas a fim de verificar se de fato essas teorias se sustentam. Em especial, as hipóteses de extinção dos direitos intelectuais pela desapropriação ou extinção do ato administrativo que concedeu a sua proteção.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução nº 60 de 10/10/2014. **Dispõe sobre os critérios para a concessão renovação do registro de medicamentos com princípios ativos sintéticos e semissintéticos, classificados como novos, genéricos e similares, e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=228600>. Acesso em 15/11/2019.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: reais. 5. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A “pretensa” propriedade intelectual. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo** | vol. 20/2007 | p. 243 – 261 | Jul – Dez / 2007 Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 1 | p. 1283 – 1306 | Dez / 2010 DTR\2011\1922.

BABOSA, Denis Borges. Uma introdução à Propriedade Intelectual. 2ª ed. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>. Acesso em 29/11/2019.

BARBOSA, Denis Borges. **Inconstitucionalidade das Patentes Pipeline**. 2006. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/pipeline.pdf>. Acesso em 16/11/2019.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **A proteção dos dados de testes sigilosos submetidos à regulação estatal**. Disponível em: <https://www.dbaa.com.br/artigos-publicacoes/>. Acesso em 21/01/2019.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. As patentes farmacêuticas e os direitos humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. Curitiba, 11: 170 – 194. Disponível em: <https://www.dbaa.com.br/artigos-publicacoes/>. Acesso em 21/01/2019.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Uma abordagem propedêutica ao licenciamento compulsório de patentes farmacêuticas. *In*: PLAZA, Charlene Maria C. de Ávila et al. **Propriedade Intelectual Inovação Tecnológica e Bioenergia**. Editora PUC Goiás. P. 157 – 175. Disponível em: <https://www.dbaa.com.br/artigos-publicacoes/>. Acesso em 21/01/2019.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual: O caso da usucapião de patentes**. São Paulo: Jus Podvm, 2012.

BRANCO, Sérgio. **O Domínio Público no Direito Autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Intitui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17/10/2019.

BRASIL. Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994. **Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm. Acesso em 17/10/2019.

BRASIL. Decreto 3.201 de 6 de outubro de 1999. Dispõe sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público de que trata o art. 71 da Lei no 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3201.htm. Acesso em 22/11/2019.

BRASIL. Lei 6.360 de 23 de setembro de 1973. **Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm. Acesso em 11/11/2019.

BRASIL. Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em 25/11/2019.

BRASIL. Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999. **Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm. Acesso em 11/11/2019.

BRASIL. Lei 9.787 de 10 de fevereiro de 1999. **Altera a Lei no 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras**

providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9787.htm. Acesso em 17/10/2019.

BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. **Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/19279.htm>. Acesso em: 17/10/2019.

BRUCH, Kelly Lissandra. **Limites do direito de propriedade industrial de plantas.** 226 F. Dissertação (Mestrado em Agronegócios) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

BRUCH, Kelly Lissandra; AREAS, Patricia de Oliveira; VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. Acordos Internacionais Relacionados à Propriedade Intelectual. *In*: SANTOS, Wagna Piler Carvalho dos. **Conceitos e aplicações de propriedade intelectual.** Salvador: IFBA/PROFNIT, 2019. V. 2. Disponível em: <http://www.profnit.org.br/pt/livros-profnit/>. Acesso em 29/11/2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas. **A questão da constitucionalidade das patentes “pipeline” à luz da Constituição Federal brasileira de 1988.** Coimbra: Edições Almedina AS, 2008.

Centro de Estudos e Debates Estratégicos da Câmara dos Deputados. **A revisão da Lei de patentes: inovação em prol da competitividade nacional.** Brasília: Edições Câmara, 2013.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946. V. 1.

CHAMAS, Claudia Inês; REIS, Roberto Silveira. **Saúde Pública, Patentes e Exclusividade de Dados de Testes Clínicos.** Em: 20 Anos da Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CHAMAS, Cláudia Inês; REIS, Roberto Silveira. Saúde Pública, Patentes e Exclusividade de Dados de Testes Clínicos. *In*: BAIOCCHI, Enzo; SICHEL, Ricardo Luiz. **20 anos da Lei da Propriedade Industrial (lei nº 9.279/1996): estudos e homenagem ao Professor Denis Borges Barbosa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 81 – 98.

CORREA, Carlos M. Proteção dos dados apresentados para registro de produtos farmacêuticos. *In*: CORREA, Carlos M. **Propriedade intelectual e saúde pública**. Tradução de Fabíola Wüst Zibetti. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Diretoria de Patentes. **Manual para o depositante de patentes**. INPI. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/arquivos/manual-para-o-depositante-de-patentes.pdf> Acesso em 02/11/2019.

DUSOLLIER, Séverine. The commons as a reverse intellectual property – from exclusivity to inclusivity. *In*: HOWE, Helena R.; Jonathan, GRIFFITHS. **Concepts of Property in Intellectual Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. P. 258 – 281.

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Governo do Brasil vê permanência de 'drawback' como vitória no acordo Mercosul-EU**. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/07/epoca-negocios-governo-do-brasil-ve-permanencia-de-drawback-como-vitoria-no-acordo-mercosul-ue.html>. Acesso em 11/11/2019.

ESTEVES, Maurício Brum. **Justificação Constitucional do Direito de Autor: da hermenêutica aos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. V. 5.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. V. 1.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. **Science**. Vol. 162, 13 Dec. 1968. Issue 3859, p. 1243-1248.

HASENCLEVER, Lia; LOPES, Rodrigo; CHAVES, Gabriela Costa; REIS, Renata; VIEIRA, Marcela Fogaça. **O INSTITUTO DE PATENTES PIPELINE E O ACESSO A**

MEDICAMENTOS: aspectos econômicos e jurídicos deletérios à economia da saúde. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13212/15024>. Acesso em 15/11/2019.

HELLER, Michael. **The Tragedy of the Anticommons**. Disponível em: <http://wealthofthecommons.org/essay/tragedy-anticommons>. Acesso em 05/11/2019.

INSTITUTO NACIONAL DE CANCER. Fases de desenvolvimento de um novo medicamento. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/pesquisa/ensaios-clinicos/fases-desenvolvimento-um-novo-medicamento>. Acesso em 11/11/2019.

INTERFARMA. **A importância da pesquisa para o Brasil. Brasil: 2019**. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/a-importancia-da-pesquisa-clinica-para-o-brasil-interfarma.pdf>. Acesso em 15/11/2019.

INTERFARMA. Proteção do dossiê de testes no Brasil: um estímulo à inovação. Brasil: 2015. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/97-data-protection-site.pdf>. Acesso em: 20/10/2019.

ITAMARATY. **Acordo de Associação Mercosul-União Europeia**. Resumo Informativo Elaborado pelo Governo Brasileiro. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf. Acesso em 28/11/2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LAMETTI, David. The concept of the anticommons: useful, or ubiquitous and unnecessary. *In*: HOWE, Helena R.; Jonathan, GRIFFITHS. **Concepts of Property in Intellectual Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. P. 232 – 257.

LINS, Bruna Rego. **DADOS CONFIDENCIAIS APRESENTADOS À ANVISA: Qual o impacto das decisões judiciais para a política pública de acesso a medicamentos?** 160 F. Dissertação (Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação) - Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 2014.

MANTOVANI, Luca Smaniotto. **Patent trolls: desdobramentos e eventual atuação no cenário brasileiro**. 84 F. Dissertação (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/199902>. Acesso em 11/11/2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016.

MERCADANTE, Eduardo; HASENCLEVER, Lia; PARANHOS, Julia. **UM ESTUDO DA TRAMITAÇÃO DE PATENTES FARMACÊUTICAS CONCEDIDAS PELO INPI PÓS-TRIPS**. Disponível em: <https://www.proceedings.blucher.com.br/article-details/um-estudo-da-tramitao-de-patentes-farmacuticas-concedidas-pelo-inpi-ps-trips-26628>. Acesso em 15/11/2019.

Miranda, Pedro Henrique Marques Villardi. **Perguntas e respostas sobre patentes pipeline : como afetam sua saúde?** Rio de Janeiro: ABIA, 2009. Disponível em: <http://abiids.org.br/perguntas-respostas-sobre-patentes-pipeline-como-afetam-a-saude/28252>. Acesso em 29/11/2019.

POTTAGE, Alain; SHERMAN, Brad. On the prehistory of intellectual property. *In*: HOWE, Helena R.; Jonathan, GRIFFITHS. **Concepts of Property in Intellectual Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. P. 11 – 28.

SILVA, Cristina Baum da. **PATENTES PIPELINE E SEUS REFLEXOS NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO**. 65 F. Dissertação (Especialização em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/178715/001066275.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 29/11/2019.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Bruna Fernandes. Os Medicamentos e as Patentes Pipeline Convergências e Distanciamentos entre a Ordem Jurídica Constituição Brasileira e as Previsões Estrangeiras. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. v. 4 n. 8 (2016). P. 141 – 180. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5613>. Acesso em 29/11/2019.

STIGLITZ, Joseph E. O Conhecimento como um Bem Público Global. *In*: GRUNBERG, Isabelle; KAUL, Inge; STERN, Marc A. **Bens Públicos Globais**. Tradução de Zaida Maldonato. 1ª edição. Editora Record: 2012. P.353 – 369.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A Constituição e o Supremo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=1693>. Acesso em 30/10/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.234. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12879>. Acesso em 18/11/2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. V. 5.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. V. 1.

VIEIRA, Sérgio. **Acordo Mercosul-UE deve baratear produtos, mas forçar eficiência e produtividade**. Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2019/08/acordo-mercosul-ue-deve-baratear-produtos-mas-forcar-eficiencia-e-productividade>. Acesso em 11/11/2019.