

abpi.empauta.com

Associação Brasileira da Propriedade Intelectual
Clipping da imprensa

Brasília, 09 de março de 2020 às 08h02
Seleção de Notícias

Yahoo! Notícias Brasil | BR

Patentes

Tribunal mantém condenação e Apple ainda deve US\$ 838 milhões ao Caltech 3
CAPA

Jornal da Ciência - SBPC - Online | BR

Pirataria | Biopirataria

13. Mudança em composição da Comissão Nacional de Biodiversidade poderá ser suspensa 4

Migalhas | BR

Marco regulatório | INPI

O STF e a jurisdição constitucional da propriedade intelectual 5
PEDRO MARCOS NUNES BARBOSA

Tribunal mantém condenação e Apple ainda deve US\$ 838 milhões ao Caltech

CAPA

Condenada a pagar US\$ 838 milhões ao Caltech (Instituto de Tecnologia da Califórnia) pela **violação** de patentes das transmissões de Wi-Fi dos seus dispositivos, a teve mais uma notícia ruim sobre este caso na última quinta-feira (5). A será mantida pelo Tribunal de Apelações do Circuito Federal dos EUA, que não invalidou o pedido da Maçã.

De acordo com a Reuters, a Apple tentou invalidar a **patente** por motivos de "obviedade", sugerindo que a **patente** era uma invenção que vinha do design e desenvolvimento padrão de produtos e é óbvia para os especialistas.

O e a Broadcom em 2016 por violar uma série de **patentes** concedidas entre 2006 e 2012. Essas **patentes** eram relacionadas aos códigos IRA/LDPC que usam circuitos de codificação e decodificação mais simples para melhorar as taxas e o desempenho

da transmissão de dados, com as tecnologias usadas nos padrões 802.11n e 802.11ac Wi-Fi suportados por muitos produtos da Apple.

O Instituto alegou que a Apple estava violando quatro **patentes** com o iPhone, iPad, iPod Touch, Mac, Apple TV, roteadores de aeroportos e Apple Watch, e exigiu um julgamento por júri, além de liminares preliminares e permanentes contra produtos da Apple nos EUA que usam tecnologia do Caltech. Em janeiro, um júri decidiu a favor do Caltech, ordenando que a Broadcom pagasse US\$ 270 milhões e a Apple pagasse US\$ 838 milhões. A Apple ainda vai recorrer.

Fonte:

Trending no Canaltech:

13. Mudança em composição da Comissão Nacional de Biodiversidade poderá ser suspensa

A anulação do Decreto 10.235/20 é pedida pela deputada Jandira Feghali (PCdoB-RJ). Ela critica a retirada de representantes de povos indígenas, organizações não governamentais, comunidade acadêmica e movimentos sociais da comissão nacional, que tem agora mais indicados pelo governo federal

O Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 44/20 suspende decreto do governo Jair Bolsonaro que alterou a composição da Comissão Nacional de Biodiversidade, órgão consultivo responsável pela coordenação das ações do Programa Nacional da **Diversidade** Biológica (Pronabio). A proposta tramita na Câmara dos Deputados.

Tanto a comissão quanto o Pronabio foram criados para implementar no Brasil as diretrizes da Convenção sobre **Diversidade** Biológica (CDB), um tratado da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1993.

A anulação do Decreto 10.235/20 é pedida pela deputada Jandira Feghali (PCdoB-RJ). Ela critica a re-

tirada de representantes de povos indígenas, organizações não governamentais, comunidade acadêmica e movimentos sociais da comissão nacional, que tem agora mais indicados pelo governo federal.

Para a deputada, o decreto está inserido em um contexto mais amplo de fechamento dos espaços colegiados do governo para a sociedade civil. "Percebe-se que o objetivo das mudanças implantadas no decreto contraria os princípios democráticos mais básicos, quais sejam, a participação popular tanto na elaboração de políticas como na fiscalização dos órgãos públicos", disse Feghali.

Tramitação

A proposta será analisada pelas comissões de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável e Constituição e Justiça e de Cidadania. Depois seguirá para o Plenário da Câmara.

Agência Câmara de Notícias

O STF e a jurisdição constitucional da propriedade intelectual



Desde o advento da Constituição de 1988 o STF tem exercido um tímido papel ao dirimir contendas que envolvam disputas sobre os bens de produção consistentes nas exclusivas garantidas por propriedades intelectuais

Introdução

A propriedade intelectual tutela as criações imateriais de todas as sortes, sendo um tipo de titularidade de enorme valia por se enquadrar como uma espécie dos denominados bens de produção.¹ Por permitir o controle sobre um objeto de direito com enorme impacto social (aos não-proprietários) tem-se destacado a noção de poliedria² da relação jurídica que envolve diversos núcleos de interesses relevantes.

Ou seja, a concessão, registro e até a denegação do pleito, corriqueiramente, impacta não só naquele que inaugurou o processo administrativo, mas em toda sociedade e no conceito de domínio público³ (art. 99, I, do CC/02).

Tais premissas são importantes para compreender (quicá justificar) as causas pelas quais o Poder Constituinte originário concebeu a tutela dos direitos intelectuais como parte do rol dos direitos fundamentais (art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX da CRFB); e pela qual o Poder Constituinte Derivado também regulou a matéria nos capítulos das finanças públicas (art. 167, §5º, da CRFB), da saúde pública

(art. 200, V, da CRFB), da educação, da cultura e do desporto (art. 213, §2º, da CRFB), e no tocante à ciência, tecnologia e inovação (art. 218 e seguintes da CRFB). Afinal, não há que se falar em genuíno desenvolvimento capitalista sem a adequada arquitetura das externalidades - positivas e negativas - engendradas pelas criações do intelecto humano.

A jurisdição constitucional da propriedade intelectual pelo STF

Desde o advento da Constituição de 1988 o STF tem exercido um tímido papel ao dirimir contendas (objetivas e subjetivas) que envolvam disputas sobre os bens de produção consistentes nas exclusivas garantidas por propriedades intelectuais. A se comparar com a constância com a qual a Suprema Corte dos Estados Unidos da América julga casos de P.I. (praticamente todos os anos fixam precedentes importantes na seara), algum desavisado poderia pensar que o Brasil não integra a Organização Mundial do Comércio, ou que os Direitos Intelectuais não são de real importância para o projeto desenvolvimentista nacional (art. 170 e incisos da CRFB). Quantitativamente a pauta do STF parece ser elaborada a priorizar discussões sobre Direito Penal (muitas delas de cunho individual) e Tributário, com algum minútíssimo espaço para outros ramos do Direito.

Ressalte-se que, de outro lado, nas quatro excepcionabilíssimas oportunidades em que o Pretório Excelso enfrentou a matéria recentemente, as decisões (I) corretamente compreenderam a diversidade das gamas de interesses impactados na relação jurídica complexa e poliédrica; (II) pacificaram questões tormentosas que traziam enorme insegurança jurídica e (III) concluíram no sentido de realizar a função promocional do Direito.

Sinteticamente, naqueles feitos, o Órgão de Cúpula do Poder Judiciário Nacional decidiu ser compatível

com a Constituição: (a) a Legislação que delimita os poderes do titular do registro de marca de modo que não atravesse a circulação e a reutilização de recipientes (botijões de gás que têm invólucros padronizados) com signos distintivos de terceiros concorrentes, em prol da defesa do consumidor;⁴ (b) a Legislação que maximizou a submissão de entidade que promove a gestão coletiva dos direitos de autor ao escrutínio e sindicabilidade dos seus beneficiados (titulares e autores)⁵, em prol do princípio Republicano;⁶ (c) a Legislação que prestigia Softwares Livres em procedimentos licitatórios, por promover uma ótica incluyente e de prestígio ao melhor interesse dos administrados⁷ e (d) que a natureza jurídica dos valores cobrados pelo **INPI** para apreciar e decidir pleito constitutivo de direitos de propriedade intelectual é de preço público⁸.

Em outras palavras, todos os feitos de PI (no atual sistema constitucional inaugurado em 1988) dirimidos pelo STF tiveram a virtude de enxergar os outros, de acautelar os hipossuficientes, de prestigiar quem não integra o clube dos Fatores Reais de Poder⁹ nos pleitos versando sobre direitos intelectuais.

As ações diretas de inconstitucionalidade 4.234 e 5.529

Se o *metier* acadêmico e dos jurisdicionados - em geral - estabeleceu críticas positivas pelos resultados (ótica pragmática)¹⁰ e pela fundamentação (viés democrático e de legitimação)¹¹ do quarteto de precedentes de Propriedade Intelectual oriundos do STF; de outro lado, observa-se o crescimento de críticas legítimas sobre o fato de que as duas demandas mais relevantes da seara até hoje não foram dirimidas.

É no contexto das tecnologias utilitárias (das **patentes** de invenção) em que se nota a maior abrasividade entre os núcleos de interesses dos proprietários para com o dos não-proprietários. Por exemplo, a incidência de uma exclusiva (I) sobre o campo biotecnológico pode servir de contexto para

Continuação: O STF e a jurisdição constitucional da propriedade intelectual

uma disputa entre o titular da **patente**, os licenciados (fazendeiros produtores de grãos), e os consumidores (que são afetados pelo encarecimento de produtos que integram a cesta básica); (II) no contexto agroquímico pode resultar em uma diáspora entre os interesses do proprietário, do Estado e do Meio Ambiente e (III) na seara de medicamentos para uso humano, corriqueiramente, entabulam-se conflitos entre o titular, o Estado (Poderes Executivos Federal, Estadual, Distrital e Municipal que adquirem medicamentos via SUS), os Concorrentes (particularmente sociedades empresárias que produzem teor farmacêutico genérico e similar) e os Consumidores (que anseiam maior acesso à saúde, ao menor custo possível). Assim, urge a reinclusão¹² em pauta de julgamento da ADI 4.234 (em que se discute o instituto pipeline - art. 230 e 231 da lei 9.279/96), na qual se discute a possibilidade da Ordenação Nacional albergar (I) a constituição de exclusivas concorrenciais sem o integral e efetivo exame (sindicabilidade) de mérito pelo **INPI**; (II) a possibilidade de se apropriar de bem público de uso comum (tecnologia em domínio público), sem qualquer tipo de contraprestação ao erário e (III) a concepção de uma patente¹³ sem novidade,¹⁴ logo uma exclusiva que incida de maneira retroativa para restringir as liberdades de iniciativa e de concorrência.

Ultrapassado o hiato temporal superior a uma década desde a sua distribuição, tal ação direta é ainda fundamental para (1) estabelecer precedente que crie a norma¹⁵ que delineie, a fortiori, qual a autonomia pública do Poder legislativo em criar exclusivas sem as contrapartidas do sufixo do art. 5º, XXIX (tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País); (2) decidir qual o destino¹⁶ dos bilhões de dólares remetidos ao exterior, com dedutibilidade fiscal, baseados em títulos sem higidez Constitucional; e (3) pacificar uma série de contendas que persistem (acerca da eficácia de tais títulos) entre entes privados.

Com relação a ADIn 5.529 (que é um tanto mais recente do que a ADIn 4.234, mas que consubstancia os

mesmos argumentos antecipados na ADIn 5.061), tal contenda (acerca do art. 40, parágrafo único, da lei 9.279/96) foi objeto de recente 'liberação para pauta,¹⁷ mas não há qualquer previsão efetiva para o julgamento. Neste caso eventual mora para a fixação de uma data de julgamento traz prejuízos que impactam nos interesses públicos (a1) primários sociais, (a2) primários coletivos e (b) secundários.

No tocante aos interesses primários sociais, é importante destacar o fato de que o mérito do caso versa sobre a compatibilidade entre a prorrogabilidade¹⁸ de exclusivas (que são exceções ao sistema e deveriam receber interpretação restritiva)¹⁹ por retardos da Autarquia examinadora, e a restrição do acesso à saúde e ao encarecimento do custo Brasil (já que as mesmas tecnologias estarão em domínio público alhures, mas sob controle privado no país).

Com relação aos interesses primários coletivos, é relevante salientar que toda forma de dilatação do termo de vigência de uma **patente** acaba por manietar os concorrentes na utência da tecnologia, lhes frustrando a legítima expectativa de ingresso em um determinado mercado, já que se fulmina a certeza da temporariedade, da calculabilidade²⁰ da extensão 'privilegio de invenção'.

Por fim, no que afeta os interesses públicos secundários, cada mês em que o pedido de decretação de inconstitucionalidade da Procuradoria Geral da República não é apreciado pelo colegiado do STF, o erário lida com a (banalização da) hipertrofia das inexistibilidades licitatórias (art. 25, I, da lei 8.666). Tal fato é particularmente oneroso com relação a aquisição de medicamentos de alto custo para o SUS. Em recente estudo conduzido pelo Instituto de Economia da UFRJ, considerando apenas nove medicamentos (para doenças graves como Câncer e Hepatite C) sujeitos à patentes que tiveram seu prazo prorrogado, e que são objetos de larga compra pública pelo SUS, há um custo adicional anual de R\$3,7 bilhões em virtude do art. 40, parágrafo único, da lei 9.279/96. Ou seja, se o mérito jurídico do tipo legal é claudicante pe-

Continuação: O STF e a jurisdição constitucional da propriedade intelectual

rante o sistema constitucional, o teor econômico é ainda mais desastroso e ineficiente.²¹

Conclusão

Com dezenas de amici curiae²² admitidos nas duas ADIn's de maior relevo para o Direito da Propriedade Intelectual, espera-se que o ano de 2020 seja aquele em que os bem fundamentados pedidos da Procuradoria Geral da República sejam apreciados e decididos pelo STF. A sociedade brasileira carece de tal prestação jurisdicional com urgência.

1 Sobre a relevância da atuação Estatal no controle do bom uso dos bens de produção vide GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 92.

2 "O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram." ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil - Industrial, Econômico e Financeiro, Nº 104. Outubro-Dezembro/96, p. 109.

3 Sob o ponto de vista do Direito português vide MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Domínio Público. O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 274.

4 "Quanto ao gás liquefeito de petróleo (GLP), a lei impugnada determina que o titular da marca estampada em vasilhame, embalagem ou recipiente reutilizável não obstrua a livre circulação do continente (art. 1º, caput). Estabelece que a empresa que reutilizar o vasilhame efetue sua devida identificação através de marca, logotipo, caractere ou símbolo, de modo a esclarecer o consumidor (...) Dinamismo do

mercado do abastecimento de gás liquefeito de petróleo (...) A lei hostilizada limita-se a promover a defesa do consumidor, dando concreção ao dispositivo no artigo 170, V, da Constituição do Brasil." STF, Pleno, min. Eros Grau, ADIn 2.359, J. 27.09.2006.

5 "Tais regras consubstanciam meios proporcionais voltados à promoção da transparência da gestão coletiva de **direitos** autorais, finalidade legítima segundo a ordem constitucional brasileira, porquanto capaz de mitigar o viés rentista do sistema anterior e prestigiar, de forma imediata, os interesses tanto de titulares de **direitos** autorais (CRFB, art. 5º, XXVII) quanto de usuários (CRFB, art. 5º, XXXII) e, de forma mediata, bens jurídicos socialmente relevantes ligados à propriedade intelectual como a educação e o entretenimento (CRFB, art. 6º), o acesso à cultura (CRFB, art. 215) e à informação (CRFB, art. 5º, XIV)." STF, Pleno, Min. Luiz Fux, ADIn 5062, julgado em 2016.

6 "Todos são irrestritamente sujeitos ao poder de fiscalização do Congresso. Entretanto, eventual inexistência de lei regulando tal processo [de fiscalização] não inibe o Congresso Nacional de exercitar amplamente todas as funções que já estão razoavelmente disciplinadas no texto constitucional e com condições, portanto, de eficácia e aplicabilidade imediatas, como ensina José Afonso da Silva. Tal poder fiscalizatório é uma natural decorrência do princípio republicano, que encontra em inúmeros preceitos disposições que, também quanto a esse aspecto, reforçando-o, asseguram sua eficácia o aparelham, positivamente (exemplos: arts. 49 IX; 51 II; 70 e §§; 71 XI; e 85)." ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2º edição, 3º triagem, São Paulo: Malheiros Editora, 2001, p. 65.

7 "Os postulados constitucionais da eficiência e da economicidade (CRFB, arts. 37, caput e 70, caput) justificam a iniciativa do legislador estadual em estabelecer a preferência em favor de softwares livres a serem adquiridos pela Administração Pública." STF, Pleno, min. Luiz Fux, ADIn 3.059, J. 09.04.2015.

Continuação: O STF e a jurisdição constitucional da propriedade intelectual

8 "Preço pago como retribuição à análise de pleito de registro de marcas ou proteção das topografias de circuitos integradas ou pedidos de **patentes** no sistema de proteção à **propriedade** intelectual não ostenta compulsoriedade, possuindo natureza jurídica de tarifa ou preço público, devida por interesse do particular. Art. 228 da Lei 9.279/1996." STF, Pleno, Min. Luiz Edson Fachin, ADIn 3.863, J. 20.09.2018.

9 LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Lumen Juris, Rio de Janeiro; 2011, p. 12.

10 "O "problema" só existe como um passatempo para os acadêmicos. Fora da academia, nenhuma pessoa importante ou influente se preocupa com os fundamentos da democracia liberal ou mesmo em saber se ela tem algum fundamento. E por que alguém deveria se preocupar? Quando uma prática dá certo, ela não precisa de fundamentação." POSNER, Richard Allen. A problemática da Teoria Moral e Jurídica. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012, p. 92.

11 BARBOSA, Ana Paula Costa. A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 93.

12 Por duas vezes (em 05.09.18 e 20.05.19) o feito submetido à relatoria da Min. Carmen Lúcia já foi retirada de pauta, sempre às vésperas da data de julgamento e sem qualquer fundamentação que externalizasse à sociedade qual foi a causa para tal postergação. Note-se que até mesmo o Poder Discricionariedade é submetido ao comando do art. 93, IX, da CRFB.

13 "Não importa, portanto, que a invenção seja por acaso. Por outro lado, não pode se tratar de descoberta de algo que já existia na natureza. Ocorre que do ponto de vista teórico, o conceito de atividade inventiva implica na verdade restringir a **concessão** de patentes, estimulando a concorrência. Não poderá haver **concessão** de patente quando o investimento em pesquisa tiver sido estatal ou acadêmico e na pes-

quiza aplicada não houver dificuldade vencida. Tampouco haverá **patente** quando a disputa de mercado entre as empresas já levar ao limiar da invenção e o passo final do pleiteante da **patente** não implicar nenhum processo de superação de dificuldade, São necessários o investimento tecnológico, o esforço, a aplicação de recursos para a obtenção da **patente.**" SALOMÃO FILHO, Calixto. Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 130.

14 "The requirement of novelty prevents getting a patent on something known to have been invented already." LANDES, William M & POSNER, Richard Allen. The Economic Structure of Intellectual Property Law. EUA: Harvard University Press, 2003, p. 303.

15 MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 2ª Edição, São Paulo: RT, 2017, p. 57. 16 Como não se desconhece, na eventual acolhida das alegações suscitadas pelo legitimado constitucional tal resulta em efeitos retrospectivos: CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no direito Comparado. Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª Edição, Porto Alegre: 1999, p. 119.

17 Em 26.09.19.

18 Criticando o expediente de dilatação da extensão temporal de **patentes** - disse o vencedor do Nobel de Economia: "As **patentes** costumam dar temporariamente ao inventor o monopólio da inovação, mas os detalhes da lei de **patentes** pode estender a duração da **patente**, reduzir a entrada de novas empresas e aumentar o poder de monopólio. A legislação norte-americana sobre as **patentes** tem feito exatamente isso. As leis não são concebidas para maximizar o andamento da inovação, mas sim para maximizar os lucros. (...) Mas criamos um regime de **propriedade** intelectual dispendioso e injusto, que beneficia mais os advogados de **patentes** e de grandes empresas do que o avanço científico e os pe-

Continuação: O STF e a jurisdição constitucional da propriedade intelectual

quenos inovadores" STIGLITZ, Joseph Eugene. O preço da Desigualdade. 2ª Edição, Lisboa: Bertrand, 2016, p. 106 e 285.

19 "A disciplina jurídica da proteção à **propriedade** intelectual não pode ser vista de forma apartada desse quadro. Exatamente porque constituem "garantia de monopólios", restringindo a livre-iniciativa, os direitos de **propriedade** industrial devem ser encarados como exceção. A interpretação que a eles se dá será restritiva e não extensiva." FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 342.

20 "Segurança jurídica existe precisamente quando o indivíduo conhece e compreende o conteúdo do Direito, quando tem assegurados no presente os direitos que conquistou no passado e quando pode razoavelmente calcular as consequências que serão aplicadas no futuro relativamente aos atos que praticar no presente." ÁVILA, Humberto. Constituição, Liberdade e Interpretação. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 19.

21 "Mas a ideia não era boa. Por quê? Porque seus resultados são ruins. E é isto, afinal, que deve valer para julgá-la. Ser sedutora, ser generosa, não faz com que funcione. E, se não funciona, a abandonamos." SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 180.

22 Conglobando associações de representação empresarial nacional, estrangeira, Autarquias, grupos de direitos humanos, de pacientes e de acesso à saúde em geral etc.

***Pedro Marcos Nunes Barbosa** é sócio do escritório **Denis Borges Barbosa Advogados**. Discente do Programa de pós-doutorado junto ao Departamento de Direito Civil da FADUSP. Doutor em Direito Comercial (FADUSP), mestre em Direito Civil (UERJ)

Continuação: O STF e a jurisdição constitucional da propriedade intelectual

e especialista em Propriedade Intelectual (PUC-Rio). Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Pedro Marcos Nunes Barbosa

Índice remissivo de assuntos

Patentes

3, 5

Pirataria | Biopirataria

4

Propriedade Intelectual

5

Direitos Autorais

5

Marco regulatório | INPI

5

Propriedade Industrial

5