



JUSTITIA

NESTA EDIÇÃO

Douglas Camarinha Gonzales
Ênio Santarelli Zuliani
Eros Roberto Grau
Fábio Konder Comparato

Leonardo Netto Parentoni
Marisa Ferreira dos Santos
Patrícia Aurélia Del Nero
Paula Andrea Forgioni

Acesso ao conhecimento: Que direito nos reserva o futuro?

PAULA ANDREA FORGIONI

*Professora Titular da Faculdade de Direito da USP -
Largo de São Francisco*

“historically IP regimes have been used by countries to further what they perceive as their own economic interests. Countries have changed their regimes at different stages of economic development as that perception (and their economic status) has changed”.¹

O conhecimento deve ser encarado como uma mercadoria, um objeto de troca? Qual o grau de proteção que há de ser garantido ao “inventor” ou ao “descobridor” do conhecimento e qual o proveito econômico que deve ser a ele assegurado?

1 Final Report produzido, no ano de 2002, pela Commission for Intellectual Property Rights do Reino Unido, disponível em: <<http://www.iprcommission.org/>>.

Essas questões arrastam-se, no mínimo, desde o século XIX.² No entanto, foi nos últimos quinze anos que o processo de “reificação” do conhecimento acentuou-se vertiginosamente, colocando-se como pedra basilar do conflito norte-sul.

Por quê? Quais fatores levaram ao atual cenário, em que a propriedade do conhecimento é relacionada ao estrangulamento da capacidade de desenvolvimento dos países emergentes?

A resposta a todas essas indagações passa, necessariamente, pela consideração dos seguintes fatores: (i) advento da chamada Terceira Revolução Industrial e solidificação da sociedade da informação; (ii) intensificação do processo de transformação do conhecimento em mercadoria apropriável, ou seja, aproximação entre as idéias de conhecimento e de propriedade; (iii) relação entre catalisação do fluxo de relações econômicas, de um lado, e entraves provocados pela proteção do conhecimento, de outro, considerando o argumento da necessidade de atribuição de incentivo à produção de novo conhecimento; e, finalmente, (iv) a relação entre acesso ao conhecimento e condições de desenvolvimento de países como o Brasil.

A Terceira Revolução Industrial e a consolidação da sociedade da informação

De tal forma os computadores pessoais, celulares e mensagens eletrônicas incorporaram-se à vida cotidiana que poucas vezes somos capazes de recordar nossa existência sem algum desses recursos. Ainda que grande parte da população mundial tenha permanecido à margem dessas transformações, elas impactaram profundamente o sistema capitalista.

Hoje, não apenas “a informação vale dinheiro”, como “*não se faz dinheiro sem informação*”. A Economia da Informação afirmou-se de tal maneira que a competitividade das empresas (e também dos países ou blocos econômicos) depende principalmente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar informações de maneira eficiente.³

2 Sobre a intensidade da controvérsia em meados do século XIX, v. Zorina Khan e Kenneth L. Sokoloff, The early development of intellectual property institutions in the United States, *Journal of Economic Perspectives*, v. 15, n. 3, p. 234, 2001.

3 *A Economia da Informação* está ligada ao que se convencionou chamar de *Terceira Revolução Industrial*.

Altera-se a forma de obter lucros. Na economia tradicional, eles provêm de ganhos de escala, com suas fábricas, linhas de montagem e indústrias. Quase que imediatamente lembra-se o velho bordão atribuído a Henry Ford: “você pode ter seu T de qualquer cor, desde que seja preto”.⁴ O importante era a produção em massa e o conseqüente barateamento dos custos. Mesmo com a customização típica dos anos 80, esse quadro não se altera, seguindo a indústria tradicional como a grande fonte de recursos.

Agora, os lucros chegam da velocidade de inovação e da habilidade de atrair e manter consumidores. Antes, os vencedores eram as grandes companhias; hoje, são as que primeiro conseguem oferecer menores preços e maior valor, empregando marcas que amealharam prestígio junto aos consumidores. *A tecnologia transformou-se na maior fonte de vantagem competitiva.*

O ciclo de vida dos bens reduz-se drasticamente.⁵ O intervalo de tempo entre o lançamento de um novo produto eletrônico no mercado e seu esgotamento passa para o incrível intervalo médio de nove meses.⁶ Coisas que eram duráveis tornaram-se perecíveis, descartáveis, rapidamente superadas por outras que se embasam em nova tecnologia. Velozmente lançado, velozmente esgotado. O mercado – esse ente que adquire personalidade, com vida e vontade próprias – devora não só a forma tradicional de organização da sociedade,⁷ mas também os produtos que nele são lançados pelas empresas. A “destruição criativa” de Schumpeter se faz presente de forma cada vez mais intensa;⁸ indubitavelmente, as “inovações schumpeterianas são (...) um dos elementos motores no processo de desenvolvimento”.⁹

4 Sua origem, como todos sabem, repousava no fato de que a tinta preta era mais barata e de secagem mais rápida, daí ter sido adotada como padrão.

5 A respeito do processo da destruição criativa, v. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democracia*, 4. ed. italiana, Etaslibri, p. 77 e s., tradução do original em inglês *Capitalism, socialism and democracy*, de 1954.

6 Yiming Liu. IPR and development in a knowledge economy, fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=ischool>>. Acesso em: 4 out. 2007.

7 “Que ‘moinho satânico’ foi esse que triturou os homens transformando-os em massa?” é a clássica indagação de Polanyi, *A grande transformação. As origens da nossa época*, 3. ed., Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 51, tradução do original em inglês *The great transformation*.

8 V. Schumpeter, ob. cit., p. 78.

9 Observação de Celso Furtado, que, em seguida, adverte que o processo de desenvolvimento tem sua espinha dorsal não na atividade do empresário, mas na acumulação de capital (*Teoria e política do desenvolvimento econômico*, São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 47).

Nesse cenário, conhecimento e informação atingem importância nunca vista. Como salienta Manuel Castells, a tecnologia da informação introduz “um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura”. Uma revolução que incide sobre o processo, além de trazer novos produtos. Note-se bem, contudo: “O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso”.¹⁰

A tecnologia sempre esteve no centro das revoluções industriais. A primeira somente se fez possível porque a nova tecnologia da máquina a vapor foi descoberta e difundida. A segunda, porque o mesmo processo envolveu a energia elétrica. *Mas o papel da tecnologia na Terceira Revolução Industrial é diverso, pois é indispensável para que se possa participar da continuidade do fluxo de relações econômicas, dele auferindo benefícios. Acesso ao conhecimento significa capacidade de produzir novo conhecimento. Ao reverso, sua obstrução implica colmatação da capacidade futura de evolução.*

Eis o ponto do qual deve necessariamente partir qualquer análise sobre a questão do desenvolvimento no século XXI: *o conhecimento somente pode se desenvolver sobre o conhecimento, em um processo de retroalimentação que alija aqueles que a ele não têm acesso.*

A reificação do conhecimento. A técnica jurídica a serviço da criação e funcionamento do mercado da tecnologia

Já se advertiu que a transformação do trabalho, da terra e do dinheiro em mercadorias é uma *ficção* necessária para o desenvolvimento do sistema capitalista. O fluxo de relações econômicas exige que tudo seja posto como mercadoria, que “naturalmente” se destina a ser objeto de troca; para satisfazer sua necessidade, o indivíduo deve adquirir o bem vendido por outrem.

10 *A sociedade em rede*, 7. ed., São Paulo: Paz e Terra, [s.d.], p. 69 (tradução do original em língua inglesa *The rise of the network society*).

Dessa maneira, para que o mercado possa funcionar, toda a produção deve destinar-se à venda e todos os rendimentos hão de vir de tais vendas. Por isso, há mercados (artificialmente criados) para todos os componentes da indústria, e não apenas para os bens.¹¹ Enfim, a sobrevivência do mercado exige que tudo seja transformado em mercadoria, em “objetos produzidos para a venda no mercado”.¹²

As coisas somente fazem sentido se puderem ser consideradas mercadorias, pois estamos em “um sistema econômico controlado, regulado e dirigido apenas por mercados; a ordem na produção e distribuição dos bens é confiada a esse mecanismo auto-regulável”.¹³

Esse processo de *reificação* é implementado pelo direito e por suas ficções.¹⁴ O instrumental jurídico traz à luz satisfação técnica para as necessidades econômicas, colocando-se a serviço do mercado. Sem as ficções não seria possível tornar coisa algo que simplesmente não o é. Um “toque de midas jurídico”, que tudo transforma em mercadoria, em bem destinado à troca e ao consumo, para alimentar as engrenagens da economia de mercado.

O conhecimento não escapa desse processo; de “bem público” torna-se “coisa apropriável”, capaz de gerar lucros ao satisfazer necessidades.¹⁵ Ao reificar o conhecimento, possibilita-se sua apropriação pelos indivíduos (ou agentes econômicos), que se tornam dele “proprietários”. Não é sem razão que aquilo antes chamado “marcas e patentes” passa a denominar-se “propriedade industrial”,

11 “A auto-regulação significa que toda a produção é para venda no mercado, e que todos os rendimentos derivam de tais vendas. Por conseguinte, há mercados para todos os componentes da indústria, não apenas para os bens (...)”. E, mais adiante, “[u]ma economia de mercado deve compreender todos os componentes da indústria” (Manuel Castells, *A sociedade em rede cit.*, 93).

12 Idem, *ibidem*.

13 *ibidem*. Sobre o processo de “commodification”, v. Michael J. Trebilcock, *The limits of freedom of contract*, Cambridge: Harvard Press, 1993, p. 23 e s.

14 Nas palavras de Orlando Gomes: “Diz-se que a ficção jurídica é a consagração da mentira, porque tem por verdadeiro o que é falso, a fim de se chegar a um resultado que se reputa conveniente” (*A crise do direito*, São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 249).

15 “[K]nowledge is removed from its theoretical ‘public good’ status and made into a special type of property that ‘belongs’ to its creators” (Yiming Liu, *IRP and development in a knowledge economy cit.*, p. 4).

expressão que denota modernidade, ainda mais se dita em língua inglesa – *Industrial Property Rights* ou, simplesmente, “IRP”.¹⁶ Forte corrente doutrinária, capitaneada por autores norte-americanos, sustenta que “*a person’s freedom is diminished rather than enlarged by limiting his right to sell his property in exchange for money that he can use to buy things he needs or wants more*”.¹⁷

O saber adquire valor somente porque pode ser comprado, vendido, trocado, usado, fruído e disposto. Mais uma mercadoria, como qualquer outra, cujo preço é objetivamente mensurado. Ele não mais se dissipa naturalmente, como bem público que é; ao invés, fica aprisionado na concessão de privilégios que conferem direito de uso e gozo exclusivo, oponível *erga omnes*.

Fluxo de relações econômicas e privilégios. A falácia do equilíbrio

Uma das primeiras contestações de privilégios de que se tem notícia refere-se ao conhecido “Case of Monopolies”, julgado na Inglaterra no ano de 1603.

A rainha havia atribuído a Edward Darcy o monopólio da importação e fabricação de cartas de jogo. Esse seu poder de concessão de privilégios é contestado, alegando-se que a outorga de monopólios somente faziam empobrecer o país, pois tendiam a aumentar o preço, diminuir a qualidade e o nível de atividade econômica da população em geral.¹⁸

Ou seja, já no início do século XVII, o Parlamento inglês, visando a minar o poder real, vale-se de argumentos – hoje diríamos – plenamente liberais: a concessão de privilégios que outorgam exploração exclusiva de determinada atividade avilta o bom fluxo de

16 Distingue-se a propriedade intelectual da propriedade industrial. No Brasil, a primeira abrange as matérias reguladas pelo direito do autor (Lei 9.610, de 1998), Lei do Software (Lei 9.609, de 1998), Lei de Cultivares (Lei 9.456, de 1997), Lei de Topografia de Circuitos Integrados (Lei 11.484, de 2007) e, também, os direitos de propriedade industrial, regidos pela Lei 9.279, de 1996, conhecida como Lei de Propriedade Industrial ou Lei de Patentes. Este diploma, por sua vez, disciplina as patentes de invenção e modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas, indicações geográficas e repressão à concorrência desleal.

17 Landes e Posner, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge: Harvard Press, 2003, p. 3.

18 “It tends to the impoverishment of divers artificers and others, who before, by the labour of their hands in their art or trade, had maintained themselves and their families, who now will of necessity be constrained to live in idleness and beggary” (transcrito por Fox & Sullivan, *Cases and materials on antitrust*, St. Paul: West Publishing Co., 1989, p. 13).

relações econômicas, prejudica a população e, conseqüentemente, não deve ser tolerada.

As patentes, em sua origem, sempre foram vistas como a outorga de *privilégios*, de favores que possibilitavam ao inventor a auferição de lucros de monopólio, como uma justa recompensa por seu trabalho.

Entretanto, por ser direito de propriedade, a patente exclui a coletividade da fruição do conhecimento que corporifica, criando incômoda “ilha de proteção” dentro do fluxo de relações econômicas que, em uma economia de mercado, deveria ser o mais livre possível. No limite, portanto, tratar-se-ia de uma contradição no seio do sistema capitalista.

Do ponto de vista teórico, essa objeção é respondida facilmente: longe de encerrar qualquer antinomia, a possibilidade de obtenção de retorno econômico pela criação do conhecimento significa, na verdade, incentivar sua geração. Afinal, somente haverá investimento se o resultado a ser granjeado for compensador. Como esclarece Hovenkamp: “in a private market economy, individuals will not invest sufficiently in invention or creation unless the expected return from doing so exceeds the cost of doing so”.^{19,20} Ou, nas palavras de Landes e Posner: “The dynamic benefit of a property right is the incentive that possession of such a right imparts to invest in the creation or improvement of a resource in period 1 (for example, planting a crop), given that no one else can appropriate the resource in period 2 (harvest time)”.²¹

Na teoria econômica, a informação é tida como *bem público*, ou seja, algo que pode ser utilizado por uma pessoa sem que se exaure ou que seu uso diminua seu valor, de forma que o emprego de tecnologia para a produção de um bem não diminui sua utilidade ou a possibilidade de vir a ser empregada novamente. Ademais, como

19 Herbert Hovenkamp et al., *IP and antitrust. An analysis of antitrust principles applied to intellectual property law*, New York: Aspen, atualização de 2006, § 1.1.

20 Já em 1331, o rei Eduardo III, com o escopo de incentivar o estabelecimento da indústria de tecelagem na Inglaterra, concedeu a um certo John Kempe, tecelão flamengo, o privilégio da exclusividade, i.e., de poder explorar esse mercado sem ter que enfrentar a concorrência de terceiros (Franceschelli, *Tratatto di diritto industriale*, Milano: Giuffrè, 1973, v. 1, p. 286).

21 *The economic structure of intellectual property law*, cit, p. 13.

bem público, o custo extra a ser incorrido para sua utilização por mais uma pessoa é bastante reduzido (i.e., o custo marginal da propriedade intelectual costuma ser baixo).

Hoje, ainda que siga intrinsecamente avessa à intervenção estatal, boa parte dos doutrinadores liberais costuma aceitá-la na presença de uma das quatro clássicas *falhas de mercado*,²² dentre as quais está o caso dos bens públicos. Assim, a proteção conferida aos geradores de conhecimento é justificada em termos de *incentivo*: ou a atuação exógena ao mercado torna a construção ou a criação do bem público atraente e compensadora, ou nenhum agente econômico privado se disporá a fazê-lo. Não se trata de dar guarida ao interesse do inventor, mas sim de tutelar o processo inventivo como gerador de conhecimento e de riqueza.²³

Como resultado dessa construção teórica, temos que, *a priori*, não haveria conflito entre a proteção conferida à propriedade intelectual, de um lado, e ao bom fluxo de relações econômicas, de outro, porque tanto a proteção do mercado livre quanto dos privilégios de invenção teriam por escopo “promoting dynamic competition and thereby enhancing consumer welfare”.²⁴

A atribuição de privilégios garantiria o desenvolvimento tecnológico e o bem-estar social, em confortável conúbio que levaria a melhor alocação possível de recursos na sociedade.²⁵ *O raciocínio segue linear: quanto mais forte²⁶ a proteção atribuída à propriedade intelectual, maior o nível de desenvolvimento.*

22 As outras três falhas que, segundo essa linha de pensamento, justificariam a intervenção estatal são a assimetria informacional, o poder econômico e as externalidades negativas.

23 Note-se bem: “the economic justification for intellectual property lies not in rewarding creators for their labor, but in assuring that they [and other creators] have appropriate incentives to engage in creative activities” (Hovenkamp, ob. cit., § 1.2).

24 Idem, ibidem.

25 “Protection is therefore a bargain struck by society on the premise that, in its absence, there would be insufficient invention and innovation. The assumption is that in the longer run, consumers will be better off, in spite of the higher costs conferred by monopoly pricing, because the short term losses to consumers are more than offset by the value to them of the new inventions created through additional R&D. Economists take the view that the patent system improves dynamic efficiency (by stimulating technical progress) at the cost of static efficiency (arising from the costs associated with monopoly)” (Final Report produzido pela Commission for Intellectual Property Rights, já referido, disponível em <<http://www.iprcommission.org/>>).

26 Por “proteção forte” costuma-se entender a existência de amparo efetivo à propriedade intelectual (sua garantia é assegurada pelas instituições, entre as quais, principalmente, o Poder Judiciário). A idéia de “proteção forte” também engloba a concessão de período relativamente longo do direito de exploração exclusiva.

Mas, como diria justamente um dos expoentes da escola de Chicago, Robert Bork, precisamos abandonar a crença de que as boas coisas seriam sempre compatíveis. Não o são, assim como não são tão simples como alguns gostariam de fazer crer.

Nem sempre a garantia de um grau mais forte de proteção à propriedade intelectual significa maior desenvolvimento ou respeito ao interesse público, por mais ampla que possa ser essa expressão. *O conhecimento é fonte de bem-estar*, e a propriedade intelectual, de uma forma ou de outra, ao represar esse conhecimento, torna-o acessível apenas aos seus proprietários ou aos que podem pagar pelo acesso.

O interessante é notar como, na maioria das vezes, a possível antinomia entre proteção da propriedade intelectual e do direito de acesso ao conhecimento é posta de forma *neutra*, apresentada na forma de problema meramente técnico: tudo se resumiria a achar o equilíbrio entre essas duas variáveis, de maneira a alocar os recursos da melhor forma possível em sociedade.

Mais uma vez, o discurso é feito de tal maneira a justificar “objetivamente” uma opção que nada tem de neutra ou de apolítica, muito ao contrário. Trata-se de problema *político* que requer, conseqüentemente, ponderação *política* para sua solução.

Seria o desenvolvimento corolário da proteção forte aos direitos de propriedade industrial? Alguns incômodos exemplos

Muitas vezes, alguns fatos são confortavelmente olvidados porque demonstram não ser incontestável a relação entre a atribuição de forte proteção à propriedade intelectual e o maior grau de desenvolvimento econômico.

A *uma*, é historicamente comprovado que o baixo grau de proteção às patentes estrangeiras no início do crescimento econômico dos EUA garantiu-lhes as bases de sua expansão.²⁷ Entre os anos

27 “The majority of developed countries have exempted particular industries from patent protection in accordance with their needs at the particular time” (Zorina Khan et al., Intellectual property and economic development: lessons from American and European history, item 5, disponível em: <http://www.iprcommission.org/papers/word/study_papers/spla_khan_study.doc>).

de 1790 e 1836, porquanto era grande importador de tecnologia, os Estados Unidos restringiram a concessão de patentes apenas a seus cidadãos e aos estrangeiros lá residentes. Ainda em 1836, a concessão de patentes a estrangeiros custava dez vezes mais do que para norte-americanos. Apenas em 1861 foram estabelecidas bases menos discriminatórias.²⁸

Isso porque – incômoda constatação! – a propriedade intelectual cria custos de transação artificiais para os agentes econômicos,²⁹ dificultando a realização de negócios entre eles. A propriedade intelectual, como vimos, é uma criação artificial e não um “direito natural” dos agentes econômicos (“intellectual property is created rather than found”, diria Posner³⁰), de forma que sua imposição, ao impedir o acesso de terceiros a bens que antes estariam disponíveis a custo zero, eleva as barreiras às relações entre os *players* do mercado.

A *duas*, ainda nos EUA, quando a propriedade industrial mostra-se entrave à consecução do interesse público, por exemplo, elevando os gastos dos serviços de saúde, há o concreto risco da quebra do direito de patentes referentes a medicamentos. Ainda estão vivas na memória de todos as tentativas de terrorismo químico mediante o envio de cartas contendo o produto Anthrax, que seria em alguns casos letal. Naquela época, a doutrina especializada registra que os Estados Unidos ameaçaram a Bayer com a quebra da patente do medicamento Cipro, necessário à resistência norte-americana.³¹ Por força dessa pressão, seu preço foi reduzido em cerca de 70%. O Canadá, por sua vez, chegou a quebrar a patente por alguns dias, até que houvesse acordo entre a empresa e o governo.

A *três*, a atribuição de privilégio pode criar artificialmente po-

28 Cf. <http://www.iprcommission.org/papers/text/final_report/chapter1.htm#final.htm>, acesso em: out. 2007.

29 V. a resenha bibliográfica clássica sobre custos de transação em Paula A. Forgioni, *Contrato de distribuição*, São Paulo: RT, 2005, p. 312 e s.

30 The law and economics of intellectual property, 2002, disponível em: <<http://www.amacad.org/publications/spring2002/posner.pdf>>, acesso em: out. 2007.

31 O primeiro ataque terrorista nos Estados Unidos teve início em outubro de 2001. No final daquele mês, quatro pessoas haviam morrido por conta da inalação de Anthrax, quase vinte desenvolveram algum tipo de problema por força do contato desse produto com a pele ou por inalação, dezenas acusaram o contato e milhares começaram a tomar Cipro como medida profilática (cf. David Resnik e Kenteth de Ville, Bioterrorism and patent rights: “compulsory licensure” and the case of Cipro, *The American Journal of Bioethics*, summer 2002, v. 2, n. 3, p. 29).

sição dominante e propiciar o seu abuso em face da população, caso não haja controle de preços. Uma das situações, bastante estudada pela União Européia, diz respeito aos direitos de propriedade intelectual sobre peças de reposição de automóveis. No Brasil, a diferença entre uma peça “oficial” e uma “genérica”, com a mesma qualidade, chega a ser de 381%. Não obstante, por conta da exclusividade garantida pelos direitos de propriedade industrial, os consumidores estão sendo impedidos de ter acesso aos bens mais baratos.³²

A *quatro*, também é fato incontestável a pressão exercida sobre os países do terceiro mundo para que concedam grau de proteção forte a patentes estrangeiras, garantindo o lucro de empresas transnacionais. Considere-se, a esse respeito, que a propriedade intelectual já é o primeiro produto de exportação norte-americano, conforme noticia Richard Posner.³³ O Banco Mundial advoga a proteção firme da propriedade intelectual, entendendo que um “sistema comercial aberto” é indispensável para que se possa adquirir conhecimento. Afinal, os países em desenvolvimento seriam beneficiados porque “ao invés de descobrirem o que já sabem, (...) têm a possibilidade de adquirir e adaptar grande parte dos conhecimentos já disponíveis nos países mais ricos”.³⁴

O Brasil é um bom exemplo dessa pressão. A Lei anterior, n. 5.772, de 1971, declarava que não eram patenteáveis “[a]s substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químicofarmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação”.³⁵⁻³⁶

32 Conforme reportagem do *Jornal da Globo*, veiculada, no Brasil, em rede nacional no mês de março de 2007.

33 “The increase in intellectual property litigation was made inevitable by the rise of the information economy, an economy built on intellectual property—which is now, incidentally, America’s largest export. Recognition of the importance of intellectual property in the current American scene is one of the things that lie behind the seemingly relentless expansion of intellectual property rights in modern law” (The law and economics of intellectual property, cit., p. 5. V. também, do mesmo autor e de Willian Landes, *The economic structure of intellectual property law*, cit., 2).

34 El conocimiento al servicio del desarrollo, 1998-1999, disponível em: <<http://www.amauta-internacional.com/Conocimiento.htm>>.

35 Cf. art. 9.º, c, da Lei 5.772/71.

36 Gama Cerqueira, aplaudindo esse dispositivo, comentava: “Proibindo a concessão de patentes para invenções que tenham por objeto (...) medicamentos, a lei visa a evitar os abusos que poderiam praticar-se à compra dos privilégios, não só no que se refere ao preço desses produtos, que poderiam elevar-se arbitrariamente, como no tocante à sua produção. Entende-se que produtos que podem ser essenciais à subsistência ou à saúde devem ser livremente explorados. Quanto aos medicamentos em particular, como acentuou POUILLET, recebeu-se também que a patente pudesse tornar-se arma poderosa a funesta nas mãos dos charlatães” (*Tratado da propriedade industrial*, Rio de Janeiro: Forense, 1946, v. 2, t. I, p. 114-115).

Além disso, a vigência do Ato Normativo 15, do INPI, de 1975, visava a garantir a efetiva transferência do *know-how* de empresas estrangeiras para empresas brasileiras, estabelecendo cláusulas obrigatórias para os contratos celebrados com os proprietários da tecnologia.

Em 1997, após forte pressão internacional e aquiescência do governo brasileiro, a nova Lei de Patentes entrou em vigor, alterando profundamente esse cenário. Passam a ser patenteáveis produtos nas áreas química, farmacêutica e alimentícia, além dos microorganismos transgênicos. Estabelece-se também o famoso *pipeline*³⁷ (art. 230³⁸), ou seja, a certas patentes, vigentes no exterior, concedeu-se prazo para convalidação no Brasil, pelo tempo restante de vigência que teriam no país de origem.

Para justificar o novo diploma, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, declarava: “o Brasil tinha de ter sua lei regulamentando a propriedade industrial, pois isso atualiza seus compromissos na área internacional, principalmente no sentido de ampliar seu poder de discussão na Organização Mundial de Comércio (OMC), sem que houvesse sempre a pressuposição de que nós estávamos enganando”. O presidente sublinhou ainda que “ninguém cresce na base da rapinagem”, e recomendou “coragem” para que o Brasil criasse seus próprios inventos.³⁹

A história, entretanto, encarregou-se de demonstrar a one-
ração dos cofres públicos trazida por essa nova lei, que longe estava

37 A palavra inglesa pipeline, que significa oleoduto, é empregada no específico jargão jurídico para indicar a ligação entre a patente vigente no exterior e aquela a ser concedida em território nacional.

38 “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.”

39 Em discurso durante a cerimônia de sanção dessa Lei, o então presidente afirmou ainda que “o governo não pressionou o Congresso pela aprovação do projeto, o qual, na sua avaliação, também não traz nenhum prejuízo ao segmento industrial brasileiro”. No seu entendimento, “[q]uando uma Lei leva cinco anos e é aprovada, ninguém foi enganado. Não houve nenhuma manobra para evitar que as questões fossem postas, de relevo, e que fossem discutidas com muita firmeza, e que a decisão tomada fosse uma decisão negociada, no bom sentido”. Texto disponível em: <http://www.radiobras.gov.br/integras/96/integra_1405_1.htm>, acesso em: 18 out. 2007.

de ser apenas um problema de inserção do Brasil na “nova ordem mundial”. Custou-nos, e custou-nos muito caro.⁴⁰ Por exemplo, apenas a previsão legal do *pipeline* onerou em milhões de dólares os cofres públicos brasileiros, como hoje registram pesquisas do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.⁴¹

A *cinco*, países com proteção mais fraca à propriedade intelectual têm mostrado elevadíssimos índices de desenvolvimento e inovação. Os principais exemplos são os Tigres Asiáticos, Taiwan, Índia, Singapura e, mais recentemente, China.

Quanto aos Tigres Asiáticos, podem seguramente atribuir muito de seu crescimento a políticas públicas estratégicas implementadas por seus governos, focadas na criação de infra-estrutura de conhecimento e em regimes adequados de propriedade intelectual, que permitiram a imitação da tecnologia.⁴²

Taiwan, Coréia do Sul, Índia e Singapura seguiram o mesmo caminho, valendo-se de política de propriedade intelectual que

40 “Os países em desenvolvimento, considerados como um todo, são importadores de tecnologia, da qual a maior parte é fornecida pelos países desenvolvidos. As organizações dos países desenvolvidos detêm uma proporção majoritária dos direitos de patentes em todo o mundo. Os modelos econométricos foram criados para avaliar qual seria o impacto global da aplicação do Acordo Trips (i.e., padrões mínimos globalizantes para proteção à PI). A estimativa mais recente, do Banco Mundial, sugere que os principais beneficiários do Trips em termos de maior valor de suas patentes seriam a maioria dos países desenvolvidos; estima-se que nos Estados Unidos o benefício anual seja de US\$ 19 bilhões. (...) Os países em desenvolvimento e uns poucos países desenvolvidos seriam os perdedores. Segundo o estudo do Banco Mundial, o país que sofreria o maior prejuízo seria a Coréia (US\$ 15 bilhões). Não é possível interpretar com exatidão esses valores, pois dependem de premissas discutíveis, mas podemos afirmar com certeza que o efeito da aplicação mundial dos direitos de patente beneficiará consideravelmente os detentores de tais direitos, sobretudo nos países desenvolvidos, às custas dos usuários de tecnologias e bens protegidos nos países em desenvolvimento. Entre 1991 e 2001, o superávit líquido de royalties e taxas (que se referem principalmente a operações de PI) aumentou de US\$ 14 bilhões para mais de US\$ 22 bilhões. (...) Em 1999, os números do Banco Mundial indicaram um déficit para os países em desenvolvimento, expresso pelo total de US\$ 7,5 bilhões em royalties e taxas de licenciamento” (Final Report produzido pela Commission for Intellectual Property Rights, versão em língua portuguesa, disponível em: <<http://www.iprcommission.org/>>).

41 Cf. palestra proferida pelo Procurador-Geral do INPI, Dr. Mauro Sodré Maia, no âmbito do VIII Encontro Nacional da 3.ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, realizado na cidade de Brasília, em outubro de 2007.

42 Na conclusão de LIU, IRP and development in a knowledge economy cit., p. 5.

viabilizava a absorção da tecnologia, inclusive mediante o emprego de engenharia reversa.⁴³

Hoje, é notório que a China possui um sistema “fraco” de proteção à propriedade industrial, possibilitando o emprego de sua população e o incremento de suas taxas de desenvolvimento.⁴⁴

Acesso ao conhecimento e possibilidade de desenvolvimento. Para onde vamos?

Em maio de 2001, Clare Short, Ministra de Estado para o Desenvolvimento Internacional do Reino Unido, criou comissão especial destinada a analisar a relação entre propriedade intelectual e desenvolvimento, cujo relatório final foi entregue em setembro de 2002.

As conclusões desse relatório, como adverte seu texto, são bastante desagradáveis para a maioria dos scholars que se dedicam ao estudo da propriedade intelectual, principalmente àqueles de países desenvolvidos. De certa forma, elas somente deixam entrever as falácias que costumam cercar as discussões neste campo. Por sua importância, vale a pena aqui reproduzir algumas delas:

– não há evidências peremptórias de que os fluxos comerciais para países em desenvolvimento são influenciados pelo nível de proteção atribuído à propriedade intelectual; ou seja, não é comprovado que um nível mais forte de proteção à propriedade industrial

43 “(...) os melhores exemplos da história recente do desenvolvimento são os países do leste asiático, que utilizavam formas fracas de proteção à PI, criadas para suas circunstâncias específicas naquela etapa de seu desenvolvimento. Durante toda a fase crítica do crescimento rápido de Taiwan e da Coreia entre 1960 e 1980, durante a qual ocorreu uma transformação na economia desses países, ambos enfatizaram a importância da imitação e da engenharia reversa como elemento importante do desenvolvimento de sua própria capacidade tecnológica e inovadora. A Coreia adotou uma legislação de patentes em 1961, mas o alcance do patenteamento excluía alimentos, produtos químicos e farmacêuticos. O período da patente era de apenas 12 anos. Foi somente em meados da década de 1980, particularmente em resultado da ação dos Estados Unidos consoante a seção 301 de sua Lei de Comércio de 1974, que as leis de patentes foram revistas, embora ainda não atingissem os padrões que o Trips viria a estabelecer. Taiwan passou por processo semelhante. Na Índia, o enfraquecimento da proteção à PI sobre produtos farmacêuticos decorrente da Lei de Patentes de 1970 é amplamente considerado um fator importante para o crescimento subsequente acelerado do setor farmacêutico no país, como produtor e exportador de medicamentos genéricos de baixo custo e produtos intermediários a granel” (Final Report produzido pela Commission for Intellectual Property Rights, versão em língua portuguesa, disponível em: <<http://www.iprcommission.org/>>).

44 Salienta Marcelo José Braga Nonnenberg que o desrespeito à propriedade intelectual foi uma das medidas de política econômica adotada pelo governo chinês visando ao desenvolvimento daquele país (Estratégia de desenvolvimento da China, disponível em: <http://www.eesp.fgv.br/preview/papers/Marcelo_Nonnenberg.pdf>, acesso em: 24 dez. 2007).

significa melhor fluxo de relações econômicas;

– a atribuição de proteção forte à propriedade industrial pode significar elevados sacrifícios para a população de países pobres, que será obrigada a pagar preços mais elevados pelos bens protegidos: “Os países em desenvolvimento com infra-estrutura tecnológica frágil ou inexistente podem sofrer efeitos adversos causados pela elevação dos preços da importação de produtos protegidos por PI”;

– “[n]ão há evidência de que o investimento estrangeiro esteja positivamente associado à proteção à PI na maioria dos países em desenvolvimento”, ou seja, não é certo que a proteção forte da propriedade intelectual gere maior grau de investimento em países em desenvolvimento.

Considerando o problema do acesso à informação em sua plenitude, a inexorável conclusão a que se chega é que, no atual estágio de evolução da humanidade, a possibilidade de desenvolvimento passa, necessariamente, pelo acesso ao conhecimento (indispensável, inclusive, à sua absorção). Ceifá-lo significa obstruir o desenvolvimento dos países, condenando-os à eterna subserviência econômica.

A disciplina jurídica da proteção à propriedade intelectual não pode ser vista de forma apartada desse quadro. *O direito deve superar a análise privatista da questão para encarar esses problemas sob o prisma do interesse público.*

Ninguém ousaria negar que a proteção da propriedade intelectual visa ao desenvolvimento nacional, especialmente considerando os termos incisivos do art. 5.º, XXIX, da CF: “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”. Mas para que se dê efetiva concreção a esse preceito constitucional, o equilíbrio entre desenvolvimento e proteção à propriedade intelectual há de ser buscado não nos limites da visão privatista da matéria, mas sim naquela que considera, efetivamente, a proteção do interesse público, que passa muito ao largo do mero servilismo ao mercado.

Para tanto, é necessária intervenção maciça do Estado, lançando mão do direito não para, simplesmente, “eliminar falhas de mercado”, mas para permitir a implementação de *políticas públicas* que visem ao desenvolvimento nacional, tornando efetivas as diretrizes da Constituição.⁴⁵

Em uma economia de mercado, a busca do lucro precisa ser acertada em um contexto jurídico que dê concreção aos princípios constitucionais e não ao mero interesse do mercado e dos países desenvolvidos, como se lhes fosse dado subjugar a dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Laymert Garcia dos Santos, é preciso frear a “loucura”, a “selvageria indomada” do direito subjetivo – que entende prestar-se o direito apenas à satisfação de egoísticos desejos – a fim de preservar a “humanidade do homem”. “[P]ara continuar existindo, o Direito precisa afirmar a sua razão de ser, a sua normatividade, e estancar essa ‘loucura’, traçando limites para o mercado.”⁴⁶

45 A esse propósito, vale lembrar que o art. 1.º da Constituição estabelece como fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político. Já o art. 3.º determina que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

46 *Polítizar as novas tecnologias*, “Tecnologia, perda do humano e crise do sujeito de direito”, São Paulo: Editora 34, 2003, p. 243 e 245.