

Levando os custos a sério: ainda sobre o art. 40 da Lei de Propriedade Industrial

Resposta ao artigo de Luciano Timm e Thomas Conti

CARLOS PORTUGAL GOUVÊA

MARIANA PARGENDLER



Crédito: Pixabay

Os professores Luciano Timm e Thomas Conti recentemente deram continuidade ao debate sobre o art. 40, parágrafo único, da Lei de Propriedade Industrial (LPI), oferecendo **réplica ao nosso artigo que rebateu manifestação original de Timm e Conti neste JOTA**. O presente artigo complementa nossa resposta inicial.

A última manifestação de Timm e Conti buscou novamente empregar a Análise Econômica do Direito (AED) para justificar a constitucionalidade do art. 40, parágrafo único, da LPI, sem enfrentar os argumentos de AED sobre a proteção da propriedade intelectual.

Após sugerir erroneamente no primeiro artigo que o sistema de patentes não aumenta preços, o segundo artigo sustenta que as lições da AED militariam necessariamente em favor da declaração de constitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da LPI, o que absolutamente não procede.

Em verdade, Timm e Conti continuam a ignorar os custos substanciais do referido dispositivo, desenvolvendo a inusitada modalidade de AED sem *tradeoffs*.

JOTAPRO

— Poder —

A cobertura política mais especializada do Brasil, com **previsibilidade e transparência** para você tomar decisões e desenhar cenários

CLIQUE PARA SABER MAIS

A análise de Timm e Conti inova no emprego da AED – modalidade conhecida pelo exame de custos e benefícios – ao ignorar os custos e expor apenas os benefícios do sistema patentário, em geral, e ao parágrafo único do art. 40 da LPI, em particular.

Tal dispositivo determina que o prazo de vigência de patentes de invenção não será inferior a 10 anos e o das patentes de modelo de utilidade não será inferior a 7 anos, contados a partir de sua concessão pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI).

Como se percebe, o dispositivo permite a existência de patentes que durem tanto quanto durar o processo, com frequência moroso, de concessão do INPI, assim violando a exigência constitucional de temporariedade do privilégio (art. 5º, XXIX).

Segundo o aberrante dispositivo legal, quanto mais longo o processo de

Assim, resta claro que o parágrafo único do art. 40 da LPI não somente conduz ao potencial aumento do prazo de proteção como também à sua indeterminação e imprevisibilidade.

Ocorre que os custos de um longo prazo de proteção, inexplicavelmente ignorados mais um vez por Timm e Conti, são bem conhecidos: (i) patentes restringem o acesso aos produtos patenteados e permitem o aumento de preços, (ii) a proteção excessiva às patentes pode obstar o desenvolvimento tecnológico, (iii) a restrição do acesso a medicamentos patenteados é preocupação central no debate sobre a proteção patentária em países em desenvolvimento por seus efeitos econômicos e sociais perversos e (iv) o art. 40, parágrafo único, da LPI, conduz ao incremento do prazo de proteção das patentes de forma arbitrária e atentatória à isonomia.

Se Timm e Conti acusam nossa insistência em “levar a sério” a ciência, é apenas porque o artigo inicial, *data maxima venia*, negligenciava lições elementares da literatura no campo. Jamais se buscou negar que mentes razoáveis e informadas possam divergir sobre o regime ótimo de propriedade intelectual sob perspectiva econômica ou sobre a constitucionalidade do art. 40, parágrafo único, da LPI.

No entanto, há limites para a relativização do conhecimento científico, que não deve ser afastado por meros argumentos de autoridade sem amparo em pesquisas segundo os parâmetros da comunidade acadêmica.

A consequência, neste caso, dessa falta de atenção à literatura de AED é grave, podendo ter por consequência a exclusão injustificada de acesso a medicamentos e outros produtos essenciais para milhares de brasileiros, particularmente os mais pobres. São erros como esse que, repetidos de forma sistemática pelo sistema jurídico, não apenas ampliam a injustiça social como efetivamente a causam. Vale a pena lembrá-los.

Primeiro, em sua manifestação inicial, Timm e Conti procuraram ofuscar ou até

Ocorre que a possibilidade de preços supracompetitivos em razão da proteção patentária não é mero efeito colateral, mas a justificativa econômica por excelência do instituto. A eventual existência de patentes que não geram sobrepreço em razão ou da pouca atratividade do produto, ou da existência de substitutos, coexiste com o fato de a patente possibilitar a cobrança de um preço monopolista para produtos que têm imensa demanda e não apresentam substitutos, como um novo remédio para uma doença até então incurável.

Segundo, Timm e Conti justificaram a contribuição da proteção patentária ao desenvolvimento com fundamento em trabalho relativo à proteção da propriedade rural, sendo também elementares as diferenças econômicas entre a proteção da propriedade de bens materiais e da propriedade intelectual sob a perspectiva da AED. A proteção da propriedade corpórea geralmente lida com bens exauríveis, como a terra, o que suscita escassez mesmo sem a intervenção do sistema jurídico.

No caso da propriedade intelectual, a escassez é produto absolutamente artificial da proteção jurídica, pois o conhecimento não é exaurível. Conforme articula Elinor Ostrom em sua **palestra** ao conquistar o prêmio Nobel de economia, a informação é um bem público, pois tem baixa subtrabilidade de uso e alta dificuldade de excluir potenciais beneficiários, assim diferindo de bens com alta subtrabilidade e/ou baixa dificuldade de exclusão.

Esses dois primeiros erros não foram repetidos na réplica de Timm e Conti, o que por si só já demonstra o efeito salutar do debate público. Todavia, tampouco foram admitidos, o que poderia levar os autores a reconhecer que existem sim sólidos argumentos de AED em favor da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da LPI.

Terceiro, o artigo original de Timm e Conti citava dois economistas renomados do campo – Petra Moser, da New York University, e Keith Maskus, da University of Colorado-Boulder – como referência para a sua assertiva de que a proteção das patentes contribui para o desenvolvimento.

Nossa resposta limitou-se a apontar que os trabalhos citados de tais economistas (aliás, como os de tantos outros) chegam à conclusão *oposta*, questionando a contribuição da proteção patentária para o desenvolvimento.

tentativa de “dizer que um artigo da constituição brasileira é inconstitucional em 2020 com base nas feiras de invenção do Século 19”.

Lembre-se, porém, que foram Timm e Conti que originalmente buscaram fundar sua conclusão original no estudo de Moser, e não apontaram novos trabalhos para substituí-lo (à exceção de um único trabalho de autoria do próprio Luciano Timm, referido a seguir).

Quarto, Timm e Conti oferecem discreta emenda à sua manifestação original, abandonando a noção peremptória de que “não há argumentos de Análise Econômica do Direito (AED) que justifiquem a decretação de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da LPI para dizer tão somente que “não há *bons* argumentos de AED” para tanto (grifamos).

Curiosamente, criticam-nos por não ter consultado certo artigo anterior do professor Luciano Timm que explicitamente discorre sobre a existência de teorias acadêmicas rivais sobre a importância da proteção da propriedade intelectual. Em verdade, o artigo anterior de Timm torna ainda mais injustificada a negativa expressa quanto à existência de qualquer argumento de AED em sentido contrário no primeiro artigo do **JOTA**.

Não se pode substituir o engajamento com o estado da arte da literatura, ainda que tardio, por um argumento de autoridade, dentro da lógica de “a literatura sou eu”. Cabe ao autor, no debate público, guardar coerência com sua própria produção, destacando eventual mudança de posicionamento. Tal diálogo com a própria obra é o traço mais marcante de grandes intelectuais, os quais mudaram de opinião muitas vezes no vértex do surgimento de grandes inovações científicas.

Quinto, observamos que existe especial preocupação da literatura nacional e internacional quanto aos efeitos da proteção patentária excessiva em países em desenvolvimento, a qual tende a ser tanto ineficiente como deletéria sob perspectiva distributiva.

Nossa resposta citou o trabalho do economista laureado com o prêmio Nobel Joseph Stiglitz, mas vale também mencionar as conclusões do expoente brasileiro de AED Bruno Salama, em livro escrito conjuntamente com o prof. Daniel Benouliel da Universidade de Haifa, trazendo a valiosa perspectiva de

Timm e Conti permanecem silentes sobre este ponto, preferindo ignorar as peculiaridades do contexto de países em desenvolvimento como o Brasil, bem como a preocupação com a distribuição de recursos escassos em uma sociedade altamente desigual, conforme retomaremos a seguir.

Sexto, Timm e Conti ainda sugeriram que a AED seria necessariamente refratária à declaração de inconstitucionalidade de leis ordinárias com base em princípios constitucionais, o que também mostramos ser inexato, inclusive citando exemplo de *amicus* oferecido por diversos professores norte-americanos de AED comportamental em ação que contestava a constitucionalidade de regra estadual com base em princípio constitucional.

Em sua resposta, Timm e Conti limitam-se a clamar pela deferência à lei e ao Congresso Nacional em nome da AED, deixando de lado não apenas o regramento constitucional como também as lições da tradicional literatura de escolha pública (*public choice*) em AED, segundo a qual o processo legislativo é frequentemente capturado por grupos de interesses pequenos e poderosos em detrimento dos interesses da coletividade e do bem-estar social.^[2]

Neste ponto, é conhecida a posição original de um dos autores fundacionais da AED, Richard Posner, ao afirmar que “apesar da correlação estar longe de ser perfeita, regras feitas por juízes tendem a ser promotoras de eficiência, enquanto aquelas feitas por legislaturas tendem a ser redutoras de eficiência”.^[3]

Tal visão remonta aos estudos clássicos de Friedrich von Hayek, economista agraciado com prêmio Nobel, segundo o qual os juízes estão mais próximos da realidade social pela exposição constante a casos concretos, evitando os erros informacionais derivados do processo legislativo, ou pior, de regimes autoritários.

e regras constitucionais, neste longo e difícil processo de afirmação do Estado Democrático de Direito.

Em verdade, a regra contida no parágrafo único do art. 40 da LPI viola claramente o art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, que determina o caráter “temporário” da proteção patentária. O art. 40, parágrafo único, da LPI, produz um regime patentário nitidamente indeterminado, o qual ainda excede significativamente o padrão internacional, como se verá a seguir.

O caráter estritamente temporário das patentes é protegido até mesmo por cláusula pétrea da Constituição, demonstrando o conhecimento do legislador sobre os custos da proteção patentária. Ao minar a existência de termo determinado ou mesmo determinável *ab initio*, o art. 40, parágrafo único, da LPI, incorre em inconstitucionalidade *per se*, ou seja, literal, independentemente dos seus efeitos perante a sociedade. Esses, porém, são significativos e também violam princípios constitucionais.

Por certo, a AED não é condição necessária, nem muito menos suficiente, para a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal. No entanto, como um de nós já defendeu em **artigo** escrito conjuntamente com o professor Bruno Salama, a AED pode sim ser útil em juízos de constitucionalidade, na medida em que ajuda a prever as consequências de diferentes regimes jurídicos, auxiliando, assim, na sua ponderação e na aplicação do postulado da proporcionalidade.

Dessa forma, a AED auxilia na aplicação de princípios jurídicos para realizar fins *jurídicos* (aqueles insculpidos nas regras ou princípios constitucionais), os quais indubitavelmente não se limitam à eficiência ou maximização da riqueza.

Em sua longa tréplica, Timm e Conti buscam, com todas as letras, extirpar do debate questões de “justiça social”, “justiça distributiva” ou de acesso a medicamentos, estando esses entre os principais custos sociais do dispositivo cuja constitucionalidade é, por eles, defendida. As preocupações com justiça distributiva e acesso a medicamento estão longe de configurar meras “paixões” ou preferências ideológicas, como Timm e Conti querem sugerir.

A precificação de monopólio por período excessivo compromete tanto a eficiência econômica como a distribuição de recursos apta a maximizar o bem-estar social. Não é possível discutir a constitucionalidade da lei com a premissa

Vale lembrar que a Constituição não apenas refere o interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico do país quando garante proteção à propriedade intelectual (sendo que tal desenvolvimento pode ser obstado pela proteção excessiva), como explicitamente prevê o caráter “temporário” desse privilégio e garante o direito à saúde em seu art. 5º, inciso XXIX.

O enfrentamento da constitucionalidade e dos efeitos econômicos do art. 40, parágrafo único, da LPI, passa também pelo tema do acesso a medicamentos, o qual, aliás, é tradicionalíssimo no campo da AED da propriedade intelectual e muito conhecido daqueles que estudam os efeitos do acordo TRIPS. Timm e Conti omitem essas críticas e ainda passam a falsa impressão de que o art. 40, parágrafo único, não faz mais que seguir o padrão internacional.

Nada poderia ser mais distante da realidade, conforme demonstra recente **estudo do Grupo de Direito e Pobreza da USP (GDP)**,^[4] realizado por um grupo de dezoito pesquisadores de sua Faculdade de Direito, coordenado por Calixto Salomão Filho e Carlos Portugal Gouvêa.^[5]

Segundo o estudo, a excessiva proteção conferida pelo art. 40, parágrafo único, da LPI, não encontra fundamento nos acordos TRIPS sobre propriedade intelectual da Organização Mundial do Comércio, nem paralelo na legislação das outras vinte e nove jurisdições também objeto da pesquisa.

Dos institutos que se aproximam, ao menos em aparência, do art. 40, parágrafo único, estão o *Patent Term Adjustment* (PTA) e o *Patent Term Extension* (PTE), já citados por Timm e Conti neste debate. Contudo, há diferenças significativas que tornam essas modalidades de alongamento da proteção patentária bastante restritivas em relação ao dispositivo brasileiro.

O PTA – encontrado nos Estados Unidos, Chile, Colômbia, Coreia do Sul, Peru e Singapura – impõe que o prazo máximo do ajuste corresponda ao tempo de mora administrativa injustificada, além de exigir justificativa para a extensão, descontando-se, por exemplo, os intervalos em que o depositário não agiu com a diligência requerida.

Já o PTE, que vigora na União Europeia, limita-se a produtos farmacêuticos ou fitossanitários que não puderam ser comercializados pela demora da autorização

O estudo do GDP demonstra que as diferenças produzem consequências práticas relevantes. Dentre as jurisdições analisadas, o Brasil apresenta o maior prazo médio de vigência efetiva para patentes farmacêuticas por força do art. 40, parágrafo único. O país cuja vigência efetiva das patentes farmacêuticas mais se aproxima do Brasil é a Suíça.

Todavia, o estudo do GDP sublinha as diferenças (bastante conhecidas, aliás) entre as realidades brasileira e suíça, concluindo que os níveis maiores de renda *per capita*, o maior número de pedidos de patentes de medicamentos e os investimentos mais robustos em pesquisa e desenvolvimento da Suíça justificam sua alongada proteção patentária, a qual é incompatível com as circunstâncias brasileiras.

O Brasil tem níveis de inovação tecnológica muito baixos. Por exemplo, segundo o **Atlas de Complexidade Econômica**, em 2000, logo após a entrada em vigor da LPI, o Brasil tinha a 27ª posição em complexidade econômica entre 133 países; em 2018, atingimos a 49ª colocação. Tal índice mede justamente a complexidade dos produtos exportados de cada país e é um relevante parâmetro para a avaliação da capacidade de um país de incluir tecnologias complexas em seu processo produtivo.

No entanto, conforme diagnóstico de Salama e Benoliel, a ausência de inovação na economia brasileira deve-se a fatores macroeconômicos e jurídicos amplos, sendo a mais forte proteção patentária insuficiente para contorná-los e contraproducente ao bem-estar social no país.

Ao se distanciar marcadamente do padrão dominante em países desenvolvidos, o art. 40, parágrafo único, da LPI, vai até mesmo de encontro a lição ortodoxa de Richard Posner, segundo o qual o melhor caminho para países em desenvolvimento pode ser simplesmente emular a legislação de países desenvolvidos.^[6]

Pelo menos um de nós já teve a oportunidade de criticar tal argumento de Posner, por desconsiderar os custos de transplantes institucionais em contextos distintos. Porém, a excepcionalidade da solução do parágrafo único do art. 40 realmente não encontra lastro na realidade brasileira ou no debate científico sobre o tema. Os diversos juristas e economistas defensores da existência de

Ainda outra distorção do relevante do art. 40, parágrafo único, da LPI sob perspectiva da AED é criar incentivos perversos, estimulando aqueles que buscam a concessão de patentes a trabalharem para que o processo do INPI seja o mais lento possível, visto que a concessão da extensão não exige comprovação de culpa do INPI para os atrasos.

Existe um claro prêmio para todos aqueles que conseguirem fazer com o processo de concessão seja tumultuado, ponto nitidamente problemático dentro da lógica de AED de que os incentivos importam. Para além do desincentivo à inovação criado pela regra, há ainda oportunidade para corrupção.

Conforme indica a literatura, regras que aumentam a discricionariedade do agente público – permitindo-lhe conferir a uma parte ganhos desproporcionais a um ou outro ator, como é o caso do art. 40, parágrafo único – sabidamente fomentam a corrupção.^[7]

O benefício da extensão do prazo da patente é enorme, sendo especialmente difícil monitorar a atividade do INPI para a aferir se a demora é fruto da complexidade das tecnologias analisadas, do volume de trabalho ou de corrupção.

Por fim, vale destacar que nossas considerações neste **JOTA** buscam exclusivamente contribuir ao debate público de forma isenta como professores e pesquisadores do campo.

Não atuamos nem como procuradores ou consultores de qualquer das partes ligadas à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5529, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, nem por qualquer das associações de *amicus curiae*.

As pesquisas do Grupo Direito e Pobreza foram realizadas com recursos exclusivos da Universidade de São Paulo, sem qualquer tipo de financiamento externo que possa criar conflitos de interesse.

Encerramos aqui nossa participação no presente debate, desejando que a discussão do tema na academia, no legislativo e nas cortes continue com a devida atenção ao estado da arte na literatura de AED e à normativa constitucional relevante.

acesso a produtos essenciais e, no longo prazo, o próprio desenvolvimento econômico e social do país.

O episódio 48 do podcast *Sem Precedentes* faz uma análise sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em 2020 e mostra o que esperar em 2021. Ouça:

[1] SALAMA, Bruno Meyerhof; BENOLIEL, Daniel. *Líderes Improváveis: A Batalha dos Países em Desenvolvimento pelo Acesso a Medicamentos Patenteados*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.

[2] Ver, e.g., MUELLER, Denis. *Public Choice III*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 333 et seq.

[3] Livre tradução de POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1986. p. 495.

[4] O estudo foi juntado à ADI 5529 do Supremo Tribunal Federal, em 16 de dezembro de 2020, pela Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS – ABIA, admitida, no dia 21 de fevereiro de 2018, na qualidade de *Amicus Curiae* por despacho.

Unidos da América, França, Holanda, Índia, Indonésia, Israel, Itália, Japão, México, Peru, Portugal, Reino Unido, Rússia, Singapura, Suécia, Suíça, União Europeia, e Uruguai.

[6] POSNER, Richard A. Creating a Legal Framework for Economic Development. *World Bank Research Observer*, Washington, v. 13, p. 1-11, fev. 1998. p. 6.

[7] ROSE-ACKERMAN, Susan. The Law and Economics of Bribery and Extortion. *Annual Review of Law and Social Sciences*, New Haven, v. 6, p. 217-238, 2010. p. 221.

CARLOS PORTUGAL GOUVÊA – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
MARIANA PARGENDLER – Professora associada da FGV Direito SP e coordenadora do Núcleo de Direito, Economia e Governança da FGV Direito SP.

É estudante ?

Aproveite as condições especiais para quem está na graduação, mestrado ou doutorado.

ASSINE

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.