

O acordo formalizado entre o Brasil e os Estados Unidos sobre as patentes farmacêuticas : um “caso drástico”

Patrícia Aurélia Del Nero

Sumário

1. Introdução. 2. Breve recuperação histórica do contexto de formação da legislação brasileira de propriedade intelectual. 3. A atual controvérsia entre Brasil e Estados Unidos: a quebra das patentes farmacológicas. 4. Os textos normativos envolvidos no painel instaurado na OMC – o “caso drástico”. 5. Algumas conclusões.

1. Introdução

A questão referente aos conflitos no campo da propriedade intelectual, com ênfase especial aos produtos e aos processos estratégicos, não é recente, suas origens remontam ao início dos anos 90.

Este artigo tem como objetivo primeiramente recuperar alguns antecedentes históricos que, em virtude de sua importância, colaboram por demonstrar as razões concretas da atual contradição institucionalizada no que refere à interpretação do TRIPS¹ em face da legislação brasileira, originando, dessa forma, a quebra, por parte do Governo brasileiro, de algumas patentes farmacêuticas e a conseqüente insurgência por parte dos Estados Unidos.

Essa articulação, por seu turno, permitirá traçar, ainda que de forma exploratória, algumas hipóteses para análise e interpretação dos fatos destacados e dos ordenamentos jurídicos envolvidos e que suscitaram a controvérsia. Dessa forma, pretende-

Patrícia Aurélia Del Nero é Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa e Doutoranda do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.

se fornecer alguns elementos para compreensão da controvérsia e interpretação da mesma.

2. Breve recuperação histórica do contexto de formação da legislação brasileira de propriedade intelectual

Em meados de 1990, na gestão do então Presidente Fernando Collor de Mello, o Executivo Federal encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 824/91, que conferia nova redação ao Código de Propriedade Industrial.

O Projeto foi encaminhado para apreciação, pelo Congresso, em regime de urgência. O Pedido de urgência por parte do Executivo era então justificado em face das pressões internacionais, ou seja, em face das sanções impostas ao Brasil pelos Estados Unidos por um lado e, por outro lado, pelas discussões a respeito da problemática da propriedade intelectual, em franco andamento na Rodada Uruguai do GATT.

É necessário esclarecer que a interpretação da regulação da Propriedade Intelectual no Brasil só tem sentido se abordada desde sua origem – Legislação Projetada – e, ao mesmo tempo, considerando-se sua contextualização no cenário internacional mais amplo; mesmo porque, conforme destacado anteriormente, essas condições permitem a compreensão da atual controvérsia que envolve as patentes reconhecidas, no Brasil, aos Laboratórios Farmacêuticos norte-americanos.

As referidas sanções comerciais começaram a ser impostas pelos Estados Unidos ao Brasil com fundamento na “Seção 301 da Lei de Comércio norte-americana”, que autoriza expressamente o representante de comércio americano a iniciar, anualmente, o processo de investigação sobre as práticas de países que imponham “restrições indevidas” nas relações comerciais com os Estados Unidos.

A imposição unilateral de sanções comerciais ao Brasil² deveu-se, basicamente,

ao fato de que os Estados Unidos entendiam como “insuficientes” ou “fracos” os mecanismos legais de proteção à propriedade intelectual no Brasil.

Nesse sentido, a Lei de Comércio e de Tarifas dos Estados Unidos incluiu, explicitamente, a proteção insuficiente da propriedade intelectual brasileira entre as razões da aplicação da Seção 301, além de autorizar o Executivo norte-americano a retirar, em relação ao Brasil, pelos mesmos motivos, os benefícios do “Sistema Geral de Preferências”, normalmente concedidos aos países em desenvolvimento.

O Brasil foi incluído na “Lista Negra Americana”, com o objetivo de consolidar a posição hegemônica dos Estados Unidos no comércio exterior. Destinava-se, portanto, o conjunto de medidas a impor sanções econômicas aos países que não se dispusessem a adotar sistemas de regulamentação quanto à propriedade intelectual em termos aceitáveis pelos Estados Unidos.

No caso das sanções contra o Brasil, o objetivo do Governo norte-americano era deixar claro, para os demais países da América Latina, qual seria a postura do Governo dos Estados Unidos e as conseqüências para aqueles países caso não adotassem regulações específicas quanto à propriedade intelectual.

Para o Embaixador Paulo Roberto de ALMEIDA (1991), a origem das controvérsias envolvendo os Estados Unidos e o Brasil dizia respeito à disciplina do Código de Propriedade Industrial. Os Estados Unidos ameaçavam impor, naquela época, novas medidas sancionatórias caso a nova Lei brasileira não contemplasse os pontos julgados indispensáveis segundo os critérios americanos.

Vale dizer que o sistema brasileiro de propriedade intelectual era caracterizado como uma forma de proteção “fraca”. E o sistema “fraco” significa que a legislação brasileira de propriedade intelectual não comportava proteção para certos e determinados processos e produtos tidos como emer-

gentes, tais como: farmacológicos, alimentícios, biotecnológicos e de melhoramento genético de plantas e de melhoramento genético de um modo geral.

Era necessário, segundo o entendimento americano, que o Brasil “modernizasse” e “fortalecesse” suas leis de propriedade intelectual. “Modernizar” e “fortalecer” significava conceder patentes para os processos e produtos destacados.

As sanções e as retaliações impostas pelos Estados Unidos ao Brasil ocorreram na forma de sobretaxa de 100%, impostas sobre a importação de produtos brasileiros dos setores químico, eletroeletrônico, cítrico, de papel e de celulose.

O critério adotado para definir o montante da sanção comercial foi o de retaliar as exportações em valor equivalente ao das perdas, estimadas pelos Estados Unidos, resultante de inexistência de patentes de processos e de produtos emergentes na legislação brasileira. Observe-se que esse critério é consideravelmente subjetivo.

O valor das sanções foi avaliado, pelo Governo brasileiro, em US\$ 105 milhões, mas o impacto real, em termos de prejuízo para o Brasil, alcançou valores mais elevados, tendo em vista que foram atingidos setores cujas exportações encontravam-se em expansão no mercado norte-americano.

Em virtude dessa situação de “pânico” gerado no mercado brasileiro, o Executivo pressionava o Congresso Nacional para que este aprovasse, o quanto antes, a nova regulamentação da propriedade intelectual, com ênfase especial à disciplina da propriedade industrial, mais particularmente a referente às patentes.

As pressões exercidas pelos Estados Unidos contra o Brasil para que este alterasse o conteúdo de suas leis de propriedade intelectual foram respaldadas, por um lado, pela hegemonia exercida pelos Estados Unidos no mercado mundial e, por outro lado, pela sua capacidade política para impor determinados padrões de intercâmbio internacional.

Essa demonstração de força pode ser detectada, por exemplo, no encaminhamento e na redação final da Ata final da “Rodada Uruguai do GATT”³, especialmente no que diz respeito ao TRIPS – Tratado Referente à Propriedade Intelectual. Muito embora se tratasse de um foro multilateral, a presença norte-americana foi ostensiva e praticamente “ditou as regras do jogo”, especialmente quanto à temática da propriedade intelectual.

É necessário destacar que esse foro foi adotado para discutir e deliberar a temática propriedade intelectual; no entanto, o foro competente era o da OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual, outra vitória americana⁴.

A Rodada Uruguai do GATT, como um todo, e mais especificamente o Tratado Referente à Propriedade Intelectual, funciona como um primeiro passo para a institucionalização de um “Sistema Internacional de Propriedade Intelectual” e inclusão desses princípios nos ordenamentos jurídicos dos países membros, com vistas a construção internacional de um “Sistema homogêneo e forte sobre as regras de Propriedade Intelectual”.

A Rodada Uruguai do GATT foi concluída em 1993 e a adesão aos seus termos não poderia ocorrer de maneira parcial. Os países signatários teriam, necessariamente, de aceitar o conjunto, a íntegra dos Acordos – Tratados – ou, caso contrário, não participariam do novo sistema multilateral de comércio, que foi engendrado com a criação da Organização Mundial do Comércio – OMC.

Em breves linhas, esse é o cenário e o contexto internacional no qual se encontra inserido o processo de regulamentação da legislação brasileira de propriedade intelectual.

Em face de tais movimentos, a legislação nacional formou-se, arrastando-se em discussões e mobilizações que envolveram inúmeros setores da sociedade civil organizada⁵, desde 1991 até maio de 1996, quando a nova Lei de Propriedade Industrial foi efetivamente aprovada⁶.

É necessário destacar que, por outro lado, setores do Poder constituído, isto é, o Executivo e segmentos do Legislativo, acrescentando-se setores patronais de laboratórios farmacêuticos e agências privadas que desempenham suas atividades na área de pesquisa biotecnológica e farmacêutica, eram amplamente favoráveis aos termos da alteração da propriedade intelectual nos moldes em que fora proposta⁷.

Enfim, em maio de 1996, foi aprovada a Lei 9.279, que confere nova disciplina à propriedade industrial em seus seguintes aspectos:

- Concessão de patentes de invenção de modelo de utilidade;
- Concessão de registro de desenho industrial;
- Concessão de registro de marca;
- Repressão às falsas indicações geográficas; e
- Repressão à concorrência desleal.

Essa é a matéria disciplinada pela nova Lei de Propriedade Industrial; seu perfil é “forte”, pois, segundo se verifica, existe a possibilidade de patenteamento de produtos e de processos emergentes ou conhecidos por “de tecnologia de ponta”.

À título de ilustração, é necessário anotar que para os desenhos industriais houve um “enfraquecimento quanto à proteção”, pois, sob a égide do revogado Código de Propriedade Industrial, esses podiam ser patenteados e, em face da atual legislação, são passíveis apenas de registro.

Impropriamente, a Lei 9.279/96 é conhecida como “Lei de Patentes”; entretanto, é possível verificar que a extensão de sua proteção vai além das patentes e atinge outros institutos. Essa lei ficou conhecida dessa forma, pois foi exatamente quanto à disciplina jurídica das patentes que as controvérsias foram suscitadas⁸.

A patente é um instituto jurídico pelo qual o Estado, representado pelo INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, confere proteção ao titular quanto a um processo ou produto inventivo (denominadas

patentes de invenção⁹) ou quanto a um processo ou produto no plano das formas ou modelagens (patentes de modelo de utilidade¹⁰). No plano dos modelos de utilidade, não houve maiores controvérsias; os pontos cruciais e a repercussão dos debates originaram-se no plano das patentes de invenção.

Convém destacar que originariamente o instituto da patente, ao mesmo tempo em que institucionaliza o monopólio, expropria a força de trabalho intelectual do pesquisador. Trata-se de uma característica inerente dessa forma de apropriação privadas dos bens imateriais.

Atualmente no Brasil, podem ser patenteados processos e produtos farmacêuticos, alimentícios, microbiológicos, químicos e até mesmo genéticos, entre outros.

As grandes discussões travadas no Parlamento brasileiro referiram-se a esses objetos e principalmente à matéria microbiológica, quer dizer, formas vivas.

Para que um objeto constante do rol da Lei de Propriedade Industrial possa ser patenteado, é necessário que ocorram concomitantemente os seguintes requisitos:

novidade: o produto ou processo deve ser novo, isto é, não concebido ou desenvolvido anteriormente, ou em seu novo desenvolvimento algumas características são completamente inovadoras, comparadas às anteriores. Não deve o produto ou o processo compreender o estado da técnica – não pode ter sido divulgado;

atividade inventiva: deve necessariamente o produto ou o processo contar com uma intervenção humana resultante de conhecimento acumulado e;

aplicação industrial: o produto ou o processo deve ser passível de reprodução em larga escala.

As plantas, conforme verificado, estão excluídas da possibilidade de patenteamento e possuem proteção quanto à sua propriedade intelectual, isto é, intervenção humana que renda margem à variedade vegetal ou nova variedade vegetal, nos termos e disposições constantes na Lei 9.456, de 28 de

abril de 1997 e seu Decreto 2.366, de 5 de novembro de 1997, que regulamenta a Lei e destaca os descritores das primeiras oito variedades vegetais que serão protegidas: algodão, arroz, batata, feijão, milho, soja, sorgo e trigo.

O conjunto das novas leis de propriedade intelectual¹¹ que atualmente se encontram em vigor no Brasil foi adotado, em face dos desdobramentos dos debates da Lei de Propriedade Industrial, em especial no que se refere às patentes de invenção, bem como em virtude da necessidade de seu realinhamento, considerando-se a adesão do Brasil aos termos do Tratado Referente à Propriedade Intelectual.

Uma das grandes resistências à aprovação da Lei de Propriedade Industrial dizia respeito ao patenteamento dos fármacos e especialmente dos microorganismos.

Para essas matérias, os Princípios que foram aprovados no Tratado Referente à Propriedade Intelectual em 1994 expressamente conferiam aprovação da regulamentação de cada país signatário em até quatro anos.

A matéria referente aos produtos e aos processos passíveis de patentes foi aprovada em 1996 e começou a vigorar em 1997, não por exigência do Tratado Internacional, conforme verificado, mas por imposição das pressões norte-americanas.

O Tratado Internacional pode ser interpretado como sendo favorecedor do debate e da discussão. No entanto, as pressões internacionais foram mais fortes, tanto é fato que é interessante destacar que a votação simbólica na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado ocorreu no dia 29 de fevereiro de 1996, curiosamente poucas horas antes da chegada ao Brasil do Secretário de Estado Americano Warren Christopher.

Em face do exposto, observa-se que o Brasil atendeu às determinações do Tratado Referente à Propriedade Intelectual por um lado e cedeu às pressões internacionais por outro, redefinindo, dessa forma, todo o arcabouço das normas de propriedade intelectual em seus diferentes aspectos.

3. A atual controvérsia entre Brasil e Estados Unidos: a quebra das patentes farmacológicas

O histórico desenvolvido demonstrou que o Brasil, ao adotar nova Legislação acerca da Propriedade Industrial, já o fez de forma adaptada aos termos do TRIPS. Aliás, é um dos poucos países membros da Organização Mundial do Comércio que efetivou tal providência. Sendo assim, na prática, havia – como de fato e de direito há – a possibilidade de patenteamento dos tais produtos estratégicos ou emergentes.

No entanto, no início de 2001, de forma inusitada e inesperada, os Estados Unidos instauraram um painel perante a Organização Mundial de Comércio, fundamentando-se na argumentação de que o Brasil não estava efetivamente cumprindo as disposições do TRIPS, pois estaria, em tese, concedendo ou tentando conceder licença compulsória para fabricantes locais de fármacos produzirem remédios que compõem o “coquetel” de uso dos pacientes portadores do vírus da AIDS (ver MOREIRA, 2001).

A controvérsia, instaurada com base nas pressões dos laboratórios farmacêuticos norte-americanos, tinha como pano de fundo o artigo 68¹² da Lei de Propriedade Industrial, que prevê a licença compulsória, e as disposições do TRIPS, especialmente o artigo 31 “g¹³”.

Primeiramente, é necessário delinear o contorno da licença compulsória e, na seqüência, buscar esforços para interpretar o referido instituto, em face das disposições internacionais que o disciplinam.

A Lei de Propriedade Industrial brasileira introduz o instituto da licença compulsória como penalidade imposta sempre que ocorrer a prática de infração contra a ordem econômica no que se refere ao mecanismo de funcionamento da patente de invenção.

Apenas a título de ilustração, cumpre salientar que a vedação ao abuso de poder econômico é princípio fixado no nível constitucional que remete à lei reprimir tal mo-

dalidade abusiva que vise à dominação de mercados, à eliminação de concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros¹⁴. O objetivo primordial da licença compulsória é inibir a imposição, pelo titular da patente, de condições restritivas nos contratos de licenciamento.

Nos casos em que a licença compulsória não tenha sido suficiente para coibir o abuso do direito ao uso exclusivo conferido ao titular, prevê-se a caducidade como uma das formas de extinção da patente, cujo objeto, em consequência, cairá em domínio público.

A licença compulsória não é concedida em caráter exclusivo, sendo que o titular da patente não será obrigado a licenciar a exploração de seu objeto se comprovar ter dado início à exploração ou, então, que já deu início aos “preparativos para a exploração da patente” ou ainda justificar a não exploração pela existência de óbice legal. Observe-se que, nesse contexto explicitamente incluído na legislação, se a não-exploração da patente, por parte de seu titular, ocorrer por falta de recursos econômicos, essa hipótese não servirá de justificativa ou “pretexto” para se evitar a sanção. Em última instância, isso implica que ao inventor de poucos recursos só resta a hipótese de ceder compulsoriamente a terceiros o direito de exploração de seu invento.

Trata-se de um instituto que, em sendo utilizado, pode sinalizar na defesa dos interesses nacionais, pois pode gerar empregos (com a produção efetiva do produto ou processo patenteado e compulsoriamente licenciado), ensejar o aprendizado técnico-científico, bem como a futura transferência de tecnologia, além de impedir – e esse é o seu objetivo primordial –, conforme já destacado, o abuso do poder econômico.

O agente competente para avaliar o pedido de licença compulsória (sua procedência ou não), bem como manifestar-se acerca da capacidade técnica do requerente na exploração, é o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, na esfera administrativa, sendo que, uma vez frustrada a solicitação,

o canal competente passa a ser o Poder Judiciário.

Para requerer a licença compulsória, qualquer pessoa “com legítimo interesse na exploração do objeto da patente”, desde que tenha capacidade técnica e econômica, pode ser autorizada, sem exigência de quaisquer outras condições.

A licença compulsória, portanto, pode ser definida como o procedimento legal que consiste em outorgar autorização, pela autoridade do Estado (INPI), a um particular para que este explore o produto patenteado, independentemente da vontade do titular da patente, quando esse último deixou de exercer suas prerrogativas e seus deveres de produzi-lo e não se dispôs a licenciá-lo, voluntariamente, para um interessado. É nesse sentido que se define a compulsoriedade da medida. Nesse caso, para assegurar que o mercado seja abastecido e com vistas a garantir a exploração do produto no território nacional, a autoridade administrativa ou a judiciária pode – e deve – conceder a licença compulsória.

Conforme destacado, a licença compulsória é um mecanismo previsto expressamente no TRIPS, cuja utilização, desde que cumpridas as formalidades legais, é lícita para produção local do objeto patenteado. Sendo assim, as patentes de remédios não produzidos localmente podem ser licenciadas compulsoriamente a empresas brasileiras que possam fabricá-las no país; dessa forma, amplia-se o acesso da população aos remédios que propiciam o tratamento da AIDS.

4. Os textos normativos envolvidos no painel instaurado na OMC – o “caso drástico”

As normas envolvidas na controvérsia em análise são, por um lado, o Tratado Referente à Propriedade Intelectual - TRIPS e, por outro lado, a Lei de Propriedade Industrial brasileira. Segundo os Estados Unidos, essa lei “não deixa claro” em quais situa-

ções a licença compulsória de medicamentos poderia ser solicitada. Além do mais, os Estados Unidos entendem que a Lei brasileira encontra-se em descompasso com as disposições do referido Tratado Internacional. É necessário levar em consideração que trata-se do entendimento de um Estado alienígena quanto à legislação doméstica.

Para KELSEN (2000, p. 387), a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Assim, pode-se interpretar que a Lei de Propriedade Industrial encontra-se, no que refere ao instituto da licença compulsória, em conformidade com a Constituição Federal, bem como com o TRIPS. Pode-se recordar, a título de ilustração, que, nos moldes da Teoria Pura, não existe contradição ou conflito entre Direito Internacional (podendo ser assim considerado o referido Tratado Internacional) e Direito estadual, ou seja, a Lei de Propriedade Industrial. Essa hipótese, segundo KELSEN (p. 366-), pode ser descrita em proposições jurídicas que de modo algum se contradizem logicamente.

No entanto, a partir dessa perspectiva, as variáveis políticas, comerciais, econômicas e sociais não estão, em hipótese alguma, contempladas, na medida em que são consideradas “metajurídicas”. Contudo, a controvérsia é concreta e o Brasil via-se na iminência de, mais uma vez, ser sancionado e, dessa vez, não apenas de forma unilateral, mas sob o respaldo de uma decisão internacional emanada da Organização Mundial do Comércio.

Nesse sentido, pode-se considerar que: se a OMC interpretasse que a licença compulsória prevista na Lei brasileira não fora positivada de acordo com o TRIPS, o Brasil estaria sujeito às penalidades e conseqüentemente proibido de utilizar o instituto em vigor no Brasil. Se, diversamente, o entendimento da OMC fosse no sentido de que não há descompasso entre a Lei brasileira e as disposições do referido Tratado Internacio-

nal, o país poderia utilizar-se da licença compulsória, com o objetivo de fabricar localmente os remédios¹⁵, cujos detentores das patentes para o tratamento da AIDS são os laboratórios farmacêuticos norte-americanos.

No entanto, é preciso levar em consideração ainda que, embora as regras contidas na Lei de Propriedade Industrial impliquem a legitimação do processo de expropriação dos inventos por parte do Estado, sempre que a não-produção local dos mesmos estiver em jogo, outras variáveis encontrar-se-ão presentes, interagindo na controvérsia, quais sejam: os detentores das patentes são laboratórios farmacêuticos e, portanto, empresas transnacionais e a não-produção local pode acarretar prejuízos irreparáveis à vida das pessoas, isto é, aos pacientes que necessitam de tais medicamentos. Além do mais, os Estados Unidos são os maiores detentores mundiais de patentes de medicamentos; nesse sentido, a “disputa” não é apenas e unicamente comercial. Vai além de tal situação: penetra nos meandros interpretativos dos “textos” jurídicos e principalmente no que se refere à sobrevivência de seres humanos.

Trata-se, na verdade, de um fenômeno consideravelmente complexo, pois envolve as reflexões relativas à soberania nacional, na medida em que se deve interpretar um Tratado Internacional, sua recepção no ordenamento jurídico interno e sua constitucionalidade. Envolve, outrossim, as reflexões acerca da saúde pública, bem como primordialmente o direito à vida ou, ao menos, à sua manutenção. A controvérsia em análise demonstra que se encontram envolvidos interesses econômicos que perpassam as delicadas e sutis relações internacionais e, ao mesmo tempo, o universo das políticas públicas implementadas no âmbito da saúde no que se refere ao fornecimento de medicamentos aos pacientes soropositivos.

Outro aspecto relevante para a interpretação das normas jurídicas envolvidas refere-se à imprecisão lingüística consubstan-

ciada na Lei de Propriedade Industrial brasileira. Nessa lei, conforme visto anteriormente, podem ser localizadas inúmeras expressões equívocas no que se refere ao instituto da licença compulsória, das quais podem ser destacadas as seguintes: “forma abusiva”, “fabricação incompleta do produto”, “inviabilidade econômica”, “necessidades de mercado”, “legítimo interesse”, “predominantemente no mercado interno”, “desuso por razões legítimas”, “realização de sérios e efetivos preparativos para a exploração”. São expressões ou palavras facilmente localizadas nas leis de um modo geral, e de forma expressa e específica na Lei de Propriedade Industrial, cujos conteúdos necessitam de preenchimento com o objetivo de evitar ambigüidades, fluidez ou até mesmo indeterminações na interpretação da Lei. São as denominadas “palavras de textura aberta”.

Quanto ao tema, Hart entende que a precisão da linguagem humana em geral, e da linguagem jurídica em particular, é limitada. As palavras utilizadas nas conversações cotidianas são vagas, não possuindo um significado suficientemente preciso para permitir a comunicação. A “textura aberta” da linguagem se acentua no campo das regras jurídicas – e das regras sociais em geral – por duas razões fundamentais. Em primeiro lugar, as regras jurídicas não estão dirigidas a pessoas ou a coisas particulares, senão a “classes” de pessoas ou coisas. Em segundo lugar, permanecem vigentes durante períodos longos e, portanto, aplicam-se a situações que não podem ser previstas no momento de sua criação. Esta última característica das regras jurídicas, por exemplo, explica a inclusão de expressões gerais (ver HART; DWORKIN, 1997, p. 33).

Do ponto de vista formal, é fato que a nova Lei de Propriedade Industrial encontra-se em consonância com o TRIPS. No entanto, no que se refere ao seu conteúdo material, no que diz respeito ao seu contexto interpretativo, obviamente, na medida em que se detecta a presença das “texturas aber-

tas”, o preenchimento de seus conteúdos pode concorrer para a preponderância deste ou daquele interesse. A interpretação do texto legal deve levar em conta se existem ou não “efetivos preparativos” para a produção da patente no mercado brasileiro ou o direito à vida.

São questões que aparentemente podem ser “drásticas”. No entanto, fazem parte do pano de fundo de uma decisão a ser levada a efeito num foro deliberativo internacional que é essencialmente relativo a disputas ou embates comerciais, no qual a supremacia americana é flagrante.

Mais do que drástica, essa controvérsia é analisada por ATIENZA (2000, p. 335) como “Caso Trágico”, vale dizer: é aquele considerado quando não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema.

No entanto, se fossem levados a efeito os “argumentos” acerca da conformidade da Lei brasileira de Propriedade Industrial com o Tratado Internacional que a inspirou, esses permaneceriam no universo de variedade relevante, apenas podendo ser aplicado ao processo concreto da argumentação, estando preenchidas as duas condições estabelecidas (Ver PERELMAN, 1996, p. 29-): existência de algumas premissas geralmente aceites e que funcionem como ponto de partida para argumentação; existência de um auditório relevante¹⁶ a persuadir ou a convencer.

Boaventura de Sousa Santos, no que se refere à retórica, salienta que esta consiste em uma forma de argumentar por motivos razoáveis, no intuito de explicar resultados já consumados ou de procurar adesão à produção de resultados futuros. O autor destaca, outrossim, a distinção existente entre a persuasão e o convencimento. A persuasão é uma adesão baseada na motivação para agir; a argumentação destinada a atingi-la

tende a intensificar essa motivação, recorrendo a argumentos emocionais. O convencimento, por seu turno, é um tipo de adesão baseada na avaliação das razões para agir; para isso a argumentação cria um campo caótico em que a ação pode ou não ocorrer (Ver SANTOS, 2000, p. 104 -).

Os argumentos que corroboram a utilização da licença compulsória, pelo Estado brasileiro, para produção local dos medicamentos para pacientes portadores do vírus HIV devem ser convincentes e também imparciais¹⁷. A noção de imparcialidade, por seu turno, localiza-se de forma estreita com a regra de justiça. Ser imparcial implica que, em circunstâncias análogas, se reagiria do mesmo modo. Ao mesmo tempo, os critérios seguidos teriam que ser considerados válidos para o maior número possível das pessoas envolvidas na interpretação dos diplomas normativos envolvidos.

Dessa forma, ao invés de uma “interpretação” oficial pelo canal competente quanto à procedência, ou não, da aplicação da Lei de Propriedade Industrial brasileira, a opção que prevaleceu foi a conciliatória, vale dizer, a formalização de “um acordo de cavalheiros”, cujas proposições podem ser resumidas da seguinte forma: os Estados Unidos encerraram o painel na OMC. O Brasil, por seu turno, comprometeu-se em manter conversações prévias com o governo americano se entender necessária a aplicação da licença compulsória de patente contra qualquer laboratório farmacêutico norte-americano. O desfecho da controvérsia foi diplomático, prevalecendo, na prática, a “mediação”.

Em capítulo extremamente bem formulado, o Professor José Alcebíades de Oliveira Junior identifica que, para os denominados “novos direitos”, como é o caso dos imateriais institucionalizados pelas patentes farmacêuticas, cuja origem, bem como superação, ocorre inegavelmente a partir dos constantes avanços tecnológicos, a solução das controvérsias deve percorrer a via da mediação e da transação (Ver OLIVEIRA JUNIOR, 2000, p. 163-173).

Dessa forma, foi possível a preservação indistinta de interesses, sem imposição de ônus ou, nos dizeres de Atienza, “de sacrifícios” para as partes envolvidas na controvérsia.

5. Algumas conclusões

A problemática da propriedade intelectual, especialmente a que se refere à apropriação patentária, continua sendo alvo de embates internacionais acirrados. Foi oficialmente reduzida, conforme verificado, neste artigo a um apêndice temático no universo amplo e desigual das relações internacionais de comércio, no qual a predominância do capital transnacional é, por um lado, ingrediente presente e, por outro lado, interesse normalmente predominante.

No bojo dos “novos direitos” e tendo-se em vista a globalização considerada em seu perfil econômico e jurídico, esta última manifestação globalizante e globalizada é, nesse trabalho, caracterizada a partir da formalização e da formação, cada vez mais intensa e paulatina, de normas supranacionais, consubstanciadas por intermédio dos Tratados Internacionais. Nesse novo contexto de direitos, deve-se observar ainda que as propostas que buscam a superação das controvérsias ao nível da mediação podem ser decisivas para as práticas das relações multilaterais ou, no mínimo, para as disputas ou embates bilaterais, como a apresentada nesse artigo.

No entanto, se a mediação, enquanto via de superação das controvérsias, não for possível, os “casos drásticos” ou os conflitos que envolvem “dilemas” permanecem latentes nas opções interpretativas a serem levadas a efeito pelas entidades internacionais.

É preciso evidenciar que o Brasil, consoante se demonstrou neste artigo e em pesquisas anteriores, já foi alvo de inúmeros prejuízos em virtude de “rótulos” sobrepostos ao sempre delicado tema das patentes. Nesse sentido, uma das questões que deve ser enfaticamente posta pode ser as-

sim formulada: até quando, em homenagem ao livre mercado e aos preços dos remédios, as vidas dos pacientes soropositivos serão preservadas?

As reflexões contemporâneas que envolvem a interpretação da Lei de Propriedade Industrial instigam desafios que, conforme verificado, relacionam-se à Teoria da Argumentação e à imposição ou não de “sacrifícios”, quer dizer, de elementos ou valores essenciais não apenas no que se refere às questões inerentes à operacionalidade do Direito, mas, sobretudo, aos fundamentos morais e éticos que, no limite da controvérsia concreta em análise, referem-se ao direito à vida.

No momento, a opção ou a decisão da superação do conflito foi a mediação ou o consenso. E quando essa via não mais for viável, em virtude da prevalência ostensiva dos interesses econômicos transnacionais?

Esse é, inegavelmente, um desafio que deve ser enfrentado e que vai além da positividade e conseqüente interpretação do Direito. Trata-se de um desafio crucial posto no cerne das relações internacionais do comércio e que pode concorrer, dependendo da solução do “dilema”, para ceifar o direito à vida. Esse é, portanto, um dos matizes que envolve as discussões interpretativas das patentes de um modo geral e das farmacológicas, de forma específica. É a materialização da categoria do “caso trágico”.

Notas

¹ Tratado Referente aos Aspectos da Propriedade Intelectual da Rodada Uruguai do GATT (*Tra-de Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

² Nesse sentido, consultar: BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Pronunciamento do Ministro das Relações Exteriores na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal*: sobre o projeto de lei de propriedade industrial. Brasília: Congresso Nacional, 1995.

³ BRASIL. Congresso Nacional. *Ata final em que se incorporam os resultados da Rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais*. Brasília, 15 abr. 1994.

⁴ Nesse sentido, sugere-se a consulta de Patrícia Aurélio DEL NERO (2000, p. 79-103). As questões relativas ao deslocamento do foro para proposição das novas regras da propriedade intelectual no cenário globalizado e seus impactos internacionais foram discutidas de forma enfática.

⁵ Em virtude do conteúdo normativo do Projeto de Lei 824/91, desde seu envio ao Congresso Nacional, a sociedade civil foi paulatinamente se organizando e de tal mobilização surgiu o “Fórum pela Liberdade do Uso do Conhecimento”, uma organização não-governamental que congregou inúmeras entidades representativas e envolvidas com a temática da propriedade intelectual. Toda a mobilização desse fórum consistiu em opor resistência ostensiva e participativa ao Projeto de Lei, principalmente no que diz respeito aos seus pontos cruciais (“*pipeline*”, patenteamento de microorganismos e fármacos, dilação dos prazos de proteção, entre outros aspectos).

⁶ Nesse sentido, consultar Patrícia Aurélio DEL NERO, (1998, cap. 2, item 2.1.) – O encaminhamento do projeto brasileiro de alteração do Código de Propriedade Industrial e suas interações com a conjuntura internacional.

⁷ As patentes de processos e produtos farmacológicos deram margem a uma considerável disputa entre o País e os Estados Unidos. Nesse sentido, sugere-se a consulta de Maria Helena TACHINARDI (1993).

⁸ No que se refere a este tema especificamente, pode-se consultar Patrícia Aurélio DEL NERO (1998).

⁹ O Professor Aurélio Wander BASTOS (1997, p. 209-210) de forma sucinta e costumeiramente didática, reúne todos os elementos necessários para a caracterização do instituto: “Título temporal, concedido pela Administração (Estado) ao inventor, em contrapartida à divulgação, bem como da exploração fidedigna do seu invento. O inventor precisa atender aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Pode-se afirmar que a patente é um documento expedido pelo órgão competente do Estado que reconhece o direito de propriedade industrial reivindicado pelo titular. A Patente garante ao inventor (ou titular) o direito de explorar seu objeto, e de autorizar a sua exploração por terceiros, em decorrência do exercício do uso exclusivo e do direito de exclusão, que caracterizam a tutela jurídica deste bem imaterial. O título é normalmente constituído de um certificado (chamado de Patente ou Carta Patente) acompanhado de uma descrição completa da invenção, sua forma de reprodução e delimitação da matéria protegida.”

¹⁰ Sobre essa categoria, o Professor Aurélio Wander BASTOS esclarece que: “são criações industriais, protegidas em diversos países do mundo através do sistema de patentes, compreenden-

do uma alteração nova, disposição ou forma, introduzida ou obtida em objetos, visando uma melhor utilização ou praticidade” (1997, p. 170).

¹¹ Também merecendo destaque: a Nova Lei de Direitos Autorais e direitos conexos: BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, 1998. E a Nova Lei de “Software”: BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção de propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília, 1998.

¹² Artigo 68 da Lei 9.279/96: “O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.”

¹³ As hipóteses previstas para licença compulsória, de forma não exclusiva, neste artigo do TRIPS, são as seguintes: extrema urgência nacional, por dependência de patentes; e por insuficiência de abastecimento do mercado interno.

¹⁴ Artigo 170, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

¹⁵ É importante destacar que o Brasil gasta cerca de R\$ 600 milhões por ano na compra de drogas anti-AIDS. Com a produção local desses medicamentos, o país, segundo estimativa, deveria economizar R\$ 83 milhões, em virtude da redução dos preços dos medicamentos anunciada pelo Governo brasileiro. Ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração que o custo anual da terapia da AIDS é de US\$ 3.000 por paciente no Brasil. Nos países desenvolvidos, esse custo varia de US\$ 10 mil a US\$ 15.000. Esses dados foram coletados no jornal *A Folha de São Paulo*, 26 jun. 2001. *Folha Cotidiano*.

¹⁶ O auditório universal é um conceito limite, no sentido de que a argumentação diante do auditório universal é a norma da argumentação objetiva. O conceito de auditório universal não é um conceito empírico: o acordo de um auditório universal não é uma questão de fato, e sim de direito. Em virtude da ainda obscura caracterização do auditório universal, identificado por Perelman, optou-se, neste trabalho, pelo novo projeto de retórica, ainda em construção, proposto por Atienza. Trata-se de um projeto ainda em fase de construção, mas que, em virtude do esforço que o autor envida para superar as já consolidadas teorias da argumentação, merece destaque e, ao mesmo tempo, estudo, haja vista que permite a observância de elementos ou categorias inovadoras que, no nosso entendimento, emergem no contexto dos novos direitos.

¹⁷ Atienza, de forma interessante, caracteriza que a proximidade da argumentação com a práti-

ca faz com que na argumentação não se possa falar propriamente de objetividade, mas sim de imparcialidade. Ser imparcial não é ser objetivo, é fazer parte do mesmo grupo que aqueles a quem se julga, sem ter antecipadamente tomado partido de nenhum deles (2000, p. 88).

Bibliografia

ALMEIDA, Paulo Roberto de. Propriedade intelectual: os novos desafios para a América Latina. *Revista Latino-Americana de Integração*, Brasília, 1991.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2000.

BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

_____. _____. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Disciplina os direitos e obrigações referentes à propriedade industrial. Brasília, 1996.

_____. _____. *Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997*. Institui a Proteção de cultivares, dispõe sobre o Serviço Nacional de Proteção de Cultivares - SNPC e dá outras providências. Brasília, 1997.

_____. _____. *Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção de propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília, 1998.

_____. _____. *Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, 1998.

_____. _____. *Projeto de Lei n. 824/91, de 30 de abril de 1991*. Regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 1991.

_____. _____. *Ata final em que se incorporam os resultados da rodada Uruguai de negociações multilaterais do GATT*. Brasília, 15 de abril de 1994.

_____. Ministério das Relações Exteriores. *Pronunciamento do ministro das relações exteriores na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal sobre o Projeto de Lei de propriedade industrial*. Brasília: Congresso Nacional, 1995.

_____. Presidência da República. Decreto n. 2.366, de 5 de novembro de 1997. Regulamenta a Lei n. 9.456/97, de 25 de abril de 1997, que institui a Proteção de Cultivares - SNPC e dá outras providências. Brasília, 1997.

- DEL NERO, Patrícia Aurélia. Propriedade intelectual: *A tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. Algumas considerações sobre as novas leis de propriedade intelectual. *Revista Economia Rural*, Viçosa, n. 4, 1998.
- _____. Biotecnologia. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- HART, Herbert; DWORKIN, Ronald. *La decision judicial*. Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOREIRA, Assis. Discussão sobre lei de patentes vai à OMC. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 18 de janeiro de 2001.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PERELMAN, Chaim et al. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.
- TACHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: o conflito Brasil X EUA sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.