

**PARECER**

O eminente Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios, Subprocurador Geral da República, apresenta em nome da Terceira Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, consulta quanto à constitucionalidade das chamadas patentes *pipeline*.

Observa-se, de início, que o presente parecer é feito em caráter *pro-bono*, motivado pela percepção de que se está diante de decisão paradigmática, de grande relevo para a compreensão do significado das patentes e garantia de acesso a medicamentos essenciais, fator imprescindível no processo de desenvolvimento social do país.

A questão da qual trata o trabalho é a constitucionalidade das chamadas patentes “pipeline”, como se pretendeu alcunhar as patentes cujo registro foi permitido pelos artigos 230 e 231 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (“Lei de Propriedade Industrial”). De fato, tal terminologia é equivocada, o que teremos a oportunidade de discutir em maiores detalhes abaixo.

O argumento que será aqui desenvolvido é simples. A inconstitucionalidade das patentes “pipeline” funda-se na violação do direito à vida, garantido pelo artigo 5º, caput, da Constituição Federal, ao impossibilitar o acesso a medicamentos essenciais para a preservação da vida a uma significativa parcela da população. Tal mecanismo viola também o direito social à saúde daqueles que restaram excluídos do acesso a tais medicamentos, direito este garantido pelo artigo 6º da Constituição Federal, conforme a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, e também pelo artigo 196 do mesmo texto legal. Por fim, como se verá em mais detalhes abaixo, os artigos 230 e 231 também representam

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

uma violação dos requisitos constitucionalmente estabelecidos para a concessão de patentes (artigo 5º inciso XXIX CF)

Para fundamentar tal argumento, é necessário dividir a exposição em 7 (sete) tópicos: (i) uma breve introdução ao conceito das patentes “*pipeline*”; (ii) o caráter excepcional das patentes enquanto monopólios temporários; (iii) a questão do domínio público e do acesso ao conhecimento; (iv) a inexistência de estímulo à pesquisa e ao desenvolvimento na proteção de patentes “*pipeline*”; (v) a efetiva possibilidade de se discriminar preços e mercados no sistema internacional de patentes; (vi) os efeitos nocivos de tal proteção de acordo com a teoria econômica da concorrência; e (vii) a violação do direito à vida, à saúde e à propriedade dos consumidores de produtos protegidos pelas patentes “*pipeline*”.

Ao final desta exposição restará demonstrado que as chamadas patentes “*pipeline*” realmente representaram uma violação a diversos direitos garantidos na Constituição Federal de 1988, assim como à própria ordem econômica constitucional, sem que tais violações estivessem amparadas em qualquer princípio, direito ou valor constitucional que pudesse sustentar um conflito ou balanceamento de direitos ou princípios em favor de tais normas.

### **I. Breve Introdução ao Conceito das Chamadas Patentes “Pipeline”**

O artigo 243 da Lei de Propriedade Industrial determinou que esta lei entraria em vigor a partir da data de sua publicação com relação aos artigos 230 e 231, dentre outros, sendo estes os que são relevantes para a presente opinião. Desta forma, a partir de 15 de maio de 1996 ficou revogado o sistema da Lei nº 5.772 de 21 de dezembro de 1971, o chamado Código da Propriedade Industrial.

O antigo Código da Propriedade Industrial, por força de seu artigo 9º, letra “c”, não permitia que fosse concedido o privilégio patentário às “*substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos, de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação*”.

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

Ou seja, produtos farmacêuticos e medicamentos em geral não poderiam ser patenteados.

O novo regime instituído pela Lei de Propriedade Industrial em princípio permitiria o pedido de registro de patentes de produtos farmacêuticos e medicamentos, pois tal restrição não foi repetida na nova legislação. Ocorre que o artigo 243 determinou que os demais artigos da lei só entrariam em vigor “*1 (um) ano após sua publicação*”. Desta forma, o Código de Propriedade Industrial e a restrição mencionada acima continuaram vigorando até 15 de maio de 1997, um ano após a promulgação da Lei de Propriedade Industrial.

Neste período de um ano no qual os pesquisadores com interesse em registrar novas patentes no Brasil continuaram impedidos de fazê-lo, aqueles que eram detentores de patentes dos mesmos produtos no exterior ganharam o direito de registrá-las. Vejamos então o texto dos artigos 230 e 231 da Lei de Propriedade Industrial para que fique claro o mecanismo pelo qual tais direitos foram concedidos aos detentores de patentes estrangeiras:

*“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.*

§ 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.

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

*§ 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.*

*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.*

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

*§ 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.”*  
(Grifos nossos).

Ou seja, o que o legislador brasileiro buscou fazer foi o oposto do que no direito anglo-saxão é chamado de “*grandfathering*”, que é justamente a tentativa de se proteger o direito adquirido quando existe uma mudança no sistema regulatório de forma que é garantido àquelas pessoas que adquiriram determinada posição jurídica com base no antigo regime a sua manutenção no novo regime. No direito brasileiro o mesmo é feito para garantir o direito adquirido.

Ocorre que o legislador brasileiro fez exatamente o processo reverso. Ao mudar o sistema regulatório da propriedade industrial no Brasil, buscou conceder direitos com caráter retroativo. Não se estava diante de uma situação em que os detentores de patentes estrangeiras tinham um determinado direito e este seria mudado na nova legislação e esta, em respeito ao direito adquirido, permitiu que tais direitos fossem mantidos. O que ocorreu foi justamente o contrário. Os detentores de patentes internacionais de produtos farmacêuticos e medicamentosos não tinham o direito de estender o registro ao Brasil, mas passaram a ter, com efeitos retroativos, de acordo com a nova legislação.

Ainda mais grave é o fato de que com este mecanismo, claramente construído para criar um benefício que antes inexistia para as indústrias farmacêuticas,

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

operou-se a violação do princípio da isonomia em relação aos pesquisadores e empresas que podiam registrar suas patentes de produtos farmacêuticos no exterior e os que não podiam efetuar tal registro no Brasil.

No primeiro caso, a isonomia tem um caráter perverso. Perverso porque não só viola o princípio da isonomia conforme descrito no caput do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*, mas também em função da distinção ser feita em violação aos próprios princípios constitucionais que regem a sistema de propriedade intelectual.

O artigo 5º, inciso XXIX da Constituição Federal determina que *“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”*. Ocorre que o sistema das patentes “pipeline” garantiu tal direito apenas de forma retroativa aos detentores de patentes estrangeiras, esquecendo-se de que, em todo este período anterior, inúmeros pesquisadores brasileiros realizaram pesquisas de grande valor, as quais poderiam em grande parte até mesmo impedir o registro de tais patentes estrangeiras, e tais pesquisadores não tiveram o direito de registrar tais patentes.

A questão torna-se mais perversa ao se notar que, pelo sistema anterior, grande parte da pesquisa no setor farmacêutico para aplicação humana e animal era realizada por pesquisadores apoiados por agências estatais de fomento à pesquisa. Este era o modelo de pesquisa e desenvolvimento anteriormente existente no Brasil, no qual toda e qualquer pesquisa na área era de interesse coletivo e destinada ao domínio público. Ocorre que, na transição para o novo sistema, foi permitido que detentores de registros de patentes estrangeiras estendessem o registro ao Brasil de forma quase automática. Mas, de forma absolutamente discriminatória, toda a pesquisa realizada no Brasil e não patenteada até então, que seria então passível de registro não teve direito a pleiteá-lo. Desta feita a pesquisa realizada por inúmeras universidades, agências estatais e pesquisadores foi mantida no domínio público, ao ponto que os detentores de registros estrangeiros puderam facilmente estender seus registros ao Brasil.

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

Mas não só o aspecto retroativo da legislação foi discriminatório, também o seu período de abrangência. Por um ano inteiro foi dado o direito aos detentores de patentes estrangeiras de estender tal registro ao Brasil, sendo que, no mesmo período, entre a publicação da Lei de Propriedade Industrial e a sua entrada pleno em vigor, só seria possível realizar tais registros no Brasil, caso estivessem presentes a comprovação da atividade inventiva e da inovação, conforme previsto no artigo 5º, inciso XXIX da Constituição Federal.

Veja que a correta interpretação do artigo 5º, inciso XXIX da Constituição Federal deveria levar justamente à conclusão inversa, qual seja, a de que para a proteção da tecnologia nacional, dever-se-ia, justamente, realizar a análise da novidade e inventividade das patentes registradas no exterior de forma rigorosa, vez que elas poderiam ser, na verdade, pedidos de registro de tecnologia nacional de domínio público feitos no exterior. Aliás, essa verificação sempre se fez necessária, dado o sabido aproveitamento do conhecimento tradicional não registrado (inclusive no caso brasileiro, o conhecimento tradicional indígena) pelas grandes empresas farmacêuticas.

Ou seja, ambos os artigos vão diretamente de encontro ao espírito e dos objetivos do artigo 5º, inciso XXIX da Constituição Federal.

## **II. Caráter excepcional das patentes enquanto monopólios temporários**

O caráter excepcional das patentes enquanto monopólios temporários deriva naturalmente da leitura do artigo 173 da Constituição Federal, o qual cabe aqui transcrever em parte relevante:

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

*I - soberania nacional;*

*II - propriedade privada;*

*III - função social da propriedade;*

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

*IV - livre concorrência;*

*V - defesa do consumidor; (...)*

*VII - redução das desigualdades regionais e sociais;(...)*

*Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”*

Como se vê, a idéia de um monopólio para a exploração de um produto iria de encontro a muitos dos princípios esposados no artigo 170 da Constituição Federal. De forma mais evidente, as patentes representam uma limitação à livre concorrência e à livre iniciativa. Mas também tem significativas conseqüências para a distribuição de renda no mercado consumidor, vez que o resultado natural da concessão do monopólio temporário é o aumento de preços, que naturalmente exclui de tal mercado uma parcela significativa da população em função de seu baixo poder aquisitivo.

No caso presente, ao tratarmos das patentes “*pipeline*” dos artigos 230 e 231 da Lei de Propriedade Industrial, estamos tratando em particular da concessão de tal privilégio para a exploração de produtos farmacêuticos e medicamentos a partir de registros feitos no exterior. Ou seja, não é possível tratar do tema sem considerar os aspectos relativos à soberania nacional e à função social da propriedade. É difícil imaginar um caso que desafie de forma tão completa os princípios imbuídos no artigo 170 da Constituição Federal.

Desta forma, justifica-se uma discussão mais aprofundada das teorias que fundam o direito de propriedade industrial. Na tradicional doutrina comercialista, o direito industrial é um ramo à parte - excepcional e derogatório do direito da concorrência. Por outro lado, é famosa a observação de Ascarelli a respeito da complementaridade entre direito industrial e direito da concorrência<sup>1</sup>. Afirma o grande comercialista que, onde não existir a patente ou a marca, o inventor ou usuário do signo

---

<sup>1</sup> Ascarelli refere-se a uma função integrativa do direito da concorrência, que faz com que este se aplique toda vez que não há direito absoluto derivado de criação intelectual - v. T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza y de los bienes inmateriales*, Madrid, Bosch, 1970, p. 178.



**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

distintivo pode-se fazer valer do direito da concorrência, aí entendido em vertente mais fortemente privativa, i.e., como um meio de proteção do concorrente.

Essa afirmação revela a visão clássica do direito industrial como o conjunto de regras de regulamentação de um monopólio legal. A discussão sobre o fundamento da concessão de patentes é com efeito longuíssima. Ascarelli, simplificando a discussão existente, menciona duas visões opostas do direito das patentes. A primeira, bastante permissiva, identifica nas patentes uma remuneração e um estímulo ao trabalho individual. Criticando essa visão afirma que o fundamento das patentes é o interesse público no estímulo ao progresso tecnológico e científico<sup>2</sup>. Tal entendimento está bem estampado no artigo 5º, inciso XXIX da Constituição Federal.

A razão para esta perspectiva está em que, ao se identificar nas descobertas e no progresso tecnológico a elas associado o interesse a ser protegido pelas patentes, o fundamento para a concessão de um monopólio legal passa a ser uma contraprestação individual ao interesse público protegido ou à utilidade pública. Essa contra-prestação não é nem teoricamente sustentável e muito menos eficiente na prática. Comprova-o a discussão doutrinária havida na Alemanha a respeito dos fundamentos da concessão das patentes. Ali, ao invés das duas teses avançadas por Ascarelli, fala-se em cinco possíveis justificativas para a concessão das patentes. Delas, as quatro primeiras procuram justificar a concessão da patente a partir de uma idéia de contraprestação e aí exatamente reside a sua fraqueza. São elas: a teoria do direito natural (*Naturechtstheorie*), a teoria contratual (*Vertragstheorie*), a teoria da recompensa (*Belohnungstheorie*), e a teoria do estímulo (*Anspornungstheorie*)<sup>3</sup>. A primeira delas traz a clássica explicação naturalista para os institutos jurídicos - o criador tem um direito natural ao patenteamento. A petição de princípio que lhe é incita dificulta qualquer crítica, a não ser aquela a seus pressupostos evidentemente individualistas, razão pela qual hoje ela praticamente não encontra seguidores. A segunda, teoria contratual, é aquela que vê na concessão da patente uma recompensa da comunidade ao inventor pela publicização de sua descoberta. Aqui se encontra o primeiro exemplo da ineficácia cumulada com insuficiência teórica antes referida. Como é sabido, as

---

<sup>2</sup> T. Ascarelli, *Teoria de la concurrencia*, cit, 1970, p. 276.

<sup>3</sup> V. Emmerich in: U. Immenga e E. J. Mestmäcker. *GWB Kommentar*, 2a ed. München, Beck, 1992, sub §20, Rdn 3-8, p. 635

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

empresas tendem a preferir um segredo industrial, desde que como tal ele possa ser mantido indefinidamente, à publicação e utilização - temporária - de uma patente. Dessa forma, a recompensa oferecida pela teoria contratual é bastante ineficaz. Do ponto de vista teórico, a perspectiva continua sendo eminentemente individualística. A terceira, teoria do estímulo, é bastante semelhante à teoria contratual. Nesse caso a recompensa é pelo estímulo ao bem-estar individual proporcionado pela patente. Contra essa teoria, às críticas anteriores pode-se ainda acrescentar o fato de que, rigorosamente aplicada, importaria em não-concessão de privilégio na grande maioria dos casos de patenteamento, onde o acréscimo ao bem-estar público é bastante discutível. A última delas, teoria do estímulo às invenções, é sem dúvida a que mais se aproxima da tese Ascarelliana. Além de teor individualista no seu fundamento porque procura atribuir um "preço" ao interesse público, ela também tende a ser ineficaz. Como estímulo individual, as patentes tendem a ser de pouco valor. No mundo empresarial moderno, raramente é possível identificar o inventor, as invenções são via de regra obra coletiva, da organização empresarial. Desse modo, ganha força a quinta teoria, do estímulo ao investimento. Nessa vertente, a patente é vista como um incentivo concorrencial às empresas, uma proteção e um estímulo a seus investimentos. Assim configurada, ela pode ser concebida, como se verá mais adiante, como forma de proteger a instituição da concorrência, sendo esta a perspectiva que melhor se articula com a ordem constitucional vigente.

Um estudo mais detalhado da legislação da propriedade industrial, em particular no caso das patentes, leva à evidente conclusão de que o sistema de patentes só pode existir na medida em seja um efetivo estímulo à concorrência, e não o contrário. Analisando-se os requisitos de concessão das patentes, é possível notar a sua profunda articulação com os princípios concorrenciais constitucionais. Há muito, o direito brasileiro, desalinhado das outras legislações internacionais, vinha prevendo apenas dois requisitos para o patenteamento: a novidade e a industriabilidade (artigo 6º do antigo Código da Propriedade Industrial).

Já a nova Lei da Propriedade Industrial, procurando adaptar o sistema brasileiro à Convenção de Estrasburgo, da qual o Brasil é signatário, prevê três e não

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

dois requisitos para o patenteamento: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (artigo 8º da Lei da Propriedade Industrial).

Essa mudança, aparentemente singela, tem um profundo significado e encontra explicação nos princípios concorrenciais. O antigo conceito de novidade - tudo aquilo que não está compreendido no estado da técnica - nada dizia a respeito do processo de invenção. Sua existência deixava claro que era necessária uma atividade de criação original, mas não impunha qualquer requisito em relação ao processo de criação.

Talvez, é verdade, a razão fosse mais prática que dogmática. Em presença de uma lista tão longa de invenções não-patenteáveis como era a da lei antiga, um excessivo rigor quanto à atividade inventiva era desnecessário. Com a lei nova e a redução das invenções não-patenteáveis, tornou-se necessário estabelecer com clareza e rigor dogmático os requisitos para patenteamento. E o rigor dogmático indica na direção dos princípios concorrenciais.<sup>4</sup> No caso do artigo 230 da Lei de Propriedade Industrial, ao abrir mão de tal rigor, tornando desnecessária a análise do caráter inventivo das patentes registradas no exterior, o legislador quebrou este equilíbrio, deixando de lado a garantia de que o monopólio patentário estaria então ligado a outro valor relevante, qual seja, a proteção da concorrência.

O reconhecimento desse caráter concorrencial e não derogatório do direito industrial tem conseqüências importantes sobre a disciplina. Uma das mais importantes é que as regras sobre concessão de patentes devem ser vistas como regras excepcionais em relação ao princípio geral da concorrência e do amplo acesso. Como tal devem ter interpretação restritiva.

Mais do que isto. Visto como forma de proteger e estimular investimentos em tecnologia e inversões, as patentes ganham distinta conotação concorrencial. Passam a ser formas de proteção da instituição “concorrência”. Como tal são dotados de caráter mais publicista que a própria e antiga noção de privilégio estatal na concessão de patentes ou de propriedade privada de um bem imaterial. Mas não só. Interpretada nesse sentido a patente passa a incorporar o princípio de amplo acesso de usuários. Com efeito, concorrência e amplo acesso de usuários são conceitos

---

<sup>4</sup> Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Conduas*. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 135.

indissociáveis. A primeira serve para garantir o segundo. Sendo assim, a concessão da patente justifica-se na medida necessária para garantir o amplo acesso de usuários e não seu ilimitado exercício pelo titular. Toda vez que essa relação não se demonstrar existente ou verdadeira, não haverá justificativa para o reconhecimento da patente.

### **III. Patentes “pipeline”, domínio público e acesso ao conhecimento**

Como visto acima, o monopólio temporário concedido pelo registro de patentes tem caráter excepcional, justificado apenas como forma de garantir a existência de concorrência, no sentido de que é dado àquele que investiu no desenvolvimento tecnológico um privilégio de exploração monopolista de sua idéia por um tempo determinado e, o que é ainda mais importante, dentro de um território também determinado.

Caso, por exemplo, existisse a possibilidade dos titulares de patentes ampliarem o prazo do privilégio ou o território ao qual ele se estende, a proteção extravasaria e muito a idéia de estímulo ao desenvolvimento tecnológico para adentrar o âmbito do abuso do poder econômico, resultando em práticas com o único objetivo de dominar mercados, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros, o que é expressamente proibido pelo artigo 174, § 4º da Constituição Federal. Isto porque a proteção patentária só deve ir até o limite existente no momento em que é feito o investimento. Caso, no decorrer da vida da patente, nova lei venha a estender o seu período de vigência ou a sua extensão territorial, tal extensão não será fundamentada em estímulo ao investimento, à invenção e à inovação, pois todos estes já ocorreram no passado, mais sim na mera extensão de um monopólio no tempo e espaço, o que é inconstitucional por força do supracitado artigo 174, § 4º da Constituição Federal.

Aqui entra o conceito do domínio público, naturalmente contrário à formação monopolística, e, por conseqüência, afeito aos princípios gerais da ordem econômica brasileira conforme descritos no artigo 170 da Constituição Federal. Na verdade a idéia de domínio público está diretamente ligada ao conceito de acesso ao

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

conhecimento. As garantias do domínio público são instrumentais à idéia de acesso ao conhecimento.

É preciso notar que a idéia de domínio público se enquadra juridicamente dentro da figura de posição jurídica de titularidade difusa. Como sabido, na explicação clássica de Larenz, posição jurídica é oriunda de uma relação jurídica e constituída por um conjunto de conseqüências jurídicas, isto é direitos subjetivos, expectativas de direito, deveres e outras vinculações, obrigações e competências que se originam de uma relação jurídica para cada um de seus participantes<sup>5</sup>. A relação jurídica é no caso do usuário de medicamentos não patenteados com os produtores e vendedores de medicamentos, relação essa amparada pelo antigo Código da Propriedade Industrial e as conseqüências jurídicas são o amplo acesso aos medicamentos permitido por aquela legislação. Essa posição jurídica e seus efeitos são os que devem ser preservados na nova legislação. A garantia constitucional de que isso ocorra está não só na proteção constitucional do direito adquirido mas também na própria proteção constitucional da patente, conforme formulada no artigo 5º inciso XXIX da CF. Sem novidade, que inexistente para produtos já presentes no domínio público brasileiro não é possível a concessão de patente exatamente porque implicaria desrespeito à posição jurídica dos usuários de medicamentos não patenteados já presentes no domínio público.

Quando uma invenção adentra o domínio público, deste não pode sair, pois não existe mais o caráter de inovação e inventividade ligado a um esforço pretérito que devesse ser recompensado. O que teríamos, ao invés de um estímulo à inovação, seria um monumental estímulo à captura legislativa, pois os detentores de patentes passariam a gastar parte significativa de seus lucros monopolistas não no desenvolvimento de novas tecnologias, mas sim no financiamento de campanhas políticas para obterem em retorno a extensão territorial e temporal de suas patentes.

A ordem constitucional bem evitou tal possibilidade, tanto pela proibição expressa do artigo 174, § 4º da Constituição Federal, quanto pela descrição do direito de patente presente no seu artigo 5º, inciso XXIX como aplicável apenas às atividades

---

<sup>5</sup> Cfr. K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 7a edição, Munique, Beck, 1989, p. 207, parágrafo 12, III.

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

inventivas e que representassem efetivas novidades técnicas. E por atividade inventiva e inovadora, por óbvio, não se pode entender o que já faz parte do domínio público.

Chegamos então à questão central. As patentes registradas no exterior que puderam ser registradas no Brasil por meio dos artigos 230 e 231 já estavam no domínio público quando da publicação da Lei de Propriedade Industrial ou não? Quantas vezes esta pergunta fundamental for levantada, quantas vezes a resposta será a mesma. Sim, inegavelmente, tais patentes já haviam adentrado o domínio público no território brasileiro.

Isto porque todos os tratados internacionais que permitem que exista a extensão do registro de patentes a outros territórios determinam que tal extensão deve ser solicitada em um prazo específico, no geral de 01 (um) ano após o primeiro depósito. Ou seja, no caso de pedidos de patentes de produtos farmacêuticos ou medicamentosos feitos originalmente em países com os quais o Brasil detinha tais tratados, tal registro não foi realizado porque não era permitido. Em todos os países aos quais os pedidos de patentes não são estendidos, seja por inação do requerente ou por limitações legais, tais idéias então adentram o domínio público. Foi o que ocorreu então com os pedidos de patentes realizados no exterior anteriormente à plena entrada em vigor da Lei de Propriedade Industrial no Brasil. Inegável, portanto, o fato de que tais patentes adentraram o domínio público.

Desta feita, é fácil perceber que o mecanismo dos artigos 230 e 231 do Código de Propriedade Intelectual de fato tentaram retirar as patentes obtidas no exterior para produtos antes não passíveis de patenteabilidade no Brasil do domínio público. De fato, em todo o debate aqui realizado, a questão não é se isto ocorreu ou não, mas se isto é constitucional ou justificável.

Como vimos acima, a extensão da validade temporal e territorial de patentes é absolutamente inconstitucional no regime brasileiro, com fundamento no artigo 174, § 4º da Constituição Federal. De forma a evitar tal conclusão, bastante óbvia, os defensores da constitucionalidade dos artigos 230 e 231 da Lei de Propriedade Industrial optaram por jogar cortina de fumaça sobre a questão, que se inicia pela própria utilização incorreta do nome patentes “*pipeline*”.

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

Observe-se que originalmente, o termo patentes “*pipeline*” se relacionavam a possibilidade de extensão de patentes que foi conferida nos Estados Unidos pelo chamado “*Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984*”<sup>6</sup>. Tal legislação permitiu que fosse descontado do prazo de vigência da patente o período no qual a patente esteve submetida à aprovação pelo órgão regulador de produtos farmacêuticos nos Estados Unidos, a “*Food and Drugs Commission*”. Ou seja, o termo “*pipeline*” de fato tem relação com os medicamentos que estavam, por assim dizer, em linha para entrar em produção, esperando apenas aprovação dos órgãos reguladores. Não é o caso das patentes registradas no exterior beneficiadas pelos artigos 230 e 231 da Lei de Propriedade Industrial brasileira, que nenhuma relação guarda com este período de espera para aprovação governamental.

Mas o uso deste termo tem um objetivo claro, que é o de tentar fazer crer que o que foi feito no Brasil é o mesmo que foi feito nos Estados Unidos e em outros países estrangeiros. A primeira diferença é a de que justamente a legislação americana aplica-se a caso totalmente diverso, como já dito acima. No caso brasileiro não existe “*pipeline*”. Foram beneficiadas drogas que há muito já estavam fora do “*pipeline*” e não foi feita qualquer menção ao período regulatório. A segunda diferença, muito mais relevante, é a de que tal interpretação diversa do termo de início da validade das patentes farmacêuticas nos Estados Unidos tinha um objetivo claro, que era o de garantir a retribuição por investimentos em pesquisa e desenvolvimento feitos nos Estados Unidos e em patentes registradas naquele mesmo país. Mas a terceira diferença é a mais significativa, pois demonstra a malícia daqueles que buscam utilizar tal legislação como justificativa para os artigos 230 e 231 da Lei de Propriedade Intelectual brasileira. O “*Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984*” tinha como sua principal restrição para a desconsideração do período do “*pipeline*” na contagem do prazo de validade das patentes o requisito de que, quando do pedido de desconsideração do prazo do “*pipeline*”, o termo da patente ainda não houvesse expirado. Ou seja, a patente não poderia, necessariamente, já ter entrado no domínio público.

---

<sup>6</sup> United States Public Law No: 98-417.

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

É de se impressionar que grandes juristas internacionais, ao estudar o tema, tenham buscado traçar analogias entre o caso americano descrito acima e a legislação brasileira sem atentar para esta diferença crucial<sup>7</sup>. Tal diferença é tão essencial que sem esta restrição, o “*Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984*” seria certamente declarado inconstitucional pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Isto porque o sistema patentário nos Estados Unidos, tanto quando no Brasil, tem base constitucional firme no conceito de inovação. Lá também, em seu artigo 1º, Seção 8, Cláusula 8, a Constituição dos Estados Unidos determina que “*Congress shall have power ... to promote the progress of science and useful arts by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries*”. Ou seja, o privilégio de exploração exclusiva por tempo limitado aplica-se lá, como aqui, apenas a invenções inovadoras, não ao que já faz parte do domínio público.

O que se pode concluir é que, caso existisse uma lei americana que tivesse supostamente “estendido” os limites de vigência de patentes que já tivessem adentrado o domínio público, como o fizeram os artigos 230 e 231 da Lei de Propriedade Intelectual brasileira, certamente tal lei seria declarada inconstitucional. O recurso ao direito comparado é sempre válido, desde que seja feito de forma plena. Não se deve aceitar a importação parcial de conceitos, de forma a servir interesses também parciais.

O que os artigos 230 e 231 da Lei de Propriedade Industrial brasileira operaram não foi a extensão de patentes, foi de fato a sua reencarnação, pois as mesmas há muito já tinham perdido qualquer condição de existência em território nacional. A lei de fato retroagiu, criando privilégios patentários que não tinham mais condição constitucional de serem criados.

Cabe aqui destacar uma dentre tantas tentativas de criar analogias sem fundamento dogmático ou principiológico:

---

<sup>7</sup> J.J. Gomes Canotilho, Jonatas Machado e Vera Lúcia Raposo, *A Questão da Constitucionalidade das Patentes “Pipeline” à Luz da Constituição Federal Brasileira de 1988*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 27-31.



*“A interpretação do sistema de patentes à luz do direito internacional dos direitos humanos obriga a que se coloque o acento tônico na idéia de protecção efectiva dos direitos daí decorrentes. Ora, se existe uma prorrogação das patentes no estrangeiro, tendo em vista a garantia da respectiva vida efectiva por causa da duração excessiva dos testes clínicos, é inteiramente defensável extensão idêntica para a patente “pipeline”. As razões de justiça e equidade que são mobilizadas para fundamentar a extensão da patente originária, valem inteiramente no caso das patentes “pipeline”. ”<sup>8</sup>*

Como visto, a patente “*pipeline*” do artigo 230 e 231 da legislação patentária brasileira nada tem de idêntica à legislação estrangeira. Muito pelo contrário. Assim, sua extensão, que na verdade também não é extensão, pois não se pode estender a vida do que já é morto, nada tem de defensável. Também é inaceitável justificar com base na protecção aos direitos humanos, da justiça e da equidade o simples interesse econômico dos detentores de patente.

#### **IV. Inexistência de Estímulo à Pesquisa nas Patentes “Pipeline” no Direito Brasileiro**

Na discussão dos temas anteriores, a afirmação do título do presente capítulo já restou devidamente provada. Mas merece aqui reforço, vez que é aspecto essencial do debate. Como visto anteriormente, a justificativa para o sistema de patentes é o estímulo ao investimento em ciência e tecnologia que resulta em invenções e inovações que beneficiam a sociedade como um todo.

Assim, quando grandes empresas investem no desenvolvimento de novos produtos, sejam eles farmacêuticos ou não, o que se calcula é o retorno possível para tais invenções considerando-se os lucros monopolísticos que podem ser obtidos em alguns mercados e os lucros não-monopolísticos que podem ser obtidos em outros. Os

---

<sup>8</sup> J.J. Gomes Canotilho, Jonatas Machado e Vera Lúcia Raposo, ob. cit., Coimbra, 2008, p. 38.

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

mercados onde tais lucros não são fruto de monopólio são aqueles onde, ou existe competição de produtos similares, ou existem restrições ao monopólio patentário. Mas todas estas considerações são parte do investimento. Caso um determinado território onde exista uma restrição decida dar tais privilégios de forma retroativa, tais privilégios serão um lucro extra, não esperado e irrelevante para a decisão de investimento. Inexiste, portanto a justificativa econômica típica, do lucro como estímulo ao investimento em tecnologia.

Apesar de tal argumento ser auto-evidente, continua-se levantando a necessidade de se proteger as falsas patentes “*pipeline*” da legislação brasileira como mecanismo de garantir o desenvolvimento econômico por meio de investimento em pesquisa de produtos:

*“Em todo o caso, não é apenas o número de patentes que constitui o factor decisivo na atracção de investidores ou de financiadores, mas também o nível e o alcance da protecção jurídica que lhes é adscrita. (...)*

*A concessão de uma patente, com o monopólio temporário que ela implica, é o preço que o público paga para ter acesso a algo que até então lhe era desconhecido.”<sup>9</sup>*

De fato, o investimento requer conhecimento prévio das regras jurídicas. Mas isto foi exatamente o que os artigos 230 e 231 da Lei de Propriedade Industrial desconsideraram, ao conceder mais direitos aos detentores de patentes estrangeiras do que detinham quando foi efetuado o investimento e também ao discriminarem aqueles que desenvolveram pesquisas na área no Brasil no mesmo período pretérito mas que jamais tiveram chances de registrar suas inovações na área. O argumento da segurança jurídica em nada advoga em favor da constitucionalidade de tais dispositivos legais.

Também não se pode argumentar que neste caso o consumidor brasileiro passou a pagar por algo que não conhecia. Já foi dito e redito que tais patentes eram de domínio público e, por esta razão, conhecidas. Tal fato somente ressalta o argumento de que o preço monopolista que passou a ser cobrado por tais medicamentos no Brasil não

---

<sup>9</sup> J.J. Gomes Canotilho, Jonatas Machado e Vera Lúcia Raposo, ob. cit., Coimbra, 2008, p. 20.

guardavam qualquer relação com o estímulo à pesquisa e desenvolvimento tecnológicos, seja no Brasil, seja no exterior.

É preciso também afastar a hipótese de que as falsas patentes “*pipeline*” seriam necessárias para evitar o *free-riding*, ou seja, para evitar a obtenção de lucro sem esforço ou custo. Tal só ocorreria se as patentes “*pipeline*” estivessem, de alguma forma, relacionadas com investimento em pesquisa realizado no Brasil. Como já dito anteriormente, quando tais investimentos foram realizados no exterior, já estava considerado em tais investimentos que, no Brasil, tais inventos seriam de domínio público e que não seria possível extrair lucros monopolistas no mercado brasileiro.

Com a aplicação do artigo 230 e 231 da Lei de Propriedade Industrial, o que passou a ocorrer foi, efetivamente, a duplicação do lucro monopolista, às expensas do usuário brasileiro de medicamentos. Ou seja, os detentores de patentes no exterior beneficiaram-se uma vez pela obtenção de lucros monopolistas nos mercados nos quais tais lucros eram esperados, obtendo, então, o devido retorno pelo investimento, e beneficiaram-se uma segunda vez, por meio dos lucros monopolistas inesperados com os quais foram inconstitucionalmente presenteados pelo legislador brasileiro.

## **V. Possibilidade de Discriminação de Mercados no Sistema Internacional de Proteção de Patentes**

O debate travado acima acerca da incapacidade das falsas patentes “*pipeline*” do direito brasileiro de estimularem o investimento no desenvolvimento de novos produtos traz a tona outra discussão de relevo, qual seja, a possibilidade de convivência entre os dois sistemas, caso não houvesse na legislação brasileira este mecanismo inconstitucional para ressuscitar patentes estrangeiras que já haviam caído no domínio público doméstico.

A análise do significado da patente do ponto de vista concorrencial ajuda muito a entender o porquê da afirmação de que a generosidade do legislador brasileiro não tinha qualquer relação com o estímulo à pesquisa farmacêutica. De há muito já se concluiu que os efeitos da chamada discriminação de preços (que é exatamente o que

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

ocorre quando uma mesma empresa, atuando em diversos países, tem reconhecida sua patente em alguns deles, e em outros não) não são necessariamente maléficis à concorrência e nem levam à saída do mercado, desde que o agente econômico que pratica a discriminação seja capaz de atingir o equilíbrio nos dois mercados.

Em matéria de discriminação de preços, há um raro consenso. Escola de Chicago e Escola Ordo-liberal convergem no sentido de afirmar que a mera discriminação fática de preços entre concorrentes não pode ser considerada um ilícito anticoncorrencial<sup>10</sup>. O que ocorre normalmente é uma mera resposta das empresas a situações diversas de mercado.

Essas situações diversas podem se originar tanto da existência de custos diversos em cada mercado como da existência de um monopólio em um determinado mercado e em outro não. Punir a discriminação nessa última hipótese é inconveniente e desnecessário.

Inconveniente porque o resultado mais provável dessa proibição será a redução ou supressão da produção na região onde não há monopólio (e onde, portanto, cobra-se o preço mais baixo). Não há nenhum dado econômico que justifique a redução da produção onde o preço é competitivo. Ao contrário, tudo está a demonstrar que se essa redução ocorrer, ela ocorrerá na região monopolizada. Isso porque, em uma situação ideal, o que a discriminação de preços permite é exatamente que o produtor obtenha de cada consumidor exatamente aquilo que este pode dar. Permite-lhe andar ao longo da curva de demanda, cobrando de cada consumidor um preço diferenciado (essa é a chamada discriminação perfeita). Essa situação ideal inexistente no mundo real, mas mesmo nas situações concretas, onde o agente econômico consegue diferenciar entre dois ou três grandes grupos de consumidores, ocorre o mesmo efeito. A discriminação só faz com que o agente econômico maximize ainda mais o lucro, obtendo lucro normal (concorrencial) nas regiões onde há concorrência e lucro monopolista nas regiões onde não há.

---

<sup>10</sup> Cfr. nesse sentido exatamente os maiores expoentes de ambas as Escolas, respectivamente R. Bork, *The antitrust paradox*, New York, The Free Press, 1978, p. 398 e E. Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, Beck, 1974, p. 188 – 189.

É precisamente dessa última observação que decorre a desnecessidade do reconhecimento das patentes estrangeiras no modelo dos artigos 230 e 231 da Lei de Propriedade Industrial. Isto porque a proibição da extensão para o Brasil dos pedidos de registro de patentes feitos no exterior causava apenas que os fabricantes de tais produtos conseguissem obter um lucro normal (não monopolista) no Brasil, enquanto conseguiam obter um lucro supranormal (monopolista) nas regiões onde detinham a patente. Não havia razão alguma para que qualquer empresa, operando de forma racional, viesse a abdicar desse lucro normal obtido no mercado brasileiro, sobretudo tendo-se em conta que esse fato em nada poderia afetar o preço nas regiões onde há monopólio, já que a grande maioria dos países industrializados possui regras estritas para proteção contra importações paralelas.

Nesse sentido, tanto o sistema dos artigos 230 e 231 quanto a própria ampliação da lista de produtos patenteáveis pela Lei de Propriedade Industrial, sobretudo no que se refere àqueles produtos de maior relevância social como diversos medicamentos, parecem ser injustificáveis do ponto de vista jurídico e econômico. Não havia, na vigência da lei anterior, qualquer possibilidade de *free-riding*, inexistindo, de um lado, qualquer risco de desestímulo à pesquisa por parte das empresas e, de outro, qualquer risco de o país ser privado de produtos de tecnologia sofisticada<sup>11</sup>.

## **VI. Teoria da Concorrência e da Identificação dos Efeitos Econômicos da Declaração de Inconstitucionalidade**

Com apoio da teoria econômica, é possível visualizar as conseqüências deletérias desta violação da ordem econômica constitucional causada pelo sistema dos artigos 230 e 231 da Lei de Propriedade Industrial.

Bem entendido. Não se pretende e nem se poderia pretender que a teoria econômica fornecesse critérios valorativos. O que se quer demonstrar é que mesmo para a teoria econômica tradicional, de inspiração neoclássica, cuja despreocupação com os

---

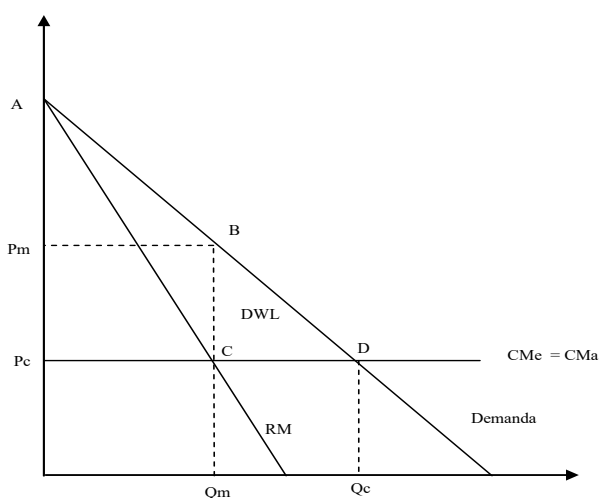
<sup>11</sup> V. a respeito com mais detalhe *Direito concorrencial – as condutas*, cit, p. 135 – 137.

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
Professor Titular da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

resultados distributivos é bastante conhecida, os efeitos negativos das patentes “*pipeline*” são evidentes.

Segundo a própria teoria neoclássica, nos mercados onde existe competição, o preço para o consumidor será igual ao custo médio para o produtor (no gráfico Pc representado por uma reta e igual a CMe), já incluindo neste custo o retorno pelo investimento do produtor, mas em níveis padrão do mercado. A quantidade de produto no mercado, ou seja, a oferta, será também a maior possível. Ou seja, os produtores continuariam produzindo até que o custo de uma unidade seja igual ao custo médio, ou seja, o preço. Desta forma, caso mais uma unidade fosse produzida, geraria prejuízo.

Caso exista a possibilidade de se estabelecer um monopólio por meio de uma patente, o preço necessariamente aumentará. O produtor buscará o ponto de produção no qual possa obter o maior lucro possível. Isso ocorreria quando o lucro monopolista obtido pelo produtor fosse igual ao custo de produção de uma nova unidade do produto.<sup>12</sup> Assim ele obterá o lucro monopolista máximo por meio de redução na produção e aumento dos preços. Aqui os maiores perdedores serão os consumidores que não terão acesso ao produto, que no caso das patentes dos artigos 230 e 231 incluíam medicamentos essenciais. Vejamos o gráfico que apresenta uma demonstração visual do que foi dito.



**Figura 1**  
Monopólio x Competição

<sup>12</sup> W. Kip Viscusi, John M. Vernon e Joseph E. Harrington, Jr. *Economics of Regulation and Antitrust*. 3a ed. Cambridge, Massachusetts Institute of Technology, 2000, p. 78.

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

No ambiente competitivo, o preço está no nível “Pc”, e a produção é “Qc”. Com isto, o benefício para os consumidores é todo o triângulo “APcD”. Ou seja, isto é o que os consumidores seriam capazes de pagar por tal produto, mas, como os preços eram competitivos e mais baixos, não foram obrigados a despendê-lo. Caso ocorresse monopólio, o preço seria “Pm”, pois é o preço no qual o lucro é maior que o custo médio do produto, e a produção “Qm”. Ou seja, é o ponto no qual o monopolista consegue obter o maior lucro possível para cada unidade produzida.

Na situação de monopólio, temos então dois grupos. Primeiro aqueles que não têm recursos para pagar o preço monopolista. No caso de monopólios criados com base nos artigos 230 e 231 da Lei de Propriedade Industrial, estes seriam os consumidores que não teriam acesso aos medicamentos protegidos pelas patentes. São aqueles entre o ponto “Qm” e o ponto “Qc”. Na teoria econômica, o que a sociedade perderia neste caso é o triângulo “BCD”. Ou seja, é o valor que estes consumidores dão ao produto, mas que, num mercado competitivo, onde o preço é mais baixo do que o valor que eles estariam dispostos a pagar, os consumidores não são obrigados a despendê-lo. Esta perda é o que se chama de “*deadweight loss*”, ou perda social do monopólio.

Ocorre que no caso dos monopólios criados pelos artigos 230 e 231 da Lei de Propriedade Industrial, tal perda pode ter valor muito maior do que esta estimativa econômica, vez que pode representar a falta de acesso de pacientes a remédios para tratar, por exemplo, diversos tipos de câncer, ou o HIV/AIDS. São produtos cuja falta pode levar à morte, ou a uma perda significativa na qualidade de vida. Neste caso, a mensuração do “*deadweight loss*” deveria ser acrescida do custo social de todas estas perdas em sua saúde, vez que a baixa capacidade de consumo de medicamento dos mesmos obviamente não reflete um baixo valor dado à saúde e à vida, mais sim um baixo poder aquisitivo.

Para o outro grupo, o de consumidores com poder aquisitivo capaz de adquirir o produto, a perda é a transferência de recursos para o monopolista, representada pelo quadrado “PmPcCB”. Esta perda pode não ser considerada uma perda para a sociedade como um todo, pois se imagina que o monopolista irá reinvestir tais valores em novas tecnologias. No caso dos monopólios criados pelos artigos 230 e 231

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

da Lei de Propriedade Industrial, no entanto, não existe qualquer garantia, pois, como descrito acima em detalhes, não se trata de uma recompensa pelo efetivo investimento pretérito, muito menos existem garantias de que tais recursos seriam investidos na sociedade brasileira, vez que são para o pagamento de patentes estrangeiras.

Essa demonstração gráfica, como já afirmado, sem qualquer objetivo ou efeito valorativo, tem e deve ter como objetivo demonstrar, de forma didática, como, mesmo do ponto de vista da economia neoclássica, não se sustentam e nem se devem sustentar receios ou divergências em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 230 e 231 do Código da Propriedade Industrial. Eles são e deverão ser necessariamente benéficos aos usuários com aumento da oferta, redução de preços e sem desestímulo ao investimento tecnológico.

## **VII. Violação dos Direitos Fundamentais à Saúde e à Vida**

Como descrito anteriormente, o sistema dos artigos 230 e 231 do Código de Propriedade Industrial ferem diretamente o princípio da isonomia do artigo 5º da Constituição Federal, assim como o artigo 173, §4º do mesmo texto legal, não se enquadrando em qualquer exceção válida ao artigo 170 que determina o funcionamento ordem econômica constitucional. Além disso, descumpre-se o artigo 5º inciso XXIX da CF, que prevê requisitos e garantias de interesse público para que possa ser concedida qualquer patente.

Mas as inconstitucionalidades na param aí. Aliás falta ainda tratar da mais grave delas. Trata-se do flagrante desrespeito ao direito à saúde e ao direito à vida (artigo 5º *caput* e artigo 6º *caput* da CF). Neles identifica-se a violação à constituição da forma mais flagrante, exatamente por serem estes direitos de raiz, que dão fundamento e sentido de dignidade humana aos próprios direitos fundamentais e sociais. Como visto anteriormente, não há neste caso qualquer justificativa para desconsiderar direitos tão fundamentais, de apenas um indivíduo que seja. A concessão de tais patentes, além de violar diversas determinações expressas do texto constitucional de caráter econômico,



**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

ainda evidentemente cria riscos à vida e à saúde de inúmeros pacientes pobres que deixarão de ter acesso aos medicamentos.

Observe-se que a moderna visão publicística das patentes, ligada à idéia de amplo acesso, impede que se identifique qualquer conflito entre tais direitos e os direitos protegidos pelas patentes. As patentes são protegidas nos estritos limites necessários para que haja amplo acesso de usuários (v. supra item II). Essa idéia está absolutamente em linha com a proteção ampla do direito à saúde e direito à vida. Assim, a declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, além de dar guarida a direitos humanos tão fundamentais, está também em conformidade com a concepção moderna de patente, recepcionada pelo artigo 5º, inciso XXIX da CF.

Não só os consumidores excluídos, sem acesso econômico aos medicamentos e impedidos de ter acesso a medicamentos patenteados inconstitucionalmente sofrem violações de seus direitos individuais. Também aqueles que efetivamente adquirem tais remédios, pagando por eles preços monopolistas, sofrem grave violação de seus direitos. Isto porque a transferência descrita acima do consumidor para o monopolista protegido por patentes, nada é mais que uma expropriação, uma violência cometida contra ele por outro agente privado, mas dotado de um privilégio concedido pelo governo.

Trata-se de claro descumprimento da proteção constitucional dos direitos adquiridos contra a retroatividade das leis (artigo 5º, inciso XXXVI) pois, quando tais patentes caíram no domínio público, os consumidores adquiriram o direito de pagar preço competitivo por tais produtos. Quando a lei posteriormente deu a certos detentores de patentes internacionais o direito de expropriar os consumidores de suas poupanças, do recurso que utilizariam para adquirir outros bens, eventualmente tão necessários para sua vida quanto os próprios remédios e outros produtos beneficiados pelos artigos 230. Desta feita, trata-se efetivamente de um direito à propriedade negativa, que é o direito de não ser expropriado pela concessão de direitos de extração de lucros monopolistas por terceiros. Observe-se, portanto que se trata aí de direito individual, claramente fixado na esfera patrimonial de seu titular, não havendo que se falar em mera expectativa difusa.

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da**  
**Universidade de São Paulo**

**VIII. Conclusão**

Por tudo quanto afirmado acima, conclui-se pela inconstitucionalidade do artigo 230 da lei n. 9.279/96. A declaração da referida inconstitucionalidade terá como efeito a promoção do acesso a medicamentos e o acesso à saúde pública sem, como demonstrado, afetar adversamente investimentos em ciência e tecnologia.

São Paulo, 7 de dezembro de 2.009

Calixto Salomão Filho