

Inventos não patenteáveis

Denis Borges Barbosa (2002)

<u>Inventos não patenteáveis</u>	<u>1</u>
<u> Exclusões de patenteabilidade na lei anterior</u>	<u>2</u>
<u> Patenteabilidade de matéria biológica</u>	<u>3</u>
<u> Patentes de variedades de plantas</u>	<u>3</u>
<u>Política legislativa no patenteamento de áreas específicas</u>	<u>3</u>
<u> Política legislativa e patentes químicas, farmacêuticas e alimentares</u>	<u>4</u>
<u> Política legislativa: a proteção do produto feito com o processo patenteado</u>	<u>5</u>
<u> Política legislativa: reversão do ônus da prova.....</u>	<u>5</u>
<u> Política legislativa e agente ativo.....</u>	<u>6</u>
<u> Política legislativa: a proteção dos genéricos</u>	<u>6</u>
<u> Política legislativa: novas formas de pesquisa.....</u>	<u>6</u>
<u> Política legislativa: não patenteamento de tecnologia única</u>	<u>7</u>
<u> Produtos químicos e a lei brasileira</u>	<u>8</u>
<u> Patentes de remédios e alimentos</u>	<u>9</u>
<u> Patentes de misturas.....</u>	<u>10</u>
<u> Bibliografia específica: patentear o quê?.....</u>	<u>11</u>

As leis nacionais têm, historicamente, excluído do patenteamento inventos que, não obstante satisfazerem os requisitos gerais de proteção (vide seção anterior: Invenção e invento), são considerados incompatíveis com a política industrial do país, ou atentam contra a moral, a ordem pública, ou a segurança nacional.

O Acordo TRIPS da OMC veda exclusões legais de qualquer área da tecnologia do campo da proteção - exceto em poucos casos específicos. À luz do Acordo os países membros apenas podem excluir patentes das invenções:

- a) contrárias à ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida e saúde humana, animal ou vegetal, ou para evitar sério prejuízo ao meio ambiente.
- b) métodos de diagnóstico, de tratamento e de cirurgia, animal ou humana.
- c) animais que não sejam microorganismos;

- d) plantas que não sejam microorganismos, mas quanto às variedades de plantas deve haver um sistema de proteção específica ¹;
- e) processos essencialmente biológicos para produção de animais e de plantas, exceto processos não biológicos ou microbiológicos.

A lei 9.279/96 lista como não patenteáveis, apenas:

- a) os inventos contrários à moral, à segurança e à saúde pública ²; vale dizer, os que sejam essencialmente vol. ados a esses objetivos anti-sociais. Veja-se que a lei em vigor já não se fala, como na interior, em inventos “de finalidade” imoral, etc. Na história da Propriedade Industrial brasileira, tais casos são virtualmente inexistentes ³.
- b) os produtos e processos relativos à transformação do núcleo atômico ⁴.
- c) o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos ⁵ que não sejam mera descoberta.

Não estão abrangidos na última vedação as invenções de processos (não naturais) para a criação de tais seres, que permanecem plenamente patenteáveis.

A lei brasileira, assim, presume que apenas os microorganismos transgênicos atendam simultaneamente aos requisitos de *invenção* e de patenteabilidade. Enquanto tal for cientificamente verdadeiro, não há qualquer atentado ao art. 27 de TRIPs. Quando tal deixar de ser verdade, não é impossível suscitar a desconformidade entre a lei nacional e o texto de TRIPs, o que, no entanto, nunca possibilitará a concessão de patentes de microorganismos não transgênicos. TRIPs, não custa jamais repetir, não tem aplicação direta no Direito Interno, de forma a favorecer os titulares de inventos.

Vide a seção deste livro sobre biotecnologia.

Exclusões de patenteabilidade na lei anterior

A lei anterior, seguindo uma longa tradição de nosso direito, e conforme à Convenção de Paris, excluía também, por razões de interesse público, o patenteamento dos produtos químicos (mas não dos processos químicos) e dos processos e produtos alimentares e farmacêuticos. Tais exclusões se contrapõem ao texto do Acordo TRIPs de 1994.

Com a superveniência do novo regime do TRIPs, permitiu-se a concessão de patentes para invenções que já haveriam caído no domínio público por força da exclusão anterior. Vide

1 Gabriella Giovanna Lucarelli de Salvio, *The Trips Agreement and Plant Protection in Brazil*, Revista da ABPI, Nº 45 - Mar/Abr de 2000.

2 O CPI 1971 ainda mencionava os cultos religiosos e sentimentos dignos de respeito e veneração.

3 Vale ainda lembrar a CUP: Art. 4o quater - Não poderá ser recusada a concessão de uma patente e não poderá ser uma patente invalidada em virtude de estar a venda o produto patentado ou obtido por um processo patentado sujeito a restrições ou limitações resultantes da legislação nacional.

4 Esta vedação, embora não deva ser acolhida segundo os parâmetros do art. 27 de TRIPs, existe também na lei americana. Quero crer que seria admissível em face das regras gerais do GATT sobre segurança nacional, como apontado em nossa obra anterior *Licitação, Subsídios e Patentes*, Ed. Lumen Juris, 1996, p. 73 e seguintes.

5 Na definição legal, 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

as seções relativas ao Acordo TRIPs, à política legislativa em matéria de patentes e ao chamado *pipeline*. Por eminentes razões constitucionais, é impossível a extensão ao domínio das patentes àquilo que já havia se incrustado no domínio público.

Patenteabilidade de matéria biológica

Vide, mais abaixo, a seção deste livro dedicada às patentes biotecnológicas.

Patentes de variedades de plantas

Quanto às variedades de plantas ⁶, veja-se a seção específica deste livro, quanto aos cultivares. A lei brasileira optou por conceder especificamente uma proteção sob outros parâmetros, que não o de patentes, ao dizer, no art. 2º da Lei de Cultivares que “a proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual referente a cultivar se efetua mediante a concessão de Certificado de Proteção de Cultivar, (...) única forma de proteção de cultivares e de direito que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa, no País”.

Outros países concedem patentes especiais, ou mesmo patentes ordinárias às invenções do gênero.

Política legislativa no patenteamento de áreas específicas

De todos os setores econômicos do Primeiro Mundo, o único que parece realmente precisar da proteção de patentes é a indústria farmacêutica: aparentemente, 65% dos produtos existentes no mercado não teriam sido nele introduzidos sem o amparo de um privilégio, atento porteiro da entrada da concorrência ⁷ A indústria química também aprecia bastante uma patentezinha: 30% de seus produtos só vieram a público graças ao incentivo da propriedade industrial.

Curiosamente, em tais áreas as vantagens e desvantagens do patenteamento sempre foram muito questionadas. A controvérsia chega inteira e obviamente aumentada a este momento: o texto do TRIPs 1994 é enfático em suas exigências de que essas tecnologias não mais sejam privadas de proteção por decisão da lei nacional, como era permitido pela Convenção de Paris ⁸.

6 Vide, quanto ao tema, Edson Souza, A Proteção de Variedades Vegetais e os Direitos de Propriedade Intelectual, Revista da ABPI, Nº 40 - Mai. /Jun. 1999.

7 Edwin Mansfield, Patents and Innovation: an empirical Study, in 32 Management Science 2 (1986).

8 GATT/TRIPs, art. 27.1: “Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law. 3. Members may also exclude from patentability: (a) diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals; (b) plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other of industrial application. Subject to paragraph 4 of Article 65, paragraph 8 of Article 70 and paragraph 3 of this Article, patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the place of invention, the field of technology and whether products are imported or locally produced. 2. Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect ordre public or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective sui generis system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement.

Política legislativa e patentes químicas, farmacêuticas e alimentares

Foi com a Lei Alemã de 1877, promulgada às instâncias da indústria química daquele país, que começou a discussão da necessidade e da conveniência do pleno patenteamento dos produtos químicos, farmacêuticos ou alimentares, num contexto em que a indústria nacional pertinente não esteja plenamente desenvolvida.

O problema sentido pela indústria alemã da época não era a concessão da patente, mas sim o fato de que ela passava a restringir o acesso aos produtos químicos. Como já se sabe, a patente para produto oferece proteção absoluta - total e completa, impedindo que qualquer outra pessoa, por qualquer outro método, chegue ao mesmo resultado⁹. Ora, a patente que se transforma num monopólio de fato parece ter sido sempre mal assimilada pela sociedade de qualquer país.

O privilégio deve servir para estimular, não para paralisar a concorrência; pelo menos o processo inovador deve ganhar estímulo a partir do patenteamento. Mas a eficácia inovadora de um sistema de patentes de produto depende, aparentemente, da existência de algum método (por exemplo, a licença obrigatória) que permitisse a exploração de eventuais aperfeiçoamentos, sob pena de permitir ao que primeiro obtenha uma patente de um produto trancar o desenvolvimento naquele segmento da tecnologia¹⁰. Na sua inexistência, outras formas de moderação do excesso de poderes conferidos ao titular devem ser encontradas.

Tais preocupações obviamente ecoaram por todo o mundo, e acabaram se instalando na legislação de um sem número de países. Evidentemente tais dificuldades, ressentidas pela indústria alemã, são muito agravadas no tocante a um país em desenvolvimento¹¹.

O repúdio ao excesso de poder intrínseco à patente de produto levou o legislador alemão de 1877 a adotar outra solução. Ao invés do patenteamento pleno das substâncias químicas e farmacêuticas, assegurou-se a proteção dos processos de obtenção de tais substâncias. Com tal patente, somente o processo de obtenção viria a ter proteção, facultando-se o acesso ao mercado de processos alternativos

9 Seguiremos, neste passo, a admirável intervenção do professor espanhol Alberto Bercovitz, intitulada Las variaciones de los sistemas de patentamiento con sus méritos y ventajas no Seminario sobre la propiedad Industrial para la Industria y el Comercio, organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Industrial, OMPI, con el auspicio del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de Chile, Santiago de Chile, 23 al 25 de abril de 1986: "Esta solución está muy generalizada entre los países menos desarrollados y era también la tradicional de la derogada legislación de la República Federal Alemana. De hecho, las mejores defensas de este sistema, pueden de finales del siglo pasado y en las exposiciones realizadas en aquella época en el seno de la Asociación de la Industria Química Alemana".

10 Bercovitz, op. cit., "La concesión de patentes para las invenciones de nuevas substancias, supone otorgar a éstas una protección absoluta. Nadie podrá fabricar ni comercializar la sustancia patentada, sin el consentimiento del titular de la patente y ello con independencia de cuál haya sido el procedimiento utilizado para la obtención de aquella. Esta solución es a la que se ha llegado en las leyes de patentes de los países más desarrollados. A su favor se argumenta que ésta es la única forma de asegurar al inventor la compensación a la que se ha hecho acreedor y que sólo asegurando esta protección absoluta se incentivan los gastos en investigación farmacéutica, que son especialmente costosos, pero fundamentales para el bienestar de la humanidad".

11 Tais preocupações estavam muito presentes nos redatores do Código Brasileiro da Propriedade Industrial de 1945, que pela primeira vez restringiu no país o patenteamento na área química e farmacêutica. A proibição do Código de 1945 é explicada por Gama Cerqueira, Tratado da Propriedade Industrial, 2a. Ed. Vol. 1, p. 349), como se lerá abaixo.

Política legislativa: a proteção do produto feito com o processo patenteado

Surge, no entanto, o problema que desafiou a lei alemã de 1877: a importação. Se o processo é usado no estrangeiro, em particular em país em que não exista patente, o detentor do direito fica desprovido de proteção face ao competidor que faz importar o produto. Tal levou a jurisprudência alemã e de outros países a desenvolver a teoria da proteção indireta do produto: a patente de processo protege também o produto feito diretamente com ele ¹².

Política legislativa: reversão do ônus da prova

Outro problema, extremamente relevante quando se trata de patente de processo, é a obtenção da prova: em geral. Não é muito fácil determinar se um processo está sendo utilizado em violação de privilégio. Nos casos, como no Brasil, em que se possa fazer busca e apreensão *inaudita altera pars* no local onde o processo se realize, tudo se resolve a contento; mas se tal procedimento não é possível, impõe-se a adoção de outros remédios processuais adequados ¹³.

O caso mais flagrante em que a busca e apreensão não funciona, outra vez, é o do processo utilizado fora da jurisdição pertinente - quando o produto é importado -, circunstância em que a prova fica difícil de colher. Para obviar tal problema, a jurisprudência de vários países veio a elaborar a doutrina da reversão do ônus da prova ¹⁴.

12 Tal hipótese está prevista na Convenção de Paris, Art. 5 quater após a Revisão de Londres de 1958, como uma faculdade atribuída ao legislador nacional para dispor sobre os direitos incidentes sobre o produto importado, que tenha sido fabricado com o processo reivindicado. Vide Bodenhausen, Guía de la Convención de Paris, 1968, p. 85.

13 Bercovitz, op.cit., " existe una gradación de medidas en torno a la protección de las sustancias químicas y farmacéuticas, que van desde la protección absoluta que ofrece la patente hasta la falta total de aquella, respecto a las invenciones de sustancias medicamentosas cuando se prohíbe totalmente su patentabilidad. En los estados intermedios están la patentabilidad simple de los procedimientos, la patentabilidad de los mismos con protección indirecta del producto reforzada por la inversión de la carga de la prueba. (...) En este caso una vez más hay que hacer notar que la opción de legislador debe situarse en un marco más amplio que el de la ley de patentes, puesto que la regulación de esta materia puede tener una incidencia decisiva en el desarrollo de la industria química y farmacéutica. Por tanto, para regular estos temas en la ley de patentes, el legislador tiene que tener ante todo una idea sobre la política que piensa seguir el desarrollo de esa industria, ya que las normas de patentes han de servir y ser coherentes con esa política.

14 Bercovitz, op. cit.: "Para evitar este grave inconveniente, se ha incluido en algunos ordenamientos una norma que aparecía ya en la legislación alemana de finales del siglo pasado. Se trata de la denominada "inversión de la carga de prueba", según la cual cuando una patente tenga por objeto la invención de procedimiento para la obtención de una nueva sustancia. Evidentemente que la razón en la que se fundamenta la norma radica en considerar que, siendo la sustancia nueva el, procedimiento patentado gracias al cual se obtiene, debe considerarse que es el único existente mientras no se pruebe lo contrario. No cabe duda que la inversión de la carga de la prueba junto con la protección indirecta del producto, refuerzan notablemente la posición del titular de la patente. Ahora bien; si un tercero inventa un procedimiento distinto para la obtención de la misma sustancia. entonces nada le impedirá producirla, si su patente no es dependiente de la anterior y no tiene por qué serlo necesariamente". O GATT/TRIPs incorpora tal doutrina em seu art. 34:"1.For the purposes of civil proceedings in respect of the infringement of the rights of the owner referred to in paragraph 1(b) of Article 28, if the subject matter of a patent is a process for obtaining a product, the judicial authorities shall have the authority to order the defendant to prove that the process to obtain an identical product is different from the patented process. Therefore, Members shall provide, in at least one of the following circumstances, that any identical product when produced without the consent of the patent owner shall, in the absence of proof to the contrary, be deemed to have been obtained by the patented process: (a) if the product obtained by the patented process is new; (b) if there is a substantial likelihood that the identical product was made by the process and the owner of the patent has been unable through reasonable efforts to determine the process actually used. 2. Any Member shall be free to provide that the burden of proof indicated in paragraph 1 shall be on the alleged infringer only if the condition referred to in subparagraph (a) is fulfilled or only if the condition referred to in subparagraph (b) is fulfilled. 3. In the adduction of proof to the contrary, the legitimate interests of defendants in protecting their manufacturing and business secrets shall be taken into account."

A questão não é de interesse exclusivo do advogado militante, eis que a proteção indireta somada à reversão do ônus de prova tornam a patente de processo tão forte que quase se equipara a uma de produto; e tal é a importância da figura que os documentos do TRIPS dedicam seção específica ao tema.

Política legislativa e agente ativo

Também é relevante em matéria química (especialmente no campo dos defensivos agrícolas), farmacêutica e alimentar a distinção entre a patente do *agente ativo* e a da *formulação*; aquele é o elemento que efetivamente provoca a reação química, esta é o objeto da comercialização, com as combinações, justaposições e acréscimos necessários ao consumo.

É óbvio que a questão não se reduz a uma opção entre patente de produto ou de processo, ou entre ativo e formulação, nem numa dúvida quanto ao ônus da prova num processo de contrafação; estes são apenas instrumentos de uma política industrial - até, no caso de produtos farmacêuticos e alimentares, de uma política *social* - que tem de dar bom efeito.

Política legislativa: a proteção dos genéricos

A indústria farmacêutica, em particular, passa por um momento crucial, o que não pode deixar de ser levado em conta na avaliação do papel da patente respectiva no processo inovador dos países em desenvolvimento. Segmento cuja produção continua concentrada quase que exclusivamente nos países desenvolvidos, onde cerca de 20 empresas controlam metade do mercado mundial, aparentemente sem grandes ganhos de economia de escala, a indústria farmacêutica se ancora nas patentes e também nas suas marcas.

Ocorre que, em 1996, cerca de 80% das especialidades farmacêuticas mais demandadas estavam com as patentes vencidas; o segmento de designação genérica, que se utiliza das patentes caídas em domínio público, foi crescendo para patamares que asseguram sua importância no cenário mundial. Após uma negociação de interesses no mais alto nível, a grande indústria farmacêutica americana conseguiu a prorrogação de algumas patentes em troca de certas facilidades no registro sanitário dos produtos genéricos.

Este é um ponto de extremo interesse para os países em desenvolvimento. Um sistema que possibilite o aumento de competição no setor farmacêutico e alimentar, diminuindo as barreiras à entrada, inclusive no caso da indústria nacional de designação genérica, tudo isto dentro do sistema aceitável pelos padrões TRIPs, parece ser claramente favorável ao desenvolvimento tecnológico e social da América Latina ¹⁵.

Política legislativa: novas formas de pesquisa

As outras condicionantes também parecem extremamente significativas: o custo de pesquisa e desenvolvimento do setor químico-farmacêutico vem se tornando cada vez mais

15 Nicholas M. Cannella, Representing the Patentee in Litigation under the 1984 Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act, in Trends in Biotechnology and Chemical Patent Practice 1989, p. 95: "The 1984 Act contained various provisions which modified the Food, Drug and Cosmetics Act to allow a generic company to file what is known as an Abbreviated New Drug Application ("ANDA"). In an ANDA, the generic company need not perform the time consuming, painstaking and costly clinical testing required of the pioneer drug seeking FDA approval in the first instance. Rather, the ANDA applicant can rely on the safety and efficacy testing previously performed by the brand name pharmaceutical company. The generic company, to obtain approval to market a generic copy of a previously approved drug, is required only to establish that its proposed generic version is stable and is bioequivalent to the brand name version.

alto ¹⁶, menos devido à pesquisa propriamente dita do que aos estudos clínicos e testes de toxicologia indispensáveis à aprovação sanitária do produto ¹⁷. O sistema predominante de pesquisa, por sua vez, mudou significativamente: já não mais se adota o “mass screening”, testando milhares de moléculas para ver em que cada uma poderia resultar.

O método agora utilizado, com o apoio das biotecnologias, é o do desenho racional dos fármacos, identificando a causa da enfermidade e procurando supri-la por reequilíbrio do estado natural. Não estamos mais no rigor das alopatias, mas em uma espécie de homeopatia científica. É, seguramente, um novo paradigma tecnológico.

Tal representa, em primeiro lugar, a transformação das empresas farmacêuticas de unidades químicas em centros biológicos, com a entrada de novos nomes no mercado; também representa o acréscimo significativo das pesquisas, que atingem níveis como 39% da receita bruta no caso da Genetech ¹⁸.

Em segundo lugar, o novo espaço de criação tecnológica é qualitativamente diverso do anterior, com maior proximidade entre a ciência pura e o desenvolvimento industrial. Tal espaço tende à maior difusão de conhecimentos e implica em maior dificuldade de apropriação privada dos resultados. Apesar do acréscimo considerável das barreiras de difusão, o patenteamento surge como um instrumento importante para assegurar tal apropriação.

Política legislativa: não patenteamento de tecnologia única

Em terceiro lugar, é também revolucionário o conceito de que, repondo a natureza no *status quo ante* (nos acidentes, nas instâncias degenerativas, etc.), o novo produto biotecnológico é único, insuscetível de alternativas; a exclusividade, se concedida no caso, torna-se total e absoluta. Nas tecnologias das gerações anteriores, quase sempre se encontravam métodos alternativos de resolver o mesmo problema técnico; era a prática do *patenting around* que ataçava a competição. Nesta geração, porém, quem tem a patente está no mercado, quem não tem, não está. Em certos casos, os tribunais têm relutado em aceitar tais exclusividades exageradas.

Quando é possível satisfazer aos propósitos terapêuticos com uma molécula modificada, de outro lado, torna-se menos rigoroso o efeito da exclusiva, mais fácil, possivelmente, de sustentar o direito perante os tribunais, mas crescem os custos e incertezas do lançamento do produto, já que então é necessário submeter a criação aos testes toxicológicos do registro sanitário.

Parece, assim, sábio prever nas novas leis de patentes - como ocorre aliás nas leis de direito autoral - que a tecnologia única, necessária do ponto de vista técnica assim como necessária do ponto de vista humano ou social, tenha uma forma moderada de exclusividade: talvez um domínio público pagante, talvez uma licença de direito, talvez um controle de preços,

16 Segundo a Pharmaceutical Manufacturers Association (Depoimento de Gerald J. Mossinghoff, seu presidente, perante a Comissão especial do Senado Americano sobre os Idosos em 18 de julho de 1988), o lançamento de um novo produto farmacêutico custa em média 125 milhões de dólares.

17 Carlos Correa, Patentes, Industria Farmacêutica Y Biotecnología, apresentação feita no Foro Latino Americano das Indústrias Farmacêuticas, na Guatemala, em 3 de abril de 1990 (doravante "abril 1990"). No restante desta seção seguiremos extensamente os ensinamentos de tal trabalho.

18 Correa, abril 1990, p. 6.

talvez a proibição de ostentar marca específica. Possivelmente a existência de tais funções moderadoras aumentasse a receptividade do direito exclusivo, monopólio de fato, com vantagens até mesmo para o titular da patente.

O padrão competitivo mais exacerbado em torno dos produtos das novas tecnologias também incentiva ao patenteamento. Em alguns casos, vinte empresas têm disputado a geração de um único produto (o tPA é um exemplo). Tal concorrência, no entanto, não tem sido mantida, a médio prazo, eis que as empresas de biotecnologia tem sido em regra absorvidas por grandes conglomerados ou têm passado a desempenhar, perante tais grupos, a função de prestadores de serviços ¹⁹.

Produtos químicos e a lei brasileira

Na Lei 5.772/71, era vedado o patenteamento de produtos químicos, embora facultado o de processos relativos a tais produtos. A proibição, que datava do Código de 1945, é explicada pelos comentadores da época:

“As invenções de novos produtos químicos, em tese, são privilegiáveis, como as de outros produtos, não havendo motivos de ordem jurídica ou de ordem técnica que justifiquem a sua exclusão da proteção legal. Motivos de ordem econômica, porém, desaconselham a concessão de privilégios para este gênero de invenções, os quais se consideram prejudiciais ao desenvolvimento das indústrias químicas, porque conferindo a patente ao seu concessionário o direito exclusivo de fabricar e vender o produto, ainda que este possa ser obtido por processo diferentes, impede o aperfeiçoamento dos processos existentes e a criação de novos processos mais úteis e vantajosos sob o ponto de vista da sua eficiência ou economia. De fato, sabendo que a fabricação do produto é exclusiva do titular do privilégio, outros inventores não terão interesse de melhorar os processos conhecidos e de inventar novos processos dos quais não poderiam utilizar-se; ou procurarão obter a patente do processo no estrangeiro, onde a fabricação do produto seja livre, o que também redundaria em prejuízo para a indústria do próprio país. Comparando o grande desenvolvimento das indústrias de produtos químicos na Alemanha com o menor progresso dessa indústria na França, os autores consideram esses fatos, em grande parte, como consequência dos sistemas legislativos vigentes nesses países; pois, ao passo que na Alemanha a ausência de patentes para produtos químicos favorece o progresso da indústria, permitindo o constante aperfeiçoamento dos processos, na França os inventores encontram fechado o caminho para novas invenções. Os inconvenientes do sistema francês, aliás, foram previstos, quando se discutia a Lei de 1844, tendo Michel Chevalier advertido: « Si vous brevetez les produits chimiques, votre législation agira à la façon de l'édit de Nantes: elles obligera l'industrie nationale à s'expatrier ». ²⁰

Cumpra aqui seguir a evolução legislativa da proibição do patenteamento de produtos químicos no direito brasileiro. O Dec. Lei 7903/45, o Código de 1945, assim dispunha nos pontos pertinentes:

Art. 8º - Não são privilegiáveis...

2) as invenções que tiverem por objeto substância ou produtos alimentícios e medicamentos de qualquer gênero;

3) as invenções que tiverem por objeto matérias ou substâncias obtidas por meio ou processos químicos; (...)

¹⁹ Vide, a respeito deste fenômeno, a questão da proteção específica da indústria de sementes.

²⁰ Gama Cerqueira, Tratado, 2a. Ed. Vol. 1, p. 349

No momento em que escrevia Gama Cerqueira, na década de 40', podia-se dizer que a questão não era jurídica, ou mais precisamente, que não se incluía no âmbito do Direito da Propriedade Industrial.

À luz da nova Constituição, porém, passou a haver um requisito jurídico da mais alta hierarquia regendo a matéria. Não é mais possível utilizar o sistema de patentes para favorecer as relações internacionais do Brasil, ou beneficiar exclusivamente interesses estrangeiros; a patente brasileira tem, necessariamente, de atender o interesse **social** do País e contribuir para o nosso desenvolvimento econômico e tecnológico.

Assim, cumpre em primeiro lugar verificar se a situação de fato, mencionada por Gama Cerqueira, sofreu alguma modificação. Examinemos, assim, os argumentos de que as patentes devem ser concedidas para aumentar o vol. me de tecnologia disponível no País.

Ocorre que a tecnologia constante de cada patente - nacional ou estrangeira - passa a ser universalmente acessível pela publicação feita em **qualquer** nação, estando disponível a todos interessados através dos respectivos documentos remetidos ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial brasileiro por seus congêneres de outros países e distribuídos pela autarquia federal à indústria nacional. Assim, a concessão de patentes brasileiras não aumenta de forma alguma o conhecimento da tecnologia estrangeira pelas nossas indústrias.

A questão em discussão é, assim, a do interesse em conceder um monopólio de fabricação ao titular estrangeiro da patente, assegurando-lhe uma vantagem concorrencial sobre seus competidores, inclusive a indústria nacional.

Evidentemente, há um momento histórico adequado para passar a conceder patentes para produtos químicos: é quando a importância econômica das invenções químicas nacionais supera a vantagem que a indústria do país aproveita da falta de patentes. Todos os países centrais, inclusive, no caso citado por Gama Cerqueira, a Alemanha, passaram a conceder patentes químicas quando a tecnologia nacional passou a ser pelo menos tão importante para o desenvolvimento econômico quanto a tecnologia estrangeira.

Patentes de remédios e alimentos

A Lei 9.279/96 eliminou também o dispositivo do Código da Propriedade Industrial de 1971 que proibia o patenteamento nas áreas de alimentos e remédios. Na nova lei,, tanto os produtos alimentícios quanto os medicamentos, assim como seus respectivos processos de fabricação, passaram a ser objeto de patente ²¹.

Como já vimos anteriormente, sob a Constituição de 1988 a proteção patentária só pode ser deferida naqueles casos em que sejam atendidos os requisitos de *interesse social* e de atendimento aos objetivos do desenvolvimento *tecnológico e econômico*. Pelas mesmas razões já expostas no caso dos produtos químicos, não existem razões para acreditar que, no caso da indústria farmacêutica, a quantidade de tecnologia gerada no Brasil justifique a criação de monopólios privados em favor de quaisquer pessoas ou empresas.

Nem cabe argumentar que é precisamente a falta de patentes que impede o desenvolvimento tecnológico no País: com 85% do mercado em mãos de empresas de

21 Sabina Nehmi de Oliveira, Cultura Patentária e Alimentos Transgênicos, Revista da ABPI, Nº 51 - Mar./Abr. de 2001, p. 19.

capital estrangeiro, que mantêm seus centros de pesquisa no exterior, o setor farmacêutico não se mostra particularmente propício à atividade tecnológica nacional. Ademais, como nos países do primeiro mundo já existe patente farmacêutica - após terem, cada um deles, assegurado a participação de suas empresas nacionais no respectivo mercado - a eventual invenção brasileira pode valer-se da proteção no exterior, onde o consumo de remédios de muito excede o nível brasileiro.

Estudos cuidadosos demonstram que, com a concessão de patentes farmacêuticas, o preço dos medicamentos tende a uma alta considerável, o que em países de baixa renda resulta em restringir o acesso da maioria da população a produtos essenciais para a saúde. Por esta razão, a maior parte dos países em estado comparável de desenvolvimento do Brasil restringe de alguma forma a concessão de tais privilégios, para evitar tais sobrepreços que, como demonstrou VAITSOS, chegam a 700% sobre a margem usual de retorno do setor industrial.

Convém aliás lembrar que a Constituição em vigor contém uma série de disposições (p.ex., Art. 227 e Art.7, IX) que se mostram absolutamente incompatíveis com as restrições artificiais à produção de alimentos. Parece impossível exigir do Estado que a criança e o adolescente brasileiro passe a ter com absoluta prioridade o direito à alimentação e - ao mesmo tempo - permitir-se leis de patentes que concedam a quaisquer empresas a exclusividade de produzir um produto alimentar.

Patentes de misturas

A Lei 9.279/96 também eliminou a vedação literal, que havia no CPI/71, de patenteamento às misturas não dotadas de efeito unitário - de um resultado novo e útil que derive da mistura mesmo e não de seus componentes. Para entendermos qual o efeito de tal mudança, é preciso ter em mente o que são misturas.

Quando se tomam duas substâncias e se as põem em condições de interagir efetivamente, duas coisas podem ocorrer: ou a mútua ação implica em modificação estrutural, ao nível atômico (e se tem uma reação química) ou a mútua ação implica em atuação física, sem modificação no nível atômico.

Claro está que se pode ter também a hipótese de os componentes não interagirem, permanecendo como mera justaposição de ingredientes. Colocando-se num mesmo invólucro canela em pó e açúcar, o resultante será algo doce, com o aroma e sabor do cinamomo; mas nenhuma interação houve. Cada componente guardou suas qualidades intrínsecas específicas, que se manifestam na mistura, mas a mistura, ela mesma, ainda que tendo qualidades específicas - o de ser doce, com aroma a canela - não tem qualidades intrínsecas.

A mistura de canela e açúcar carecem as qualidades intrínsecas, dela mesma: fora das qualidades dos componentes (doçura e aroma), nada mais há. Haveria algo de próprio, algo de intrínseco, se além de doce e aromática a mistura ainda fosse, por exemplo, explosiva - não o sendo nem o açúcar a canela.

Assim é que nossa Lei de patentes de 1971 não proibia, em si mesma, a patente de misturas. Pelo contrário, inúmeros eram os casos de patentes em tais áreas. Conforme nosso Código da Propriedade Industrial de 1971, as misturas com qualidades intrínsecas e específicas eram patenteáveis.

A razão eminentemente técnica desta disposição legal é que só nelas, onde existe um efeito próprio, intrínseco, pode se vislumbrar uma invenção. Em outras palavras, só em tais misturas existe individualidade inventiva suficiente. Em misturas onde a novidade, a atividade inventiva ou a utilidade industrial estejam nos componentes, a patente, se possível, seria dada a esses e não à mistura.

Assim é que dizem Burst e Chavanne (*Droit de la Propriété Industrielle*, 1976, p.. 28, tradução nossa):

“A simples reunião de dois produtos em um só, sem a cooperação de um com o outro para formar um resultado de conjunto não forma produto novo”.

Eliminando as disposições que literalmente vedavam tal patenteamento (a alínea *d*) do art. 9º do Código de 1971), a nova lei aparentemente tornaria patenteáveis os dois tipos de misturas - as que representam realmente uma invenção e aquelas que nada tem que mereça o estímulo legal. Não é entretanto o que ocorre: os requisitos de *atividade inventiva* seguramente impedirão todas as hipóteses em que a simples justaposição de ingredientes vier a ser patenteado, sem que o efeito resultante implique em características *não óbvias a um técnico no assunto*.

Não havendo o efeito próprio, intrínseco da mistura, em face dos efeitos de seus componentes, meramente somados, permanece em direito a elevadíssima presunção de que a matéria seja não suscetível de patente. Somente a manifestação técnica convincente e segura poderá fazer convencer da existência dos requisitos de patenteabilidade em tais circunstâncias.

Bibliografia específica: patentear o quê?

A lei das patentes e a soberania nacional. Brasília, Câmara dos deputados, 1992

Benjamin, Antonio Herman V., Proteção ao consumidor e patentes: o caso dos medicamentos. Revista de Direito do Consumidor, n 10 p 21 a 26 abr./jun. 1994.

Carvalho, João Luiz Homem de. Os riscos do patenteamento de seres vivos em face da frágil integração entre as instituições de C & T e o setor produtivo no Brasil, SINPAF, 1993.

Contribuição para um tratamento da biotecnologia moderna na nova lei da propriedade industrial. Rio de Janeiro, Associação Brasileira das Empresas de Biotecnologia, 1991

Frota, Maria Stela Pompeu Brasil. Proteção de patentes de produtos farmacêuticos: o caso brasileiro, Brasília, IPRI, 1993

Hammes, Bruno Jorge, Reflexões sobre a privilegiabilidade dos inventos de medicamentos e de gêneros alimentícios, Estudos Jurídicos, vol. 21 n 53 p 49 a 76 set./dez 1988.

Patentes contra a vida : artigos sobre o projeto de lei n. 824/91, apresentado pela deputada federal Jandira Feghali. Brasília, Câmara dos Deputados, 1993

Silva, Eduardo Maldonado Casinhas da. A indústria e as patentes farmacêuticas no Brasil. Revista da ABPI, n 15 p 36 a 37 mar/abr. 1995.

Picarelli, Márcia Flávia Santinia e Márcio Iorio Aranha, Política de Patentes em Saúde Humana Editora: Atlas S.A -2001