

MILTON LUCÍDIO LEÃO BARCELLOS

***LIMITES E POSSIBILIDADES HERMENÊUTICAS DO PRINCÍPIO DA
IGUALDADE NO DIREITO DE PATENTES BRASILEIRO***

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito na área de concentração Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Aronne (PUCRS)

Co-orientador: Prof. Michael Meurer (Universidade de Boston)

Porto Alegre

2010

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B424l Barcellos, Milton Lucídio Leão
Limites e possibilidades hermenêuticas do princípio da
igualdade no direito de patentes brasileiro / Milton Lucídio
Leão Barcellos. – Porto Alegre, 2010.
184 f.

Tese (Doutorado) – Fac. de Direito, PUCRS
Orientador: Prof. Dr. Ricardo Aronne

1. Direito. 2. Patentes. 3. Direitos Fundamentais.
4. Princípio da Igualdade. 5. Concorrência. I. Aronne,
Ricardo. II. Título.

CDDir 342.27

Bibliotecária Responsável: Salete Maria Sartori, CRB 10/1363

RESUMO

A presente tese objetiva demonstrar que o princípio da igualdade, materialmente considerado, deve ser reconhecido na base do sistema de patentes para que a funcionalidade deste sistema mantenha-se em sintonia com o interesse social, desenvolvimento econômico e tecnológico do país. O princípio da igualdade, partindo de uma premissa de tratamento diferente para tecnologias diferentes no limite de suas diferenças, atua como otimizador do sistema de patentes em sintonia com a sua vinculação funcionalizante e, concomitantemente, enquanto elemento garantidor da livre concorrência. O estudo proposto demonstra que a hermenêutica que parte da premissa reconhecedora do princípio da igualdade em muito contribui para a otimização do sistema de patentes enquanto cumpridor de sua essência funcional vinculada às finalidades constitucionais. No entanto, o esforço hermenêutico que tem a isonomia como ponto de partida possui limitações que dependem de alteração legislativa integradora.

Palavras-chave: Patentes. Direitos Fundamentais. Princípio da Igualdade. Livre concorrência. Hermenêutica Jurídica.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 O MERCADO E O SISTEMA DE PATENTES	20
3 IGUALDADE E ESTADO SOCIAL.....	86
4 PROBLEMATIZANDO A IGUALDADE NO SISTEMA DE PATENTES.....	94
5 LIMITES DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E ÓBICES DO SISTEMA..	127
6 IGUALDADE E LIVRE CONCORRÊNCIA COMO REFERÊNCIAS HERMENÊUTICAS ORIENTADORAS E LIMITADORAS DO DIREITO DE PATENTES	137
7 SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA ADEQUAÇÃO DO SISTEMA DE PATENTES .	148
8 CONCLUSÕES	155
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	161
ANEXO A: Pesquisa de Campo CADE.....	174
ANEXO B: Pesquisa de Campo - FTC e DOJ	182

1 INTRODUÇÃO

A base de desenvolvimento da presente tese parte da análise do princípio da igualdade como um dos fundamentos constitucionais a serem relevados na busca de adequação do sistema de patentes à realidade de desenvolvimento tecnológico da sociedade, tendo uma atenção especial ao exame do princípio da livre concorrência como norte hermenêutico a determinar limitações no exercício do direito de patentes, com os objetivos de apontar as dissintonias e possíveis soluções para um sistema brasileiro de patentes em consonância com a Carta Magna de 1988.

Com efeito, o presente estudo possui pontos de estrangulamento que, em linhas gerais, necessitam a compreensão tópica dos princípios da igualdade e da livre concorrência, de modo que se analisa o impacto desses dois princípios no sistema de patentes sobre o enfoque do necessário reconhecimento de fator de *discrímen* tomando por base a diversidade tecnológica.

Observa-se a estrutura do sistema de patentes como um todo, que parte da premissa de que toda criação intelectual que preencha os requisitos de novidade, atividade inventiva, aplicação industrial e suficiência descritiva, da forma como os mesmos são interpretados atualmente, não estando vedada por expressa disposição legal, é elegível como direito subjetivo à obtenção de uma patente com outorga de direitos iguais ao titular.

Frente a esse tratamento isonômico, há um reflexo direto quanto à possibilidade de exercício abusivo do direito de patentes baseado na atual estrutura do sistema de patentes, cuja prevenção e repressão pelo sistema jurídico enfrentam dificuldades em virtude da essência e complexidade de tais direitos.

Examinando-se tais problemas sob o manto do princípio da igualdade, tem-se que o sistema de patentes parte da premissa de que tratando-se de tecnologia inovadora (em qualquer área) há a possibilidade legal de obtenção de uma patente

com o cumprimento de requisitos “engessados” aplicáveis a qualquer área tecnológica. Ou seja, o tratamento conferido pelo sistema de patentes é formal e materialmente o mesmo para qualquer tipo de tecnologia, mesmo que haja um verdadeiro “buraco negro” de diferenças entre as tecnologias sob exame.

Necessário se faz enfrentar o princípio da igualdade, assim como analisar o sistema de patentes, sob a perspectiva do princípio da igualdade material, transpondo a sua aplicação para o tratamento desigual de tecnologias desiguais.

Ultrapassando-se as questões geradas pela aplicação do princípio da igualdade em sua vertente material no direito de patentes (afastando ao máximo as dissintonias atuais), passando-se para o momento do exercício do direito de patentes no mercado, não há como analisar a necessária intersecção entre o direito de patentes e o direito concorrencial sem uma clara individualização e contextualização inicial de ambos, relacionados, através das quais se torna mais didática a compreensão das situações fáticas que cada vez mais permeiam os órgãos de defesa da concorrência e o Poder Judiciário.

Com efeito, a propriedade industrial, nela inserida as marcas, patentes, desenhos industriais, indicações geográficas e repressão à concorrência desleal, conforme estabelecido pela Lei da Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279/96, art. 2.º)¹, possui o seu norte delimitado por dispositivo constitucional de eficácia imediata prevendo os limites da legislação infraconstitucional vinculados ao cumprimento do interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (CF, art. 5.º, inciso XXIX)².

¹ Lei 9.279/96, Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial; III - concessão de registro de marca; IV - repressão às falsas indicações geográficas; e V - repressão à concorrência desleal.

² Constituição Federal de 1988: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIX - 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.

Nesse sentido, cumpre lembrar que o direito de patentes vem adquirindo destaque nos países em desenvolvimento, tendo em vista a valorização cada vez maior do chamado “capital intelectual” em detrimento dos bens físicos, assim como a cada vez maior relação essencial desses direitos com a evolução dos mercados³.

Indo mais além, a necessidade de existência de um sistema de patentes está vinculada à existência de concorrência, sendo o próprio atendimento do interesse social em estimular a concorrência sadia um dos pilares fundamentais do sistema de patentes.

É importante ressaltar que o presente trabalho também leva em consideração que em um Estado de Direito, a propriedade industrial assume posição de destaque e, devendo pautar-se, na medida do possível, pelo seu aspecto claramente funcionalizante, com os balizamentos expressos pela preponderância harmônica das teorias utilitarista e do plano social⁴, encontrando seus desígnios na ordem constitucional instituída.

³ A edição 964 da Revista Exame de 24/03/2010, p. 96-98, publicou reportagem sobre Nathan Myhrvold (ex-braço direito de Bill Gates na Microsoft), fundador da Intellectual Ventures, empresa cuja missão é declarada em seu site é a de “energizar e simplificar uma economia da invenção que irá direcionar a inovação no mundo”. Um fator interessante é que já conta com um portfólio de 30.000 patentes, mas não produz sequer um produto decorrente das mesmas, ou seja, o objetivo é realmente formar capital intelectual para negociação, o que demonstra uma dissintonia com a tradicional forma de se enxergar o sistema de patentes no universo concorrencial. A própria reportagem demonstra os prós e contras de um sistema de negócios focado apenas na negociação (em larga escala) de direitos de patentes sem efetivamente desenvolver produtos/serviços a elas relacionados: Se por um lado auxilia a recompensar financeiramente os pequenos inventores donos de patentes que são usadas por grandes empresas, por outro lado pode vir a “sufocar as inovações”. A Intellectual Ventures não possui risco de violação de patentes anteriores (pois não coloca produtos/serviços no mercado), trabalhando apenas na acumulação e negociação de direitos de patentes. Conta com nada mais nada menos que cinco bilhões de dólares disponíveis para investimentos. Estes fatos atuais sinalizam algo muito importante e relacionado à presente tese: tratar o sistema de patentes como o mesmo era tratado na sua constituição mais harmonizada a partir do final do século XIX consiste em cometer um grande equívoco de base do sistema atual e de interpretação do sistema quando atuante no ambiente concorrencial.

⁴ Tais teorias, juntamente com as teorias da personalidade e do trabalho são analisadas por Willian Fischer em sua obra “Theories of Intellectual Property”, Harvard, 2001, assim como são transportadas para a realidade brasileira em análise feita na minha dissertação de mestrado intitulada “As bases jurídicas da propriedade industrial e sua interpretação”, defendida em 07/04/2006, PUCRS, a qual conclui que o nosso sistema jurídico brasileiro atual de propriedade industrial deve seguir o norte hermenêutico desenhado pela preponderância harmônica das teorias utilitarista e do plano social em relação à menor incidência das teorias da personalidade e do trabalho.

De outro lado, a dinâmica da concorrência no mercado vem tornando obrigatória uma maior regulação do Estado nas relações privadas e, no contexto dos direitos da propriedade industrial e tendo em vista a restrição do objeto sob análise neste trabalho, uma necessidade cada vez maior de interpretação dos limites do direito concorrencial e do direito de patentes que aparentemente (e apenas aparentemente) entram em conflito na sociedade atual.

Destaca-se que, na pesquisa realizada foi identificado que tem sido ignorado um princípio de essencial importância para a solução de questões de base do sistema de patentes, ou seja, o princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput* e inciso I da Carta Magna de 1988.

Dentro do contexto do exercício dos direitos sobre patentes, no qual a hermenêutica tem muito a contribuir, a presente tese analisa questões contemporâneas como o excesso de proprietários, interpretação ampliada de reivindicações, insuficiência descritiva, troca de licenças entre concorrentes dominantes no mercado e insegurança jurídica além daquela natural da essência do próprio sistema de patentes.

Ainda, objetiva-se comprovar que as conclusões da *Federal Trade Commission – FTC* e do *Department of Justice – DoJ*⁵ de que o direito sobre uma patente deve ser visto como o direito sobre qualquer outra forma de propriedade são equivocadas, apesar de bem intencionadas⁶.

⁵ Tal qual SDE e o CADE no Brasil, o FTC e o DoJ são órgãos de defesa da concorrência norte americanos. Diferentemente dos órgãos domésticos, que possuem competências distintas e complementares (a SDE é responsável pela instrução, o CADE pelo julgamento dos processos de defesa da concorrência), o FTC e o DoJ possuem competências concorrentes, sendo, para a maioria dos setores, qualquer um dos órgãos responsável pelo seu julgamento.

⁶ A propriedade sobre uma patente era reconhecida como um direito absoluto, ou seja, o titular de uma patente era legitimado a fazer uso da mesma da forma como bem entendesse, mesmo que contra princípios concorrenciais explícitos. A equiparação do direito de patentes a qualquer outro direito de propriedade nada mais foi que uma evolução sobre o antigo conceito de “intocabilidade” da patente. Ou seja, não há tratamento especial para a patente (ver *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, emitido pelo DOJ e FTC em abril de 2007, p. 21). No entanto, tal assertiva, acaba por formar uma premissa equivocada, pois o direito de patentes, apesar de similar aos outros direitos de propriedade, possui essência diversa e funções que vão além da função social, voltando-se para a cláusula finalística do já citado inciso XXIX do art. 5º da Carta Magna de 1988.

Frente a tais considerações, e, pois, buscando equacionar tal realidade, busca-se interpretar o real significado e valor dos princípios constitucionais atinentes ao direito de patentes (inclusive e principalmente o princípio da igualdade) e ao direito concorrencial, adequando-os às diretrizes políticas fixadas pelo legislador constituinte originário, bem como orientando sua aplicação e eficácia, de conformidade com os vetores axiológicos consagrados, de modo a estabelecer premissas hermenêuticas claras a serem relevadas quando do estudo da intersecção desses princípios em relação ao direito de patentes.

Um dos efeitos não desejáveis da falta de aplicação do princípio da igualdade na base do sistema de patentes é o efeito perverso gerado no ambiente concorrencial, o qual será objeto de análise específica.

No desenvolvimento estrutural da presente tese, fundamental a abordagem inicial do mercado e do sistema de patentes, traçando-se as premissas sobre os comportamentos do mercado e como se desenvolve o sistema de patentes, restando claro que a harmonização internacional trouxe vários benefícios, mas ao mesmo tempo, imposições que engessam formatações e destoam muitas vezes das premissas constitucionais.

Posteriormente, passa-se à análise da igualdade inserida em um Estado Social, considerada em seu sentido material, verificando-se que este direito e garantia fundamental passou e ainda passa por um reconhecimento integrador na sociedade, na busca de correções de desigualdades.

No capítulo seguinte verifica-se que a utilização de fator de *discrímen* no âmbito da propriedade industrial, de forma intuitiva, não é nova, pois já existe *discrímen* com base nas diversas espécies de direitos de propriedade industrial; mas a aplicação relacionada à incidência do princípio da igualdade com base nas novas tecnologias (e diferenças tecnológicas) para as quais o sistema de patentes não foi desenvolvido é original e necessária.

A seguir trata-se dos limites da Hermenêutica Constitucional e até onde o sistema jurídico possibilita que uma interpretação sistemática do Direito⁷ venha a servir de base para a solução de conflitos aparentes existentes no sistema e orientados pelo princípio da igualdade, pela livre concorrência e pelo atendimento da preponderância harmônica das teorias utilitarista e do plano social que refletem uma característica funcional vinculada do sistema de patentes.

Continuando a análise, demonstra-se que a não aplicação do princípio da igualdade na base do sistema de patentes gera resultados que, em parte, exigem um esforço hermenêutico e, de outro lado, não são passíveis de solução através da hermenêutica, demandando alterações legislativas para o seu cumprimento em harmonia com o princípio da livre concorrência e com a própria cláusula finalística condicional do artigo 5º, XXIX da Carta Magna de 1988.

Após demonstrar-se a problemática intersecção do princípio da igualdade com o princípio da livre concorrência e com o atendimento da preponderância harmônica das teorias utilitaristas e do plano social expressas pelo artigo 5º, XXIX da Constituição Federal de 1988 como orientadores e limitadores do direito de patentes, parte-se para as possíveis soluções para contribuir-se com uma desejável readequação do sistema de patentes frente às novas tecnologias que surgiram e que ainda irão surgir.

As conclusões conduzem a um apanhado dos principais elementos norteadores do trabalho, resumindo e apontando para cada uma das repercussões que os limites e possibilidades hermenêuticas geram quando tomam por base a aplicação do princípio da igualdade no sistema brasileiro de patentes, sem ignorar-se o caráter e limitações internacionais que o orientam.

Um sistema de patentes orientado pela aplicação do princípio da igualdade, com tratamento diferenciado para tecnologias diferentes, conduz a um essencial repensar sistemático e integrador que resulta em um fortalecimento da própria

⁷ Nos termos propostos por Juarez Freitas em sua obra *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004.

existência deste sistema de patentes, funcional e harmônico com a Constituição Federal.

8 CONCLUSÕES

Verificou-se que um dos grandes problemas ainda existentes no sistema de patentes é a sua hiper potencialização quando confrontado com outros princípios constitucionais, sendo que se iniciou a pesquisa analisando-se essencialmente o direito de patentes frente à livre concorrência, demonstrando que, o direito de patentes enquanto criação jurídica voltada para um fim específico deve ser considerado como tal e sempre vinculado à sua essência excepcional.

Observou-se, também, no mesmo capítulo sobre o mercado e o sistema de patentes, que a história demonstra que este foi evoluindo e adaptando-se de forma mais elástica até a harmonização internacional de padrões mínimos para a proteção de patentes oriunda da Convenção da União de Paris, ainda considerando-se um sistema desenvolvido com as pré-compreensões tecnológicas e de possibilidades evolutivas daquela época.

Analisando-se a igualdade em um Estado Social, demonstrou-se que desde Aristóteles não se trata mais da igualdade em sua dimensão apenas formal, de modo que o direito fundamental à igualdade pressupõe a sua necessária consideração substancial ou material, de modo a possibilitar o tratamento desigual na medida das desigualdades.

Na sequência, verificou-se que a aplicação do princípio da igualdade encontra problemas quando se depara com o sistema de patentes, principalmente em decorrência de requisitos de patenteabilidade “engessados” e ausência de possibilidade de discriminação positiva quanto às escancaradas diferenças tecnológicas existentes nas criações intelectuais suscetíveis de proteção por patentes.

Apesar desses problemas apontados, verificou-se que, mesmo que apenas instintivamente e de uma forma discriminatória tradicional específica, já existe a aplicação do princípio da igualdade na base do sistema de patentes. Tal ocorre ao

considerarem-se as patentes de modelo de utilidade como um fator de *discrímen* embasado na diversidade de potencial inventivo e essência tecnológica, gerando um fator de *discrímen* que prevê um menor rigor do requisito de atividade inventiva (ato inventivo) e uma proteção temporal menor (15 anos ao invés de 20 anos) do que aquela prevista para todas as demais patentes.

Constatou-se, inclusive, que uma modulação do prazo de proteção de patentes, assim como a forma de interpretação dos requisitos de patenteabilidade, gera efeitos diretos no exercício dos direitos sobre patentes no mercado concorrencial, na medida em que o excesso de proteção pode garantir ao detentor da patente uma vantagem competitiva imprópria, excluindo ou prejudicando assim, a dinâmica concorrencial.

Posteriormente, demonstrou-se até onde a hermenêutica resolve as dissintonias e onde o esforço hermenêutico encontra barreiras expressas por limitações legalmente impostas pelo próprio engessamento do sistema de patentes.

Verificou-se, exemplificativamente, que a hermenêutica resolve, através de interpretação restritiva, alguns problemas relacionados aos limites do direito sobre determinada patente delineados no documento de patente, evitando-se assim, o desvirtuamento funcional do sistema de patentes neste aspecto. Destaque foi dado ao fato de que a própria interpretação restritiva deve estar atenta justamente ao fator de *discrímen* tecnológico para possibilitar o cumprimento do vetor axiológico funcional do sistema de patentes.

Por outro lado, observou-se, exemplificativamente, que a hermenêutica não pode resolver totalmente no que tange à determinação do prazo temporal uniforme de proteção para todas as criações intelectuais que preencherem os requisitos “engessados” de novidade, atividade inventiva, aplicação industrial e suficiência descritiva.

Frente a tais constatações, o estudo focou-se na aplicação do princípio da igualdade e da livre concorrência como referências norteadoras e limitadoras do

sistema de patentes, pretendendo-se, desta forma, demonstrar que o reconhecimento da igualdade material na base do sistema de patentes e, conseqüentemente, a aplicação de fator de *discrímen* de acordo com a diversidade tecnológica, além de ser constitucionalmente prevista (apesar de não aplicada), corrige as dissintonias e gera efeitos pró-competitivos atendendo o princípio da livre concorrência.

Tratando-se das soluções possíveis para os problemas postos, constataram-se evidências que, a partir da observância do princípio da igualdade, podem ser direcionadas a possíveis soluções através de hermenêutica e, quando esta encontrar-se limitada pelo sistema, através de alteração legislativa integradora.

A hermenêutica serve de importante instrumento para, analisando-se as patentes envolvendo programas de computador ou tecnologias complexas atuais ou futuras, auxiliar na interpretação restritiva do direito existente na Carta-Patente, focando-se no tratamento desigual a tecnologias desiguais a partir da percepção dessas desigualdades.

Fator essencial para a compreensão constitucional de patentes envolvendo tecnologias complexas é a interpretação restritiva baseada no princípio da igualdade, resultando em fator de *discrímen* próprio à cada tecnologia específica. Importa dizer que, em virtude das atuais técnicas de redação de patentes, as quais por vezes prevêem proteção hoje para tecnologias que virão a existir e das quais o próprio inventor ainda não dominava na data do pedido de patente, faz-se necessária uma maior atenção para evitar que a ânsia protetora resulte em proteção além daquela efetivamente adequada e cumpridora dos requisitos de patenteabilidade considerados em sintonia com a tecnologia sob exame.

Além disso, conforme demonstrado identifica-se um número cada vez maior de pesquisas empíricas revelando que o sistema de patentes anda falhando no desempenho da sua funcionalidade ou que tal desempenho esteja desproporcional em determinadas áreas tecnológicas. Tais pesquisas apontam e suportam a conclusão de que há de se fazer uma necessária adequação do sistema de

patentes ao princípio da igualdade em sua dimensão material e constitucionalmente expressa, tomando por base o respeito à diversidade tecnológica.

Apesar da importância da solução hermenêutica, libertando-se das amarras das pré-compreensões impregnadas no sistema de patentes desde o início de sua harmonização internacional, ela possui limitações impostas pelo próprio sistema de patentes. Tais limitações ocorrem, exemplificativamente, quando uma tecnologia necessita de um ciclo temporal menor do que vinte anos para cumprir os seus objetivos constitucionais.

A antiga discussão sobre a possibilidade de concessão de prazos de vigência de patentes diferentes para diferentes tecnologias é revigorada pela aplicação do princípio da igualdade como elemento norteador de tal possível fator de *discrímen*.

Essa pretensão de diversidade de prazo de vigência, aparentemente utópica, é a que se adequaria à aplicação do princípio da igualdade na base do sistema de patentes quando a hermenêutica não for suficiente para afastar as dissintonias aparentes. Isso porque um prazo de proteção elástico para uma tecnologia problemática gera maiores possibilidades de exploração da patente em sentido desfuncional, ou seja, que não atenda ao interesse social e desenvolvimento econômico e tecnológico do país, criando ingerência além da necessária para o atendimento do princípio da livre concorrência.

Um exemplo cristalino no qual a hermenêutica está limitada (pois são poucos os problemas de interpretação de limites do direito), de modo a ser necessária uma alteração legislativa no prazo de proteção da patente, é o das patentes de segundo uso médico. Trata-se de patentes claramente definidas, via de regra, com menores investimentos, cuja atividade inventiva ocorre em menor potencial em relação àquela necessária para o desenvolvimento da molécula ou do primeiro uso e que, paradoxalmente, possuem o mesmo prazo de vigência. Ultrapassando-se o argumento que se limita em si mesmo de que a proteção é menor porque restrita ao uso reivindicado, fato é que há claro tratamento temporal igual onde deveria haver

um tratamento temporal desigual em virtude da explícita desigualdade entre as atividades inventivas.

Entende-se que uma patente de segundo uso, aplicando-se o fator de *discrímen*, deveria possuir prazo temporal inferior à vinte anos, sendo que o prazo ideal, apesar de possível a analogia com o prazo temporal concedido às patentes de modelo de utilidade, ainda dependeria de uma pesquisa empírica mais aprofundada para a sua mensuração o mais próxima possível do ideal. Desta forma, necessária seria alteração do artigo 40 da Lei 9.279/96 para a inclusão de mais um *discrímen* temporal.

Essa diferenciação temporal, reduzindo-se o prazo de acordo com a aplicação do princípio da igualdade, gera efeitos benéficos diretos no ambiente concorrencial porque retirará uma das principais barreiras explícitas de entrada no mercado pela resolução temporal menor da proteção conferida, atendendo-se à livre concorrência.

Evidentemente que a aplicação do princípio da igualdade materialmente considerado não resolve todos os problemas através de hermenêutica e adequação de proteção à diversidade tecnológica, deixando ainda perguntas que devem ser respondidas por estudos posteriores.

Mas, uma vertente na qual o princípio da igualdade também pode contribuir enquanto determinante para a aplicação do fator de *discrímen* é no caso do exercício do direito de patente(s) no mercado, pois o tratamento diferenciado de tecnologias diferentes auxilia na identificação, prevenção e repressão de condutas anticompetitivas, privilegiando uma concorrência constitucionalmente sadia em um mercado povoado por um excesso de titulares e barreiras à entrada causadas exatamente pelo exercício de um direito de patentes abusivo ou desajustado, muitas vezes de difícil identificação.

Para tanto, uma vez identificado o abuso no ambiente concorrencial (sendo esta identificação facilitada pela aplicação do princípio da igualdade na base do sistema de patentes), a utilização da licença compulsória por abuso do direito, por

abuso do poder econômico e por aperfeiçoamento de patentes (dependência) deve ser mais freqüente e processualmente mais acessível, privilegiando-se a funcionalidade do sistema de patentes em prol da livre concorrência.

Esclarece-se, ainda, que tais fatores contribuem para a compreensão de quão equivocado é o entendimento de que o direito sobre patentes, quando analisado o seu efeito concorrencial frente a um exame antitruste, não deve ser considerado como diverso de qualquer outro direito de propriedade. Ou seja, a premissa inadequada impregna toda uma análise posterior de vícios hermenêuticos que não ocorreriam se tal premissa não fosse adotada.

Tendo em vista tais considerações, em um Estado Social, conclui-se que o direito de propriedade sobre patentes e o seu exercício devem estar alinhados aos direitos fundamentais, em especial ao princípio da igualdade material, pois tal princípio, quando reconhecido na base do sistema de patentes, desempenha fundamental e inarredável papel otimizador de todo o sistema, possibilitando que a vinculação constitucional funcional do direito de patentes seja desempenhada em efetiva harmonia com a livre concorrência.