



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO E ECONÔMICO

MATHEUS FERREIRA BEZERRA

**A QUEBRA DE PATENTE DE MEDICAMENTOS COMO
INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS**

Salvador
2009

MATHEUS FERREIRA BEZERRA

**A QUEBRA DE PATENTE DE MEDICAMENTOS COMO
INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Privado e Econômico, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jonhson Meira Santos

Salvador

2009

Bezerra, Matheus Ferreira
B574q A quebra de patente de medicamentos como instrumento de
realização de direitos / Matheus Ferreira Bezerra.- Salvador,
2009.
167 f. il.

Orientador; Jonhson Meira Santos

Dissertação(mestrado em direito Privado e Econômico) –
Universidade Federal da Bahia, Universidade Castelo Branco,
2009.

1. Propriedade Intelectual 2. Propriedade Industrial 3.
Medicamentos-Patentes 4. Licença Compulsória I. Santos,
Jonhson Meira II. Universidade Federal da Bahia III.
Universidade Castelo Branco IV. Título. CDU 347.77

Ficha Catalográfica elaborada pela Bibliotecária Vera Vilene Ferreira
Nunes (FAT - Faculdade Anísio Teixeira)

MATHEUS FERREIRA BEZERRA

A QUEBRA DE PATENTE DE MEDICAMENTOS COMO INSTRUMENTO
DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS

Dissertação apresentada como requisito para obtenção de título de Mestre em Direito Privado e Econômico, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em ____ de _____ de 2009.

Banca Examinadora

Jonhson Meira Santos – Orientador _____

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil
Universidade Federal da Bahia

Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho _____

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil
Universidade Federal da Bahia

Maria Lígia Coelho Mathias _____

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil
Universidade Presbiteriana Mackenzie

À

minha família, composta por meus pais, João Nilson e Mariluze, minhas duas irmãs, Mallu e Laysa, minha avó Chica (em memória), e, por último, mas não menos importante, a minha namorada Jamille, que tanto me deu força desde a seleção até a conclusão do curso de mestrado.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é sempre uma tarefa muito difícil, pois para chegarmos a algum lugar, muitas pessoas sempre contribuem de alguma forma na nossa caminhada, cada um na medida de sua possibilidade/capacidade, de modo que fatalmente nem todas as participações poderão ser aqui lembradas.

Por força disso, para evitar um extenso agradecimento, com uma infindável lista de nomes, desde o momento da gestação da minha mãe até o depósito deste trabalho, mostra-se essencial o agradecimento àqueles que mais contribuíram para o resultado final deste trabalho.

Sendo assim, em primeiro lugar, devo começar agradecer a minha família. Aos meus pais, João Nilson e Mariluze, e minha avó, Francisca (em memória), que sempre ajudaram na minha educação, dentro e fora da academia e sempre acreditaram em mim. As minhas irmãs que sempre me ajudaram no meu desenvolvimento e a Jamille, minha namorada, sempre presente na minha vida, ajudando, apoiando, incentivando e, principalmente, compreendendo as dificuldades enfrentadas, desde antes do ingresso no curso de Mestrado.

Em segundo lugar, não poderia de deixar de agradecer a minha outra família, composta pelos amigos, pelos colegas, que sempre colaboraram, desde o momento da seleção, Jayr Figueiredo dos Santos Júnior, Paulo Toledo, Argemiro Nascimento Filho, que sempre me ajudaram com as atividades do escritório, nos momentos em que o tempo se mostrou cada vez mais escasso, ao contrário das exigências acadêmicas sempre crescentes; bem como aos colegas Tércio Souza, Roseli Rêgo, Luciana Pontes, Vanessa Pessanha, Lise Mota, Laura Vasconcelos, Ana Thereza Meirelles e Flávio Daltro sem as quais ainda estaria desorientado nos corredores da instituição.

Aos professores, que possibilitaram novas descobertas ao longo do curso, como os professores do programa, Washington Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Edilton Merilles, Mônica Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Nelson Cerqueira, Paulo Bezerra, Roxana Borges, ao meu orientador Johnson Meira e a Prof^a Nilza Reis que supervisionou a realização do meu Tirocínio Docente, não podendo deixar de agradecer ao apoio e a paciência dados por Luiza e Ângela na Secretaria.

Enfim, todos aqueles que sempre me ajudaram, direta ou indiretamente, muito obrigado!

“Precisamos, entretanto, dar um sentido humano às nossas construções. E, quando o amor ao dinheiro, ao sucesso, nos estiver deixando cegos, saibamos fazer pausas para olhar os lírios do campo e as aves do céu”.

(Olhai os lírios do campo, Érico Veríssimo, 1987).

BEZERRA, Matheus Ferreira. A quebra de patente de medicamentos como instrumento de realização de direitos. 167 f. il. Dissertação (mestrado) – Mestrado em Direito Privado e Econômico, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

RESUMO

Este trabalho busca analisar a quebra de patentes de medicamentos no direito brasileiro, resultante de intervenção do Estado sobre a propriedade industrial privada, da qual resulta o reconhecimento do direito a exploração exclusiva de um bem criado através do reconhecimento da patente. Para tanto, o Poder Público se vale do instituto jurídico da licença compulsória. Este instituto, por sua vez, deverá ser utilizado em situações previamente autorizadas por lei, haja vista que a sua atuação viola direitos constituídos. Com efeito, em conflito com o instituto de intervenção estatal, encontra-se a propriedade privada e a livre iniciativa que o Estado se comprometeu a assegurar na norma constitucional e disposições internacionais, que serve de estímulo para os investimentos da indústria farmacêutica nas pesquisas e desenvolvimentos de novas substâncias. Ademais, a intervenção estatal deverá ocorrer em situações excepcionais, estritamente autorizadas pela norma jurídica, sob pena de se instaurar a insegurança jurídica, o abuso de poder, desfigurando a própria finalidade estatal. Neste contexto, para a formulação deste estudo, parte-se da análise dos textos legais, nacionais e internacionais, referentes ao direito de propriedade, ao direito de propriedade industrial; o posicionamento de algumas cortes nacionais que enfrentaram o tema da intervenção do Poder Público sobre a propriedade privada e da propriedade industrial; bem como do posicionamento doutrinário sobre a propriedade, a propriedade industrial, o sistema de patente e mais especificamente sobre a patente de medicamentos e as consequências da utilização do licenciamento compulsório para promover a quebra de patentes de medicamentos.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade industrial. Patente de Medicamentos. Licença compulsória. Direito.

BEZERRA, Matheus Ferreira. The loss of patent for drugs as a means of execution of rights. 167 f. il. Dissertation (Master) – Mestrado em Direito Privado e Econômico, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

ABSTRACT

This study attempts to analyze the loss of patents on medicines under Brazilian law, result of state intervention on private property, which follows the recognition of the right to exclusive exploitation of a well established through the recognition of the patent. For both, the Public Power is worth the legal institution of compulsory licensing. This institute, in turn, should be used in situations previously authorized by law, given that their actions violate established rights. Indeed, in conflict with the Department of State intervention, it is private property and free enterprise that the state has undertaken to ensure the standard constitutional and international provisions, which serves as a stimulus for investment in the pharmaceutical industry in research and development of new substances. Furthermore, state intervention should occur in exceptional circumstances, is authorized by law, failing to introduce legal uncertainty, the abuse of power, the purpose disfigured state. In this context, to the formulation of this study, it is the analysis of legal texts, national and international, concerning the right of property, industrial property rights, the position of some national courts that have faced the issue of intervention of the government on private property and industrial property, and the doctrinal position on the property, industrial property, the patent system and more specifically on the patent for drugs and the consequences of the use of compulsory licensing to promote the loss of patents on medicines.

KEYWORDS: Industrial property. Patent of Drugs. Compulsory License. Right.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Industrial
AC – Apelação Cível
AI-AgR – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AIDS/SIDA (HIV) – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
AMS – Apelação em Mandado de Segurança
ART – Artigo
ARV – Anti-retroviral
BIP – Bilateral Intellectual Property Agreements
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEE – Comunidade Econômica Européia
CF – Constituição Federal
CUP – Convenção da União de Paris
DES – Desembargador/Desembargadora
DF – Distrito Federal
DJ – Diário da Justiça ou Diário do (Poder) Judiciário
DST – Doenças Sexualmente Transmissíveis
EUA – Estados Unidos da América
FDA – Food and Drug Administration
GATT – General Agreement on Trade and Tariffs
INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial
IPC – International Patent Classification
IPEN – Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares
HIV – Vírus da Imunodeficiência Humana
JULG – Julgamento
LPI – Lei de Propriedade Industrial
MERCOSUL – Mercado Comum do Sul
MIN – Ministro/Ministra
MS – Mandado de Segurança
OMC – Organização Mundial do Comércio
OMPI – Organização Mundial de Propriedade Industrial
OMS – Organização Mundial de Saúde
ONU – Organização das Nações Unidas

PCT – Patent Cooperation Treaty
P&D – Pesquisa e Desenvolvimento
PLT – Patent Law Treaty
PND – Pesquisas de Novas Drogas
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
RJ – Rio de Janeiro
RPI – Revista de Propriedade Industrial
SP – São Paulo
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUS – Sistema Único de Saúde
TRIPS – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TRF 2ª R – Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRF 3ª R – Tribunal Regional Federal da 3ª Região
UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development
UPOV – Union Intercationale pour la Protection de Obtentions Végétales

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. DO DIREITO DE PROPRIEDADE	19
2.1 O DIREITO DE PROPRIEDADE	20
2.2 A VISÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE	23
2.3 A CRISE NA CONCEPÇÃO INDIVIDUALISTA DA PROPRIEDADE PRIVADA .	27
2.4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PRIVADA	29
2.5 O DIREITO À PROPRIEDADE	32
2.6 INTERVENÇÕES DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA	38
2.6.1 Da Desapropriação	40
2.6.2 Da Requisição	43
2.6.3 Do controle de abastecimento e do tabelamento de preços	44
3. A PROPRIEDADE INTELECTUAL	46
3.1 O TRATAMENTO JURÍDICO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL	48
3.2 DOS DIREITOS AUTORAIS	53
3.3 DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL	56
3.3.1 A propriedade industrial no mundo	57
3.3.2 A propriedade industrial no Brasil	63
3.3.2.1 O tratamento jurídico da propriedade industrial no Brasil	65
3.3.2.1.1 <i>Da função social da propriedade industrial</i>	67
3.3.2.1.2 <i>Princípios sistemáticos das patentes</i>	69
3.3.2.1.3 <i>Princípios textuais das patentes</i>	70
3.3.2.2 Da patenteabilidade das invenções e dos modelos de utilidade	71
3.3.2.3 Do pedido de patente	74
3.3.2.4 Da patente	78
3.3.2.5 Da proteção conferida à patente	79
3.3.2.6 Do licenciamento voluntário e da oferta de licença	85
3.3.2.7 Do licenciamento compulsório	87
3.3.2.8 Da importação paralela	90
4. DOS MEDICAMENTOS	92
4.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A PRODUÇÃO DE MEDICAMENTOS	92
4.2 OS INTERESSES ENVOLVIDOS COM A PRODUÇÃO DE MEDICAMENTOS ...	95

4.3 A PATENTE DE MEDICAMENTOS	99
4.4 O TRATAMENTO JURÍDICO DOS MEDICAMENTOS NO BRASIL	104
4.5 A FUNÇÃO SOCIAL DOS MEDICAMENTOS	107
5. A QUEBRA DE PATENTE DOS MEDICAMENTOS COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS	110
5.1 OS FUNDAMENTOS PARA A QUEBRA DE PATENTES	114
5.1.1 A quebra de patentes por interesse econômico	115
5.1.1.1 Da não exploração da patente	121
5.1.1.2 Da exploração insuficiente ao mercado	129
5.1.1.3 A importação paralela	133
5.1.2 Quebra de patentes por interesse tecno-científico	135
5.1.3 A quebra de patentes por interesse social	139
5.2 OS PROCEDIMENTOS PARA A QUEBRA DE PATENTES	143
5.3 AS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DA QUEBRA DE PATENTES	147
5.3.1 A produção de medicamentos genéricos	147
5.3.2 A indenização do titular da patente	150
6. CONCLUSÕES	154
REFERÊNCIAS	160

1. INTRODUÇÃO

A quebra de patente é uma medida jurídica adotada que interfere direta ou indiretamente no direito de propriedade do detentor da patente de um invento ou modelo de utilidade, passando a permitir que terceiros possam exercer a exploração do produto protegido pelo instituto da propriedade industrial.

No que se refere especificamente ao tema medicamentos, a quebra de patentes é um assunto amplamente debatido a nível mundial e que desperta bastantes controvérsias nos encontros internacionais, sobretudo, por apresentar repercussões jurídicas, políticas, econômicas, sociais e, ainda, na área de saúde pública.

A controvérsia gerada sobre a temática ora apresentada é bastante freqüente e acirrada no mundo, tendo em vista a constante manifestação antagonica de líderes de diversos países, principalmente, dos que alegam não disporem de recursos suficientes para o combate de algumas enfermidades que atingem determinadas regiões do planeta, as quais, para serem controladas emergencialmente, necessitam da aquisição de medicamentos em larga escala.

Apenas para argumentar, registre-se que boa parte dos medicamentos utilizados no combate às doenças é protegida pela patente, que pertencem a alguns laboratórios internacionais, sediados em países desenvolvidos e, conseqüentemente, monopolizam a produção e distribuição de determinados produtos, fixando o preço como bem entendem, o que eleva o valor do tratamento alopático, de modo a comprometer a própria eficácia da difusão da cura e o controle de doenças.

Com efeito, como analisa Cícero Gontijo (2005), a variação de preço de produtos patenteados apresenta grande repercussão ao mercado consumidor, permitindo, inclusive, que o preço dos produtos seja elevado sem controle, haja vista se tratar de um mercado sem concorrência, o que coloca os consumidores numa situação de desequilíbrio acentuado¹.

Destarte, a quebra de patentes de medicamentos se mostra como uma importante aliada da saúde pública, por permitir a maior difusão do produto protegido pela propriedade

¹ Nesse sentido, impende transcrever o posicionamento manifestado pelo citado doutrinador: “O fenômeno do aumento de preços praticados por produtos patenteados é ainda mais perverso quando o produto patenteadado não tem similares. Os preços cobrados por diversos modelos de telefone celular refletem pouca influência do modelo patenteadado. Além de o telefone celular não ser produto de necessidade imperiosa, os vários modelos se substituem ao menos parcialmente, o que reduz a influência do monopólio da patente no preço do produto. Quando se trata, entretanto, de invenção radical, que cria produto novo, sem similares, e de demanda inelástica, o monopólio permite ao titular o estabelecimento de preços que superam em muito os custos incorridos. Nestes casos os preços cobrados chegam ao limite da capacidade de pagamento de consumo e às vezes até o superam. Numa economia de mercado, os altos preços atrairiam novos investidores, o que levaria a redução dos preços cobrados. Numa economia de monopólio concedido por patentes, a entrada de outros é impossível, o que mantém os preços elevados artificialmente pelo período de validade da patente” (GONTIJO, 2005, p. 21).

industrial no mercado consumidor, a preços módicos, fixados com razoabilidade, viabilizando o maior acesso aos medicamentos por parte dos enfermos.

Nesse contexto, estando os países em desenvolvimento limitados à utilização de recursos financeiros bastante restritos, como ocorre no Brasil, circunstância agravada pela obrigatoriedade da aquisição de medicamentos para a garantia do direito à saúde, a quebra de patente de medicamentos se apresenta como uma alternativa para a diminuição dos custos com o abastecimento de medicamentos da rede pública de saúde².

Doravante, como meio de conter os abusos e atender as necessidades locais, o Brasil, que fornece os medicamentos de combate a AIDS na rede pública de saúde para atender a demanda de soropositivos, os quais se submetem ao tratamento desta doença, que correspondeu a aproximadamente 75 mil pessoas no ano de 2007, visando a redução de custos com a manutenção do programa, anunciou o licenciamento compulsório do Efavirenz, através do Decreto nº 6.108 de 04 de maio de 2007, que, segundo as estimativas fornecidas pelo Ministério da Saúde, representará uma economia anual de quase US\$ 30 milhões até o ano de 2012 (RIBEIRO e GUERREIRO, 2007).

Todavia, em que pese o benefício gerado com a medida, a intervenção do Estado na propriedade privada não deve acontecer de forma aleatória, seguindo unicamente a vontade dos gestores públicos, motivada tão-somente pelo anseio do barateamento dos custos do abastecimento da rede pública, haja vista que a Constituição Federal de 1988 ao instituir os direitos individuais fundamentais, nos incisos XXVII e XXIX do art. 5º, estabeleceu a defesa da propriedade intelectual.

Por sua vez, a manutenção da propriedade industrial, conforme prevista no direito brasileiro, representa um estímulo ao setor farmacêutico, concentrado por laboratórios internacionais e países desenvolvidos, de captar lucro e cobrir os investimentos realizados em pesquisas, na busca de produtos mais eficazes no combate às doenças, bem como num incentivo à realização de novas pesquisas, contribuindo com o avanço tecnológico³.

² Em arrimo a possibilidade de redução de preços com a quebra da patente, à luz dos dados fornecidos pelos organismos internacionais, salienta Mônica Steffen Guise (2008, p. 95): “[...] Na África do Sul, por exemplo, o custo da terapia ARV caiu em mais de 95%: de US\$ 10.000 em 1996 para US\$ 140 em 2003 (OMS, 2005). A possibilidade de redução de preços foi confirmada quando o Brasil, após ameaçar fazer uso da licença compulsória sobre as patentes de medicamentos ARV da Merk e Hoffman-La Roche, conseguiu negociar uma significativa redução de preços dos medicamentos fornecidos por estes laboratórios do Ministério da Saúde. Em 2001, O Canadá e os Estados Unidos também consideraram a possibilidade de fazer uso da licença compulsória para assegurar preços baixos para a ciprofloxacina, logo em seguida aos ataques de 11 de setembro, envolvendo o vírus antrax (UNCTAD, 2004)”.

³ Nesse contexto, Jack Robbins (2004, p. 37), analisando os aspectos econômicos que envolvem as pesquisas e o desenvolvimento de novas substâncias no setor farmacêutico, assim observa: “embora a industrial tenha grande número de drogas em desenvolvimento em muitas áreas, o alto e crescente custo de lançar uma nova

Por conseguinte, nota-se que a defesa da patente dos medicamentos implica numa garantia do próprio progresso científico, haja vista que o setor privado, todo ano, investe elevadas quantias em pesquisas que possibilitam melhores tratamentos médicos de determinadas enfermidades que atacam o organismo humano.

Sendo assim, contrapondo-se ao interesse no acesso aos medicamentos mais baratos, a fim de assegurar a eficácia de tratamentos médicos, encontra-se o direito de propriedade dos detentores das patentes que vêm na exploração exclusiva a possibilidade de reaver os altos investimentos empregados e o estímulo necessário ao desenvolvimento de novas substâncias que resultam num maior bem-estar social.

Não obstante, assim como a proteção jurídico-constitucional, que representa uma limitação à atuação do Estado sobre a propriedade privada, os grandes interesses econômicos envolvidos representam outro entrave a adoção da quebra de patentes dos medicamentos, haja vista que a propriedade industrial é assegurada a nível internacional, protegida por tratados e acordos, dos quais o Brasil faz parte, sendo estes compromissos bilaterais e multilaterais atentamente vigiados pelos países desenvolvidos, em especial os Estados Unidos, que não evitam a adoção de retaliações e barganhas econômicas a qualquer sinal de descumprimento.

Porém, do lado oposto da defesa dos interesses jurídico-econômicos envolvidos pela proteção conferida ao direito de propriedade, encontram-se os interesses sociais, uma vez que a Constituição Federal de 1988 também assegurou ao indivíduo o direito à saúde, em seus arts. 6º, 196 e 197, o que, muitas vezes, resulta no acesso ao medicamento fornecido pelo sistema público de saúde, para a defesa da vida e da saúde humanas, ameaçadas com a proliferação de doenças.

Nesse plano, registre-se que a aquisição de medicamentos representa uma necessidade individual e social, tanto para o consumo individual quanto para o abastecimento da rede pública do país e a conseqüente garantia do direito à saúde, por meio do acesso ao medicamento à população, que, muitas vezes, torna-se indispensável para a defesa da saúde e da própria vida do doente.

Desse modo, considerando que os recursos estatais são limitados e, em contrapartida, as necessidades humanas são ilimitadas, podendo ser agravadas por situações excepcionais, e

droga no mercado é um grande desafio para os fabricantes farmacêuticos. Os economistas do governo estimaram este custo, capitalizado antes da tributação, em \$359 milhões. Tal análise responde pelos custos ocasionais dos fundos de investimento de vários anos antes de uma nova droga poder ser comercializada. O crescente custo de desenvolvimento de uma nova droga, em parte atribuível ao aumento da pesquisa, concentra-se nas condições crônicas. Drogas direcionadas ao tratamento dessas condições exigem testes mais abrangentes”.

que o efetivo controle de doenças pode passar pela intervenção do Estado na propriedade privada a fim de atender o interesse social, surge o conflito de bens tutelados pelo Direito – o direito de propriedade e o direito à vida.

Para tanto, a atuação estatal sobre a patente de medicamentos deve estar pautada em critérios que compatibilizem os interesses envolvidos para a melhor realização dos direitos assegurados a nível nacional, através da Constituição Federal de 1988 e internacional, através dos tratados e acordos firmados pelo Brasil.

Sendo assim, diante do conflito, é essencial estabelecer quais as prioridades e as formas em que se dará a preferência a um, em detrimento do outro, para que tal escolha represente certeza e, em consequência, mais uma segurança jurídica ao tutelado, ao invés de uma escolha aleatória ou a coexistência conflituosa dos mesmos, que somente proporcionaria insegurança para a sociedade.

Destarte, o estudo da quebra de patentes de medicamentos no direito brasileiro representa o esclarecimento das situações autorizadas e o estabelecimento de parâmetros ao exercício e à limitação do direito de propriedade, de modo a proporcionar uma maior estabilidade nas relações existentes, através da segurança jurídica, harmonizando os interesses econômicos e sociais contrastantes, bem como a vida humana daquele indivíduo que não teria condições de ter, por recursos próprios, acesso a determinados medicamentos, essenciais para a sua sobrevivência.

Dito isso, ressalte-se ainda que a proposta central do presente trabalho é analisar em quais circunstâncias o Estado poderá promover a quebra de patentes de medicamentos. Para tanto, o direito brasileiro, regido atualmente pela Lei nº 9.279/96, prevê a possibilidade de intervir na propriedade industrial em geral para a defesa de interesses que se sobrepõem à propriedade privada, através do instituto do licenciamento compulsório que é justamente a denominação técnica empregada para a quebra de patente.

Neste contexto, o objetivo deste trabalho é procurar elidir as dúvidas existentes que envolvem a possibilidade de se quebrar a patente de medicamentos, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, mostrando-se os pontos controvertidos na dialética, através da análise dos institutos jurídicos, a fim de que se atinja um melhor entendimento sobre a aplicação das normas vigentes, buscando, assim, a resolução dos conflitos que possam surgir, atinentes à propriedade industrial dos medicamentos, para que o mesmo seja posto em prática de forma salutar à existência dos direitos constitucionalmente assegurados.

Por conseguinte, busca-se demonstrar que a quebra de patentes de medicamentos poderá ser utilizada em algumas circunstâncias autorizadas pela lei e essa utilização deverá

estar pautada no respeito aos direitos envolvidos com a proteção conferida pela propriedade industrial dos produtos farmacêuticos, de sorte que sua utilização represente a defesa da ordem estabelecida pela norma jurídica e não represente um desestímulo à pesquisa, nem um meio arbitrário de suprimir o direito de propriedade intelectual.

Em relação ao método adotado para a busca do conhecimento almejado pelo presente trabalho, impende esclarecer que o mesmo não se valerá de um único meio desenvolvido pela ciência metodológica, mas sim pela adoção daquele que melhor atenda aos anseios da proposta apresentada, não sendo objetivado a eleição de um método específico como o mais eficaz, em detrimento de outros desenvolvidos que também possam levar ao conhecimento científico e a conseqüente resposta ao problema apresentado, seguindo, assim, a proposta de adoção de uma *metodologia pluralista* defendida por Paul Feyerabend (2007)⁴.

Nesse contexto, para a construção do trabalho serão utilizados estudos comparativos dos institutos jurídicos envolvidos, que se contrapõem, como o direito de propriedade, o direito à vida, à saúde e a defesa da iniciativa privada, pelo ordenamento jurídico brasileiro, baseando-se na doutrina especializada no direito público, principalmente, sobre a intervenção do Estado na propriedade privada, e no direito privado, especialmente, sobre os institutos da propriedade material e imaterial, bem como dos princípios de direito privado, da função social da propriedade e da vedação do enriquecimento sem causa, composta pela análise de jornais, revistas, livros, enciclopédias e dicionários, na jurisprudência, que trate o tema direta ou indiretamente e na legislação nacional, constitucional, à luz das garantias envolvidas, como o direito à vida e à propriedade imaterial, a defesa da saúde pública e da iniciativa privada e infraconstitucional, que regulam as possibilidades de interferência do Poder Público na propriedade privada, com a licença compulsória (Lei nº 9.279/96), a fim de que se obtenha o melhor entendimento sobre o assunto proposto, capaz de alcançar os objetivos buscados pelo trabalho.

⁴ Segundo o citado autor: “Um cientista que deseja maximizar o conteúdo empírico das concepções que sustenta compreendê-las tão claramente quanto lhe seja possível deve, portanto, introduzir outras concepções, ou seja, precisa adotar uma *metodologia pluralista*. Ele precisa comparar idéias antes com outras idéias do que com a ‘experiência’ e tem que tentar aperfeiçoar, em vez de descartar, as concepções que fracassaram nessa competição. [...] Concebido dessa maneira, o conhecimento não é uma série de teorias autoconscientes que converge para uma concepção ideal; não é uma aproximação gradual da verdade. É, antes, um sempre crescente *oceano de alternativas mutuamente incompatíveis*, no qual cada teoria, cada conto de fadas e cada mito que faz parte da coleção força os outros a uma articulação maior, todos contribuindo, mediante esse processo de competição, para o desenvolvimento da nossa consciência” (FEYERABEND, 2007, p. 46). Assim sendo, por entender sob a mesma perspectiva de que a adoção de um único método representaria um empobrecimento na busca pelo conhecimento buscado pelo presente trabalho, o desenvolvimento do mesmo não estará atrelado a nenhum método específico, de modo que buscará alcançar o conhecimento desejado através da diversidade deles.

Sendo assim, através da metodologia a ser empregada, busca-se analisar em quais circunstâncias a quebra de patentes de medicamentos poderá ser adotada, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da construção de quatro capítulos.

Inicialmente, no Capítulo 2 será analisado o direito de propriedade, em especial sobre a propriedade dos bens materiais, a partir da construção jurídica dos direitos reais, disciplinadora da relação entre o processo de apropriação humana, considerando uma breve análise sobre as suas variações ao longo da história até o momento atual, considerando a sua existência em conformidade com a sua função social, numa nova apresentação dada ao instituto pelo Direito contemporâneo, que permite a percepção de um direito à propriedade e a intervenção do Estado sobre a propriedade privada para o atendimento do bem-estar comum.

Posteriormente, no Capítulo 3, após analisadas as características e circunstâncias que envolvem o direito de propriedade (material), passa-se a abordar o direito da propriedade intelectual, bem como das suas duas espécies, o direito autoral e a propriedade industrial, com ênfase nesta, a partir das construções jurídicas internacionais, voltadas à proteção dos interesses ao redor do mundo, e nacionais, com o tratamento jurídico do tema propriedade industrial no Brasil, com ênfase no instituto da patente de invenção.

Dando seqüência ao trabalho, no Capítulo 4, serão abordados os medicamentos e a indústria farmacêutica, partindo-se da sua evolução histórica até a sua produção industrial, momento em que começaram a apresentar maiores repercussões econômicas e o conseqüente tratamento jurídico conferido à produção de fármacos.

Por derradeiro, no Capítulo 5, será realizada a abordagem específica do instituto da quebra de patente de medicamentos, à luz do direito brasileiro, considerando as disposições legais vigentes no país, que regem o direito de propriedade industrial, além dos fundamentos jurídicos para a adoção do instituto do licenciamento compulsório, como forma de intervenção do Estado na propriedade privada, a fim de atender a interesses conflitantes com a patente de medicamentos e as conseqüências advindas com a adoção do referido instrumento.

2. A PROPRIEDADE

A história da propriedade acompanha a própria história do homem, principalmente quando este, abandonando o nomadismo, assumiu uma postura sedentária, vivendo, pois, num determinado local, que passou a considerar como “seu”, para a formação e desenvolvimento do agrupamento humano então formado.

Assim, desde que o homem passou a estabelecer uma relação de domínio com os bens que lhe eram úteis, o processo de apropriação se tornou cada vez mais constante e, conseqüentemente, também cada vez mais relevante. Porém, na medida em que as sociedades cresciam, os conflitos sociais envolvendo a propriedade passaram a existir, uma vez que as necessidades humanas são ilimitadas e crescem numa proporção muito maior que a dos bens disponíveis para satisfazer aos anseios individuais e coletivos.

Doravante, a partir das convivências em grupo e da necessidade de se defender o seu espaço de constantes ameaças, existentes dentro do próprio grupo de indivíduos, foi-se criando gradativamente as normas de convivência sociais que culminaram com a criação da propriedade privada pelo homem.

Nesse diapasão, os sistemas jurídicos estabelecidos, ao longo dos anos, buscaram a proteção da propriedade, como forma de conter conflitos sociais e assegurar a convivência harmônica das sociedades então regidas.

Todavia, em que pese a existência de uma disciplina normativa da propriedade, a mesma não deixou de ser o foco de diversos conflitos ao longo dos anos, o que, sempre, motivou a própria nuança jurídica e social acerca do tratamento a ser dado ao instituto⁵.

Apenas para argumentar, ressalte-se que, ao redor do mundo, a propriedade privada ainda é alvo de inúmeros conflitos rurais e urbanos, individuais e coletivos, inclusive, levando nações à guerra ao longo da história da humanidade, sendo exemplos recentes e corriqueiros os confrontos existentes entre fazendeiros e índios ou movimentos sociais no interior do Brasil ou os existentes entre israelenses e palestinos desde a criação do Estado de Israel.

⁵ Nesse sentido, o direito deve ser encarado como uma ciência dinâmica, à luz do que ensina Paulo Nader (2006, p. 19): “As instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o Direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz, segurança, justiça, que o Direito visa a atender, exige procedimentos sempre novos. Se o Direito se envelhece, deixa de ser um processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para a qual foi criado. Não basta, portanto, o ser do Direito na sociedade, é indispensável o ser atuante, o ser atualizado. Os processos de adaptação devem-se renovar, pois somente assim o Direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social”.

Sendo assim, observa-se que a propriedade ainda é o cerne de muitas controvérsias na ciência jurídica, seja no plano doutrinário, seja no plano prático, com diversos julgamentos pelas cortes ao redor do mundo, consoante leciona Sílvio Rodrigues (1999, p. 73):

[...] poder-se-ia mesmo dizer que, dentro do sistema de apropriação de riqueza em que vivemos, a propriedade representa a espinha dorsal do direito privado, pois o conflito de interesses entre os homens, que o ordenamento jurídico procura disciplinar, se manifesta, na quase generalidade dos casos, na disputa sobre bens.

Por conseguinte, dada a sua importância para o convívio social, o Direito volta sua atenção ao fenômeno da apropriação, para um melhor tratamento jurídico, conferindo maior estabilidade ao convívio social.

Doravante, a fim de melhor analisar o tema para a resolução dos conflitos existentes, a ciência jurídica promove a tutela jurídica da propriedade, de modo que, do processo de apropriação surgem poderes e proteção desses poderes, conferidos ao titular, gerando, assim, o direito de propriedade.

2.1 O direito de propriedade

O direito de propriedade surge da necessidade de se disciplinar e proteger o processo de apropriação humano, conferindo autorização ao titular de um bem o poder necessário sobre o mesmo e a imposição de respeito de todos aqueles que se encontrem fora deste liame existente entre o homem e a coisa.

Nesse diapasão, o direito de propriedade passa, então, a ser visto como a regulamentação desta relação existente entre o sujeito (homem), o objeto (bem⁶) e a sociedade, submetido a uma relação de apropriação dentro do contexto desta própria sociedade em que atua.

A partir dessa construção jurídica, não contemplada pela compreensão de direito obrigacional⁷, surge a noção de direito real assim entendida:

⁶ Segundo lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 256), analisando, segundo a linha do direito alemão, o bem deve ser entendido como “[...] objetos corpóreos ou materiais (coisas) e os ideais (bens imateriais). Dessa forma, há bens jurídicos que não são coisas: a liberdade, a honra, a integridade moral, a imagem, a vida”.

⁷ De acordo com a doutrina civilista de Orlando Gomes (2004, p. 7-8), “O Direito das Obrigações compreende as relações jurídicas que constituem as mais desenvolvidas projeções da *autonomia privada* na esfera patrimonial. Enquanto o *Direito das Coisas* se esgota num reduzido número de figuras, rigidamente delineadas na lei, e submetidas à disciplina uniforme. O *Direito das Obrigações* não tem limites senão em princípios gerais que deixam à vontade individual larga margem à provocação de efeitos jurídicos consoantes os mais variados interesses de tutela. Sob esse aspecto, apresenta-se como a suprema expressão da liberdade individual, no exercício das atividades privadas de ordem patrimonial, o campo de eleição da *autonomia privada*”. Doravante, Silvio Rodrigues (2000, p. 7) resume a distinção existente entre ambos da seguinte forma: “Diz-se *real* o direito que recai diretamente sobre a coisa; *pessoal*, o que depende de uma prestação do devedor, isto é, o que implica, necessariamente, a colaboração de um sujeito passivo”.

As expressões *jus in rei e jus ad rem* são empregadas, desde o direito canônico, para distinguir os direitos reais dos pessoais. O vocábulo *reais* deriva de *res, rei*, que significa coisa. Segundo a concepção clássica, o *direito real* consiste no poder jurídico, direto e imediato, do titular sobre a coisa, com exclusividade e contra todos. No pólo passivo incluem-se os membros da coletividade, pois todos devem abster-se de qualquer atitude que possa turbar o direito do titular. No instante em que alguém viola esse dever, o sujeito passivo, que era indeterminado, torna-se determinado (GONÇALVES, 2008, p. 8).

Desse modo, a ciência jurídica, no estudo da propriedade, assimilou um novo instituto que requeria um tratamento diferenciado, exigindo-se uma nova contextualização da relação existente, a fim de que o fenômeno da apropriação de bens pelo ser humano estivesse melhor contemplado pelo Direito.

Nesse sentido, abordando o fenômeno da apropriação sob a ótica do Direito, alguns doutrinadores, como Carlos Roberto Gonçalves (2008), apontam a existência de alguns princípios que regem os direitos reais, tais como o princípio da aderência; do absolutismo; da publicidade; da taxatividade; da tipicidade; da perpetuidade; da exclusividade e o do desmembramento.

Amiúde, entende-se pelo princípio da aderência que existe um vínculo estabelecido entre o sujeito e a coisa; pelo princípio do absolutismo que os direitos reais serão exercidos contra todos (*erga omnes*); pelo princípio da publicidade ou da visibilidade que os direitos reais somente se adquirem pelo registro (imóveis) ou pela tradição (móvel); pelo princípio da taxatividade ou *numerus clausus*, que os direitos reais somente serão reconhecidos se estiverem estabelecidos numa relação trazida por lei⁸; pelo princípio da tipicidade que somente as previsões consagradas pelos tipos trazidos pela lei serão reconhecidos; pelo princípio da perpetuidade que o direito de propriedade é perpétuo, não sendo perdida pelo não-uso, salvo meios legais de perda da propriedade, como por exemplo, a usucapião e a desapropriação; pelo princípio da exclusividade, que não podem haver dois direitos reais sobre a mesma coisa, ao mesmo tempo e de igual conteúdo e pelo princípio do desmembramento, que os direitos reais podem se desmembrar em outros direitos reais (GONÇALVES, 2008).

⁸ Explicando o entendimento deste princípio, Camilo Augusto Amadio Guerreiro (2006, p. 211) assim leciona: “O princípio *numerus clausus*, associado ao princípio da legalidade, determina que os indivíduos não têm o direito de dar eficácia *real* a qualquer vínculo que desejem, de forma que cabe apenas ao ordenamento jurídico determinar quais são os direitos reais, que o são em número limitado. Note-se: cabe à lei determinar quais são os direitos reais, e não exclusivamente ao Código Civil. É equívoco sustentar que os direitos reais são apenas tipificados pelo Código Civil, pois a legislação extravagante tem a mesma legitimidade que o Código Civil para reconhecê-los num ordenamento jurídico. E no brasileiro não acontece diferente, basta se pensar na propriedade intelectual. Se se admitir que caracteriza direito real, ter-se-á exemplo característico”.

Sendo assim, a partir da análise doutrinária do tema, entende-se que o direito real é oponível contra todos; permite ao titular perseguir o bem onde quer que ele se encontre (direito de seqüela); corresponde a um direito exclusivo, não podendo, o mesmo direito, ser exercido por dois titulares e suas hipóteses são enumerados por lei em caráter taxativo.

Não obstante, uma vez inserido no rol de direitos reais, o direito de propriedade passa a apresentar alguns elementos essenciais para a sua configuração, dentre os quais, o de permitir o exercício de um poder sobre o bem por parte do seu titular, o que não se verifica no direito pessoal.

Nesse sentido, acerca do direito real, leciona Silvio Rodrigues (1999, p. 5):

[...] o direito real, ainda na definição de LAFAYETTE, “é o que afeta a coisa e imediatamente, sob certos respeitos e a segue em poder de quem quer que detenha” (ob. cit., 1º). É o direito que se prende à coisa, prevalecendo com a exclusão da concorrência de quem quer que seja, independentemente para o seu exercício da colaboração de outrem e conferindo a seu titular a possibilidade de ir buscar a coisa onde quer que se encontre, para sobre ela exercer o seu direito. Uma vez estabelecido o direito real, em favor de alguém, sobre certa coisa, tal direito se liga ao objeto, adere a ele de maneira integral e completa, como se fosse mancha misturada à sua cor, como se fosse uma ferida ou uma cicatriz calcada em sua face. Representam, enfim, como direito subjetivo que é, um conjunto de prerrogativas sobre a coisa, de maior ou menor amplitude.

Por conseguinte, o entendimento do direito de propriedade passa a ser disseminado como o próprio entendimento dos poderes por eles compreendidos sobre o bem, como demonstra a redação dada ao seu art. 1.228 do Código Civil de 2002, segundo a qual: “o proprietário tem função de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”⁹.

Ademais, ao lado dos poderes compreendidos na definição legal, o direito de propriedade ainda confere ao seu titular alguns mecanismos de defesa para a tutela face a interferência de terceiros, como a ação reivindicatória, a ação negatória e a ação de dano infecto (GONÇALVES, 2008).

⁹ Explicando a opção adotada pela doutrina e pelo legislador ao utilizar este conceito de propriedade, César Fiúza (2004, p. 715) assim aborda o tema: “Na verdade, dizer que propriedade é direito de usar, fruir, dispor e reivindicar é prender-se à definição analítica do Direito Romano. Dada a dificuldade de se formular definição sintética de propriedade, como fez Peter Bähr de maneira imprecisa, decidiram-se os juristas romanos por definição analítica, explicitando todos os elementos do domínio. Para se chegar a esta definição, partiram os romanos da seguinte pergunta: quando é que se diz ser um indivíduo dono de uma coisa?” Porém, contrário a definição trazida pela doutrina e pela legislação, por considerar que a mesma não reflete corretamente o que vem a ser o instituto, o aludido doutrinador propõe uma outra forma de definir a propriedade segundo a qual “[...] a palavra propriedade deve significar, num sentido mais amplo, a situação jurídica composta de uma relação dinâmica entre o dono e a coletividade, da qual surgem direitos e deveres para ambos; num sentido mais estrito, pode significar apenas os direitos do dono de usar, fruir, dispor ou reivindicar, daí se falar em direito ou direitos de propriedade; e num sentido mais específico e objetivo, propriedade é a própria coisa, objeto de domínio. Daí se falar em propriedade urbana ou rural, como sinônimo de imóvel ou prédio urbano ou rural” (FIUZA, 2004, p. 717).

Amiúde, a ação reivindicatória, compreendida pelo *caput* do retromencionado art. 1.228 do Código Civil, corresponde ao “direito de reaver a coisa”, de modo que o proprietário, quando injustamente destituído do seu bem, pode se utilizar deste instrumento jurídico, a fim de persegui-lo até que o mesmo se encontre novamente sobre o seu domínio.

A ação negatória ocorre quando a propriedade de um indivíduo esteja sofrendo uma injusta restrição pela atuação de um terceiro, conforme a previsão do art. 1.231 do Código Civil de 2002 que assim dispõe: “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”.

Destarte, não se tratando de uma previsão legal, a fim de que o exercício de um direito reconhecido possa interferir no direito de propriedade, estar-se-á numa situação de ilegalidade passível de repressão jurídica em prol do domínio de quem injustamente esteja sendo prejudicado.

Por outro lado, a ação de dano infecto é uma proteção jurídica conferida ao proprietário de um bem, quando este se encontra ameaçado de lesão por construções ou alterações de um determinado bem posicionado à sua proximidade.

Este é, pois, a clara redação conferida pelo art. 1.280 do Código Civil de 2002: “O proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente”.

Deferem estes dois últimos instrumentos jurídicos quanto ao tempo para a proteção, uma vez que na ação negatória o dano já existe e a tutela jurisdicional se faz necessária para que cessem, enquanto que no dano infecto existe um receio de que o dano venha a se concretizar. A primeira passa a ser considerada como uma ação defensiva, ao passo que a segunda uma ação preventiva (GONÇALVES, 2008).

A propriedade, então, ganhou tratamento jurídico, a fim de conferir proteção ora aos sujeitos envolvidos no processo de apropriação, ora ao próprio processo de apropriação desenvolvido pela sociedade ao longo dos anos.

Por oportuno, registre-se que a defesa deste processo de apropriação não é algo estático. Pelo contrário, apresenta-se de forma dinâmica, acompanhando as vicissitudes sociais ao longo do tempo, não podendo ser vislumbrada de forma apartada da realidade existente.

Desse modo, a melhor compreensão de uma tutela jurídica proposta na atualidade deve ser construída em conformidade com a sua gradativa evolução no cenário social, tanto para o melhor entendimento do que representara no passado, quanto para entender as suas repercussões no presente e no futuro.

2.2 A visão histórica da propriedade

A relação de apropriação existente entre o homem e os bens remonta aos tempos primitivos da humanidade, de modo que o direito de propriedade há muito acompanha as sociedades humanas¹⁰, sempre se modificando, ao longo dos anos, para melhor atender a realidade de seu tempo.

Deveras, num primeiro momento, conforme ensina Darcy Bessone (1996), o homem passou a se apropriar livremente das coisas da natureza em nome de uma coletividade (horda), demarcando o surgimento de uma propriedade coletiva¹¹, que não possuía espaço delimitado de existência, dado ao caráter nômade do ser humano da época.

Doravante, o processo de apropriação, inicialmente realizado por grupos, foi paulatinamente diminuindo a quantidade de titulares, passando, posteriormente, a ser exercida pelas famílias e pelos seus chefes, como verificado no direito romano, momento em que se registrou uma transição entre a propriedade coletiva e a propriedade individual.

Com efeito, nesse momento, a propriedade privada foi gradativamente deixando de ser plurifamiliar, na qual contemplava uma coletividade, para ser familiar, passando, assim, a ser gerida por uma entidade de um grupo, no qual seus componentes estavam ligados pelos laços de parentesco.

A partir de então, com o início das Invasões Bárbaras, verificou-se uma outra alteração significativa que marcou o começo da Idade Média, uma vez que a população das cidades abandonou os centros urbanos, em busca de abrigo nos feudos pertencentes aos nobres

¹⁰ No que diz respeito ao surgimento da propriedade, parte da doutrina entende que a mesma é anterior ao surgimento do próprio direito, como é o caso de PONTES DE MIRANDA (1960a, p. 250) que critica nos seguintes termos: “Desde JOHN LOCKE, ou, pelo menos, por influência principal dele, os Direitos do Homem ou são pré- e supraestatais, ou estatais, Direitos do Cidadão, isto é, do Homem, como membro da sociedade. O direito de propriedade que se tinha como daquela categoria, passou, nos nossos dias, a ser considerado como da segunda. As tendências fascistas e o terrorismo extremista querem que todos eles sejam estatais, somente direitos do cidadão, e nunca pré- ou supraestatais”. Por outro lado, contrastando ao pensamento dos jusnaturalistas, existem aqueles que entendem pelo direito de propriedade decorrente do próprio direito positivo, como aponta o magistério de Darcy Bessone (1996, p. 52-53): “surgiu, obviamente, o direito de propriedade como um produto cultural, uma criação da inteligência, considerada adequada à organização da vida em sociedade, isto é, da vida social. Seria contraditório que o direito subjetivo de propriedade fosse anterior ao direito objetivo, pois, na conhecida definição de Jhering, entende-se por direito subjetivo o interesse protegido pela lei, o que quer dizer que sua caracterização requer, além do elemento material – o interesse, o elemento formal, que a lei, o direito objetivo, estabelece. Até porque Adolfo Merkl aponta, como condição prévia e necessária do direito subjetivo, a presença do direito objetivo, pois aquele é conteúdo deste”.

¹¹ Nesse sentido, tecendo comentários sobre a propriedade coletiva, a qual denomina de comunitária, ensina Francisco Loureiro (2003, p. 21) que “A propriedade comunitária apresenta múltiplas variações, de acordo com o tempo e o espaço, mas ostenta uma plataforma comum, qual seja, a de constituir a garantia de sobrevivência para os membros de uma comunidade plurifamiliar, com a função nitidamente alimentar. O *jus disponendi* mostra-se diluído em detrimento do direito do gozo, sempre condicionado ao bem-estar da comunidade. A apropriação recai sobre o produto gerado pelo bem, mas não sobre o próprio bem”.

capazes de lhes oferecer proteção e terras para a produção, voltada à subsistência daqueles que buscavam trabalhar em regime de servidão, na qual nasceu a noção de domínio útil, como defende Francisco Eduardo Loureiro (2003, p. 23):

Houve seguido desmembramento da propriedade à medida que se admitiu a cessão parcial dos feudos e censos a terceiros. As sucessivas subseções de direito terminaram por permitir que um número de pessoas com direitos reciprocamente limitados, utilizassem a mesma parcela de terra. A tentativa de disciplinar essa desordenada divisão da propriedade nos moldes romanos levou à criação da doutrina do chamado *domínio dividido*: o proprietário permanecia com o *domínio indireto*, ou *eminente*, enquanto o tenente tinha o *domínio útil*.

Ademais, seguindo o pensamento do citado doutrinador, a partir da construção de domínio útil, existe uma superação do paradigma da propriedade construído naquele momento histórico, uma vez que a propriedade passa a ser vista não somente sobre o seu aspecto de submissão à vontade do seu detentor, mas também como um bem útil, que poderia ser voltado para atender as necessidades de um número de pessoas até então excluídas da propriedade¹².

Posteriormente, com o advento da Carta Magna da Inglaterra em 1215 e alguns anos depois, à luz do pensamento iluminista, com a Revolução Francesa, que promoveram o fim do absolutismo, em diversas nações do mundo, houve um freio ao livre arbítrio dos monarcas e ao seu poder sobre os bens, de modo que o direito de propriedade foi inserido nas Constituições então editadas, agora, como uma garantia individual, em face ao Estado, a fim de que o poder deste estivesse limitado àquele direito reconhecido ao indivíduo.

Nesse contexto, analisando o momento histórico da proteção da propriedade como direito individual, face às interferências estatais, impende trazer a lição de Leon Duguit, nos seguintes termos:

Provavelmente a grande maioria dos constituintes e dos convencionais não tiveram um conceito claro e preciso do fundamento da propriedade; nem sequer se colocaram a questão. Entendiam a propriedade como juristas, isto é, desde o ponto de vista das conseqüências que dela se deduzem, dos benefícios que assegura a seu titular, mas de nenhum modo como filósofos ou economistas, desde o ponto de vista de seu fundamento ou missão social. Pretenderam afirmar que toda propriedade existente era intangível, mas não pretenderam determinar a razão pela qual o era. Se afirmaram solenemente a intangibilidade do direito de propriedade, foi porque a imensa maioria deles eram proprietários. Do ponto de vista político e social, a Revolução foi obra do terceiro estado, isto é, da classe média proprietária: os representantes desta classe formavam a maioria da Constituinte e da Convenção. Sua preocupação constante é a de colocar a propriedade sob a salvaguarda das Declarações de direitos e das Constituições, e de afirmar assim que o direito de propriedade se impõe ao respeito do próprio legislador (*apud* TAVARES, 2007, p. 606-607).

¹² Nesse sentido, Francisco Eduardo Loureiro (2003, p. 24) ensina: “A expressão domínio útil reflete uma mentalidade profunda e leva inscrita uma íntima contradição: o substantivo *domínio*, carregado de soberania individual sobre a coisa, e o adjetivo *útil*, impregnado de uso e gozo cotidiano das coisas, sem necessidade de um poder abstrato que os justifique. Quebra-se a noção unitária de domínio e cria-se um novo domínio concorrente, fundado na utilidade”.

Assim, o direito de propriedade, conforme constituído pela ciência jurídica contemporânea, apresenta duas vertentes delimitadoras do seu instituto, sendo uma delas, a constitucional, na qual é percebido como uma garantia ao indivíduo face às intervenções do Estado e outra, a civil, como um direito no qual o seu titular defende o seu título de proprietário contra a interferência de terceiros.

Atualmente o direito de propriedade, no Brasil, encontra no inciso XXII, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “é garantido o direito de propriedade”, de sorte que, a partir desta abordagem, concebe-se um direito sob uma perspectiva mais ampla que o tratamento exclusivamente na seara civil¹³.

Com efeito, a inserção constitucional encerra dois sentidos à propriedade, primeiro, que a mesma, atualmente, envolve questões mais complexas, abrangendo diversos ramos do direito como o constitucional, o administrativo, o civil, o comercial etc., segundo, que o instituto da propriedade não deverá ser analisado sob uma perspectiva eminentemente patrimonialista e voltada a atender aos anseios de um único indivíduo, como feito preteritamente, mas sim, destinada ao bem-estar social¹⁴, no qual se volta a atender aos padrões estabelecidos pela própria sociedade.

Nesse diapasão, o próprio entendimento jurídico sobre o direito de propriedade, com o advento da Constituição Federal de 1988, não permanece como fora consagrado com o surgimento do Estado Liberal e com fim do absolutismo, mesmo porque o tratamento jurídico dado à propriedade é uma decisão política resultante do contraponto de conveniências, conforme segundo ensina Darcy Bessone (1996, p. 38-39):

A partir do momento histórico em que se constitui o Estado, inseriu-se entre as decisões políticas que lhe são privativas, a de instituir, manter, modificar, limitar, disciplinar a propriedade privada e, também, a propriedade pública. O Estado brasileiro pôde, no Segundo Reinado, abolir a propriedade do escravo, sem indenização ao senhor ou proprietário. O mesmo Estado, já republicano, pôde apropriar-se, ainda sem indenização, de coisas contrabandeadas, ou impróprias para o consumo, ou de terras, para fins de reforma agrária, com a indenização através de títulos da dívida agrária, resgatáveis ao longo de vinte anos (v. Cap. XV). A referência ao Estado nacional visa apenas a ilustrar a tese de que a propriedade, assim como pode ser criada, pode ser extinta pela lei (BESSONE, 1996, p. 38-39).

¹³ De acordo com a necessidade de tratamento constitucional da propriedade, José Afonso da Silva (2001, p. 276) assim leciona: “[...] a Constituição assegura o direito de propriedade, mas não é só isso, pois como assinalamos, estabelece também seu regime fundamental, de tal sorte que o Direito Civil não disciplina a propriedade, mas tão-somente as relações civis a ela referentes”.

¹⁴ Nesse sentido, a doutrina de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 558), explicando melhor o que vem a ser entendido por bem-estar social, esclarece que o mesmo “[...] é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias. Nele se incluem as exigências materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados; são as necessidades vitais da comunidade, dos grupos, das classes que compõem a sociedade. O bem-estar social é o escopo da *justiça social* a que se refere a nossa Constituição (art. 170) e só pode ser alcançado através do *desenvolvimento nacional*”.

Por conseguinte, influenciado pelas novas perspectivas constitucionalistas, emergentes no final do século XIX e início do século XX, principalmente, conduzidas por novos anseios político-sociais, o direito de propriedade então vigente enfrentou uma crise, marcada pela defasagem entre o conhecimento jurídico e o panorama social em que passou a existir, de modo que foi submetido a alterações, a fim de se adequar ao novo contexto histórico.

2.3 A crise da concepção individualista da propriedade privada

Com o passar dos anos, o direito de propriedade, na sua concepção individualista e absoluta¹⁵, conforme concebido outrora para frear o poder do Estado perante o indivíduo, passou a não mais atender ao interesse coletivo, pois trazia consigo o conflito de interesses entre o exercício individual e o interesse público.

Deveras, se por um lado o exercício do direito de propriedade de forma absoluta, como consagrado pelo Estado liberal, serviu num dado momento histórico para garantir ao homem o poder de usar o bem da forma como melhor lhe aprouvesse, sem a interferência estatal para limitar este poder privado, por outro, muitas das ações anteriormente permitidas sem nenhum óbice, como, por exemplo, a propriedade improdutiva, passou a conflitar com o interesse coletivo de uma organização estatal mais preocupada em garantir o bem-estar social e impedir o surgimento de conflitos sociais.

Nesse contexto, houve uma mudança na concepção da propriedade individualista, uma vez que as nuances sociais trouxeram à tona a noção de abuso de direito que passou a ganhar espaço, trazendo, pois, uma nova perspectiva, como defende Sílvio Rodrigues (1999, p. 82):

[...] as restrições derivadas da própria natureza do direito, se explicam através do recurso à noção de abuso de direito. O proprietário, no uso de seu direito, não pode ultrapassar determinados lindes, pois se deles exorbita, estará abusando e seu ato deixa de ser lícito (CC, art. 160, I, 2ª parte). Porque os direitos são concebidos ao homem para serem utilizados dentro de sua finalidade. Assim, se tal utilização é abusiva, o comportamento excessivo do proprietário não alcança proteção do ordenamento jurídico que, ao contrário, impõe-lhe o ônus de reparar o prejuízo

¹⁵ Sobre a característica do absolutismo da propriedade, insta apontar o pensamento de Orlando Gomes (1969, p. 107-108) que analisando as duas acepções que envolvem a palavra, assim leciona: “Direito absoluto também é, porque confere ao seu titular a faculdade de disposição, pela qual decide se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, ou destruí-la e, ainda, se lhe convém limitá-lo, constituindo por desmembramento outros direitos em favor de terceiros. Em outro sentido, diz-se, igualmente, que é absoluto, porque oponível a todos. Mas a oponibilidade *erga omnes* não é peculiar ao direito de propriedade. O que lhe é próprio, constituindo uma de suas características básicas, é esse poder jurídico de dominação da coisa, que fica ileisa em sua substancialidade ainda quando sofre certas limitações. Por fim, é através do seu caráter absoluto que se manifesta, mais nitidamente, o aspecto real de poder direto sobre a coisa com o qual se distingue no quadro das relações jurídicas”. Nesse contexto, registre-se que mudança proposta no entendimento do caráter absoluto da propriedade diz respeito apenas à primeira acepção quando a mesma vier a representar um abuso no direito de propriedade, conforme os padrões estabelecidos pelo regime jurídico vigente.

causado. Portanto, o exercício do direito encontra uma limitação em sua própria finalidade.

Assim, verifica-se que o instituto da propriedade privada, no final do século XIX e início do século XX, necessitando se adequar a um novo momento histórico, passou por uma verdadeira crise científica, tanto necessária quanto fundamental, para a própria permanência do instituto em análise.

Nesse sentido, impende dizer que segundo Thomas Khun (2006), a existência dessas crises é que preparam a mente humana para a produção de novos conhecimentos científicos, promovendo novas descobertas que venham a superar as próprias crises, mudando-se, assim, os paradigmas científicos existentes¹⁶.

Deveras, a existência de uma crise na concepção científica da propriedade apenas demonstra a necessidade de uma transformação do instituto, haja vista que a roupagem jurídica que comportava o tema não mais atendia aos anseios sociais, de modo que foi necessária uma reavaliação para que o conhecimento científico voltasse a se adequar ao novo contexto social em que se inseria¹⁷.

Por conseguinte, a partir da crise sofrida pelo instituto da propriedade privada desde o final do século XIX, que não mais comportava a idéia de um direito a ser exercido de forma absoluta, inseriu a noção de finalidade ao direito de propriedade, de modo que a ciência jurídica experimentou uma mudança de paradigma, como aponta a doutrina de Orlando Gomes (2008, p. 124):

Acentua-se energeticamente nos dias correntes a reação ao conceito absolutista da propriedade. Desde o século passado, vozes autorizadas levantaram-se para condenar a concepção egoística do domínio. A reação a esse dogma de intangibilidade da propriedade cresceu, ganhando riqueza doutrinária, até que se tornou, em nossos dias, convicção generalizada que orienta o legislador. Dia a dia a concepção individualista da propriedade cede terreno, instaurando-se em seu lugar, a concepção social, já consagrada em muitas Constituições.

Nesse diapasão, acompanhando a linha evolutiva do instituto jurídico da propriedade privada, fez-se necessária a limitação da propriedade, bem como dos direitos inerentes a esta,

¹⁶ Conforme o mencionado pensador: “[...] Ao concentrar a atenção científica sobre uma área problemática bem delimitada e ao preparar a mente científica para o reconhecimento das anomalias experimentais pelo que realmente são, as crises fazem freqüentemente proliferar novas descobertas [...]” (KHUN, 2006, p. 120).

¹⁷ No que se refere à distância entre a norma jurídica e a necessidade social, o magistério de Orlando Gomes (2006, p. 104) se encontra nos seguintes termos: “[...] O meio social não é imóvel: transforma-se, continua e perpetuamente, mas as relações entre os homens, disciplinadas pelo Direito, regulam-se por leis que devem possuir um mínimo de precisão e rigidez, indispensável à sua segurança. Manifesta-se, pois, um conflito permanente entre a imobilidade das normas jurídicas e o dinamismo da vida. Em virtude da ‘aceleração da História’, esse conflito tornou-se agudo e violento nos dias correntes. À medida que a sociedade evolui, o pensamento e o sentimento mudam. Outrora, a mudança era mais lenta. Hoje se está processando dentro da mesma geração. O conflito assume, por isto, um aspecto patético, a tal ponto que, como observa o professor de Paris, muitas ilegalidades de hoje *prefiguram* o direito do futuro”.

a fim de que o mesmo pudesse estar adequado ao novo panorama social emergente, mais condizente com os interesses coletivos que propriamente com as satisfações dos interesses sociais.

Trata-se da concepção oriunda do direito alemão no qual se passou a entender que “a propriedade obriga”. Desse modo, ao titular da propriedade não se conferia apenas direitos, mas também deveres¹⁸, de acordo com o que esclarece César Fiúza (2004, p. 716):

[...] dizer que propriedade é o direito de exercer com exclusividade o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação de um bem, é dizer muito pouco. É esquecer os deveres do dono e os direitos da coletividade. Ao esquecer os direitos da coletividade, ou seja, do outro, do próximo, estamos excluindo-o. É esquecer, ademais, o caráter dinâmico da propriedade, que consiste em relações que se movimentam, que se transformam no tempo e no espaço. Sem essa visão da propriedade como fenômeno dinâmico, é impossível se falar em função social e, muito menos, em função econômica.

Sendo assim, à propriedade privada fora acrescida a noção de função social, o que, atualmente, encontra-se positivada no direito brasileiro pelo inciso XXIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988 que trouxe uma nova apresentação do instituto mais adequado aos objetivos constitucionalmente propostos, dentre os quais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹⁹.

2.4 A função social da propriedade privada

O direito de propriedade a ser exercido de forma absoluta pelo proprietário já não se encontra amparado pelo Estado Social que prega a solidariedade²⁰ e busca evitar os conflitos de classe, de modo que, a partir 1919, com a Constituição de Weimar, passou-se a entender que a propriedade também gera obrigações aos seus detentores.

Desse modo, o movimento constitucional passou a contemplar uma outra perspectiva jurídica, com o direito de propriedade novamente sofrendo a interferência estatal, todavia, agora, para garantir a defesa do interesse coletivo, sob a égide de normas previamente estabelecidas, conforme acentua a doutrina de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 559):

Modernamente, o *Estado de Direito* aprimorou-se no *Estado do Bem-Estar (Welfare State)*, em busca de melhoria das condições sociais da comunidade. Não é o *Estado*

¹⁸ Sob esta nova perspectiva da propriedade que contrasta com a definição analítica trazida pelo Código Civil de 2002, Francisco Eduardo Loureiro (2003, p. 37) assim leciona: “[...] Os conceitos tradicionais partem da noção de direito subjetivo e estão fincados exclusivamente nos Códigos Cíveis, que seguem os modelos da segunda e terceira codificações (francesa e alemã), ou seja, inspirados no positivismo e limitados pela exegese. Já os conceitos contemporâneos, embora não haja ainda um consenso, vêem a propriedade como um *status*, ou como uma relação jurídica complexa, carregada de direitos e deveres, inspirados em valores constitucionais e no princípio da função social”.

¹⁹ Objetivo constitucional trazido com o inciso I do art. 3º.

²⁰ A exemplo do que, no Brasil, dispõe o inciso I do art. 3º da Constituição Federal de 1988 que preconiza a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”.

Liberal, que se omite ante a conduta individual nem o *Estado Socialista*, que suprime a iniciativa do particular. É o Estado orientador e incentivador da conduta individual no sentido do bem-estar social. Para atingir esse objetivo o *Estado do Bem-estar* intervém na propriedade e no domínio econômico quando utilizados contra o bem comum da coletividade.

Por conseguinte, segundo esta linha evolutiva, o direito brasileiro inseriu a função social na propriedade a partir da Constituição Federal de 1946, o que veio a ser repetido nas duas subseqüentes, a de 1967 e a de 1988 que, por sua vez, no inciso XXIII, do art. 5º, determinou que “a propriedade atenderá a sua função social”, não conceituando, porém, o que se deva entender pela expressão.

Em arrimo a esta progressiva inserção da função social no direito brasileiro, sob a égide constitucional, o Supremo Tribunal Federal já manifestou posicionamentos sobre controvérsias ligadas ao tema, analisando contendas referentes ao direito de propriedade, como bem aponta o posicionamento adotado no Mandado de Segurança nº 20.585, julgado em 03/09/1986, cujo relator foi o Ministro Carlos Madeira, no qual a desapropriação foi defendida com base na função social da propriedade, consoante se depreende pela transcrição da ementa do julgamento a seguir:

DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL, PARA FIM DE REFORMA AGRÁRIA. TERRAS INEXPLORADAS. IMISSÃO DO INCRA NA POSSE DO IMÓVEL, COM ASSENTAMENTO DE FAMÍLIAS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADES AGRÍCOLAS. NÃO MALFERE O PARÁGRAFO 2. DO ARTIGO 161 DA CONSTITUIÇÃO, A DESAPROPRIAÇÃO DE TERRAS VISANDO AO AUMENTO DE SUA PRODUTIVIDADE E A SUA PARTILHA MAIS CONSENTÂNEA COM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. IMITIDA NA POSSE A AUTARQUIA DESAPROPRIANTE, JÁ NÃO HÁ OPORTUNIDADE PARA O MANDADO DE SEGURANÇA. 'WRITT' INDEFERIDO (STF, Pleno, MS 20585 / DF, Relator Min. Carlos Madeira, julg. 03/09/1986, DJ 26/09/1986, p. 17.717).

Contudo, considerando que a função social da propriedade é um conceito em aberto, o mesmo deverá ser interpretado a partir dos próprios preceitos constitucionais que delimitam a sua extensão e a sua profundidade no direito brasileiro para a aplicação.

Por conseguinte, a despeito do claro posicionamento do Excelso Pretório acerca da função social incidente sobre o direito de propriedade, a imposição constitucional também se apresenta de forma indireta, nos compreendidos pela propriedade, como o de usar, gozar e dispor, como demonstra o posicionamento adotado pelo aresto abaixo transcrito:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. I. - O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: C.F., art. 5º, XXII e XXIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido o alvará de construção, já existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local. II. - Inocorrência de ofensa aos §§ 1º e 2º do art. 182, C.F. III. - Inocorrência de ofensa ao princípio isonômico, mesmo porque o seu exame, no caso, demandaria a comprovação de

questões, o que não ocorreu. Ademais, o fato de ter sido construído no local um prédio em desacordo com a lei municipal não confere ao recorrente o direito de, também ele, infringir a citada lei. IV. - R.E. não conhecido (STF, 2ª Turma, RE 178836 / SP, Relator Min. Carlos Velloso, julg. 08/06/1999, DJ 20/08/1999, p. 44).

Assim, considerando a abrangência, a dimensão do instituto, que podem interferir direta ou indiretamente na utilização do bem pelo seu proprietário e a preocupação existente em se estabelecer a zona de abrangência do que venha a se considerar por função social.

Nesse sentido, Orlando Gomes (2008), partindo da análise literal do termo, ensina que por “função”²¹, deve ser entendido como uma forma de operar o instituto, ao passo que por “social”²², embora desaprove o uso individualístico, apresenta uma acepção ambígua, permitindo a construção judicial não adstrita aos conceitos legais.

Deveras, a compreensão da função social é estabelecida a partir de uma construção jurídica, considerando-se os conceitos políticos, econômicos e sociais, decorrentes do contexto histórico, que ultrapassam os limites da vontade individual do titular do bem.

Sendo assim, a função social passa a ser compreendida como um verdadeiro controle social sobre a propriedade para que a mesma não represente um fim em si mesma, com a realização de interesses de um único indivíduo, passando, por conseqüência, a atender a um número indeterminado de indivíduos com a promoção do bem-estar social.

Destarte, consoante ensina Gustavo Tepedino (2001, p. 286), a propriedade se insere num contexto mais amplo do que o percebido até então, sendo direcionada a um benefício maior para toda a sociedade. Senão, vejamos:

A propriedade constitucional, ao contrário, não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a transformasse em uma “minipropriedade”, como alguém, com fina ironia, a cunhou, mas, ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente diversa, na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não-proprietários (igualmente ou predominantemente) mercedores de tutela, não pode ser examinada ‘*se non construendo in una endiadi lê situazioni del proprietario e dei terzi*’. Assim considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e) transforma-se em instrumento para a realização do projeto constitucional.

²¹ Nesse sentido, Orlando Gomes (2008, p. 125) leciona: “[...] o termo função contrapõe-se à estrutura e que serve para definir a maneira concreta de operar de um instituto ou de um direito de características morfológicas particulares e notórias. A partir do momento em que o ordenamento jurídico não deveria ser protegido tão-somente para satisfação do seu interesse, a função da propriedade tornou-se social [...]”.

²² Considerando a proposta do termo social, continua Orlando Gomes (2008, p. 125) ensinando: “[...] o adjetivo que qualifica a função tem o seu significado mais ambíguo. Desaprovando a fórmula negativa de que o social é equivalente e não-individualístico, aplaude o emprego para defini-lo, como critério de avaliação de situações jurídicas ligada ao desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, para maior integração do indivíduo na coletividade. Em substância: como um “parâmetro elástico” por meio do qual se transfere para o âmbito legislativo ou para a consciência do juiz de certas exigências do momento histórico, nascidas com a antítese do movimento dialético da aventura da humanidade”.

Assim, as limitações promovidas pela inserção do conceito de função social da propriedade representam uma redução da utilização do bem na esfera individual, mas uma ampliação na esfera coletiva, uma vez que atende a um interesse da sociedade.

Doravante, a propriedade passa a se submeter a uma finalidade que transcende ao interesse individual, sujeitando-se à satisfação de interesses sociais e o repúdio a condutas que posicionem o patrimônio numa condição axiológica superior em relação ao ser humano, como bem se depreende da lição de Luiz Edson Fachin (2006, p. 285-286) que assim exara seu pensamento:

A vida social e estrutura da sociedade, modo de produção e de articulação dos objetivos do desejo individual ou coletivo, não estão apartadas do regime jurídico patrimonial. A guarida a essa esfera patrimonial básica acentuada a consideração de valores que denotam interesses sociais incidentes sobre as titularidades. Tais valores recaem, ainda que de modo diverso, sobre a posse a propriedade. Não se trata apenas de voltar a reconhecer que o trabalho justifica o patrimônio. Trata-se, isso sim, de ressaltar que a titularidade das coisas não pode ser um fim em si mesmo.

Nesse contexto, vislumbra-se que, num primeiro momento do Estado Moderno, a concepção liberal trouxe a defesa do direito “de” propriedade, na qual o indivíduo precisava de uma proteção ao poder exercido estatal, de modo que o poder público se sujeitou ao interesse privado.

Porém, o simples fato de reconhecer, proteger e disciplinar o direito de propriedade não exime o Estado da análise de posteriores conflitos envolvendo o fenômeno da apropriação, mesmo porque a garantia da propriedade, algumas vezes, representa uma situação hipotética criada pela lei que não se materializa na realização de direitos consagrados dos quais necessitam os indivíduos para atender a padrões mínimos de uma existência digna.

Doravante, atualmente, vive-se numa outra realidade jurídica, sendo a propriedade quem passa a se adequar aos ideais traçados pelo poder público, na defesa do bem-estar social, de modo que o interesse privado se inclina ao interesse coletivo, podendo-se perceber que tanto o direito de propriedade passa a ter uma nova interpretação, quanto pode ser compreendido também como um direito “à” propriedade.

2.5 O Direito à propriedade

Em consonância com os mecanismos de geração, acumulação e circulação de riquezas existentes, a propriedade privada e o fenômeno da apropriação de bens, exercem uma função essencial para a própria manutenção do sistema de produção regente instituído.

Nesse contexto, dada a sua importância e a sua íntima relação com a estrutura econômica e social, a propriedade deve ser pautada nos ditames constitucionais traçados, a

fim de que a proposta da ciência jurídica de permitir a harmonização das relações sociais venha a se concretizar.

Por esse motivo, as nuances sociais e econômicas, implicam nas alterações jurídicas necessárias para que o Direito, enquanto norma, esteja em conformidade com os valores e os fatos existentes, o que, atualmente, condiz com a exigência da propriedade funcionalizada, como bem aponta o magistério de André Ramos Tavares (2007, p. 613), abaixo transcrito:

A propriedade privada é considerada como elemento essencial ao desenvolvimento do modelo capitalista de produção e, ademais, o direito à propriedade é inafastável da concepção de democracia atualmente existente. Foi por esse motivo que se preservou o direito de propriedade, alterando-se-lhe o conteúdo, com a consagração dos direitos sociais, e, ainda, com a declaração expressa de que também a propriedade é alcançada pela concepção social do Direito, o que se dá pela determinação de que a propriedade cumprirá a função social.

Assim, a partir da noção de direito de propriedade conjugada com a função social da propriedade, contemplada pelos ideais atuais de justiça e solidariedade social, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro abre azo ao surgimento de um novo aspecto da propriedade que seria o direito à propriedade.

Doravante, partindo-se da perspectiva constitucional que, buscando a construção jurídica e política da sociedade, prevê, dentre outros preceitos, tanto a formação de uma sociedade “livre, justa e solidária” quanto da defesa da dignidade humana, percebe-se que a propriedade deve estar inserida nestes propósitos, haja vista que a satisfação das necessidades humanas, até mesmo as mais elementares, está relacionada ao fenômeno da apropriação que acompanha a própria história do homem²³.

Assim, o homem para ter condições mínimas de existência digna²⁴, como por exemplo, moradia, saúde, educação e lazer, dentre outros que venham a ser eleitos por uma dada sociedade, precisa ter acesso a um número mínimo de bens, os quais irão compor o seu patrimônio essencial.

Por conseguinte, o direito à propriedade representa uma construção trazida pela própria interpretação constitucional, ou seja, pelo direito positivo, na qual estabelece uma

²³ Nesse sentido, analisando a mudança do foco estabelecida pela norma constitucional que refletiu, sobretudo, no direito civil, insta apresentar o seguinte posicionamento doutrinário de Francisco Eduardo Loureiro (2003, p. 91): “O eixo do sistema jurídico agora é a Constituição Federal, que não só passou a tratar de temas circunscritos ao direito privado, como também a iluminar, com seus princípios cardiais – dignidade e solidariedade – toda a legislação infraconstitucional. Houve, por assim dizer, uma mudança de rumo no ordenamento, que refletiu a despatrimonialização e a personalização do direito civil”.

²⁴ Nesse sentido, aponta a doutrina de Luiz Edson Fachin (2006, p. 167): “A proteção do patrimônio mínimo não está atrelada à exacerbação do indivíduo. Não se prega a volta ao direito solitário da individualidade suprema, mas sim do respeito ao indivíduo numa concepção solidária e contemporânea, apta a recolher a experiência codificada e superar seus limites. Ademais, está além da concepção contemporânea de patrimônio”.

função social para a propriedade, e que o Estado, na defesa do bem comum, com o fito de garantir a dignidade da pessoa humana, deverá promover o acesso do indivíduo a determinada esfera patrimonial²⁵.

Sendo assim, paralelo ao direito da propriedade, claramente contemplado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, existe ainda um outro direito referente à propriedade, ou seja, a garantia de que o indivíduo venha a ter acesso ao patrimônio necessário a satisfações de necessidades básicas do ser humano, a fim de que este acesso concretize o desiderato constitucional de promoção e defesa da dignidade humana.

Deveras, enquanto o primeiro, direito de propriedade, estaria contemplado com a possibilidade de o indivíduo poder exercer um direito real sobre um bem, em conformidade com as disposições jurídicas, dentre as quais a função social da propriedade, o segundo, direito à propriedade, contemplaria uma noção bem mais abrangente, pois traz consigo a noção de acesso do indivíduo à propriedade privada.

Trata-se, pois, de uma mudança de perspectiva social, pois o direito de propriedade surgiu, sob a égide de uma visão patrimonialista, para garantir uma relação existente entre o homem sobre um determinado bem, devendo ser esta respeitada por todos os outros indivíduos.

Entretanto, atualmente a defesa do patrimônio já não se encontra como foco central do direito privado. Pelo contrário, o homem é o centro da norma jurídica e os institutos jurídicos devem estar voltados para a realização do ser humano.

Nesse sentido, insta informar que a doutrina de Orlando Gomes (1969, p. 126) há muito já trazia a perspectiva ora abordada, considerando a perspectiva de uma propriedade menos egoística e mais voltada às realizações do próprio homem, como se depreende pelo trecho assim escrito:

[...] o exercício do direito de propriedade, assim limitado e controlado, indica que aquele sentido de direito absoluto consagrado pela concepção individualista, perdeu sua razão de ser. A propriedade deixa de ser egoísta. Humaniza-se ao se relativizar. Ganha conteúdo social que não possuía, embora se conserve como direito básico da organização econômica, o que exclui a possibilidade de enquadrar-se essa tendência no movimento para a socialização.

²⁵ Nesse sentido, tratando-se de um direito à propriedade previsto pelo próprio direito positivo, o mesmo não representa uma retomada ao pensamento de Legaz y Lacambra, que, embora advogassem a existência de um direito à propriedade, o fazia fundamentando o seu pensamento no direito natural, nos termos da doutrina de Darcy Bessone (1996, p. 55): “Pretendeu-se que a propriedade é um complemento necessário da personalidade e da liberdade do homem, pelo que constituiria um direito natural seu. Em outras palavras, cada homem teria um direito natural à propriedade, como forma de legitimação de poder sobre as coisas necessárias à sua subsistência. Seria, segundo Legaz y Lacambra, um *jus ad rem*, direito à propriedade, e não um *jus in re*, direito de propriedade”.

Na verdade, de acordo com a evolução da ciência jurídica que hoje busca colocar o homem como o centro norma, mesmo que o direito à propriedade não tenha sido expressamente consagrado na Carta Magna de 1988, a sua compreensão na esfera jurídica brasileira não se torna de difícil ilação, uma vez que a existência humana de forma digna, como propõe a norma jurídica constitucional está intimamente ligada ao acesso à propriedade.

Com efeito, a existência humana de forma digna, nos moldes traçados pela Constituição pressupõe que o ser humano possua alguns bens essenciais para a sua manutenção, tais como moradia, educação, saúde, lazer, trabalho, dentre outros que o ordenamento jurídico venha a considerar como básicos do ser humano.

Seguindo esta linha, o direito brasileiro, em especial o direito civil hodierno, mesmo não considerando a existência de um direito subjetivo à propriedade de forma clara, como ligado a própria natureza humana, subsiste, ao longo da história jurídica, o direito à propriedade, de modo que um indivíduo possa vir a ter garantido o acesso à propriedade, tais como a usucapião, o bem de família, o direito de habitação, o usufruto, o uso, a servidão, dentre outros que submetem a propriedade à dignidade humana.

Trata-se, assim, de direitos reais sobre coisa alheia, entendidos como a prerrogativa do exercício dos direitos de uns sobre os de outros, paralisando o exercício destes²⁶, considerando as suas espécies, conforme classificação legal e doutrinária, Silvio Rodrigues (1999, p. 246) assim leciona:

[...] No *usufruto* a prerrogativa de usar e gozar da coisa sai das mãos do proprietário, para transitoriamente se integrar no patrimônio do usufrutário; no uso, e não a de gozo, que se incorpora transitoriamente no patrimônio do usufrutário; e, na *servidão*, o dono do prédio dominante pode, dentro dos limites daquela, utilizar o prédio serviente. Nos três casos, o titular do domínio sofre uma restrição em seu direito, correspondente a um direito paralelo do usufrutário, do usuário, do dono do prédio dominante. Estes, nos três casos, desfrutam de um direito sobre a coisa de outrem.

Ademais, somado a estes, encontra-se ainda o direito real de habitação²⁷, que, segundo o mesmo doutrinador, “consiste na faculdade de residir num prédio, com sua família” (RODRIGUES, 1999, p. 294).

Não obstante aos direitos reais sobre coisa alheia, ainda existem dispositivos legais em que o direito civil²⁸ demonstra claramente a tendência de proteger o ser humano, de modo que

²⁶ Em arrimo ao magistério de Silvio Rodrigues (1999, p. 246), tem-se que: “Encarada a questão sob o ângulo passivo, os direitos reais constituídos sobre coisas alheias apenas paralisam a faculdade correspondente naquele que mantém a propriedade; detém temporariamente seu exercício, sem que jamais se destaquem do seu tronco. Encarada a questão sob o ângulo ativo, os direitos reais sobre coisas alheias são prerrogativas de uns sobre de outros, diminuindo o direito destes sobre elas”.

²⁷ O direito de habitação encontra previsão no art. 1.414 do Código Civil que assim determina: “Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família”.

alguns bens não serão objeto de alienação patrimonial, sem que o seu detentor possua um outro bem substitutivo capaz de lhe garantir o mínimo para a sua existência digna, como o caso da impenhorabilidade do bem de família²⁹ e do módulo rural³⁰, além da doação de todo o patrimônio³¹.

Por oportuno, registre-se que, atualmente, a propriedade de alguém pode se sujeitar até mesmo à posse de outrem, quando esta representar um melhor interesse na utilização do bem.

Com efeito, atualmente a visão funcionalista e personalista valorizam mais a utilização do bem, em consonância com os ditames legais, voltados ao bem-estar social e a promoção do ser humano, que estes se mostram, em alguns casos, mais relevantes que o próprio título de domínio, como adverte Mônica Aguiar (2003, p. 61):

Igualmente relevante a valoração maior concedida à posse em detrimento da propriedade quando se depara o jurista com nova regra concernente às acessões artificiais, que não mais serão de propriedade exclusiva do titular da área, como se dá no Código Civil, mas do construtor ou plantador, desde que as acessões realizadas sejam de valor considerável maior que o terreno, como se constata do comando expresso no art. 1.255, parágrafo único, do Código de 2002.

Nesse diapasão, nota-se que, apesar do ordenamento jurídico assegurar a um determinado indivíduo o direito de propriedade, este poderá sofrer restrições quando em confronto com outros direitos de terceiros, não necessariamente proprietários, quando se revistam de uma essencialidade maior ao ser humano, como, por exemplo, o direito à vida, à

²⁸ Apesar do direito civil proteger o ser humano e lhe conferir direitos sobre a propriedade, o Código de Processo Civil também confere uma garantia patrimonial quando, por exemplo, estabelece, no seu art. 649, o rol de bens considerados impenhoráveis, segundo os quais, seriam considerados o mínimo existencial para o ser humano possuir uma vida digna, não podendo assim, serem expropriados do devedor, mesmo em processo de execução. Por conseguinte, de acordo com a relação trazida pelos incisos são eles: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.

²⁹ Segundo o art. 1.715 do Código Civil: “O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio”.

³⁰ A impenhorabilidade do módulo rural se encontra prevista no inciso XXVI do art. 5º da Constituição Federal, escrito nos seguintes termos: “A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

³¹ De acordo com a redação do art. 548 do Código Civil: “É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”.

liberdade, moradia e ao trabalho que servem de fundamento para se conferir o acesso ao exercício da propriedade.

Por conseguinte, o ordenamento jurídico poderá contemplar direitos conflitantes, momento em que deverá se utilizar dos valores instituídos para a escolha, o que poderá representar a imbricação de um direito de terceiro ao direito de propriedade, sem que tal comportamento represente a sua supressão, mas, tão-somente, uma adequação do instituto aos novos paradigmas estabelecidos, segundo leciona Francisco Eduardo Loureiro (2003, p. 87):

[...] o direito de propriedade deve aperfeiçoar-se ao novo modelo, que impõe respeito e equilíbrio aos interesses não-proprietários, mas nem por isso de menor dignidade. Os limites e restrições à autonomia e liberdade contratual, que já se encontram assimilados em nosso conhecimento, devem ser estendidos à propriedade. Os tradicionais direitos de uso, gozo e disposição, entendidos tradicionalmente como absolutos, podem ser travados em favor de terceiros não-proprietários, mas com interesses dignos de tutela. Em termos diversos, as chamadas normas de intervenção – de proteção, de direção e de intervenção – têm plena aplicação à propriedade. Interessa ao direito não só a existência de proprietários, mas sim de bons proprietários, que ajam bem, socialmente. Sobre essa base criam-se novas obrigações aos proprietários – assim como aos contratantes – como, por exemplo, o dever de diligência no cumprimento da prestação devida, o de comportar-se de boa-fé e a proteção do interesse de terceiros.

Nesse plano, o atual estágio do conhecimento científico do Direito não se coaduna com os preceitos jurídicos de outrora, nos quais o simples título de propriedade era oponível *erga omnes*, sendo, pois, capaz de afastar a utilização do bem por qualquer indivíduo, na supremacia do interesse individual face ao coletivo.

Atualmente, porém, a proposta se mostra diversa. Com efeito, ao invés de se entender a propriedade como uma forma de incluir alguém no rol de proprietário e excluir inúmeros outros, a ciência jurídica propõe uma nova fórmula, a fim de incluir aqueles que pretendam dar uma justa utilidade ao bem, em consonância com a disposição constitucional de liberdade, solidariedade, justiça e respeito à dignidade humana.

Posto isso, entende-se que proteção constitucional à propriedade não deve ser analisada somente sob a perspectiva literal de direito “de” propriedade, mas também sob uma perspectiva teleológica que contempla a defesa de um direito de “ter uma” propriedade, ou seja, um direito “à” propriedade.

Aliás, em análise ao método interpretativo teleológico, Tércio Sampaio Ferraz Junior (1994, p. 293), assim assevera:

[...] a interpretação teleológica e axiológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. Seu movimento interpretativo inversamente ao da interpretação sistemática que também postula uma cabal e coerente unidade do sistema, parte das *conseqüências* avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema. É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador *fosse capaz de mover suas próprias previsões*, pois as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias *conseqüências*. Assim se entende que, não importa a

norma, ele há de ter, para o hermeneuta, *sempre* um objetivo que serve para controlar até as conseqüências da previsão legal (a lei sempre visa os fins sociais do direito e às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que eles não estejam sendo atendidos).

Afinal, na medida do possível, a propriedade deve ser colocada à disposição do homem para a realização deste, dos seus anseios e das satisfações de suas necessidades, buscando, assim, a inclusão de todos no processo de convivência social e não a marginalização e exclusão do ser humano, como já ocorreu ao longo da história em que o próprio ser humano foi reduzido à condição de bem (*res*).

Nesse sentido, as nuances da ciência jurídica propõem, atualmente, uma nova concepção de propriedade, bem como uma nova relação desta para com a própria sociedade, em que se pretenda garantia ao homem o acesso aos bens como meio de realizar as propostas constitucionais da justiça, da solidariedade e da própria dignidade humana, haja vista que esta noção não se dissocia da existência de alguns bens essenciais à vida humana hodierna.

Aliada à possibilidade de acesso ao direito à propriedade, em respeito ao bem-estar social e ao interesse coletivo, o Estado deverá estar munido de instrumentos jurídicos capazes de fazer valer a previsão constitucional de realização dos desejos desta propriedade sedimentada em conformidade com a proposta de formação do próprio ente estatal.

2.6 Intervenções do Estado na propriedade privada

Seguindo os escopos traçados pela propriedade, em conformidade com a proposta constitucionalista, que visa atender a sua função social, o Estado, no uso do seu poder de império sobre os administrados, vale-se de institutos jurídicos de controle, a fim de garantir a defesa do bem comum, em detrimento de uma utilização nociva ao convívio social.

Com efeito, enquanto a liberdade no exercício do direito de propriedade, que fora pregado outrora pelo Estado Liberal, muitas vezes abre azo ao surgimento de abusos e da exploração inadequada de recursos no sistema de produção, a perspectiva intervencionista, uma vez limitada pela lei e pela defesa do bem comum, permite maior harmonização das relações sociais, com a conseqüente distribuição da riqueza³².

³² Em análise ao papel do Estado frente à economia, J. Santos Briz (1963, p. 32) afirma: “[...] Embora o homem de épocas anteriores tenha suportado a necessidade econômica como coisa de seu destino e se tenha considerado ainda na época liberal que o ordenamento da economia era assunto extraestatal, a sociedade atual não está disposta a permanecer passivamente frente aos transtornos do curso da economia. O Estado, representante da sociedade, aspira a uma estruturação ativa na economia, como obra humana que se pode manejar. Desta forma, o curso de economia já não fica submetido ao azar, mas é uma das missões fundamentais do Estado moderno. Antecedente a sua atuação foi a atuação das associações econômicas da época de transição do liberalismo à atualidade, sindicatos, associações patronais. Às associações seguiu-se o Estado, que não pode continuar olhando passivamente o fato econômico. Ao Estado liberal, que se limitou a

Por conseguinte, a intervenção na propriedade privada é um recurso tanto jurídico, uma vez que se encontra previsto pelo Direito, quanto político, uma vez que a sua utilização é uma decisão voltada a atender aos interesses sociais, a fim de satisfazer as necessidades coletivas³³.

Nesse plano, a própria Constituição Federal de 1988, no mesmo artigo em que assegura a propriedade como direito individual fundamental, traz a previsão do instituto da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV³⁴ e XXV³⁵), quando o bem não venha a ser utilizado em conformidade com os ditames estabelecidos pelos objetivos estatais.

Ademais, aliada a previsão constitucional de desapropriação de bens, o Poder Público ainda poderá se valer de outros instrumentos jurídicos de controle, a fim de que à propriedade seja dada devida utilização, em conformidade com a função social, ou seja, o exercício dos direitos em prol do bem-estar social, consoante explica Hely Lopes Meirelles (2001, p. 560):

A multiplicidade das exigências sociais e a variedade das necessidades coletivas compõem ao Poder Público à diversificação dos *meios de intervenção* da propriedade e de *atuação* no domínio econômico, variando desde o apoderamento de bens e serviços particulares através da *desapropriação* ou da *requisição* até as medidas mais atenuadas da *servidão administrativa*, da *limitação administrativa* e da *ocupação temporária*, além da *repressão ao abuso do poder econômico* e das *medidas de controle de abastecimento* e de *fixação de preços*.

Destarte, o direito brasileiro contempla diversos institutos jurídicos, cada qual com os seus objetos específicos de atuação, como, por exemplo, a servidão administrativa, a limitação administrativa e a ocupação temporária, que visam restringir a utilização do bem por parte do seu proprietário, em favor da supremacia do interesse da Administração Pública.

Nesse sentido, de acordo com a proposta apresentada por este trabalho, de analisar a propriedade da patente de medicamentos, mostra-se de maior relevância para o estudo da atuação do Estado perante a propriedade privada, sob a forma da desapropriação, de

função de polícia sobre a economia, substituiu o moderno, que intervém na vida econômica para eliminar ou diminuir os transtornos na economia de mercado e que oferece a sua atuação protetora à coletividade necessitada [...]”.

³³ Nesse sentido, Edvaldo Brito (1982, p. 18) ensina que: “[...] para se prover às necessidades coletivas, fez-se preciso organizar o Estado com um complexo instrumental constitutivo do serviço público, cuja noção tem de se ampliar para absorver a síntese dualista do Estado do bem-estar e do desenvolvimento que se incumbe de todas as prestações em favor dos indivíduos no âmbito da assistência vital envolvente das necessidades coletivas tornadas ou não públicas por opção política, mas que justificam a intervenção estatal e o dirigismo econômico que as transformações políticas e econômicas experimentadas pela sociedade vêm propiciando”.

³⁴ Segundo o dispositivo mencionado, “A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

³⁵ A redação deste inciso dispõe que: “No caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

requisição de bens e, na atividade econômica, com o controle do abastecimento e a fixação de preços.

2.6.1 Da Desapropriação

A desapropriação é o meio pelo qual o Poder Público, fundado na supremacia do interesse público sobre o individual, compulsoriamente adquire a propriedade que pertencia a outrem, despojando o seu proprietário, mediante o pagamento de uma indenização (MELLO, 2003).

Por conseguinte, a desapropriação, em conformidade com os termos do inciso XXIV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, entende-se como elementos essenciais para a realização da desapropriação o bem de propriedade de terceiro; o interesse público; a indenização e o procedimento próprio³⁶.

Primeiramente, como bem se depreende pela própria etimologia da palavra, a realização da desapropriação pressupõe a apropriação de um bem por parte de um indivíduo, sendo compreendido por bem diversos objetos que se sujeitem à propriedade, de acordo com que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 744):

Pode ser objeto de desapropriação tudo aquilo que seja objeto de propriedade. Isto é, tudo bem, imóvel ou móvel, corpóreo ou incorpóreo, pode ser desapropriado. Portanto, também se desapropriam direitos em geral. Contudo, não são desapropriáveis direitos personalíssimos, tais o de liberdade, o direito à honra etc. Efetivamente, estes não se definem por um conteúdo patrimonial, antes se apresentam como verdadeiras projeções da personalidade do indivíduo ou consistem em expressões de um seu *status* jurídico, como o pátrio poder e a cidadania, por exemplo.

Por sua vez, a defesa do interesse público, fundamento do instituto, encontra-se prevista pela Carta Magna de 1988, quando inserido no texto as expressões: “por necessidade ou utilidade pública ou interesse social”, de modo que a atuação do Estado deverá estar em conformidade com a finalidade traçada por esta redação.

Sendo assim, a doutrina de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 583) esclarece o que melhor se entende pelas expressões adotadas pela norma constitucional, conforme se depreende pela seguinte transcrição:

³⁶ Analisando o posicionamento constitucional, José Afonso da Silva (2001, p. 284) assim leciona: “É a limitação que afeta o *caráter perpétuo* da propriedade, porque é meio pelo qual o Poder Público determina a transferência compulsória da propriedade particular, especialmente para o seu patrimônio ou de seus delegados, o que só pode verificar-se *por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição* (art. 5º, XXIV), que são as desapropriações-sanção por não estar a propriedade urbana ou rural cumprindo sua função social, quando, então, a indenização se fará mediante título da dívida pública ou da dívida agrária (arts. 182 e 184)”.

Os bens expropriados por *utilidade* ou *necessidade pública* têm destinação precípua às *obras* e *serviços* públicos, constituindo estes, precisamente sua *finalidade pública*, ao passo que os desapropriados por *interesse social* destinam-se, normalmente, a *particulares que irão explorá-los ou utilizá-los por exigência da coletividade*, para o atendimento de interesses ou solução de casos da comunidade (e não do Poder Público), sendo estes, então, a sua *finalidade pública*. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública dá atendimento a atividades administrativas; a desapropriação por interesse social visa a solucionar problemas de bem-estar social. Ambas têm *finalidade pública*, mas com objetivos e características diferentes.

Por conseguinte, a defesa do interesse coletivo pode se manifestar sob diversas formas no mundo dos fatos, dependendo, pois, de diversas tipificações legais, todavia, em todas elas, deve-se estar presente o benefício social trazido juntamente com a necessidade de apropriação do bem pertencente ao particular.

No que diz respeito à indenização, registre-se que a mesma constitui um requisito essencial e anterior à própria desapropriação, não podendo ser realizada sem que tenha sido atendida pelo Poder Público.

De fato, pela redação constitucional, percebe-se que a indenização fora prevista na seguinte frase: “mediante justa e prévia indenização”, de modo que o procedimento de desapropriação somente poderá ocorrer após o pagamento de um valor pela apropriação do bem.

Nesse sentido, encontra-se a doutrina de Pontes de Miranda (1960b, p. 80-81) que, em análise à Constituição de 1946, já lecionava sobre o tema nos seguintes termos:

A indenização é pela desapropriação, pela perda que se vai dar. No direito brasileiro, tal é a prestação prévia; é pressuposto da desapropriação, e não consequência: não se presta a indenização, porque se tirou a alguém o bem; e, sim, porque se lhe vai tirar: tem-se de prestar para que se componha o suporte fático, para que a regra jurídica da extinção da propriedade do desapropriado incida sobre ele e a transcrição da sentença, tratando-se de bem imóvel, produza a *perda*. Não há propriamente, obrigação de indenizar. Se por algum erro do juiz se deixou de prestar a indenização e o demandado a reclama, reclama contra fundamento da desapropriação: o dever de prestar é por enriquecimento injustificado e não porque se “deva” uma contraprestação.

Portanto, com o procedimento de desapropriação, o Estado não prevê a supressão do direito de propriedade em nome do interesse coletivo, mas tão-somente a sua transferência, para a realização do bem comum, de modo que, para a sua efetivação, o proprietário deverá receber um valor equivalente ao aludido bem.

Esta equivalência é, pois, o que se deve entender quando o constituinte utilizou o adjetivo “justa” ao se referir a indenização, como bem entendeu o aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, citado por Francisco Eduardo Loureiro (2003, p. 171), segundo qual:

A justa indenização é um conceito que se aplica tanto aos proprietários desapropriados, como ao Poder Público expropriante, pois se não é justo que o dono do imóvel receba a indenização suficiente para adquirir outro imóvel semelhante ao que lhe foi expropriado, também não é justo que o Estado pague valor acima do mercado, pois os custos da desapropriação são suportados por toda coletividade, que é, afinal, quem paga a conta do ato expropriatório (TJSP – 16ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 256.302-2, Rel. Manoel Pereira Calças).

Neste ínterim, a indenização deve refletir o valor, a fim de que a indenização venha a concretizar a sua finalidade jurídica, atendendo tanto ao critério econômico reparador, para compensar a perda do bem jurídico que compõe o patrimônio do indivíduo, quanto jurídico, atendendo aos critérios de justiça e de vedação ao enriquecimento sem causa.

Além desses elementos, a desapropriação deverá respeitar um procedimento próprio previsto pelo direito, a fim de se evitar arbitrariedades no procedimento, bem como que o mesmo venha a desvirtuar o seu propósito e sirva mais ao anseio de apropriação indiscriminada que propriamente a satisfação do bem comum.

Desse modo, o procedimento de desapropriação tem início a partir do decreto que declara o bem como de utilidade pública; pagamento da indenização, de acordo com a qual o ente expropriante passa a exercer os atos necessários para assumir a posse do bem, inclusive, com a imissão sobre o bem até a situação da transferência esteja definida, seja sob as vias administrativas, quando as partes entram em consenso sobre o valor da indenização, seja sob as vias judiciais, quando se discute o quanto devido pelo bem expropriado, como esclarece Pontes de Miranda (1960b, p. 85):

[...] O bem só julga “desapropriado”, quando se sentencia na causa, ou com o consentimento do “desapropriado”, quando se conclui o acordo; a eficácia real, que atende à sentença, ou o acordo, só se produz com a transcrição, em se tratando de imóvel. A sentença tem eficácia desde logo, isto é, a despeito da apelação sem efeito suspensivo, interposta pelo demandado, ou alguém que haja substituído, ou esteja em litígio sobre a propriedade; mas a transcrição somente se pode fazer após ter sido prestada a indenização entregue ao demandado, ou depositada, ou após o trânsito em julgado da sentença.

Apenas para argumentar, dada a simplicidade do procedimento de desapropriação, alguns doutrinadores encaram apenas a existência das três fases acima relatadas, outros, ainda acreditam que existam tão-somente duas, uma declaratória (decreto de utilidade pública) e outra executória, quando o Poder Público age para providenciar a efetivação deste decreto (MELLO, 2003).

Sendo assim, em conformidade com o que fora exposto, a desapropriação representa uma forma de o Estado interferir na propriedade privada, a fim de garantir o melhor interesse da sociedade.

Ademais, além da desapropriação, o Poder Público ainda poderá se valer de outras formas de intervenção, que, ao contrário do procedimento de desapropriação, apresentam características transitórias, como ocorre com a requisição, o controle de abastecimento e o tabelamento de preços.

2.6.2 Da Requisição

Outro instituto que permite a interferência direta da atuação do Estado no exercício do direito de propriedade é o da requisição que consiste na utilização coativa de bens ou serviços de particulares pelo Poder Público (MEIRELLES, 2001).

De fato, em situações excepcionais, marcadas, sobretudo, por circunstâncias emergenciais, em que não se possa utilizar outros institutos jurídicos, a exemplo da desapropriação, o Estado poderá se valer deste instrumento para usar a propriedade privada em defesa do interesse coletivo e do bem comum.

Ademais, impende salientar que os dois institutos, desapropriação e requisição, embora semelhantes, uma vez que fundados na supremacia do interesse público sobre o privado, em caso de incompatibilidade entre os mesmos (MELLO, 2003), apresentam suas diferenças.

Nesse sentido, vale apontar que, enquanto a requisição se refere a bens e serviços, para uso, decorrente de necessidade temporária, oriunda de uma medida auto-executória³⁷ do Poder Público, a desapropriação está voltada a aquisição de bens, decorrente de uma necessidade permanente da coletividade (MELLO, 2003).

Por oportuno, frise-se que, assim como na desapropriação, a utilização do bem ou serviços, no caso específico da requisição, também pode conferir ao proprietário do bem ou prestador do serviço, o direito à indenização³⁸ que deverá ser correspondente a este uso.

³⁷ Esta medida não necessita passar por uma análise prévia do Poder Judiciário, uma vez que se encontra fundada numa situação de emergência. Nesse sentido, leciona Hely Lopes Meirelles (2001, p. 590): “A requisição não depende da intervenção prévia do Poder Judiciário para a sua execução, porque, como *ato de urgência*, não se compatibiliza com o controle judicial *a priori*. É sempre um ato de império do Poder Público, discricionário quanto ao objeto de oportunidade da medida, mas condicionado a existência de um perigo público iminente (CF, arts. 5º, XXV, e 22, II) e vinculado à lei quanto à competência da autoridade requisitante, à finalidade do ato e, quando for o caso, ao procedimento adequado [...]”.

³⁸ Nesse mesmo sentido, há muito tempo, ao comentar a Constituição de 1946, Pontes de Miranda (1960b, p. 78) já doutrinava sobre a indenização na requisição, nos seguintes termos: “Sempre que o Estado causa prejuízo a alguém, porque se lhe deu o direito de desapropriar (= invadir a esfera jurídica de outrem), tem de indenizar. Para que a indenização não seja devida, é preciso que o ato caiba no espaço aberto por limitação da propriedade. Daí a enorme relevância do conceito de *limitação* da propriedade. As limitações existem ainda sem qualquer ato do Estado; as requisições e as desapropriações supõem *direito* a ir além desses limites. Por isso, há de se haver a indenização; ao passo que é raro tê-la de prestar o que não ultrapassa aqueles limites (e.g., Código Civil, arts. 560, 561 e 567)”.

Não obstante, as intervenções estatais diretamente no exercício dos direitos de propriedade, a atuação estatal ainda pode incidir de outra forma sobre o domínio de bens da sociedade, por meio da interferência no mercado interno³⁹, na circulação de bens, como no controle de abastecimento e no tabelamento de preços, a fim de regular a atividade econômica, para que esta se construa nos ditames traçados pela Carta Magna, atendendo, assim, ao interesse coletivo e afastando qualquer possibilidade de abuso.

2.6.3 Do Controle de abastecimento e do Tabelamento de preços

No atual sistema de produção existente, a oferta de bens ou serviços, e o valor que estes venham a ser colocados à disposição dos consumidores, dependem de alguns elementos do mercado interno, dentre os quais, a lei da oferta e da procura que, muitas vezes, influencia diretamente na quantidade de consumo experimentado por dada sociedade.

Nesse diapasão, o sistema capitalista, em alguns momentos, experimenta períodos de crise, de instabilidade econômica, em que o mercado, por si só, não é capaz de atender as necessidades da população, seja pela ausência de determinados produtos para atender à procura, seja porque a população, em dado momento, não tem poder aquisitivo suficiente para efetuar as compras de determinados bens ou serviços.

Para satisfazer às necessidades nestes momentos, o Estado se vale do controle de abastecimento e da fixação de preços. Pelo primeiro, entende-se o conjunto de medidas voltadas a manter determinados produtos para atender as necessidades do mercado consumidor (MEIRELLES, 2001) e, pelo segundo, entende-se que o Estado deverá fixar o valor máximo cobrado sobre determinado bem ou serviço, o que implica no exercício do seu poder de polícia para se dar o cumprimento, inclusive, com a adoção de medidas administrativas para punir os infratores.

Nesse sentido, em análise dos dois institutos jurídicos no direito brasileiro, regido pela Constituição de 1946, Pontes de Miranda (1960b, p. 472) assim comentou:

A intervenção mais vulgar é a fixação de preços, que consiste em determinar o Estado o preço de cada mercadoria que seja, por lei, suscetível e ter preço estatalmente fixado. Outra, menos freqüente, é o chamado *controle do abastecimento*, que consiste na regulação e distribuição de bens apontados pela lei (e.g., vedação do depósito de mercadorias de certa qualidade acima de certa quantidade sem as dar à venda, prioridade para transporte, prioridade para armazenagem, prioridade para o beneficiamento).

³⁹ Embora ainda existam outros meios do Estado interferir no domínio econômico, como o monopólio, a criação de empresas estatais, a nacionalização, a repressão ao abuso do poder econômico, a análise destes institutos não representa grande relevância para o desenvolvimento do presente trabalho, de modo que, não serão abordadas neste estudo.

Logo, em alguns momentos, o valor dos bens disponíveis no mercado poderá ser ditado pelo Estado, bem como este poderá se valer dos seus recursos para controlar o fornecimento de determinados bens que sejam escassos no mercado interno.

Nesse diapasão, as medidas visam manter a harmonização das relações sociais, evitando que a sociedade, fique exclusivamente à mercê dos interesses econômicos do livre mercado, que, muitas vezes estão voltados apenas à obtenção de lucro, a partir da exploração dos recursos existentes, nem sempre apresenta comportamentos adequados com o bem comum almejado pelo Estado.

Ademais, a defesa do bem comum e da harmonização das relações sociais, objeto da ciência jurídica, tanto impõe ao Estado constituído a proteção ao direito de propriedade, como a interferência sobre o mesmo, para garantir o interesse coletivo sobre o interesse privado.

Não obstante, a defesa do interesse privado, quando não conflitante com o público, mostra-se assaz importante ao direito, haja vista que a existência humana e, o atendimento das suas necessidades, ao longo dos anos, sempre pressupôs a apropriação de bens, o que é passível de gerar conflitos.

Aliás, ao lado da importância dada a apropriação de bens materiais, consagrada pelo direito ao longo da história das civilizações humanas, que sempre motivou o surgimento de normas jurídicas, existe ainda a propriedade imaterial que também se encontra diretamente ligada à existência humana, uma vez que representa o produto da manifestação intelectual do homem.

Nesse contexto, dada a íntima relação existente entre o homem e a produção intelectual (industrial ou artística), impende analisar os aspectos da propriedade imaterial, que, embora mais recente que a positivação da propriedade material, representam grande relevância às sociedades contemporâneas.

3. A PROPRIEDADE INTELECTUAL

O homem é um animal dotado de um cérebro diferenciado e, ao contrário dos demais animais existentes no planeta, possui a capacidade de raciocínio, de criação, de inovação, de modo que se destaca pela produção cultural e as suas habilidades inventivas.

Assim, ao longo da sua história, o homem manifestou a sua capacidade de criação em diversos momentos, transformando a realidade existente na natureza, em mecanismos melhores para a convivência social, como meios para a caça, a pesca, abrigos, transporte, etc.

Doravante, desde os primórdios, a vida humana é sinônimo de criação e de produção, de sorte que o homem experimentou a evolução intelectual, desde a elaboração de pinturas nas paredes das cavernas, na antiguidade, até as mais modernas técnicas de pintura em telas; desde a produção de lanças para as caças e os conflitos com outros agrupamentos humanos, até a construção de bombas atômicas, desde a descoberta e domínio do fogo até a energia nuclear, dentre outras formas de progresso.

Por conseguinte, todo o progresso produtivo humano pode ser encarado sobre a sua forma de utilidade, na qual o bem criado é utilizado na satisfação das necessidades quotidianas, como a criação de um fogão, um microondas ou de uma geladeira, ou para a melhoria estética, como a criação de um quadro, uma escultura, ou uma música.

Dessa forma, essas criações, influenciadas pelo momento histórico em que surgiram, também impulsionaram o surgimento de novas transformações para o grupo social, interferindo no modo de vida da população que passou a ter contato com cada uma delas que representava uma inovação ao próprio comportamento humano.

Porém, a partir da valoração monetária dos bens e do intuito de lucro nas negociações, a criação humana também foi suscetível de quantificação, passando a significar uma contraprestação monetária que, com o passar do tempo, foi servindo, gradativamente, como meio de gerar riqueza para os seus criadores.

Doravante, a “criação”, em si, passou a ocupar espaços de maior relevância na sociedade, de modo que, por conseqüência, a ciência jurídica buscou normatização dos produtos da criação humana, visando a sua proteção do titular para melhor resguardar os benefícios dela decorrentes, a fim de evitar o enriquecimento sem causa, a usurpação do trabalho alheio e promover o estímulo ao desenvolvimento de novos trabalhos.

Nesse sentido, esclarecendo a mudança de posicionamento social acerca das criações humanas, leciona José Carlos Tinoco Soares (1998, p. 47):

Todos aqueles que contribuíram sobremaneira para as artes, ciência e o progresso da humanidade, até alguns séculos passados, nada mais receberam do que o “privilégio” por ter ligado o seu “nome” ou o seu “patronímico” ao fruto da

descoberta, pesquisa ou mesmo invenção. Este privilégio era resultante apenas da consagração que poderia ocorrer durante a sua vida, ou com muito mais regularidade após a sua morte, visto que pouco conhecimento se tem de benefícios outros como, por exemplo, os monetários.

A partir da Idade Contemporânea esse privilégio, até então concedido, passou a ter uma outra conotação, muito mais consentânea com a nossa realidade. Com efeito e pela outorga do Título Hábil de caráter temporário, o autor do invento ou do aperfeiçoamento recebe uma CARTA-PATENTE que, além de lhe garantir a propriedade e o uso exclusivo, permite o recebimento de uma remuneração, decorrente da efetiva utilização, por si ou terceiros quando autorizados. Trata-se de recompensa conferida ao fruto de um trabalho, e constitui a base de todo o direito moderno.

Por conseguinte, uma vez que a produção criativa humana passou a exercer influência na seara econômica das sociedades, com as invenções, obras de arte, marcas, desenhos industriais, sendo, cada vez mais, negociados valores, e alguns em valores consideráveis para a economia em escala global, os interesses começaram a se manifestar de forma cada vez mais contundente para a abordagem do tema.

Sendo assim, a partir do surgimento da repercussão econômica das criações humanas, a sociedade se valeu da ciência jurídica para estudar e delimitar o tema⁴⁰, passando a considerar a criação humana como um bem suscetível de apropriação pelo seu criador⁴¹.

Todavia, esta nova forma de apropriação não seria identificada como aquela que rege os bens materiais (corpóreos), haja vista que o surgimento de algo novo, embora possa se concretizar em matéria, não é propriamente um bem material.

Doravante, remontando-se à clássica distinção do direito romano em bens corpóreos e incorpóreos⁴² e, posteriormente divididos respectivamente em materiais e imateriais, estes

⁴⁰ Nesse sentido, Orlando Gomes (2006, p. 65), analisando a íntima relação existente entre economia e direito, assim afirma: “o Direito é uma expressão das relações econômicas no sentido de que carece de substantividade própria, contendo-se, pois, área cujo subsolo germinam as relações de produção; É, enfim, uma forma ideológica condicionada pela estrutura econômica da sociedade, que lhe indica a direção, lhe fornece o conteúdo e lhe fixa o gabarito até onde pode elevar-se. Com admirável precisão, Marx traçou sua limitação extensiva, ao afirmar que o Direito nunca pode estar em nível mais elevado do que a estrutura econômica da sociedade e a evolução da civilização condicionada por essa estrutura”.

⁴¹ Explicando melhor o fundamento para a tutela jurídica patrimonial dos direitos dos criadores, José Carlos Tinoco Soares (1998, p. 105) assim leciona: “Nas obras de inteligência, de qualquer classe que seja, parte-se do princípio que, em muitos casos, o interesse do autor ou do inventor está determinado pela utilidade material que delas se promete e se há fixado, portanto, com base no direito do autor, um conceito patrimonial que se estima um direito de propriedade”.

⁴² Analisando melhor a distinção histórica entre os bens corpóreos e incorpóreos a partir do direito romano, encontra-se a lição de Caio Mário da Silva Pereira (1992, p. 277) no seguinte sentido: “O interesse prático da distinção das coisas corpóreas em incorpóreas, que no direito romano se situava na forma de transmissão, de vez que as *corporales res* deviam obedecer ao ritual da *mancipatio* ou da *traditio*, enquanto que a *res incorporales* eram transferidas por outras formas, como a *in iure cessio*, no direito moderno reduziu-se, embora ainda se possa indicar. Assim é que as coisas corpóreas se transferem pela compra e venda, pela doação, etc., enquanto que as incorpóreas pela cessão. Para certos direitos, que se aproximam do direito de propriedade, mas que não podem, com rigor, definir como direitos dominiais, a tecnologia moderna reserva a expressão *propriedade*, a que acrescenta o qualificativo *incorpórea*, e refere-se, tanto em doutrina, como

entendidos como bens abstratos e de visualização ideal (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2008), as criações humanas passaram a ser compreendidas como uma espécie do gênero propriedade⁴³, que, opondo-se ao tratamento conferido aos bens materiais, foi considerada como “propriedade imaterial”⁴⁴, o que, atualmente, vem sendo denominado como “propriedade intelectual”.

3.1 O tratamento jurídico da propriedade intelectual

A propriedade intelectual, compreendida como o direito de uma pessoa sobre o bem imaterial (DI BLASI, 2005), possui proteção jurídica relativamente recente na história da humanidade, tendo ganhado maior importância após o advento de instrumentos capazes de reprodução repetitiva em grande escala quando o produto do intelecto humano ganhou repercussão econômica e maior difusão social.

Amiúde, segundo o magistério de Denis Borges Barbosa (2007a), a propriedade intelectual se constitui, a partir do desenvolvimento de uma economia de mercado, numa construção que confere o uso de certo bem com exclusividade de mercado.

Nesse contexto, apontam os doutrinadores que as primeiras proteções conferidas às propriedades intelectuais datam do final da Idade Média, com a primeira Lei de Patentes sido editada em 1474 em Veneza (SOARES, J., 1998) e os privilégios a impressores concedidos em 1502 pela Coroa Espanhola (VIDE e DRUMOND, 2005).

Todavia, neste estágio do conhecimento científico mundial, dominado pela concessão de poder absoluto nas mãos de alguns homens, o tratamento jurídico do tema se resumia apenas à concessão de privilégios de acordo com a conveniência da autoridade local.

na lei, à propriedade *incorpórea*. É assim que se qualifica a *propriedade literária, científica e artística* ao direito do autor sobre sua obra; *propriedade industrial* ao direito de explorar uma patente de invenção ou uma marca de fábrica; propriedade de *um fundo de comércio* do direito de explorar os elementos corpóreos e incorpóreos ligados ao estabelecimento mercantil”.

⁴³ Segundo Pedro de Paranaguá Moniz (2004, p. 158-159), essas criações não se encontram perfeitamente contempladas na divisão entre os direitos reais, pessoais e obrigacionais. Nesse sentido, explica: “Por seu caráter eminentemente patrimonial, a criação do intelecto não se enquadra no direito pessoal. Tendo em vista a proteção *erga omnes* das criações intelectuais e por sua origem não ser um crédito, também não se encaixa no direito obrigacional. E, por fim, devido à imaterialidade do bem tutelado, também direito real (*jus in re*) não é”.

⁴⁴ Por outro lado, considerando as semelhanças com os institutos jurídicos vigentes, Gabriel Di Blasi (2005, p. 27) aponta que: “[...] O conceito de bens que mais se aproxima de matéria relativa à propriedade intelectual é o bem incorpóreo móvel, pois apesar do fato de as criações intelectuais não terem existência material (suporte físico), elas são consideradas objeto de direito de propriedade, e, portanto, passíveis de apropriação. Neste sentido, bem – para a propriedade intelectual – é tudo aquilo, incorpóreo e móvel, que, contribuindo direta ou indiretamente, venha propiciar ao homem o bom desempenho de suas atividades, já que possui função concorrencial no plano econômico”.

Esses privilégios continuaram a acontecer com os anos, porém, ao contrário do que vigorou nos regimes absolutistas, algumas alterações, sobretudo na concessão de tais prerrogativas foram acontecendo, com a derrocada do poder real e o nascimento de novas formas de manifestações políticas, cujo cerne foi o parlamentarismo inglês, consoante o magistério de Gabriel Di Blasi (2005, p. 3):

Especialmente na Inglaterra, o critério arbitrário para a concessão de privilégios sofreu duas restrições. Em 1623, o Parlamento inglês submete ao rei, e este sanciona, o *Statute of Monopolies*, o qual previa em seu texto legislativo a outorga de patentes para novas invenções, fixando em 14 anos, no máximo, o prazo para a duração do privilégio. Todavia não somente da concessão do privilégio do inventor, mas, também da outorga às pessoas que formulassem o pedido de privilégio e preenchessem as condições legais.

Como se percebe, esta iniciativa do parlamento inglês promove a propriedade industrial à categoria de direito subjetivo e não mais como uma mera liberalidade do monarca em conceder um privilégio a quem bem entendesse.

Ademais, a manutenção da concessão de direitos sob a forma de privilégio foi, sobretudo, uma opção política adotada pelos Estados que somente poderiam escolher pela apropriação privada (com exclusividade) dos direitos conferidos; ou pelo direito não exclusivo, mas com repercussões econômicas, com o direito de cobrar por quem utilize do conhecimento⁴⁵; ou por uma indenização pelo Estado para o criador, seja a criação artística ou industrial.

Dentre as opções político-legislativas a serem adotadas, o sistema capitalista e a economia de mercado, valorizando a propriedade privada e a livre iniciativa, difundiram o sistema de apropriação que gera a exclusividade de exploração ao inventor, que encontra seu fundamento justamente na existência de um mercado⁴⁶.

⁴⁵ Como bem esclarece o que se deve entender pela adoção deste critério, Cícero Gontijo (2005, p. 7) expõe o assunto da seguinte forma: “[...] trata-se de conceder ao inventor um direito não exclusivo, mas com o direito de cobrar um preço por quem venha a usar as informações desvendadas, sem o direito de proibir o uso. Incluem-se neste caso os ‘certificados de inventor’, que foram usados na antiga União Soviética e no México, para inventos de uso não industrial, e os ‘certificados de obtentor’ utilizados na Union Intercationale pour la Protection de Obtentions Végetales – UPOV, aplicados a inventos na área de sementes e cultivares”.

⁴⁶ Ao justificar a adoção da exclusividade, a doutrina de Denis Borges Barbosa (2007a, p. 5), traz a tona a seguinte reflexão: “Por que exclusividade e por que artificial? Por uma característica específica dessas criações técnicas, abstratas ou estéticas: a natureza evanescente desses bens imateriais. Quando eles são colocados no mercado, naturalmente se tornam acessíveis ao público, num episódio de imediata e total dispersão. Ou seja, a informação ínsita na criação deixa de ser escassa, percebendo a sua economicidade”.

Não obstante a larga difusão da exclusividade, em alguns casos, o critério se encontra temperado pela adoção da indenização que serve para complementar a teoria da apropriação intelectual, a fim de conferir estímulo à produção intelectual⁴⁷.

A alteração do posicionamento jurídico à propriedade industrial, que acabou por influenciar a então ex-colônia inglesa na América do Norte, refletiu-se na elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América que assegurou a proteção aos inventores através do *copyrights*, sendo a primeira Carta Magna a abordar o tema, disseminando esses preceitos, dentre os outros ideais que passaram a ser mundialmente conhecidos, em outras elaborações constitucionais⁴⁸.

Doravante, os frutos da engenhosidade humana passaram a ser considerados como bens jurídicos passíveis de tutela, e a relação surgida entre o criador e a criação foi, aos poucos, assemelhando-se ao tratamento jurídico conferido ao processo de apropriação de bens materiais.

Desse modo, não tardou para as criações humanas serem consideradas como propriedade, contudo, diante de suas diferenças, não poderiam ser tratadas igualmente como a propriedade material, mas sim como uma propriedade imaterial, desprovida de propriedades físicas e de algumas características próprias dos direitos reais, como leciona Fran Martins (1996, p. 453-454):

[...] por se tratar de uma propriedade imaterial, constituindo a invenção criação intelectual de uma pessoa, bem incorpóreo, não se aplica a ela o disposto no art. 524 do Código Civil, que estabelece que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que, injustamente, os possua”. Aqui se trata, evidentemente, de bens materiais, razão por que a lei dá aos seus proprietários os direitos de usar, gozar e dispor. São as invenções, porém, como as obras literárias e científicas, meras criações intelectuais dos indivíduos, razão pela qual há restrição quanto ao direito de uso. Daí essa anomalia, que se verifica nos dispositivos legais, de reconhecer a lei, a invenção como uma propriedade, mas restringir o direito de uso por parte do proprietário.

Com o passar do tempo e a evolução da ciência, passou-se a conferir tratamento jurídico diferenciado às criações humanas, mesmo porque os objetos de criação humana

⁴⁷ Em consonância, Denis Borges Barbosa (2007a, p. 8) leciona: “[...] Nesse caso, em alguma parte o risco do investimento, ou mesmo o equivalente da receita esperada de seus frutos, seria assumido pelo Tesouro. Essa é, também, uma das formas complementares de estímulo ao investimento criativo em situações em que o mercado, por si só, mesmo com o auxílio de direitos exclusivos, não é suficiente para fazê-lo”.

⁴⁸ Nesse sentido, apontando a influência da legislação norte-americana no direito mundial sobre o tratamento a ser conferido à propriedade industrial, Gabriel Di Blasi (2005, p. 4-5) leciona que: “É interessante notar que, nas outras nações, o tratamento da propriedade industrial e intelectual manteve uma semelhança com o dispensado nos Estados Unidos. Desde o século XVII, principalmente com o transcorrer do século XVIII, defendia-se com veemência a idéia de que um autor tinha, sobre sua invenção, o *direito de exclusividade* e o poder de auferir lucros com a utilização, ou exploração, durante um certo tempo. Esta tese, fundamental para o estabelecimento do direito de propriedade intelectual foi aceita pela maioria das nações e inspirou as legislações que foram editadas sobre a matéria”.

passaram a assumir destinações também distintas, o que motivou o surgimento de uma categoria, como a propriedade intelectual, que pudesse abrigar diferentes manifestações presentes na sociedade contemporânea, como, por exemplo, a distinção existente entre o direito autoral e a propriedade industrial.

De fato, a despeito das duas serem fruto da criação humana, compondo, assim, o gênero do que se convencionou a denominar de propriedade intelectual⁴⁹, os dois institutos apresentam distinções, como aponta a doutrina de Newton Silveira (2005, p. 82), nos seguintes termos:

Embora ambos os tipos de criações resultem do trabalho intelectual de seus autores, era relativamente fácil distinguir uma criação de outra através de seus efeitos. A criação no campo das artes vai produzir efeitos na mente (e na sensibilidade) das outras pessoas; a criação no campo da indústria vai produzir efeitos no mundo material (uma máquina, um novo processo de fabricação, um novo produto que tenha efeito útil). O direito de autor foi classificado como parte do Direito Civil (tendo como requisito a originalidade da obra) e o direito do inventor como parte do Direito Comercial (tendo como principal requisito a novidade, objetivamente considerada).

Nesse sentido, ao sedimentar as bases do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 trouxe previsão distinta às manifestações da criação humana, de modo que os dois institutos foram abordados por dispositivos diferentes do art. 5º, com as seguintes redações:

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

[...]

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;

Por conseguinte, a partir da análise constitucional, percebe-se que o direito brasileiro, a despeito de assegurar a proteção ao direito autoral e a propriedade industrial, faz clara distinção entre ambos.

Com efeito, sob o prisma constitucional, enquanto a proteção do direito autoral possui uma destinação dupla (moral⁵⁰ e patrimonial), abrindo-se a possibilidade de transmissão aos

⁴⁹ Segundo aponta a doutrina de Newton Silveira (2005), os bens imateriais, protegidos pelo direito brasileiro, que integram a categoria de propriedade intelectual são: a) os autorais (Lei de Direitos Autorais – nº 9.610/98); b) os programas de computador (Lei do *Software* – nº 9.609/98); c) os cultiváveis (Lei de Cultivares – nº 9.456/97) e d) os industriais (Lei de Propriedade Industrial nº 9.279/96). Além disso, o citado autor divide a propriedade intelectual em duas categorias: as criações intelectuais (que pertencem originalmente a seus criadores) e os sinais distintivos (que pertencem às empresas).

⁵⁰ A utilização da denominação “moral” à característica do direito autoral encontra críticas da doutrina especializada no tema, que, por não a considerar apropriada, assim analisa: “[...] o termo ‘direito autoral’ –

herdeiros, sobretudo, decorrente da difusão da criação, que denota uma ligação maior do direito com a própria pessoa; a propriedade industrial possui uma natureza mais ligada ao aspecto material, voltada ao seu fim social que, no caso, é a exploração econômica.

Ademais, explicitando melhor o foco infraconstitucional trazido pela ramificação da propriedade intelectual, Newton Silveira (2005, p. 88) assim aponta as principais diferenças existentes entre as duas espécies:

Os direitos do autor e os direitos do inventor tomaram rumos diversos: os direitos autorais passaram a fazer parte do Direito Civil, sendo que sua tutela não depende de formalidades de registro, de pagamento de taxas e sua duração é longa, independentemente da exploração da obra; os direitos sobre as criações industriais fazem parte do Direito Comercial, sendo que sua tutela depende da concessão de um título pelo Estado (a patente), estão sujeitos a taxas de manutenção, seu prazo de proteção é mais curto e a lei estabelece sanções para a não exploração, como a licença compulsória e a caducidade por falta de uso. A Lei de Propriedade Industrial brasileira, em vigor desde maio de 1997, estende sanções para o caso de uso abusivo das patentes ou de abuso do poder econômico.

Assim, a propriedade intelectual, embora oriunda do processo mental humano, não apresentará o mesmo tratamento jurídico, uma vez que esta manifestação humana poderá ocorrer sob a forma de uma poesia, uma música, uma fotografia, uma invenção, um modelo de utilidade, um desenho industrial ou mesmo um programa de computador⁵¹.

afrancesado – não é particularmente correto, pois parece sugerir, em si mesmo, a possibilidade – quando não a existência – de direitos não morais, imorais, o que não é de se convencer. Melhor seria, isto é fato, falar, nesta sede, de faculdades que, fora do campo patrimonial e à margem das vicissitudes sofridas pelas faculdades pertencentes ao referido campo, correspondem ao autor no campo pessoal, faculdades que, de um modo ou outro e ao fim e ao cabo, defendem sua intimidade, sua honra e sua fama” (VIDE e DRUMOND, 2005, p. 56).

⁵¹ Nesse sentido, comenta João da Gama Cerqueira (1946, p. 73-75): “Tanto a propriedade literária, científica e artística, como a propriedade industrial, têm por objeto as produções da inteligência e do engenho humano, sendo certo que na propriedade industrial se incluem outros objetos que não constituem propriamente frutos do trabalho intelectual, mas que são protegidos a outros títulos. Malgrado a natureza idêntica de seu objeto, a propriedade literária, científica e artística e a propriedade industrial possuem domínios próprios, perfeitamente delimitados pela natureza especial das obras e produções que se incluem num e noutro desses ramos de propriedade imaterial, motivo por que podem ser estudadas separadamente e com certo critério de autonomia. Esses domínios são inconfundíveis, traçando-se os seus limites de acordo com o caráter artístico ou industrial da criação. Somente esse critério pode ser adotado para discriminar o campo de aplicação das leis que regulam a propriedade literária, científica e artística e das que regem a propriedade industrial, porque, posta de lado essa distinção, todas as produções do espírito reduzir-se-iam a uma só categoria de produções intelectuais. Sob seu aspecto formal, salvo as obras de artes plásticas e decorativas, as produções intelectuais que se encontram na esfera da propriedade literária, científica e artística e as que entram no campo da propriedade industrial possuem natureza absolutamente diversa. As obras literárias e científicas, as composições musicais, coreográficas ou teatrais, bem como as de arquitetura, por exemplo, são inconfundíveis, sob tal aspecto, com as invenções e os desenhos e modelos industriais. Apenas entre as obras de arte plástica e os desenhos e modelos industriais há certa afinidade, resultante do cunho artístico dessas criações e do fato de se caracterizarem, também, como criações de forma. Daí entenderem alguns autores que, entre a propriedade literária, científica e artística e a propriedade industrial, existe como que uma *zona grigia*, onde elas se fundem. Sem dúvida, parece haver entre a propriedade artística e a propriedade industrial uma zona intermediária, onde se situam as criações que participam, ao mesmo tempo, da natureza das obras de arte e dos característicos das produções industriais, como se dá com os desenhos e modelos industriais, não se podendo saber, como dizem alguns escritores, onde finda a arte e começa a indústria. Mas os desenhos e modelos industriais e as obras de arte plástica e decorativa, como veremos em

Desse modo, cada um dos institutos jurídicos criados pela propriedade intelectual possui tratamento jurídico diferenciado, uma vez que buscam proteger a criação humana de formas distintas, sendo ora classificada como direito autoral⁵² ora classificada como propriedade industrial, trazendo consigo objetos e sistemas diferenciados de proteção.

3.2 Dos Direitos Autorais

O direito autoral pode ser entendido como o conjunto de normas jurídicas que visam estabelecer direitos e deveres sobre as criações humanas e para os sujeitos que, direta ou indiretamente, estejam ligadas a elas.

Nesse mesmo sentido, em arrimo a doutrina especializada no estudo dos direitos autorais de Carlos Vide e Victor Drumond (2005, p. 1), assim o analisa:

O direito do autor é o conjunto de normas que estabelecem os direitos e deveres sobre as obras do espírito correspondentes a quem tenha criado ou sejam seus titulares, independentemente dos direitos e deveres de outras pessoas ou entidades – artistas intérpretes ou executantes, editores, produtores de fonogramas etc. – titulares de direitos conexos como aos dos autores, surgidos e estabelecidos à imagem e à semelhança destes, e independentemente também das normas relativas a ações, procedimentos, registros, formalidades e símbolos.

Doravante, as criações para serem consideradas protegidas pelo direito autoral devem, em primeiro lugar, ser produto do engenho humano e, em segundo lugar, devem ser consideradas originais, ou seja, produto do intelecto do seu criador (VIDE e DRUMOND, 2005).

Contudo, no que diz respeito ao critério da originalidade, o mesmo não deve ser entendido de forma absoluta pela ciência jurídica. De fato, o direito considera uma espécie de originalidade relativa, uma vez que existem direitos autorais que venham a estar ligados a criações de terceiros.

Destarte, de acordo com a norma jurídica específica do direito autoral no direito brasileiro⁵³, existem diversas criações humanas passíveis de proteção jurídica, sob a égide

seu tempo, distinguem-se por características próprios, apesar dos que lhes são comuns, tornando possível traçar-se nitidamente o limite entre os dois ramos da propriedade imaterial”.

⁵² A inserção dos direitos autorais como direitos reais encontram resistência na doutrina, não sendo uma classificação que denote um consenso no meio jurídico, como aponta Newton Silveira (2005, p. 87), nos seguintes termos: “[...] muitos especialistas do direito autoral o incluem entre os direitos da personalidade, como o direito à imagem e à privacidade, e não entre os direitos reais. Porém, mesmo que se considere que, pelo aspecto patrimonial, o direito de autor também seja uma forma de propriedade sobre o fruto da criação intelectual, subsiste outra vertente dos direitos do autor, os denominados direitos morais de autor, que sem dúvida se classificam como direitos da personalidade. Assim são o direito à integridade da obra, o direito de inédito, o direito de ligar o nome à obra ou de tirá-la de circulação, direitos esses que competem ao autor como pessoa e são de caráter inalienável, imprescritível e irrenunciável”.

⁵³ Segundo dispõe a Lei nº 9.610/98 em seu art. 7º: “São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se

deste instituto, tais como, as obras artísticas, sob suas diversas formas de manifestação que venham a adentrar na categoria de produção intelectual.

Por conseguinte, a proteção autoral a ser conferida ao indivíduo, permite uma tutela jurídica à pessoa, intimamente ligada a sua condição pessoal, na qual se inserem os direitos morais, sendo, pois, direitos mais próximos do direito pessoal e uma outra, a esta relacionada, que se refere à repercussão patrimonial auferida pela criação, mais próxima do direito patrimonial.

Sendo assim, o direito autoral se encontra numa categoria híbrida, de direito pessoal e direito patrimonial, que, como ensina José Afonso da Silva (2001, p. 279), em análise da proteção jurídica conferida pela Carta Magna, assim distingue os tratamentos conferidos aos mesmos:

O autor é o titular de direitos morais e de direitos patrimoniais sobre a obra intelectual (ou seja: obras literárias, artísticas, científicas, musicais, dramática, dramático-musicais etc.) que produzir. São *direitos morais do autor*: (a) o de reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra; (b) o de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; (c) o de conservá-la inédita; (d) o de assegurar-lhe a *integridade*, opondo-se quaisquer modificações, ou à prática de atos que de, qualquer forma, possam prejudicá-la, ou atingi-lo, como autor em sua reputação ou honra; (e) o de modificá-la, antes ou depois de utilizada; (f) o de retirá-la de circulação, ou de lhe suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; (g) o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível ao seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causa. Esses *direitos morais do autor* são inalienáveis e irrenunciáveis, mas, por morte do autor, transmitem-se a seus herdeiros os direitos a que se referem os números I a IV supra.

Os *direitos patrimoniais do autor* compreendem as faculdades de utilizar, fruir e dispor de sua obra, bem como de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros no todo ou em parte. Esses direitos são alienáveis.

Contudo, em que pese a norma jurídica fazer distinção entre os dois elementos integradores do instituto de proteção do autor, um moral e o outro patrimonial, saliente-se

invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual”.

que, na prática, ambos se encontram intimamente relacionados, daí porque se justificar a sua inserção numa condição *sui generis* contemplando as duas facetas.

Não obstante, a previsão normativa especial dos direitos autorais na Lei nº 9.610/98, encontra-se o tratamento oferecido ao programa de computador (*software*)⁵⁴, conferido por diploma legal próprio, a partir do advento da Lei de Programas de Computador – *Software* (nº 9.609/1998), que expressamente, no seu art. 2º, coloca a criação de programa como categoria de direito autoral⁵⁵.

Em arrimo ao posicionamento adotado pela norma jurídica própria, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial nº 443.119/RJ, em que foi Relatora a Ministra Nancy Andrichi, conferiu o tratamento de direitos autorais para o criador de *software*, de modo a permitir a indenização pela indevida reprodução do produto, conforme consta na transcrição do julgado abaixo:

Direito civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Programa de computador (software). Natureza jurídica. Direito autoral (propriedade intelectual). Regime jurídico aplicável. Contrafação e comercialização não autorizada. Indenização. Danos materiais. Fixação do quantum. Lei especial (9610/98, art. 103). Danos morais. Dissídio jurisprudencial. Não demonstração.

- O programa de computador (software) possui natureza jurídica de direito autoral (obra intelectual), e não de propriedade industrial, sendo-lhe aplicável o regime jurídico atinente às obras literárias.

- Constatada a contrafação e a comercialização não autorizada do software, é cabível a indenização por danos materiais conforme dispõe a lei especial, que a fixa em 3.000 exemplares, somados aos que foram apreendidos, se não for possível conhecer a exata dimensão da edição fraudulenta [...] (STJ, REsp 443119 / RJ, Relatora Min. Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma, julg. 08/05/2003, DJ 30/06/2003 p. 240).

Desse modo, de acordo com o direito brasileiro, a criação de programa de computador também é considerada como um direito autoral, protegido pelo período de cinquenta anos, a contar do ano subsequente ao da sua publicação ou criação (art. 2º, §2º, da Lei nº 9.609/98⁵⁶).

Todavia, alguns estudiosos do assunto preferem considerar que os programas de computador devem ser inseridos numa categoria à parte, representando uma espécie de *tertius*

⁵⁴ Para efeito de proteção jurídica, o art. 1º da Lei 9.609/98, define o programa de computador como sendo “A expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”.

⁵⁵ Segundo dispõe de forma clara a redação do art. 2º da referida norma jurídica: “O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei”.

⁵⁶ De acordo com a redação conferida por este parágrafo “Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação”.

genus, um meio termo entre os direitos autorais e a propriedade industrial, de modo que se encontram sujeitos aos preceitos de função social da propriedade (BARBOSA, 2007a).

Sob um outro prisma, diferente da categoria de direitos autorais, o instituto da propriedade intelectual também prevê uma outra proteção jurídica à criação humana, quando estas estiverem voltadas à produção, qual seja a propriedade industrial.

3.3 Da Propriedade Industrial

Ao lado dos direitos autorais, a ciência jurídica prevê a proteção às criações humanas, destinadas à produção da indústria, voltada ao desenvolvimento de técnicas que atendam as necessidades cotidianas humanas, através do instituto da propriedade industrial.

Apenas para argumentar, como bem salienta Gabriel Di Blasi (2005), o sistema de propriedade industrial encontra a sua razão de ser em diversos setores do conhecimento humano (jurídico, econômico, social e técnico-científico).

Com efeito, sob o ponto de vista jurídico, encontra respaldo na repulsa pela apropriação indevida dos esforços alheios, no enriquecimento sem causa; sob a perspectiva econômica, a invenção é um meio de obtenção de lucros e geração de riquezas na sociedade; sob o prisma social, a propriedade deve ser como um meio para a realização do bem-estar social, bem como a promoção do ser humano e sob o ponto de vista técnico-científico, a invenção incentiva o atendimento das necessidades humanas, o aperfeiçoamento das tecnologias e a produção.

Assim, a propriedade industrial é entendida como uma proteção jurídica conferida ao inventor sobre a invenção, quando esta tem uma finalidade de contribuir ao desenvolvimento técnico e científico, superando o estágio existente, é passível de produção ou quando esta criação vem a designar um produto identificando-o e o diferenciado dos demais existentes no mercado.

Trata-se, pois, da proteção da concretização de uma realização mental, da idealização de uma coisa (produto, processo, serviço ou desenho) que vem a repercutir na atividade empresarial, de modo a ganhar valor econômico⁵⁷.

Nesse contexto, para melhor esclarecimento, saliente-se que, como bem ensina José Carlos Tinoco Soares (1998, p. 103), a despeito de a propriedade industrial poder ser

⁵⁷ Segundo Carla Eugênia Caldas Barros (2004, p. 57): “A idéia da remuneração deverá ser um motivo norteador da proteção legal ao trabalho. Essa idéia interage com a idéia de reembolso que, por sua vez, está ligado à utilização, por terceiros, de um invento originário do trabalho. A idéia de reembolso adequado se coaduna com o princípio da política da livre concorrência. Esse princípio se contrapõe ao monopólio da patente, face à concessão de direitos exclusivos a aquele que inventa”.

materializada num bem desenvolvido pelo trabalho humano, o processo de apropriação não é voltado ao bem material em si, mas sim na atividade intelectual que o precede. Senão, vejamos:

[...] o direito do inventor não se pode confundir com direito sobre o produto, que é o meio material sobre o qual se concretiza a invenção ou a descoberta: o direito do inventor tem por objeto a idéia inventiva. Constitui-se, porém, sempre em um direito de propriedade porquanto “*sui generis*”, sobre coisas imateriais: a sua característica essencial está no direito de impedir que outros reproduzam a invenção e a descoberta, porque é a reprodução e o aproveitamento do produto imaterial que constitui o conteúdo da “**propriedade**”⁵⁸.

Embora o desenvolvimento de invenções e da propriedade industrial acompanhe a própria história do homem, o desenvolvimento jurídico do tema somente passou a ganhar maior relevância quando a criação humana passou a apresentar fortes repercussões econômicas, de modo que algumas normatizações foram surgindo ao redor do mundo, a fim de disciplinar as retribuições decorrentes desta apropriação humana pelo objeto (industrial) de sua criatividade.

3.3.1 A propriedade industrial no mundo

O reconhecimento da propriedade industrial é alvo de muitos interesses econômicos envolvidos, o que, gradativamente, impulsionou a sua normatização pelas nações que se encontravam em processo de manufaturas, seja em estágio de industrialização ou de pré-industrialização.

Deveras, a partir da Inglaterra, berço da Revolução Industrial, iniciou-se a primeira fase da normatização do tema, com a elaboração de diplomas legais isolados, como o caso do *Statute of Monopolies*, no direito inglês, que, posteriormente, fora refletido no *Copyrights* e o *Act to promote the progress of useful Arts* e 1790 do direito norte-americano e a *Brevetes D’Invention* de 1791 do direito francês, que influenciaram as manifestações legais subsequentes em diversas partes do mundo.

Todavia, a adoção de normas internas sobre a propriedade industrial, embora atendessem a uma necessidade social, num dado momento, gradativamente foram se mostrando insuficientes para a proteção desejada, pois possibilitava o surgimento de diversos

⁵⁸ Nesse sentido, em análise ao posicionamento de José Carlos Tinoco Soares, que propõe um enquadramento *sui generis* da propriedade intelectual, encontra-se a lição de Camilo Augusto Amadio Guerreiro (2006, p. 234): “Diferencia-se, assim, a propriedade física da propriedade intelectual não apenas por sua corporeidade ou incorporeidade. A marca da diferenciação está justamente na natureza complexa que não se reduz, apenas, por ser direito absoluto, como a propriedade física. Aliás, é o reconhecimento de que a propriedade intelectual é consequência da humanidade dos seres que autoriza o entendimento defendido por Tinoco Soares de que à propriedade intelectual se aplica um regime jurídico de direito real *sui generis*”.

tratamentos jurídicos da propriedade, o que não conferia a segurança necessária ao instituto, conforme analisa Gabriel Di Blasi (2005, p. 58) no seguinte sentido:

A noção de patenteabilidade varia de acordo com a lei de cada nação e com suas formalidades. Ao postular a patente, o inventor era obrigado a publicar as características de sua invenção – com este detalhe, ficava compreendida a condição de novidade no estrangeiro pois algumas nações exigiam a condição de novidade absoluta, e as leis, sendo exemplarmente nacionalistas, não cogitavam de assegurar direitos de propriedade para inventos divulgados em outros países.

Nesse contexto, uma vez que as proteções a nível nacional se mostravam insuficientes para a defesa dos direitos dos inventores e dos interesses econômicos envolvidos, pois ambos não se encontravam limitados às fronteiras de um determinado país, passou-se a um segundo momento, haja vista ter surgido a necessidade de uma normatização que envolvesse diversos países na tentativa de unificar alguns posicionamentos sobre a propriedade industrial, para conferir maior segurança ao instituto.

Doravante, a necessidade da uniformização de aspectos determinados da propriedade industrial levou alguns países como a Suíça e a França além de diversas empresas começaram a se mobilizar para a realização de tratados⁵⁹, convenções, protocolos, acordos internacionais e demais manifestações do direito internacional que visam a defesa dos interesses envolvidos, a uniformização do tratamento conferido e, sobretudo, a expansão das relações comerciais entre os países.

Com efeito, dentre as principais realizações internacionais para a regulamentação da propriedade industrial, a Convenção da União de Paris (CUP), realizada em 20 de março de 1883, ficou marcada como a primeira neste sentido, a fim de firmar um compromisso entre os países signatários de proteger a propriedade industrial e possibilitar a sua concessão aos respectivos inventores⁶⁰.

⁵⁹ No que diz respeito aos tratados internacionais, a doutrina de Valério de Oliveira Mazzuoli (2007, p. 86-87), analisando as fontes do direito internacional público, assim se posiciona: “Os tratados internacionais são, incontestavelmente, a principal e mais concreta fonte do Direito Internacional Público na atualidade, não apenas em relação à segurança e estabilidade que trazem nas relações internacionais, mas também porque tornam os direitos das gentes mais representativo e autêntico, na medida em que se consubstanciam na vontade livre e conjugada dos Estados e das Organizações Internacionais, sem a qual não subsistiriam. Além de serem elaborados com a participação direta dos Estados, de forma democrática, os tratados internacionais trazem consigo a especial forma normativa de regularem matérias das mais variadas e das mais importantes. Além disso, os tratados internacionais dão maior segurança aos Estados no que respeita à existência e interpretação da norma jurídica internacional”.

⁶⁰ Em análise a esta convenção, José Carlos Tinoco Soares (1998, p. 53) observa que: “Atualmente mais de uma centena de países faz parte da Convenção da União de Paris e vem protegendo os seus direitos de patente, em suas várias modalidades, observando os respectivos prazos de prioridade, preservando assim, onde quer que haja interesse do inventor, os seus direitos. Através dos primitivos inventos vão se sucedendo outros tantos que se propiciam não só um melhor aproveitamento de riquezas, como também e essencialmente o desenvolvimento do parque industrial de todos os países”.

Segundo noticia a doutrina, a Convenção de Paris, uma das realizações normativas internacionais mais bem sucedidas, possui como marca não tentar unificar todas as legislações dos países sobre a propriedade industrial, mas somente fixando-se em determinados e importantes pontos específicos, tais como a igualdade entre nacionais e estrangeiros; a fixação da prioridade e a independência dos países para o tratamento do tema⁶¹.

Doravante, diversos outros acordos internacionais foram firmados, dentre os quais, o mais importante deles foi o denominado de TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*⁶²), motivado principalmente pelo grande interesse dos Estados Unidos, a partir de 1979, numa nova manifestação normativa internacional que saísse do âmbito de controle da Organização Mundial de Propriedade Industrial (OMPI), ligada à Organização das Nações Unidas (ONU), e passasse a ser disciplinado por intermédio das deliberações oriundas do GATT (General Agreement on Trade and Tariffs⁶³).

O TRIPS representa uma proposta de estabelecer padrões mínimos para a regulamentação da propriedade intelectual dentre os diversos países integrantes, que, de acordo com os itens 1 a 8, da Parte II do referido documento, abrange: a) direito do autor e direitos conexos; b) marcas; c) indicações geográficas; d) desenhos industriais; e) patentes, f) topografias e circuitos integrados; g) proteção de informação confidencial e h) controle de práticas de concorrência desleal em contratos de licenças.

A proposta de regulamentação decorrente desse tratado possibilitou a alteração de diversas legislações nacionais dos países desenvolvidos e também dos em desenvolvimento, unidos pela perspectiva que a maior proteção significasse um maior desenvolvimento econômico, mesmo porque ignorar a propriedade industrial pode significar a um país tanto a

⁶¹ Nesse sentido, comentando sobre o grande sucesso da Convenção de Paris, tanto pelo número de adeptos quanto pelo tempo de duração, Cícero Gontijo (2005, p. 8) assim relata: “A principal explicação para tal êxito reside no fato de que a Convenção não tentava uniformizar as leis nacionais, nem condicionava o tratamento nacional à reciprocidade. Pelo contrário, previa ampla liberdade legislativa para cada país, exigindo apenas paridade de tratamento entre nacionais e estrangeiros (princípio do Tratamento Nacional). Seu outro princípio básico, o da Prioridade, era resposta a uma questão mais de prática que de natureza teórica. Para evitar apropriação indevida de informações incluídas nos pedidos de patente e, ao mesmo tempo impedir conflitos em casos de dois ou mais inventos sobre o mesmo objeto, decidiu-se assegurar àquele que tenha feito o pedido de patente em um dos países da União um prazo de prioridade (que hoje é de 12 meses) para realizar o depósito em outros países, durante o qual nenhum outro pedido invalidará o seu, nem qualquer publicação ou exploração do invento”.

⁶² Na língua portuguesa pode ser entendido como Acordo sobre Aspectos Comerciais do Direito de Propriedade Industrial.

⁶³ Na língua portuguesa, o referido documento é conhecido como “Acordo Geral de Tarifas e Comércio”.

ausência de investimentos quanto o atraso no que se refere às inovações tecnológicas e sociais⁶⁴.

Em arrimo ao panorama acima descrito, Maristela Basso (2005, p. 22) assim leciona:

Certamente os países em desenvolvimento estão em desvantagem na medida em que níveis maiores de proteção dos direitos da propriedade intelectual asseguram maiores vantagens comparativas para os países desenvolvidos. Contudo, mesmo assim os países em desenvolvimento participam de negociações bilaterais e de acordos de investimento da mesma forma em que faziam antes do TRIPS, porque acreditam que tal prática é indispensável para a promoção do desenvolvimento econômico, mesmo frente à inexistência de qualquer evidência de que a adoção de tais acordos e, por conseguinte, de padrões mais elevados de propriedade intelectual, tenham efeitos positivos nos processos internos de disseminação tecnológica e inovação.

Nesse sentido, visando fazer com que a propriedade intelectual transcenda a sua repercussão econômica e permita que todos os países envolvidos obtenham outros benefícios não mensuráveis apenas em moeda, o TRIPS estabelece em seu artigo 7 uma perspectiva mais ampla para a propriedade intelectual, que deverá contribuir com o bem-estar social, no contexto da função social da propriedade privada. Senão, vejamos:

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

Desse modo, o TRIPS manifesta a sua preocupação com que a propriedade intelectual não represente um fim em si mesmo, sendo, pois, desprovida de quaisquer benefícios sociais para os países signatários que, conforme demonstrou a análise de Maristela Basso, tende mais a beneficiar os países desenvolvidos que captam os investimentos e os recursos provenientes dos avanços tecnológicos.

Assim, enquanto os princípios regentes da Convenção de Paris buscam estabelecer critério de prioridade, tratamento igualitário entre os nacionais e estrangeiros, conformidade com a legislação interna, garantir os mínimos convencionais e independência, o TRIPS busca, através dos seus princípios, o estabelecimento de convenções mínimas, tratamento nacional aplicável às mercadorias e promover o desenvolvimento e a expansão do livre comércio internacional de bens e serviços (DI BLASI, 2005).

⁶⁴ Analisando a importância da regulamentação da propriedade industrial no mundo moderno, Carla Eugênia Caldas Barros (2004, p. 70) defende que: “No mundo globalizado aquele que detiver maiores inovações tecnológicas e meios de proteger as suas invenções não só participará do mercado com maiores habilidades e meios de competição, como também contribuirá para o bem de seus cidadãos”.

Nesse contexto, visando adequar o uso da propriedade industrial aos interesses sociais envolvidos com a proteção da patente, o artigo 8 do TRIPS, em seus dois preceitos, complementando o sentido do dispositivo que o precede (artigo 7), assim dispôs:

1 - Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

2 - Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

Destarte, a norma jurídica internacional preocupada com o cumprimento dos deveres inerentes aos detentores de patentes nos países signatários, prevê a possibilidade dos Estados membros promoverem a intervenção na propriedade industrial para garantir tanto a função social da propriedade, com a utilização voltada à promoção do desenvolvimento social, econômico e tecnológico, quanto conter o abuso no uso da patente.

Ademais, como bem registra Gabriel Di Blasi (2005), o TRIPS ainda se destaca em relação a outros acordos internacionais pela existência de mecanismos de resolução de conflitos, pela aplicação de sanções comerciais, pela revisão periódica⁶⁵ e pela possibilidade de seu aperfeiçoamento⁶⁶.

Com efeito, no que diz respeito ao aperfeiçoamento do TRIPS, o próprio Acordo prevê que os países signatários possam avançar os termos do pactuado, que venham a complementar ou a implementar as disposições do referido tratado, através do que se denomina de TRIPS-plus e TRIPS-extras, como bem leciona Maristela Basso (2005, p. 24-25):

“TRIPS-plus” são as políticas, estratégias, mecanismos e instrumentos que implicam compromissos que vão além daqueles patamares mínimos exigidos pelo Acordo TRIPS, que restringem ou anulam suas flexibilidades ou ainda fixam padrões ou disciplinam questões não abordadas pelos TRIPS (“TRIPS-extra”).

Diferentemente da multilateralidade do TRIPS, os “acordos TRIPS-plus” e “TRIPS-extra” se caracterizam por ser (i) *bilaterais*, pois envolvem, geralmente, um país industrializado e outro em desenvolvimento (ou menor desenvolvimento relativo) e determina ou expandem direitos de propriedade intelectual “diretamente”, em

⁶⁵ Nesse sentido, o artigo 71.1 do TRIPS, assim determina: “[...] Com base na experiência adquirida em sua aplicação, o Conselho empreenderá uma revisão do Acordo dois anos após aquela data e, subsequentemente, em intervalos idênticos. O Conselho poderá também efetuar avaliações à luz de quaisquer acontecimentos novos e relevantes, que possam justificar modificação ou emenda deste Acordo”.

⁶⁶ Segundo o artigo 1.1 do TRIPS: “Os Membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. Os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos”.

acordos específicos (“Bilateral Intellectual Property Agreements” – BIPs), ou fazem, “indiretamente”, por meio de acordos de natureza diversa, mas que reconhecem propriedade intelectual como, por exemplo, um “investimento” – como acontece nos BITs; (ii) *regionais* e (iii) *sub-regionais* de comércio (FTAs) que se tornaram populares mesmo depois do TRIPS e quase todos apresentam um capítulo com compromissos sobre direitos e propriedade intelectual.

Portanto, considerando todos os instrumentos, principalmente econômicos e jurídicos, colocados à disposição do TRIPS a fim de regular a propriedade intelectual, ao longo do tempo e ao redor do mundo, verifica-se que o mesmo apresentou uma grande repercussão internacional, tanto pela presença de disposições polêmicas, decorrente do grande choque existente entre os diversos estágios jurídicos em que se encontravam os países signatários, de modo que, hoje, vem a ocupar o lugar de maior destaque dentre os demais, no que diz respeito à propriedade industrial.

Posteriormente, visando flexibilizar as interpretações dadas aos dispositivos trazidos pelo TRIPS, especificamente ao que se refere de patente de medicamentos, adveio a Declaração de Doha (2001) que abriu oportunidade do desenvolvimento de políticas, ações e interpretações em benefício da saúde pública pelos países signatários⁶⁷.

Paralelo a estas manifestações normativas internacionais, vale mencionar ainda a existência de outras grandes realizações para o desenvolvimento da propriedade industrial no mundo, como o PCT (Patent Cooperation Treaty⁶⁸), o PLT (Patent Law Treaty⁶⁹) e o IPC (International Patent Classification⁷⁰).

O primeiro, o PCT, do início dos anos 70, representa uma tentativa de unificação das normas internacionais no sentido de se buscar uma patente internacional por meio da cooperação entre os países signatários, no que diz respeito ao pedido de registro. O segundo, o PLT, surgiu posteriormente, no início dos anos 1990, buscando disciplinar situações elementares para o arquivamento das patentes, referentes, principalmente, ao depósito, à representação internacional e aos registros (nomes, endereços, contratos).

⁶⁷ Em análise à Declaração de Doha, Renato Valladares Domingues (2005, p. 109-110), assim apresenta este documento: “A Declaração de Doha é uma importante vitória dos países em desenvolvimento. O texto acordado permite a flexibilização da interpretação do Acordo Trips e abre espaço para a promoção e desenvolvimento de políticas de saúde pública, que, de outra forma, poderia ser questionadas na OMC. Para efeitos didáticos, esse documento pode ser dividido em quatro partes, a saber: dispositivos preambulares (1º e 4º parágrafos); confirmação de flexibilidades presentes no Trips em matéria de saúde pública (parágrafo 5º); determinação para que o Conselho Trips defina até o término de 2002 uma solução para o problema dos países com pouca ou nenhuma capacidade de produção farmacêutica de se valerem da efetiva utilização do licenciamento compulsório previsto no Acordo (parágrafo 6º); compromisso de cooperação e extensão do período de transição para os países menos desenvolvidos (parágrafo 7º)”.

⁶⁸ Na língua portuguesa, é conhecido como Tratado de Cooperação de Patentes ou Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes.

⁶⁹ Em português, Tratado de Leis de Patentes.

⁷⁰ Na língua portuguesa, pode ser entendido como Classificação Internacional de Patentes.

Na verdade, estes dois tratados visam, gradativamente, a simplificação de alguns procedimentos exigidos pelas legislações nacionais, incluindo-se os procedimentos de informatização para facilitar o registro a concessão de patentes pelo mundo.

Nesse sentido, analisando a visão conjunta trazida pelos dois tratados, Gabriel Di Blasi (2005, p. 176-177) assim exara seu pensamento:

O PCT e o PLT convergem para uma situação em que procedimentos e critérios de exame se tornam equivalentes nos países signatários. Em tese, uma vez que tal equivalência tenha sido alcançada, abre-se caminho para que as repartições dos países-membros concordem em evitar redundâncias no exame, aceitando o resultado do exame já realizado por uma dessas repartições (escritórios nacionais). O caminho evolutivo seguido, possivelmente, resultará em um sistema mundial de patentes, onde as repartições nacionais abdicuem de parte de sua autonomia em prol da agilização dos procedimentos e redução dos custos.

O terceiro deles, o IPC representa o estabelecimento de uma uniformização na ordenação das patentes, a fim de facilitar as pesquisas⁷¹, por meio do enquadramento em categorias como seções⁷², que são divididas em classes, as quais se dividem em subclasses, que também se encontram divididas em grupos que, por sua vez, dividem-se em subgrupos.

O Brasil sempre esteve presente no direito de propriedade industrial internacional, desde a Convenção de Paris, até mesmo em diversas discussões sobre os institutos jurídicos, inclusive, hoje, estando vinculado a cinco grupos distintos de regulamentação do tema, como a OMC, OMPI, o Mercosul, a União Européia e os Estados Unidos (GONTIJO, 2005).

Não obstante, a presença internacional com marcantes participações, nas quais o Brasil, em diversas oportunidades, conflita seus posicionamentos com os interesses dos países desenvolvidos, internamente, o país adota seu próprio sistema jurídico, voltado ao desenvolvimento da propriedade industrial e a atenção dos preceitos constitucionais, de direitos fundamentais, mas também influenciado pelos acordos firmados com outros organismos internacionais.

3.3.2 A propriedade industrial no Brasil

⁷¹ Segundo leciona Gabriel Di Blasi (2005, p. 190), “O objetivo da classificação é permitir, tanto quanto possível, o acesso fácil a dados inerentes às invenções. Pretende-se a investigação da novidade do objeto contido num pedido de privilégio, o levantamento do estado de uma determinada técnica ou, ainda, a precisão do desenvolvimento de um determinado campo tecnológico em uma região específica ou em várias. Para tanto, um sistema de classificação de patentes deve ser concebido de modo a reunir num mesmo item classificatório dados técnicos correlatos, constituindo o setor mais apropriado para o encontro de uma informação”.

⁷² Este agrupamento principal se encontra fracionado em 8 categorias identificadas por letras: A – Necessidades Humanas; B – Operações de Processamento e Transporte; C – Química e Metalurgia; D – Têxteis e Papel; E – Construções Fixas; F – Engenharia Mecânica, Iluminação, Aquecimento, Armas e Exposição; G – Física e H – Eletricidade.

No direito brasileiro, o primeiro diploma legal que abrangeu a matéria foi o Alvará de 28 de abril de 1809, ainda enquanto colônia de Portugal, no qual o Príncipe Regente D. João VI concedeu privilégio aos inventores.

Após este aludido diploma, diversos outros o sucederam, a fim de modificar a abordagem da propriedade industrial no território brasileiro, de modo que, no Império, a Lei de 28 de agosto de 1830 trouxe a primeira abordagem do direito eminentemente brasileiro, à luz da Carta Constitucional de 1824 que já previa o direito à propriedade industrial, o que foi repetido pelas Cartas seguintes.

Posteriormente, esta norma foi substituída pelo Decreto nº 16.264/23, tendo, mais tarde, sido substituído pelo Decreto-Lei nº 7.903/45, o primeiro Código de Propriedade Industrial brasileiro que, por sua vez, foi substituído, pelo Decreto-Lei nº 1.005/69 e pela Lei nº 5.772/71, também intitulados de Código de Propriedade Industrial.

Atualmente, o tema se encontra disciplinado pela Lei nº 9.279/96 que regula os direitos e obrigações relativos à Propriedade Industrial, que se encontram tutelados a invenção, o modelo de utilidade, a marca e o desenho industrial, prevendo ainda, os procedimentos para a concessão da patente e os tipos penais a que estarão sujeitas algumas condutas que afrontem os direitos instituídos por esta norma.

A edição da Lei nº 9.279/96, substituindo o antigo Código de Propriedade Industrial, reflete uma necessidade social e econômica brasileira, uma vez que a norma advinda do regime militar, de um país fechado, não comportava proteções condizentes com interesses internacionais, o que dificultava acordos comerciais com o país e, conseqüentemente, o acesso a novas tecnologias e investimentos, uma vez que não fornecia segurança jurídica aos investidores, nem sequer previa a proteção a temas importantes, como a patente de medicamentos.

Desse modo, a nova lei possibilitou tanto investimentos no Brasil quanto o acesso a novas tecnologias estrangeiras, além de garantia de que o país não seria alvo de embargos econômicos, como ocorrera por meio das pressões norte-americanas para a adoção de alterações no tratamento jurídico da propriedade industrial no direito brasileiro.

Ao lado dessas normas que vieram a disciplinar a propriedade industrial ao longo dos anos, outros foram os diplomas legais inseridos no direito brasileiro, tais como a Lei nº 5.648/70, que criou o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI); o Decreto nº 75.572/75, que promulgou a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial; o Decreto nº 76.472/75, que promulgou o Acordo sobre a Classificação Internacional de Patentes (IPC); o Decreto nº 81.742/78, que promulgou o Tratado de Cooperação de Patentes

(PCT); o Decreto nº 1.355/94, que incorporou o resultado da Rodada Uruguia de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT; o Decreto nº 3.201/99, que dispõe sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público (art. 71 da Lei 9.279/96) e o Decreto nº 6.108/07, que concede o licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao Efavirenz, para fins de uso público não-comercial.

Nesse contexto, motivado pelas intensas transformações sociais, políticas e econômicas, nota-se que nos últimos séculos, o Direito muito se ocupou com o tratamento conferido à propriedade industrial ao redor do mundo, motivando o surgimento de legislações nacionais próprias e acordos internacionais que garantissem alguns interesses em jogo.

Todavia, os interesses jurídicos relacionados ao tema propriedade intelectual não se limitam apenas ao direito positivado. De fato, a melhor compreensão dos institutos jurídicos abrangidos pela disciplina impõe a análise do próprio objeto assegurado, considerando a sua conceituação e a sua natureza jurídica, para maior entendimento da real extensão do direito ora analisado.

3.3.2.1 O tratamento jurídico da propriedade industrial no Brasil

De acordo com a legislação nacional brasileira, encontram-se tutelados pelo regime de propriedade industrial, a invenção, o modelo de utilidade, o desenho industrial, a marca, bem como a repressão de falsas indicações geográficas e à concorrência desleal.

Doravante, segundo define Fábio Ulhoa Coelho (1999), de forma objetiva, a invenção pode ser entendida como o ato original do gênio humano, quando se projeta algo desconhecido; o modelo de utilidade, como o objeto de uso prático suscetível de produção industrial, decorrente de um melhoramento por meio de uma inovação parcial⁷³; o desenho industrial, como a forma, a manifestação externa, apresentada por objetos fabricados pela

⁷³ Comparando a invenção e o modelo de utilidade, nota-se que ambos os institutos jurídicos são destinados a proteções distintas e por isso não se confundem, como aponta o magistério de José Carlos Tinoco Soares (1998, p. 159-160) em arrimo à doutrina de Pascual Di Guglielmo: “[...] o modelo de utilidade é qualitativamente diverso da invenção, porque o que se identifica é o ‘*genius*’ e não a espécie. Isto é, um e outro são resultados da atividade criadora, mas, entretanto, esta nos inventos corresponde ao conteúdo, porque resolve um problema técnico descobrindo e reproduzindo uma relação de causalidade suscetível de novos resultados industriais concretizados em um produto ou em um procedimento; no modelo de utilidade projeta-se sobre elementos formais de um produto preexistente, sem que a nova forma ou a mudança de forma implique aquisição de um novo conhecimento científico ou de um novo princípio de causalidade. De onde se conclui que há modelo de utilidade quando o técnico introduz em um produto algo novo (particular conformação, disposição, configuração ou combinação das partes) e lhe confere um melhor funcionamento, uma maior utilidade ou comodidade, um melhor emprego ou um melhor uso. Tal é o caso, por exemplo, de um martelo a uma tenaz, ou de um lápis a uma cola, ou de um baú construído de madeira que facilite a busca dos objetos que nele se guardam”.

indústria, que tanto se apresenta como harmonioso consigo quanto o distingue de outros produtos e a marca, como o elemento designativo de produtos e serviços.

Todavia, em que pese a extensa malha de proteção conferida pela propriedade industrial, registre-se que, não perdendo de vista que a proposta do presente trabalho é a análise da patente de medicamentos, a partir deste momento somente serão abordadas as tutelas referentes à invenção.

Por conseguinte, saliente-se que a invenção consiste no fruto do trabalho intelectual humano, que supera o estágio de conhecimento técnico e científico existente, no momento de sua apresentação, de modo a não ter sido anteriormente desenvolvida e passível de produção e de reprodução, com base nas descrições utilizadas para identificar a criação.

Neste ponto, ressalte-se que os conceitos de descoberta e a invenção não se confundem, haja vista que, como bem leciona Rubens Requião (2003), descobrir é revelar um princípio científico desconhecido enquanto é dar uma aplicação prática ou técnica a um princípio científico, a fim de criar algo novo.

Logo, a invenção se diferencia claramente de uma descoberta, pois, uma vez que a existência desta independe da ação humana, com aquela ocorre de forma diversa, pois se encontra intimamente ligada à razão humana, como aponta a lição de Pontes de Miranda (1960b, p. 156) no seguinte sentido:

Algumas invenções se concretizam em aparelhos, máquinas, conjunto de máquinas; outras, não. Todavia, ou se dê, ou não se dê aquela concretização, o que constitui objeto de propriedade industrial é o bem incorpóreo, o que alguns juristas de educação metafísica, substituem, pela “idéia”. O que se tem de definir é a invenção no que é objeto possível de direito de propriedade industrial: há invenções que não são patenteáveis, há invenções que não determinam direito formativo gerador, como se não têm importância industrial. É preciso, primeiramente, que se trate de invenção, e não de descoberta. A descoberta revela apenas o que ainda não se conhecia: é atividade do *homo sapiens*; a invenção do *homo faber*, se bem que, por vezes, por trás dele, esteja o *homo sapiens*, ou os dois se entrossem na mesma psique. Quem inventa dá ao mundo novo objeto utilizável, ou meio para se chegar a novos objetos utilizáveis, ou a novas aplicações úteis. Toda descoberta permanece no campo da teoria, ainda quando se trate de influxo da técnica na natureza. Se a descoberta é tal que envolve revelação de processo novo ou de aplicação nova, é preciso que se invente essa utilizabilidade do processo ou da aplicação. A alusão à idéia inventiva, ou simplesmente à idéia, pode conduzir a enganos na discriminação.

Como se percebe, esta distinção apresenta grande relevância para a ciência jurídica, pois a proteção conferida pela propriedade industrial abrange apenas a invenção e não comportando a descoberta que, assim, não se encontra passível de tutela jurídica, como bem se entende pelo princípio da protectibilidade reservada aos inventos.

Assim, o invento encontra abrigo na Lei nº 9.279/96, de modo a conferir, no direito brasileiro, a proteção ao desenvolvimento da propriedade industrial. Não obstante a forte

influência legal na formação do direito de propriedade industrial no Brasil, frise-se que a disciplina do tema não se encontra sujeita apenas à análise dogmática das normas jurídicas nacionais e internacionais.

Com efeito, aliado ao posicionamento normativo, ainda se encontram os princípios regentes da propriedade industrial que apresentam grande relevância no estudo do tema.

Ademais, em conformidade com a doutrina de Denis Borges Barbosa (2007a), a propriedade industrial se encontra regida pelo princípio da função social; pelos princípios sistemáticos das patentes, nos quais se encontram os da adequada divulgação do objeto e do procedimento vinculado da concessão; pelos princípios textuais das patentes, nos quais se encontram os da autoria; da protectibilidade reservada aos inventos; da industriabilidade do objeto; exclusividade sobre o novo; da relevância da solução técnica; da temporariedade da proteção e da proteção exclusiva.

3.3.2.1.1 Da função social da propriedade industrial

A propriedade industrial, uma vez inserida nas espécies de propriedades reconhecidas pelo direito brasileiro, também se encontra sujeita ao atendimento da função social fixada no inciso XXIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

Deveras, a função social da propriedade privada, consoante abordado anteriormente neste trabalho⁷⁴, implica em que a utilização do bem apropriado não venha a ser nocivo ao convívio social, submetendo-se, assim, a uma finalidade que atenda ao bem-estar coletivo.

Neste contexto, ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, ao disciplinar a Ordem Econômica, entendida como “um plexo normativo de natureza constitucional, na qual são fixadas a opção por um modelo econômico e a forma como deve se operar a intervenção do Estado no domínio econômico” (SILVA NETO, 2001, p. 135), em seu art. 170, buscando a defesa da existência humana digna e da justiça social, estabelece a função social da propriedade como um dos seus princípios, nos seguintes termos:

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

[...]

III - função social da propriedade;

Desse modo, percebe-se de forma mais clara que a análise isolada do art. 5º, inciso XXIII, o princípio da função social da propriedade apresenta uma abrangência bem maior

⁷⁴ Ver item 2.4.

sobre os bens suscetíveis de apropriação existentes na sociedade, compreendendo, pois, diversas classificações destes bens que devem estar voltados à finalidade de promoção do bem-estar comum⁷⁵.

Sendo assim, percebe-se que o cumprimento da função social da propriedade privada impõe que o aludido bem seja destinado ao fim a que se destina, em prol do atendimento das necessidades sociais. Nesse sentido, em análise do enquadramento a ser dado à propriedade intelectual, em conformidade com a função social, insurge-se Camilo Augusto Amadio Guerreiro (2006, p. 253) que entende que a mesma deverá estar afastada do exercício absolutista e mais adequada aos ditames previstos pelo sistema jurídico vigente, nos seguintes termos:

A propriedade intelectual tem efetivamente uma finalidade social bem destacada quer enquanto fator de desenvolvimento do mercado da economia, quer enquanto propulsor sócio-cultural. É inegável que enquanto expressão da humanidade deve ser resguardada pelo direito, tanto que se admite a possibilidade de gestão e exploração econômica do fruto da capacidade intelectual humana. Mas deve-se ter em mente que, como todos os demais direitos absolutos (ou situações jurídicas não-relacionais que têm de *per se* caráter absoluto), não há de se falar em exercício desembaraçado do poder atribuído pelo ordenamento. Não se pode reconhecer direitos absolutos no sentido que assim era dado quando da conformação jurídica individualista. Os direitos absolutos o são na medida de sua conformação jurídica, na proporção em que são intrinsecamente afetados pelo sistema, por seus princípios e valores, por sua inspiração baseada na socialidade, na apelação social de sua estrutura.

Neste ínterim, a propriedade industrial (invenção), deve ser direcionada não somente à captação das contrapartidas econômicas dos seus valores de mercados, mas também ao cumprimento do desenvolvimento tecnológico, científico e social, como a própria disposição internacional do artigo 7 do TRIPS.

Por conseguinte, assim como os demais bens suscetíveis de apropriação, a propriedade industrial também se encontra voltada a atender a uma finalidade social, na qual a sua

⁷⁵ Em arrimo ao posicionamento constitucional, considerando esta maior abrangência da função social da propriedade privada, que se estende aos bens de consumo, José Afonso da Silva (2001, p. 791-792) assim leciona: “A *propriedade de bens de consumo e de uso pessoal* é, essencialmente, vocacionada à propriedade privada, porquanto são imprescindíveis à própria existência digna das pessoas, e não constituem nunca instrumentos de opressão, pois satisfazem necessidades diretamente, isto é, ‘bens que servem diretamente do sustento dos trabalhadores, tais como alimentos, roupas, alojamentos, etc.’ A função social desses bens consiste precisamente na sua aplicação imediata e direta na satisfação das necessidades humanas primárias, o que vale dizer que se destinam à manutenção da vida humana. Disso decorre que sejam predispostos à aquisição de todos com maior a possibilidade possível, o que justifica até a intervenção do Estado no domínio da sua distribuição, de modo a propiciar a realização ampla de sua função social. Assim, a intervenção direta na distribuição de bens de consumo (conceito que inclui também os de uso pessoal duráveis: roupa, moradia etc.), para fomentar um ou mesmo forçar o barateamento do custo de vida, constitui um modo legítimo de fazer cumprir a função social da propriedade”.

utilização deverá ser voltada ao atendimento dos ditames sociais, evitando-se o abuso de direito e o seu uso de forma nociva⁷⁶.

Em arrimo a esses preceitos, saliente-se que a Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI), já se posicionou no sentido de que tanto a propriedade industrial possui uma finalidade, quanto que esta finalidade deve estar de acordo com as realidades nacionais de cada país, em que pese alguns esforços internacionais para dar tratamento uniforme e o acabar com algumas fronteiras comerciais. Senão, vejamos:

A propriedade industrial não é uma finalidade em si mesma. Como instrumento de capacitação tecnológica, ela tem que se acoplar às políticas públicas de cada país. E deve ser usada à medida em que for eficaz em cada país, de maneira diferenciada. Portanto, existe uma demanda absolutamente legítima de não homogeneização de propriedade industrial. Por outro lado, vivemos um mundo de crescente globalização e interesse também crescente de captação de investimentos em tecnologia de ponta que são convergentes no esforço de homogeneização de legislação para facilitar as transações internacionais. Temos, pois, duas vertentes contraditórias igualmente legítimas que precisam ser coligadas (*apud* SILVA, F., 2007, p. 80).

Destarte, observa-se que a propriedade industrial também se encontra submetida aos ditames da função social incidente sobre a propriedade privada, de acordo com a proposta político-social de cada país, na qual se deve entender que a propriedade industrial também representa um dever para o seu titular que deverá ser utilizada em consonância com o bem-estar social.

Todavia, a despeito da existência do princípio da função social da propriedade privada, incidente sobre a propriedade industrial, o tema ainda se encontra disciplinado por outros princípios de grande relevância jurídica, dentre os quais os princípios sistemáticos que, embora incidentes, não se encontram expressamente previstos.

3.3.2.1.2 Princípios sistemáticos das patentes

Doravante, analisando os princípios sistemáticos, que Denis Borges Barbosa (2007a) considera não terem sido expressamente formulados em prol da propriedade industrial, mas devem ser respeitados em decorrência dos preceitos aplicáveis à disciplina.

⁷⁶ Nesse sentido, Pontes de Miranda (1960b, p. 151-152), ao comentar a Constituição de 1946, que trouxe, no § 17 do art. 141, a possibilidade de intervenção do Estado na propriedade industrial, segundo a qual “os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio”, assim analisou: “[...] Ao §17, mais se descobre o intuito de proteger o inventor que limitar a desapropriação. Se foi mencionado o caso da necessidade, ou conveniência da vulgarização, não exclui isso os outros motivos suficientes para que se desaproprie o invento, *como qualquer outra propriedade*. O §17 somente cogita do *momento em que se inventa*: é regra da aquisição da propriedade, que a define pelo privilégio temporário, ou pelo prêmio justo. Adquirida, como todas as outras, passa a ser expropriável segundo as leis [...]”.

Nesse contexto, entende-se pelo princípio da adequação que a patente, para ser reconhecida pelo Estado, deve apresentar uma utilidade para o público em contrapartida à proteção conferida pelo instituto. Desse modo, funciona como uma espécie de contrabalanceamento entre os interesses público e privado envolvidos.

Já pelo princípio do procedimento vinculado, a concessão das patentes não confere ao agente público, que procederá a análise do pedido, uma esfera discricionária para optar ou não pela concessão. Sendo assim, estando presentes os requisitos exigidos por lei, a patente deverá ser conferida e reconhecida.

Ao lado desses princípios, a norma jurídica ainda prevê, de forma expressa, alguns outros, incidentes sobre a propriedade industrial, os quais Denis Borges Barbosa (2007a) classificou como princípios textuais das patentes que também merecem ser analisados neste momento.

3.3.2.1.3 Princípios textuais das patentes

Em outro agrupamento dos princípios jurídicos da propriedade industrial, considerados como textuais, por se encontrarem expressamente dispostos ao tratamento do tema, encontram-se as bases mais específicas para o estudo e a compreensão do assunto.

Pelo princípio da autoria, deve-se entender que o direito de patente somente deve ser reconhecido em prol do inventor, seus sucessores ou terceiros que, por lei ou por vontade do autor, encontrem-se legitimados para fazer de titular deste direito.

Pelo princípio da protectibilidade reservada aos inventos, a proteção jurídica conferida às inovações trazidas pelo homem está direcionada àquelas que possuam a intervenção intelectual humana, a exemplo do que ocorre com a invenção, estando, pois, a descoberta afastada da tutela jurídica.

De acordo com o princípio da industriabilidade do objeto, a proteção jurídica somente pode ser conferida aos bens que tenham passado por uma mutação nos seus estados naturais, ou seja, tenham sofrido à intervenção humana.

Segundo o princípio da exclusividade sobre o novo, o Estado somente poderá conferir a proteção jurídica ao bem se o mesmo representar uma novidade, ou seja, se superar o conhecimento científico existente, não se contentando o direito com uma mera aparência de novidade, quando o suposto inventor apenas alterar o conhecimento existente.

Consoante o princípio da relevância da solução técnica, exige-se que a criação humana venha a ser protegida pelo direito, caso atenda a requisitos mínimos de contribuição ao conhecimento científico existente, ou seja, o que se denomina de estado da técnica. Trata-se

da exigência da presença de uma atividade inventiva para que a criação seja considerada patenteável.

Pelo princípio da temporariedade da proteção, entende-se a concessão da patente e a consequente proteção da criação humana não perdurará indefinidamente, como ocorre, por exemplo, com a propriedade material que, consoante mencionado no Capítulo 1 deste trabalho se encontra regida pelo princípio da perpetuidade. Trata-se de uma proteção conferida por um período certo e determinado ou determinável.

Por fim, em conformidade com o princípio da proteção exclusiva, o criador terá privilégio sobre a exploração industrial da criação, devendo esta ser exercida em conformidade com os fins a que se destina⁷⁷.

O estudo da principiologia da propriedade industrial é assaz relevante para a ciência jurídica, tanto para a melhor compreensão do assunto, quanto para a resolução dos conflitos existentes no cotidiano.

Contudo, em paralelo aos princípios científicos identificados, a norma jurídica traz uma série de regras básicas para conferir a proteção à invenção e ao modelo de utilidade, ambos protegidos pela patente, como a análise dos requisitos para a patenteabilidade das criações humanas.

3.3.2.2 Da patenteabilidade das invenções e dos modelos de utilidade

A invenção e o modelo de utilidade se encontram juridicamente protegidos pelo instituto da propriedade industrial⁷⁸, mas, para que a criação humana venha a ser protegida pelo instituto da patente, é necessário que se encontrem atendidos alguns requisitos essenciais que, para o direito brasileiro, resumem-se a três: a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial.

Primeiramente, para a compreensão da novidade, nos termos do art. 11 da Lei nº 9.279/96, entende-se por novo, aquilo que esteja fora do contexto do que se compreende por

⁷⁷ Nesse sentido, ensina Denis Borges Barbosa (2007a, p. 89), “O *privilégio* será concedido para a *utilização* do invento. Tal uso se fará, obviamente, de forma compatível com os fins sociais a que o próprio dispositivo constitucional se volta. Não se trata, como no caso da Lei de 1830, ou das Cartas de 1824, 1891, 1934 e 1946 (estas, jamais regulamentadas no pertinente), de recompensa monetária aos inventores, mas de um privilégio, ou seja, de uma situação jurídica individualizada e exclusiva, que recai sobre a própria solução técnica, a qual, sendo *industrial* – vale dizer, prática -, propiciará, no mercado, o retorno dos esforços e recursos investidos na criação”.

⁷⁸ Nesse sentido, o art. 8º da Lei nº 9.279/96, estabelece os requisitos para a patenteabilidade do bem, da seguinte forma: “É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”.

estado da técnica⁷⁹. Este, por sua vez, deve ser entendido como o estágio de conhecimento científico existente ou, no dizer de Rubens Requião (2003, p. 306), “é tudo aquilo que compõe o acervo da civilização técnica, que oferece produtividade, conforto e bem-estar aos indivíduos”.

Por conseguinte, percebe-se que a novidade vai além da compreensão existente no momento em que é desenvolvida. Todavia, tendo em vista a integração internacional, registre-se que, de acordo com o que leciona Jacques Labrunie (2007, p. 112), o estado da técnica deverá ser absoluto, não se limitando às fronteiras de um único país. Senão, vejamos:

[...] considerar-se-á nova a invenção que não se encontrar no estado da técnica e que não estiver divulgada ou tornada acessível ao público até o momento do depósito do pedido de patente, no Brasil ou no exterior. Note-se que, apesar da proteção patenteária ser uma proteção territorial, ou seja, a exclusividade se dá no país em que a patente é concedida, a análise da novidade ultrapassa fronteiras e é mundial. Diz-se por isso que a novidade é absoluta.

Portanto, para atender ao requisito de novidade, o bem imaterial desenvolvido deverá superar a compreensão técnica e científica existente no momento de sua criação, caso contrário, não se trata de uma criação distinta, mas sim de uma transformação de algo já desenvolvido anteriormente.

No que diz respeito à atividade inventiva, disciplinada pelos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.279/96⁸⁰, sua configuração está condicionada a uma análise mais subjetiva, uma vez que atribui a análise a um técnico, que a simples apreciação do estado da técnica, podendo ser aferível com base na análise dos registros de patentes controlados pelos bancos de dados do mundo.

Com efeito, a verificação da atividade inventiva ocorre “quando o ato de criação de uma invenção não poderia ter sido feito por um técnico no assunto, em condições normais de criação” (DI BLASI, 2005, p. 225). Trata-se, pois, da aferição de que a invenção não seja uma realização óbvia.

Nesse sentido, analisando a complexidade da análise da atividade inventiva para a concessão da patente, Gabriel Di Blasi (2005, p. 225), assim leciona:

⁷⁹ Nesse sentido, a redação do art. 11 se encontra disposta da seguinte forma: “A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica”. Mais adiante, preocupado com a delimitação do estado da técnica, o § 1º do mesmo dispositivo assim exara: “o estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos arts. 12, 16 e 17”.

⁸⁰ Neste sentido, os dois dispositivos retromencionados trazem os requisitos tanto para a invenção, determinando que: “A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica” (art. 13), quanto para o modelo de utilidade, asseverando que: “O modelo de utilidade é dotado de ato inventivo sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica” (art. 14).

A verificação desse requisito é complexa devido à sua subjetividade. Basta dizer que uma invenção pode conter uma novidade, ser industrialmente utilizável e, no entanto, não possuir atividade inventiva – o que a torna não patenteável. Em outras palavras, mencionamos o caso de um produto que reúne características de outros elementos já conhecidos, é considerado novo em relação ao que já existe (estado da técnica), sendo industrializável, mas não conta com inventividade por não gerar efeito técnico diferencial. Vale ressaltar que este caso inclui-se nas categorias de inventor decorrentes de processo de montagem a partir de mudanças de forma e/ou de proporção, e de justaposição de meios conhecidos. Por outro lado, conforme já mencionado, não há atividade inventiva sem a existência de novidade.

Como se percebe, a análise da atividade inventiva se encontra bastante ligada ao requisito de novidade, porém são distintos e não se confundem, como analisa Jacques Labrunie (2007, p. 119):

Uma singela comparação dos conceitos legais de atividade inventiva e o ato inventivo demonstra que a diferença é sutil: enquanto a atividade inventiva baseia-se na não ocorrência *óbvia ou evidente* do estado da técnica, o ato inventivo utiliza-se das expressões *de maneira comum ou vulgar* do estado da técnica. Na prática, pela subjetividade da definição, já é difícil compreender o que seja uma ocorrência óbvia ou evidente do estado da técnica, sendo ainda mais complicado diferenciar os conceitos de atividade e ato inventivo. Dessa dificuldade, resta somente a idéia de que o requisito da atividade inventiva ser mais rígido e exigente do que o do ato inventivo.

Logo, enquanto para a novidade o produto não pode ser conhecido do estágio científico, para a atividade inventiva ele pode até não ser conhecido, mas seu desenvolvimento não pode ser o resultado de uma fácil dedução lógica, por quem dele seja entendido.

Nesse sentido, em análise dos dois requisitos da patenteabilidade acima expostos (novidade e atividade inventiva), o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em análise da Apelação Cível nº 2001.51.01.536389-4, manifestou seu entendimento nos seguintes termos:

PROPRIEDADE INDUSTRIAL – PATENTE – MODELO DE UTILIDADE – NOVIDADE – ATIVIDADE INVENTIVA – 1. O produto é considerado novo se não está compreendido no estado da técnica, isto é, se ainda não se tornou acessível ao conhecimento público na data do depósito do pedido da patente. Diferentemente da invenção, onde a novidade tem que ser absoluta, no modelo de utilidade basta que a novidade seja relativa. Há atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, o produto não decorrer de maneira comum ou vulgar do estado da técnica já conhecido, ou seja, ele deve estar situado além do que é considerado comum. 2. Por se tratar de questão eminentemente técnica, evidencia-se a imprescindibilidade da realização de prova pericial. Entretanto, embora instado a especificar provas, o autor deixou de fazê-lo, limitando-se a falar em réplica. 3. A insuficiência de prova quanto aos fatos constitutivos de seu direito milita contra o autor. 4. Apelações improvidas e remessa necessária provida (TRF 2ª R. – AC 2001.51.01.536389-4 – 2ª T.Esp. – Relatora Desembargadora Liliane Roriz – DJU 14.12.2007 – p. 205)

Sendo assim, para que a criação humana seja passível de proteção jurídica pelo instituto da propriedade industrial, é essencial que a mesma represente uma situação nova, capaz de superar o desenvolvimento tecnológico-científico existente.

Por derradeiro, a invenção e o modelo de utilidade, para ser suscetível de patenteabilidade, devem ser suscetíveis de aplicação industrial, conforme previsão do art. 15⁸¹ da Lei nº 9.279/96, o que equivale dizer que a invenção a ser protegida deve ser suscetível de exploração industrial e o modelo de utilidade apresentar eficácia ou comodidade na sua aplicação ao invento (REQUIÃO, 2003).

Todavia, em que pese alguns produtos atenderem aos requisitos de patenteabilidade, necessários para a proteção jurídica ao titular da invenção, alguns eventos se encontram excluídos do processo de patenteamento, seja porque não são considerados como invenção, seja porque a própria lei os exclui do processo de patenteamento.

Destarte, a própria Lei nº 9.279/96, em seu art. 10, estabelece que não serão consideradas invenção nem modelo de utilidade: a) descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; b) concepções puramente abstratas; c) esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; d) as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética; e) programas de computador em si; f) apresentação de informações; g) regras de jogo; h) técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e i) o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

Ademais, nos termos do art. 18 da Lei nº 9.279/96, a norma jurídica ainda exclui desta proteção outras situações que, embora possam ser consideradas como invenção ou modelo de utilidade, são expressamente proibidas de conseguir a tutela jurídica da patente: a) o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas; b) as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e c) o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos⁸² que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

⁸¹ Segundo dispõe o art. 15, “A invenção e o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria”.

⁸² Para melhor delimitar o tema, esclarecendo o que se deve entender por microorganismos transgênicos, o próprio parágrafo único deste dispositivo assim prescreve: “Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais”.

Assim sendo, uma vez que a criação humana atenda os requisitos necessários para que seja alvo da proteção conferida pela patente, a mesma deverá ser submetida ao processo de registro, para que o Estado possa reconhecê-la como um direito a ser exercido pelo seu criador.

3.3.2.3 Do pedido de patente

Assim como acontece com a propriedade material de bens imóveis, a propriedade industrial também exige o registro que deverá ser efetuado por meio do pedido de patente perante o órgão competente⁸³.

No caso brasileiro, o órgão competente é o INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, autarquia federal, criada pela Lei nº 5.648/70. Porém, quando o pedido de patente diga respeito a medicamentos, objeto do presente estudo, a concessão da patente dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), nos termos do art. 229-C da Lei nº 9.279/96, inserido pela Lei nº 10.196/2001.

O registro da patente é um ato de extrema importância para o direito, uma vez que no momento em que for considerado registrado o pedido e após realizados os trâmites processuais legais, será deferida a carta-patente que confere a possibilidade de exploração do bem de forma exclusiva pelo seu inventor, além de firmar o novo estágio da técnica.

No direito brasileiro, em conformidade com os termos do art. 19 da Lei nº 9.279/96, para a aceitação do pedido de patente, o requerimento deverá conter os seguintes elementos: o relatório descritivo, as reivindicações, o desenho (se for o caso), o resumo e o comprovante de pagamento da retribuição relativa ao depósito.

Amiúde, o relatório deverá conter as informações técnicas necessárias à compreensão da invenção; o título deve conter palavras que identifiquem o produto de forma breve; a descrição, partindo de uma alusão ao título, deverá informar ainda os elementos necessários para a caracterização do produto, tais como: citação de invenções inter-relacionadas, definição do setor técnico abrangido, o estado da técnica correspondente, os objetivos da invenção, o efeito técnico alcançado, a atividade inventiva, devendo ainda figurar os detalhes construtivos e operacionais do objeto, descrição detalhada, a fim de que possa ser produzida por uma outra pessoa, ressaltar a melhor forma de execução, apontar claramente a utilização industrial e

⁸³ Nesse sentido, encontra-se a redação do art. 38 da Lei nº 9.279/96, nos seguintes termos: “A patente será concedida depois de deferido o pedido, e comprovado o pagamento da retribuição correspondente, expedindo-se a respectiva carta-patente”.

apresentar o relatório, um resumo e, por fim, as reivindicações⁸⁴ que consistem nas características técnicas do invento, referentes às particularidades ou modos pelos quais são combinadas as estruturas físicas, químicas ou biológicas aos processos de produção industrial (DI BLASI, 2005).

No caso do modelo de utilidade, o relatório descritivo deverá demonstrar a melhoria funcional alcançada, descrevendo o objeto do modelo de forma detalhada, precisa, clara, fazendo remissão aos sinais de referência dos desenhos que definem o objeto.

A importância do pedido de registro é fundamental para a propriedade industrial, haja vista que com o mesmo se encontra fixada a prioridade⁸⁵ para a concessão da patente, sendo considerado titular o que apresentar o pedido mais antigo, em conformidade com o art. 7º⁸⁶ da Lei nº 9.279/96.

Portanto, o momento do registro é um tema essencial para a propriedade industrial, primeiro, porque serve para dirimir possíveis conflitos existentes em relação a dois pedidos de patentes sobre a mesma invenção e, segundo, porque serve para fixar o estado da técnica que influenciará nos requisitos para a concessão de novas patentes.

⁸⁴ Vale ressaltar que, em consonância com o ensinamento de Gabriel Di Blasi (2005, p. 100), “Há dois tipos de reivindicações: a reivindicação independente e a reivindicação dependente. A independente é aquela que, uma vez mantida a unidade da invenção, tem como objetivo a proteção de características técnicas essenciais e específicas da invenção em seu conceito integral. Tais características devem ser defendidas sempre após a expressão ‘... caracterizado por...’, que em combinação com os aspectos descritos no preâmbulo da referida reivindicação, define o que se deseja proteger. Já a reivindicação dependente é aquela que, uma vez mantida a unidade de invenção, inclui toda a característica de outra(s) reivindicação(ões) anterior(es), definindo detalhes dessas características e/ou características adicionais. Observe-se que a reivindicação dependente deve conter, de forma clara e precisa, uma indicação de dependência referente a estas reivindicações anteriores – por exemplo: ‘... de acordo com a reivindicação nº...’. E, se necessário, após, deve ser inserida a expressão ‘... caracterizado por...’. Mais adiante, o mesmo autor, ressalta que: “[...] As reivindicações dependentes somente serão aceitas quando: a) referirem-se a elemento complementar de uso opcional que não altere ou modifique as condições de utilização e funcionamento do objeto; b) reportarem-se a variação de forma ou a detalhe relacionado a elementos componentes do modelo que não alterem a unidade técnico-funcional e corporal do objeto e seu funcionamento; e c) referirem-se ao objeto em sua forma tridimensional, nos casos em que sua configuração final seja secundária e decorrente da montagem de uma estrutura inicial planejada, caracterizada na primeira reivindicação. Em se tratando de reivindicações dependentes, as mesmas devem ser iniciadas pelo título do pedido, seguido pela expressão ‘... de acordo com a reivindicação nº 1, caracterizado por...’. E, por fim, não serão aceitas reivindicações de utilização e trechos explicativos com relação ao funcionamento, vantagens e usos do objeto” (DI BLASI, 2005, p. 105).

⁸⁵ Neste ponto, no que se refere ao plano internacional para o tratamento do pedido de patente, insta lembrar que na condição de signatário da Convenção de Paris, o pedido feito no Brasil gozará de prioridade, como bem ensina Jacques Labrunie (2007, p. 116): “[...] O direito de prioridade assegura, ao depositante de um pedido de patente em um país da União, o depósito, dentro do prazo de doze meses, contados do primeiro depósito, o mesmo pedido de patente, nos outros países da União, sem que a novidade seja atingida por eventuais divulgações ocorridas durante este período de doze meses”.

⁸⁶ De acordo com o que dispõe o mencionado artigo, tem-se que: “Se dois ou mais autores tiverem realizado a mesma invenção ou modelo de utilidade, de forma independente, o direito de obter patente será assegurado àquele que provar o depósito mais antigo, independentemente das datas de invenção ou criação”. Mais adiante, no parágrafo único do mesmo dispositivo: “A retirada de depósito anterior sem produção de qualquer efeito dará prioridade ao depósito imediatamente posterior”.

Não obstante, os procedimentos internos adotados pelo INPI para o registro do pedido de patente em território nacional, vale dizer que o Brasil é signatário do PCT, que, buscando reduzir a complexidade de alguns aspectos do registro que representavam verdadeiros entraves para obtenção da patente internacional, regulamenta o pedido de patente internacional, minimizando o trabalho do inventor, quando existe o requerimento de patente nos diversos países signatários⁸⁷.

Para tanto, primeiramente, parte-se do registro do pedido de patente em uma nação contratante, a fim de que seja feita uma pesquisa a nível internacional, que deverá analisar o estado da técnica, o grau de novidade do invento, dentre outros requisitos para a concessão da carta-patente.

Trata-se, pois, de uma tentativa de uniformização das leis nacionais em um determinado estágio para maior segurança e desenvolvimento mundial ou, como leciona Gabriel Di Blasi (2005, p. 119), “o procedimento baseado no PCT promove a unificação, em nível internacional, dos diferentes estágios nacionais compreendidos entre o depósito do pedido de patente e a fase do exame do mesmo”.

Sendo assim, após a apresentação do pedido de registro e a sua conseqüente análise pelo órgão responsável que, no caso do Brasil fica a cargo do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), a solicitação será aprovada ou rejeitada, donde será direcionado para a publicação na Revista da Propriedade Industrial (RPI).

Neste contexto, vale ressaltar que a publicação apresenta caráter essencial para o pedido de patente, haja vista se tratar de um ato administrativo que deve ser revestido de publicidade, como demonstra o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em julgamento do Mandado de Segurança nº 1999.02.01.033659-2 / RJ, no seguinte sentido:

PROPRIEDADE INDUSTRIAL – PEDIDO DE PRIVILÉGIO – FALTA DE PUBLICIDADE DE EXIGÊNCIA – PROCESSO ADMINISTRATIVO ARQUIVADO – RECURSO ADMINISTRATIVO NÃO CONHECIDO – CONCESSÃO DA SEGURANÇA PARA SER CONHECIDO O RECURSO – NECESSIDADE DE EFETIVA PUBLICIDADE E AMPLA DEFESA PARA VALIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO – Feita exigência em processo

⁸⁷ Nesse sentido, analisando os procedimentos deste tratado, Jacques Labrunie (2007, p. 108-109) assim leciona: “O que regula o PCT é um procedimento único de inicialização do processo de patenteamento e que envolve, basicamente, o depósito internacional, a busca de anterioridades, podendo incluir, ainda, se houver interesse, no exame prévio. No depósito, o titular já qualifica seu pedido para, no momento oportuno, estendê-lo a todos os demais países membros do PCT, podendo se quiser excluir algum. Tanto a busca como o exame são feitos por um dos escritórios de patentes credenciados pela OMPI e aquela, ultimamente, tem vindo acompanhada de relatório (search report). Após este procedimento único, o titular deve confirmar em cada um dos países o interesse e a sua intenção de obter a patente naquele território. A confirmação consiste na reafirmação do pedido no país-membro de interesse e dá pela apresentação do depósito no prazo de vinte ou trinta meses, contados da data da prioridade, perante o escritório de patentes desse país. Sendo feita esta confirmação, ou nos termos técnicos, passando para a fase nacional, cada país fará seu exame de mérito e, então, concederá ou não uma patente de acordo com sua lei interna”.

em curso no INPI de pedido de privilégio, não constou da publicação na RPI o teor do parecer com a exigência técnica. - Solicitação do inteiro teor da exigência segundo o Sistema Automático de Entrega de Cópias, onde o procurador estava cadastrado, sem oportuno atendimento. - Arquivamento do processo, após a denegação da prorrogação de prazo solicitada. - Não conhecimento do recurso administrativo, sob a alegação de que "eventual falha na remessa de cópia não pode ser utilizada como justificativa para o descumprimento de prescrições legais". - Liminar deferida e segurança concedida em face da falha de publicidade no procedimento administrativo. - Necessidade de efetiva publicidade e de ampla defesa para a validade do processo administrativo. - Apelação do INPI e remessa necessária improvidas. Sentença confirmada (TRF 2ª R. – AMS 1999.02.01.033659-2 / RJ, Relatora Juíza Márcia Helena Nunes, DJU 02.12.2005 – p. 348).

Excepcionalmente, porém, admite-se a tramitação sem publicação quando, em se tratando de patente de interesse da defesa nacional, o Poder Público requeira sua tramitação em caráter sigiloso, nos termos do art. 75⁸⁸ da Lei nº 9.279/96, regulamentado pelo Decreto nº 2.553/98.

Doravante, após a publicação, a criação integrará o estado da técnica, passando a compor o estágio do conhecimento tecnológico humano e, conseqüentemente, uma vez reconhecido como bem imaterial suscetível de apropriação, passará a compor o patrimônio do seu titular, por meio da concessão do título de domínio intitulado de carta-patente.

3.3.2.4 Da patente

Após a tramitação do pedido de patente e do conseqüente registro, o Estado reconhecerá a proteção jurídica ao invento ou modelo de utilidade, assegurando ao seu titular o direito à exclusividade na exploração do bem.

Sendo assim, como bem leciona Gabriel Di Blasi (2005, p. 208): “a patente pode ser entendida como o direito de propriedade que oficialmente se outorga a uma pessoa física ou jurídica, o qual, durante um certo tempo, confere a exclusividade da exploração de uma inovação tecnológica”.

Nesse sentido, como bem observa João da Gama Cerqueira (1931, p. 405), “a patente não cria a propriedade do inventor, mas apenas reconhece e declara um direito preexistente, estabelecendo a presunção desse direito e da existência de uma invenção suscetível de ser privilegiada”. Destarte, trata-se, pois, de uma concessão em forma de reconhecimento ao inventor, a fim de que o desenvolvimento científico e tecnológico seja estimulado para o atendimento das necessidades da sociedade.

⁸⁸ Nos termos do art. 75 da Lei nº 9.279/96, que assim dispõe: “O pedido de patente originário do Brasil cujo objeto interesse à defesa nacional será processado em caráter sigiloso e não estará sujeito às publicações previstas nesta Lei”.

Por conseguinte, a patente permite uma exploração, da qual resulta um retorno econômico para o inventor, que, consoante leciona Jacques Labrunie (2007, p. 102), consiste justamente numa contraprestação pelo trabalho desenvolvido no invento ou no modelo de utilidade, conforme ensinamento abaixo transcrito:

O direito de propriedade sobre a invenção conferido pelo Estado, por meio de uma patente e consistente na exclusividade temporária de exploração do invento, funciona como uma recompensa e um estímulo ao inventor pelo seu trabalho. Há também o interesse do Estado envolvido, na medida em que, ao revelar sua invenção, em troca desse direito de exclusividade temporária, o inventor contribui para a evolução tecnológica do país. Justifica-se, portanto, essa exclusividade temporária, uma vez que ela contribui para a realização dos fins econômicos e sociais do Estado [...]

Todavia, a proteção jurídica conferida à patente é temporária, ao contrário do que ocorrer com a propriedade material. Destarte, o direito de patente ser reconhecido por tempo determinado, que, para as invenções vigorará pelo prazo de vinte anos e para o modelo de utilidade o prazo de vigência será de quinze anos, contados a partir da data do depósito, como bem determina o art. 40⁸⁹ da Lei nº 9.279/96.

Nesse sentido, a patente pode ser entendida como o título de propriedade conferido ao titular de uma criação, sujeita aos requisitos legais, que permite a defesa dos direitos por parte do seu detentor, como bem observa a doutrina de Rubens Requião (2003, p. 314). Senão, vejamos:

A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I – produto objeto de patente; II – processo ou produtos obtido diretamente por processo patentado. Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que o autor pratique qualquer dos atos acima referidos (art. 42 da Lei nº 9.279/96).

Portanto, o procedimento de registro do pedido de patente, permite ao seu titular o reconhecimento estatal da propriedade imaterial do bem desenvolvido, de modo que, a partir de então, encontra-se o indivíduo tanto autorizado a proceder a exploração econômica do bem, quanto a sua defesa em juízo por meio dos instrumentos jurídicos próprios.

3.3.2.5 Da proteção conferida à patente

⁸⁹ Segundo a redação do art. 40: “A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito”. Mais adiante, no parágrafo único, o mesmo dispositivo assim ressalva: “O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior”.

Aliado ao procedimento de reconhecimento de direitos, a ciência jurídica impõe algumas sanções àqueles indivíduos que, porventura, violem os preceitos normativos estabelecidos (deveres).

No caso específico da propriedade industrial, uma vez que compõe o rol de propriedades, enquanto permite ao seu titular uma condição de sujeitar um bem ao seu interesse (usar, gozar, dispor e reivindicar), a todos os demais indivíduos se impõe a abstenção, ou seja, estão obrigados a respeitar este direito reconhecido.

Para tanto, visando regulamentar a proteção jurídica a ser conferida a um bem imaterial, a Lei nº 9.279/96, em seus arts. 41 a 44, disciplina o capítulo referente à proteção conferida pela patente.

Por conseguinte, iniciando o tema, o art. 41⁹⁰ delimita a extensão da patente ao teor das reivindicações apresentadas no pedido de registro, sendo estas interpretadas em conformidade com os relatórios descritivos e no desenho apresentado.

Neste sentido, nota-se que a reivindicação⁹¹ corresponde ao limite de proteção conferido pela patente, como bem leciona a doutrina de Ivan Bacellar Ahlert (2007, p. 164):

Ao determinar que as reivindicações caracterizem “as particularidades do pedido” e definam, de modo claro e preciso, “a matéria objeto da proteção”, a lei prevê que as reivindicações definam não apenas as características que particularizam a invenção perante aquilo que é conhecido, mas também a totalidade da matéria a ser protegida, o que, via de regra, inclui também características pertinentes ao estado da técnica.

Sendo assim, uma vez delimitada a orbe de proteção jurídica, a norma passa para a proteção conferida pela patente, que, primeiramente, consoante a disposição do art. 42⁹², consiste na determinação de abstenção, por parte da sociedade, da prática de qualquer ato,

⁹⁰ Em conformidade com a redação dada por este dispositivo legal, tem-se que: “A extensão da proteção conferida pela patente será determinada pelo teor das reivindicações, interpretado com base no relatório descritivo e nos desenhos”.

⁹¹ No que diz respeito ao conteúdo da reivindicação, observa Ivan Bacellar Ahlert (2007, p. 164): “Aqui reside um aspecto de grande importância: embora a invenção deva, necessariamente, conter características inovadoras em relação ao estado da técnica, em geral ela é reivindicada como um conjunto em que estão presentes características já conhecidas e características novas, sendo a proteção conferida para o *conjunto, como um todo*”.

⁹² Segundo dispõe o aludido artigo: “A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I - produto objeto de patente; II - processo ou produto obtido diretamente por processo patentado. § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo. § 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente”.

como a produção ou circulação do produto protegido, que venha ferir os direitos conferidos pela lei de patentes, denominado de contrafação⁹³.

Nesse sentido, num primeiro momento, levando-se em consideração o ato que gerou a violação à propriedade industrial, a contrafação pode ocorrer de forma direta ou indireta. Na primeira, o contrafator toma a iniciativa de fabricação do produto protegido pela propriedade industrial, enquanto que na segunda, o contrafator, embora não produza, contribui com a dita violação praticando os atos de comercialização da falsificação, menosprezando, da mesma forma, a proteção legal (BARROS, 2004).

Não obstante, sob o ponto de vista da delimitação da patente, considerando a reivindicação, também pode ocorrer a violação da propriedade industrial de duas formas diferentes, o que a doutrina costuma chamar de infração literal e infração por equivalência.

Na primeira delas, infração literal, como leciona Gabriel Di Blasi (2005, p. 288), “todas as características de um produto ou de um processo devem coincidir *ipsi litteris* com as características da reivindicação”. Trata-se, pois, de uma manifestação física da própria descrição do produto ou o meio do processo⁹⁴ patentado, em todos os seus detalhes registrados.

Na segunda delas, infração por equivalência, não existe uma reprodução exata da descrição do produto no registro. Porém, desde que o bem venha a apresentar os mesmos objetivos e resultados que na descrição da patente, caracterizando uma equivalência entre o anteriormente idealizado e registrado e o reproduzido sem autorização, estar-se-á diante de uma violação da propriedade industrial⁹⁵.

Em conformidade com o posicionamento doutrinário acerca da equivalência, Denis Borges Barbosa (2007b, p. 201) esclarece:

⁹³ Na definição da contrafação, pode-se entender a mesma como: “[...] reproduzir ou imitar ilicitamente o trabalho ou a obra de outra pessoa. Do que se depreende ser a contrafação não apenas a reprodução pura e simples, mas a reprodução aproximada [...]” (GARCIA, 2004, p. 65).

⁹⁴ No que diz respeito ao processo patentado, deve-se observar que: “A patente de processo apenas protege o meio e não o produto que ele permite obter. Tal postulado continua cada vez mais consistente e válido. Destarte, se o titular protege em sua patente apenas o correspondente ao processo, sem que reivindique o produto, seu direito reporta-se apenas ao próprio processo, excluindo o produto. Assim, qualquer pessoa pode fabricar o produto, sintetizá-lo por qualquer processo ou rota. O que não se permite é a venda, uso, colocação à venda ou importação do produto obtido conforme o processo patentado sem a autorização do titular, nos termos do art. 42, inciso II, da Lei n. 9.279/96” (GARCIA, 2004, p. 70).

⁹⁵ Analisando a violação por equivalência, Ivan Bacellar Ahlert (2007, p. 176-177) ensina que: “Reconhecida a inexistência de uma coincidência literal entre os elementos do aparelho alegadamente infrator e os termos da reivindicação independente da patente em questão, deve-se avaliar se cada elemento não coincidente pode ser considerado como tecnicamente *equivalente* à respectiva característica da reivindicação, porém segundo critérios preestabelecidos. A patente não protege a função ou os efeitos alcançados pela invenção, mas sim a forma com que a função é realizada e os efeitos alcançados, conforme definido objetivamente nas reivindicações, seja, de forma literal, seja de forma equivalente”.

Equivalência, do direito patenteário, não é o prisioneiro de uma forma e não é um absoluto que deva ser considerado no vácuo. Não se exige identidade completa para todo o propósito e em todo caso. Ao determinar equivalentes, coisas que são iguais à mesma coisa podem não ser iguais entre si e, da mesma maneira, coisas que são diferentes para a maior parte dos objetivos podem ser às vezes equivalentes. Tem-se que dar atenção ao propósito para o qual cada ingrediente é usado numa patente, às qualidades que tal ingrediente tem quando combinado com outros ingredientes, e a função que ele deve desempenhar.

Todavia, o sistema de contrafação de patentes admite algumas exceções, previstas no art. 43⁹⁶ da Lei nº 9.279/96, segundo as quais é tolerável a violação à propriedade industrial, quando: os atos praticados por terceiros não autorizados não tenham finalidade lucrativa, nem ocasionem prejuízos ao titular da patente ou com finalidade experimental, relacionados a pesquisas científicas ou tecnológicas; preparação de medicamentos, por profissional habilitado, em conformidade com receita médica; o produto tenha sido colocado no mercado pelo próprio titular; em se tratando de matéria viva, seja utilizado sem fins lucrativos para obtenção de novo produto e os atos praticados por terceiros não autorizados, destinados à produção de informações, dados e resultados de testes, visando a obtenção de registro no Brasil ou em outro país, para exploração e comercialização do produto patenteado após expirados os prazos do art. 40 da Lei nº 9.279/96.

Ademais, a violação do direito conferido pela propriedade industrial, com produção paralela de bens patenteados, causa prejuízos aos seus titulares, favorecendo ao enriquecimento sem causa dos infratores e, em contrapartida, o titular da patente, além de ter o seu direito lesado, ainda amarga o prejuízo material, uma vez que deixa de auferir lucros com a produção sem a devida licença.

Por conseguinte, para coibir as práticas lesivas à propriedade industrial, o direito brasileiro prevê a responsabilidade civil do infrator, de sorte que este, ao violar o direito de

⁹⁶ O mencionado artigo apresenta a seguinte redação: “O disposto no artigo anterior não se aplica: I - aos atos praticados por terceiros não autorizados, em caráter privado e sem finalidade comercial, desde que não acarretem prejuízo ao interesse econômico do titular da patente; II - aos atos praticados por terceiros não autorizados, com finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas; III - à preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado, bem como ao medicamento assim preparado; IV - a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento; V - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, sem finalidade econômica, o produto patenteado como fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos; e VI - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido licitamente no comércio pelo detentor da patente ou por detentor de licença, desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa. VII - aos atos praticados por terceiros não autorizados, relacionados à invenção protegida por patente, destinados exclusivamente à produção de informações, dados e resultados de testes, visando à obtenção do registro de comercialização, no Brasil ou em outro país, para a exploração e comercialização do produto objeto da patente, após a expiração dos prazos estipulados no art. 40 (Incluído pela Lei nº 10.196, de 2001).

patentes, estará sujeito ao pagamento de uma indenização, a fim de reparar os prejuízos decorrentes de sua conduta.

Nesse diapasão, a redação do art. 44 da Lei de Patentes prevê que: “Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente”.

Por sua vez, impende salientar que, conforme as demais formas de proteção conferidas pelo instituto da propriedade industrial, o direito à indenização, previsto pelo citado dispositivo, está atrelado à reivindicação (§3º⁹⁷ do art. 44 da Lei nº 9.279/96).

Esta manifestação legislativa está de acordo não somente com as exigências internacionais de proteção da propriedade industrial, mas também com a própria história milenarmente construída do direito privado que estabelece a vedação do enriquecimento sem causa.

Por força disso, registre-se que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido em 20/03/1984, na vigência do antigo Código de Propriedade Industrial, em que foi Relator o Ministro Néri da Silveira, determinou o pagamento de indenização pleiteada, uma vez que, na ação proposta, fora reconhecida tanto a titularidade da patente quanto a sua violação. Senão, vejamos:

CONTRAFACÇÃO DE PATENTE E CONCORRÊNCIA DESLEAL. AÇÃO ORDINARIA DE INDENIZAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. RECONHECIMENTO DE TITULARIDADE DE PATENTE PELA AUTORA, NÃO PODENDO SER VIOLADA, ENQUANTO EM VIGOR. AFIRMOU O ACÓRDÃO VIOLAÇÃO DO DIREITO DA AUTORA, PELA RE, CONDENANDO-A A INDENIZAR. MATÉRIA DE FATO E PROVA, INSUSCETIVEL DE REEXAME, NA INSTÂNCIA EXCEPCIONAL. SÚMULA 279. NÃO E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO SUCEDANE O DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, PARA SE ESCLARECER O FUNDAMENTO LEGAL DA CONDENAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS TEMAS CONSTITUCIONAIS INVOCADOS (LEI MAIOR, ART-153, PAR-2. E PAR-3. E 160, I). SUMULAS 282 E 356. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INADMITIDO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (STF, AI-AgR 96964 SP, Relator Min. Néri da Silveira, 1ª Turma, j. 19/03/1984, DJ 23-11-1984, p. 19925).

Sendo assim, o titular da patente poderá buscar o Poder Judiciário, tanto para pleitear a contrafação, a fim de que o infrator para de produzir o bem patenteado sem autorização, quanto para obter uma indenização pelos lucros que efetivamente deixou de auferir com produção paralela do bem de sua propriedade.

⁹⁷ Pela redação do § 3º do art. 44, tem-se que: “O direito de obter indenização por exploração indevida, inclusive com relação ao período anterior à concessão da patente, está limitado ao conteúdo do seu objeto, na forma do art. 41”.

Não obstante, a possibilidade de uma ação para a discussão da reparação dos prejuízos causados com a produção do bem patenteado por terceiros não autorizados, ensina João da Gama Cerqueira (1952) que, o titular da patente, no exercício dos seus direitos de propriedade, pode ainda pleitear uma tutela negatória⁹⁸, para que o infrator se abstenha de praticar os atos que violem a patente, na hipótese de não ter ciência da existência de uma proteção jurídica ao bem e uma tutela reivindicatória⁹⁹ a fim de retirar os bens de circulação.

Além dos instrumentos jurídicos civis de proteção da propriedade industrial, a Lei 9.279/96, em seus arts. 183 e 184, ainda instituiu dois crimes aos infratores, que pratiquem atos de fabricação¹⁰⁰ do produto patenteado, sujeitando-se a penas de 3(três) meses a 1(um) ano, ou aplicação de multa; ou a comercialização (compra ou venda) do produto patenteado, manutenção em estoque, utilização com fins lucrativos¹⁰¹, sujeita-se a penas de 1(um) a 3(três) meses, ou aplicação de multa.

A partir da interpretação da norma penal trazida pela Lei de Patentes, percebe-se que se encontra vedada a importação de produto patenteado que não tenha sido colocado no mercado externo pelo seu titular ou terceiro autorizado, o que é comumente conhecida como importação paralela¹⁰².

⁹⁸ Segundo o citado autor: “A ação cabe contra o responsável pela violação do privilégio, pessoa física ou jurídica, e o seu fim é fazer cessar a prática da infração, sob pena de pagar o infrator a pena cominada, a qual serve para assegurar a execução da sentença. Não se trata de ação meramente declaratória destinada apenas a obter o reconhecimento do direito do titular da patente. É preponderante o seu caráter de ação *negatória*, embora participe também da natureza das ações *proibitórias*; pois a sentença de condenação implica a declaração de que o réu não tem o direito ao uso da invenção, enquanto que o preceito imposto na sentença implica proibição desse uso para o futuro” (CERQUEIRA, 1952, p. 262).

⁹⁹ Nesse sentido: “A reivindicatória pode ser intentada contra terceiros, ainda que de boa-fé, que tenha, adquirido a patente ou direitos dela decorrentes, ressalvados os direitos destes contra o alienante pela evicção sofrida. Se os direitos de terceiros, nesse caso, devessem ser respeitados, os do inventor, como bem observa RAMELLA, tornar-se-iam ilusórios, pois bastaria que o titular da patente obtida fraudulentamente a transferisse, logo depois de sua concessão, ou que concedesse licenças, para realizar o proveito da fraude, despojado de seus direitos o inventor ou o legítimo adquirente, conforme o caso” (CERQUEIRA, 1952, p. 374).

¹⁰⁰ Nos termos do art. 183: “Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem: I - fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, sem autorização do titular; ou II - usa meio ou processo que seja objeto de patente de invenção, sem autorização do titular. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

¹⁰¹ De acordo com o art. 184: “Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem: I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado; ou II - importa produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado no País, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa”.

¹⁰² Segundo leciona Gabriel Di Blasi (2005, p. 292): “[...] a legitimidade da importação paralela começou quando os países exportadores de tecnologia acreditaram ser uma estratégia viabilizadora da conquista de novos mercados, o licenciamento de patentes para países tecnologicamente menos favorecidos. Em segundo momento, mão-de-obra mais barata, somada ao equilíbrio cambial, provocou o retorno de produtos objetos destas licenças para seus países de origem, concorrendo naquele mercado”.

Contudo, esta prática poderá ser admitida, em situações excepcionais, que deverão ser comprovadas pelo titular, sob pena de ser compelido a conceder compulsoriamente a licença, quando se esteja diante de uma impossibilidade econômica da produção do bem num determinado país em que a proteção fora conferida (DI BLASI, 2005).

Não obstante, a lei também faz a ressalva de que o denominado usuário anterior, ou seja, aquele indivíduo que, antes da concessão da data do depósito ou da prioridade do pedido de patente, já explorava o objeto posteriormente patenteadado, poderá continuar a explorando nas mesmas condições, nos termos do art. 45¹⁰³ da Lei de Patentes, desde que presente a boa-fé nesta utilização.

Na verdade, esta previsão legal deve ser interpretada de forma restritiva, como aponta Gabriel Di Blasi (2005, p. 296-297), em análise do dispositivo:

Levando-se em consideração que o uso anterior é uma exceção à regra dos direitos de patentes, para que este uso possa conviver com uma patente suas condições devem ser interpretadas restritivamente. Assim, o uso anterior do produto não pode ser considerado anteriormente em relação à novidade de um pedido de patente ou de uma patente. Caso tal situação seja comprovada, a nulidade da patente será declarada. Para evitar que o uso anterior seja considerado um obstáculo, entende-se que o referido uso da invenção deva ocorrer internamente na empresa, sem que o mesmo seja divulgado.

Portanto, o direito prevê que o terceiro de boa-fé possa continuar a fazer uso de uma produção paralela, desde que este mantenha as condições anteriores ao pedido, sem que isto implique no pagamento de valores correspondentes ao licenciamento do produto pelo titular da patente.

Sendo assim, uma vez atendidos todos os requisitos impostos pela norma jurídica, esta lhe confere a carta-patente que possibilita a exclusiva exploração econômica bem como alguns institutos jurídicos voltados à garantir ao titular a pacífica utilização deste bem.

Entretanto, como nem sempre a possibilidade jurídica para a exploração corresponde a uma possibilidade de fato, pode ocorrer que a produção do bem não seja realizada pelo próprio titular da patente, de modo que, nestes casos, a norma prevê a possibilidade de licenciamento da patente.

3.3.2.6 Do licenciamento voluntário e da oferta de licença

Como já analisado anteriormente neste trabalho, o reconhecimento e a concessão da patente confere ao seu titular o direito da exploração com exclusividade sobre o bem.

¹⁰³ Neste sentido, o aludido dispositivo assim determina: “À pessoa de boa fé que, antes da data de depósito ou de prioridade de pedido de patente, explorava seu objeto no País, será assegurado o direito de continuar a exploração, sem ônus, na forma e condição anteriores”.

Contudo, para que este direito reconhecido pela propriedade industrial não se apresente à sociedade como uma garantia inútil, desprovida de função social, o titular da patente deverá cumprir com um dever que, neste caso, consiste na exploração.

Sendo assim, o exercício do direito de patente em conformidade com a sua função social implica na exploração da patente que poderá ocorrer tanto diretamente pelo seu próprio titular, quanto por terceiro autorizado, no caso, do titular, licenciante, celebrar um contrato de licenciamento¹⁰⁴, no qual transfere a exploração para outra pessoa, licenciado, em troca do recebimento de uma contraprestação monetária.

Nesse sentido, analisa Gabriel Di Blasi (2005, p. 301):

A lei admite que o titular da patente celebre contrato de licença para a exploração da patente e o permite também ao depositante, porque este é o virtual titular, ainda em fase do pedido. De qualquer forma, o depositante só poderá ser remunerado pelo licenciamento quando seu pedido tornar-se uma patente, recebendo o que lhe cabe, retroativamente, com referência na data de publicação da averbação da licença. Pode ser outorgado ao licenciado, pelo titular, todos os poderes para que o primeiro aja em defesa da patente. Para que o contrato de licença produza efeitos perante terceiros e para que o licenciado possa remeter *royalties* para o licenciante, no exterior, o referido contrato deverá ser averbado no INPI. Sendo que esta averbação só produzirá efeitos a partir da data de sua publicação.

Por conseguinte, este procedimento de licenciamento, decorrente da vontade do titular da patente, por meio do contrato, é denominado de licenciamento voluntário, encontra-se disciplinado pelos arts. 61 a 63 da Lei de Patentes que impõe o seu registro no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros e permite ao licenciado que se valha de todos os meios jurídicos necessários para a proteção da patente como se fosse o próprio titular.

Não obstante a possibilidade de licenciamento voluntário, visando facilitar ainda mais o processo de exploração da patente, a Lei nº 9.279/96, em seus arts. 64 a 67, prevê o instituto da oferta de licença, segundo a qual, o INPI, funcionando como um agente de intermediação do licenciamento, primeiro, promove a divulgação da existência da patente, a fim de que os interessados se manifestem e, posteriormente, em não havendo acordo, intervém nas negociações a pedido das partes.

¹⁰⁴ Acerca do contrato de licença, leciona João da Gama Cerqueira (1952, p. 215-216): “A licença é o contrato pelo qual o concessionário da patente autoriza alguém a usar ou explorar a invenção, sem lhe transferir a propriedade. É um contrato especial, peculiar às patentes, que por sua natureza se assemelha à locação de coisas, a cujas regras se sujeita. Por este contrato, o titular da patente, em vez de transferir, no todo ou em parte, os direitos resultantes do privilégio, confere a terceiros apenas o direito de explorar a invenção o que constitui o característico principal do contrato, distinguindo-o da cessão. Na cessão, total ou parcial, há sempre transmissão de direitos, sub-rogando-se o cessionário no lugar e nos direitos do cedente; na licença, ao contrário, o titular da patente conserva íntegra a sua propriedade. Outro característico da licença é o caráter pessoal do direito, embora a lei o equipare aos direitos reais, exigindo o registro do contrato para a sua eficácia contra terceiros [...]”.

Este instituto consiste num mecanismo de facilitação das negociações, visando que a patente venha ser efetivamente explorada, não podendo, pois, ser utilizado como forma de negociação paralela, para pressionar o licenciado, de sorte que quando já houver um contrato de licenciamento voluntário não poderá ocorrer a oferta, da mesma forma que não será celebrado contrato de licenciamento voluntário enquanto o titular não desistir da oferta¹⁰⁵.

Por fim, tendo em vista que o contrato de licenciamento de patente não é suficiente para garantir o seu dever de exploração, a Lei de Patentes, no seu art. 67, protege os interesses do licenciante face a inércia do licenciado, de modo a permitir o cancelamento do contrato, caso a exploração não tenha sido iniciada em um ano da concessão, ou tenha sido interrompida a exploração pelo mesmo prazo, ou quando não forem respeitadas as condições para a exploração.

Não obstante a possibilidade de cancelamento contratual pela não exploração da patente dentro das determinações legais, a Lei de Patentes ainda possibilita uma outra forma de interferência sobre a não exploração da patente, por meio da intervenção na propriedade privada, que ocorrerá sob a forma da licença compulsória para assegurar a sua utilização em conformidade com os interesses sociais.

3.3.2.7 Do licenciamento compulsório

Embora a propriedade seja reconhecida em benefício do seu titular, a fim de compensá-lo pelo trabalho desenvolvido, explorando o objeto da patente para auferir lucro por um determinado tempo, nem sempre o bem vem a ser destinado a indústria, sendo colocado à disposição da sociedade apenas pela vontade de seu titular.

Com efeito, como bem fora abordado anteriormente, a propriedade traz consigo uma série de obrigações para o seu titular, a fim de que esteja de acordo com a sua função social, que, quando não atendidas, permitem a intervenção estatal.

Doravante, uma vez que a propriedade industrial também se submete ao atendimento da função social, a fim de que o exercício do direito reconhecido não seja feito de forma abusiva e nociva, contrários ao bem-estar social, o Estado poderá se valer do instituto denominado de licença compulsória para impor a utilização do bem em conformidade com a sua finalidade social.

¹⁰⁵ Trata-se de interpretação facilmente extraída da norma jurídica, pois, segundo o §2º do art. 64, tem-se que: “Nenhum contrato de licença voluntária de caráter exclusivo será averbado no INPI sem que o titular tenha desistido da oferta”, enquanto que pelo §3º do mesmo artigo, “A patente sob licença voluntária, com caráter de exclusividade, não poderá ser objeto de oferta”.

Por conseguinte, a licença compulsória consiste num mecanismo de intervenção do Estado na propriedade privada (industrial) que, inicialmente, visa afastar de seu exercício, o uso abusivo, sendo, assim, prevista pelo art. 68¹⁰⁶ da Lei de Patentes o licenciamento compulsório com fundamento no abuso de poder econômico.

Assim, justamente por se tratar de uma interferência na proteção conferida pelo instituto da propriedade industrial ao seu titular, o licenciamento compulsório é vulgarmente conhecido como quebra de patente, por representar uma ruptura da relação jurídica constituída entre o titular, o bem imaterial e a sociedade.

Neste contexto, analisando a natureza jurídica da licença compulsória, Gabriel Di Blasi (2005, p. 306) assim leciona:

A natureza jurídica da licença compulsória deve ser entendida como sanção pelo abuso do direito, como instrumento para o cumprimento da função social da patente e tem como função o equilíbrio do mercado, de acordo com os princípios constitucionais da ordem econômica, previstos no §4º do art. 173 da Constituição Federal e no art. 2º da Lei nº 9.279/96. Isto porque se sabe que a função social é uma causa de legitimação das intervenções legislativas que sempre têm de ser submetidas a um controle de conformidade constitucional. Além disso, a função social não se apresenta como um ônus para o proprietário, pois ela tem como objetivo basicamente fazer com que o objeto da patente seja explorado de maneira regular, atendendo à finalidade a que se destina.

Assim, a licença compulsória se apresenta como um instrumento utilizado pelo Poder Público, após a realização de um processo administrativo ou judicial, para desconstituir a proteção jurídica conferida com a propriedade industrial, depois de transcorrido o prazo de três anos de sua concessão, para que outrem possa dar início à exploração econômica do bem.

Aliado ao abuso de direito, a Lei de Patentes ainda prevê como situações que ensejam o licenciamento compulsório a não exploração do objeto da patente no Brasil, seja por não haver fabricação ou a mesma ser incompleta, salvo se houver inviabilidade econômica, quando a comercialização não satisfizer as necessidades do mercado.

Trata-se, pois, de uma medida voltada a que terceiros tenham acesso ao bem imaterial, que, conseqüentemente, passará a ser explorado sem exclusividade, nos termos do art. 72 da Lei nº 9.279/96, pelos seus interessados, mediante requerimento de quem apresente condições de promover a fabricação do produto ou desenvolvimento do processo (art. 68, §2º).

Não obstante, a Lei nº 9.279/96, em seu art. 70 ainda prevê a possibilidade de licenciamento compulsório para viabilizar o desenvolvimento científico, quando o aperfeiçoamento e a exploração de uma patente (dependente) esteja sujeita a utilização de

¹⁰⁶ Nesse sentido, dispõe o art. 68 da Lei nº 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”.

uma outra (dominante), porém, face a inexistência de uma autorização voluntária para o caso, o progresso científico a ser promovido daquela se encontra obstado por esta.

Nesse sentido, como advoga Carla Eugênia Caldas Barros (2004, p. 185), esta intervenção se encontra justificada pela situação de dependência, decorrente de um processo de aperfeiçoamento de patente, na qual, após analisadas as circunstâncias do caso, poderá ser conferida a licença por dependência para viabilizar o desenvolvimento tecnológico. Senão, vejamos:

A licença por dependência, como qualquer outra licença obrigatória, deve se constituir em um instrumento hábil para capacitar o desenvolvimento tecnológico dos países em desenvolvimento. Esse instrumento deverá ser o elo de conciliação entre o direito de patentes e os interesses coletivos envolvidos, observando sempre o interesse público, com suas características peculiares. Os critérios para se conceder licenças compulsórias por dependência deverão ser bastante claros e objetivos a fim de que não passe a existir discricionariedade no seio do órgão administrativo que concederá essas licenças, além do Poder Judiciário.

Trata-se, pois, de uma forma de promover o desenvolvimento tecnológico e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico e social, quando a recusa ao licenciamento por parte do detentor de uma base patenteada, denominada de patente dominante, prejudique a exploração de um outro bem, desta dependente, emperrando, assim, a superação do estado da arte¹⁰⁷.

Outra forma de se dar início ao processo de licenciamento compulsório da patente ocorre quando o próprio Poder Público, de ofício, promove a sua realização, de forma temporária, a fim de atender casos emergenciais ou de interesse público, quando o titular da patente não consiga atender a demanda que lhe surge, como bem dispõe o art. 71¹⁰⁸ da Lei de Patentes, regulamentado pelo Decreto nº 3.201/99.

Neste caso, a utilização do instituto apresentará data para o seu termo, desde o ato de sua decretação, podendo ser prorrogado, haja vista que seu foco se encontra na superação de situação emergencial e a sua exploração poderá ficar a cargo de permissionárias ou concessionárias (públicas ou privadas) que se submetam às normas do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

¹⁰⁷ Nesse sentido, insta apresentar, mais uma vez, a lição de Carla Eugênia Calda Barros (2004, p. 186) que assim se posiciona, justificando a intervenção estatal: “Não obstante o direito de exclusividade conferir ao proprietário de patente a proibição a terceiros a fabricação e a venda ou a importação de produtos que corporificam-na, não lhe é permitida a recusa de conceder tal licença, já que tal atitude é uma demonstração de abuso de proteção dominante de mercado, postura essa que deverá ser rechaçada”.

¹⁰⁸ Nesse sentido, dispõe o art. 71 da Lei nº 9.279/96: “Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular”.

Por oportuno, saliente-se que, em se tratando de uma exploração temporária da patente de forma paralela aos direitos conferidos ao seu titular, apenas voltado ao atendimento do interesse público e de situação emergencial, o Poder Público deverá resguardar os direitos concedidos ao titular da patente, o que implica que o Estado poderá estar sujeito ao pagamento de indenização pelos prejuízos decorrentes da intervenção na propriedade privada.

Contudo, por se tratar de uma forma de interferência do Estado na propriedade privada e na livre iniciativa, o instituto deverá ser pensado com parcimônia, pois, se por um lado pode promover o acesso da sociedade ao desenvolvimento tecnológico, por outro pode causar insegurança aos investidores, como entende Cícero Gontijo (2005, p. 12):

Difícilmente um empresário terá coragem de investir em um projeto de uma fábrica para produzir uma invenção de que recebeu uma licença compulsória se não tiver certeza de poder aproveitar o mercado com exclusividade, ao menos por um certo período. Um projeto de fabricação exige investimentos, construção, compra de equipamentos, contratação de pessoas, tudo baseado no mercado a ser atendido. Se a licença é não-exclusiva, a qualquer momento o titular poderá decidir-se a produzir localmente, ou a conceder uma licença voluntária, restando ao licenciado compulsório ter de disputar o mercado com outros produtores. Se considerarmos que o titular conta ainda com o poder comercial de sua marca, fica claro que a licença compulsória não-exclusiva tem pouquíssimas possibilidades de ser concedida. Nessas condições, o uso da licença compulsória como ameaça para prevenir o abuso dos titulares, em particular nos casos de não-exploração, demonstra-se totalmente ineficaz. Passa a ser uma arma sem munição, com a desvantagem de que essa circunstância é conhecida pelos titulares.

Ademais, aliado aos fatores sócio-econômicos, que inviabilizam a utilização da licença compulsória, a própria norma jurídica impõe limites ao uso do instituto por parte do Poder Público, de modo que não será concedida esta medida quando o titular justificar o desuso, quando forem comprovados os preparativos para a exploração ou mesmo justificando a não realização do processo industrial por força de determinação legal (art. 69 da Lei nº 9.279/96).

Não obstante o licenciamento compulsório ser uma situação excepcional, na qual o Estado interfere na propriedade industrial a fim de alterar a proteção jurídica conferida à patente, existe ainda a previsão da adoção do instituto da importação paralela, a fim de resguardar o interesse social, o que merece ser analisado neste trabalho.

3.3.2.8 A importação paralela

Outra forma admitida pelo Direito para afrontar a proteção jurídica conferida pela patente é o instituto da importação paralela que consiste na aquisição do produto patenteado fora do mercado nacional, onde o bem se encontra explorado por quem de direito.

Neste sentido, explica Mônica Steffen Guise (2008, p. 115):

Ocorre importação paralela quando terceiro compra um produto (protegido por patente) no país “x”, onde o produto é mais barato, e o importa ao país “y”, onde o mesmo produto é vendido a um preço mais elevado. No entanto, a possibilidade de importação paralela depende diretamente da regra de esgotamento de direitos adotados por um dado país. Explica-se.

“Exaurir direitos” significa que, no momento em que o titular de uma patente introduz seu produto no mercado, ele se esgota os direitos que possui sobre ele (não a invenção, em si, mas sim, o produto específico que foi vendido ao consumidor). Desse modo, depois que o titular da patente coloca seu produto no mercado, qualquer um pode vender, doar, trocar etc. *os produtos que foram adquiridos*. O direito do titular da patente exauriu-se no momento em que ocorreu a primeira venda do produto.

A importação paralela é uma medida voltada para a defesa da prática do menor preço do produto ao mercado consumidor, sendo a escolha do sistema de esgotamento que viabilizará ou proibirá à sua prática. Trata-se, pois, de uma estratégia política voltada ao protecionismo da indústria nacional ou a competição entre os produtos oferecidos ao mercado internacional.

Embora possa significar o maior acesso do consumidor ao produto, por meio da competição entre os produtores, o Brasil fez a adoção do sistema de esgotamento nacional, segundo o qual o titular da patente pode se opor à importação do seu produto quando oriundo de outro país¹⁰⁹.

Nesse contexto, a Lei nº 9.279/96, em seu art. 184, como fora visto anteriormente¹¹⁰, tipifica como crime a conduta da importação paralela do produto patenteado no Brasil, não sendo, pois, admitido pelo direito brasileiro que o produto protegido seja adquirido do estrangeiro.

Todavia, a proibição da importação paralela se encontra diretamente ligada à proteção conferida à patente, de modo que, em se tratando de situações que permitam a adoção do licenciamento compulsório, em virtude do abuso de poder econômico, trazidas pelo art. 68 da Lei nº 9.279/96, estar-se-á autorizada a importação do produto de outro país, a fim de repelir o uso abusivo do objeto da patente pelo seu titular.

Nesse momento, após a análise dos institutos jurídicos de propriedade industrial previstos pelo direito nacional e internacional e sendo a patente de medicamentos o tema central do presente trabalho, faz-se necessário, neste momento, a abordagem dos

¹⁰⁹ Consoante ensina Mônica Steffen Guise (2008), existem três sistemas de esgotamento que podem ser adotados por um país: o nacional, o internacional e o regional. No primeiro, o nacional, não se admite a importação de outro país; pelo segundo, o internacional, a importação paralela do exterior é perfeitamente admissível sem qualquer restrição pelo país adotante e, pelo terceiro, ponderando os dois sistemas anteriores, somente existe a autorização para a importação de determinados países que, por meio de tratado, convencionam a permissão recíproca.

¹¹⁰ Ver item 3.3.2.5.

medicamentos, considerando os seus processos históricos de produção e desenvolvimento, além das repercussões que o tema apresenta para a sociedade moderna.

4. DOS MEDICAMENTOS

O estudo dos medicamentos é de fundamental importância para a análise da evolução e da necessidade de proteção do bem jurídico, na sociedade contemporânea, sobretudo, a partir do seu maior desenvolvimento, que aconteceu com o florescer da ciência, na qual surgiram maiores interesses envolvidos que impulsionaram a defesa pela proteção da patente a este objeto.

Neste sentido, partindo-se da definição de Plácido e Silva (2002, p. 526), nota-se que o medicamento pode ser entendido como “remédio utilizado para a cura das enfermidades, ou para aliviar as dores”, não obstante, possa o medicamento ser utilizado também para a realização de alguns exames médicos.

Doravante, os medicamentos apresentam grande importância para a sociedade contemporânea, sob diversos aspectos diferentes, uma vez que geram melhorias no tratamento de saúde, produzem e fazem circular as riquezas e também promovem o desenvolvimento científico para a melhoria da qualidade de vida da população ao redor do planeta.

Portanto, a produção e o desenvolvimento de medicamentos, embora esteja voltada primeiramente à saúde, pois visa combater as enfermidades ou reduzir as suas conseqüências, ainda apresenta repercussões no setor econômico, retribuindo o trabalho humano desenvolvido na busca de novas substâncias e contribuindo para o incentivo ao desenvolvimento de novas pesquisas.

Sendo assim, para melhor compreensão da importância dos medicamentos para as sociedades humanas contemporâneas, faz-se necessária, primeiramente, a análise, sob a perspectiva histórica, do processo de produção e de desenvolvimento dos medicamentos, a fim de que seja melhor entendido o trabalho de produção de fármacos com o passar do tempo.

4.1 Breve histórico sobre a produção de medicamentos

O processo de manipulação de medicamentos acompanha a própria história humana, uma vez que, na luta pela sobrevivência e pelo enfrentamento dos males que comprometiam a saúde, o homem passou a utilizar os elementos presentes na própria natureza na busca pelas respostas ao restabelecimento do bom funcionamento do corpo humano.

Nesse sentido, analisando a histórica relação entre o homem e os medicamentos, Gregory J. Higby (2004, p. 7) assim leciona:

Entre as diversas características únicas do *Homo Sapiens*, encontra-se a propensão dele em tratar os males, físicos e mentais, com medicamentos. Com base em evidências arqueológicas, essa necessidade de aliviar problemas da doença é tão velha quanto a procura da humanidade por outras ferramentas. Como os nódulos de pedra-de-fogo, utilizados para fabricar facas e machados, os medicamentos

raramente ocorrem na natureza na sua forma mais útil (ou palatável). Primeiro, os ingredientes ativos ou as *drogas* precisam ser colhidos, processados e preparados para a incorporação nos medicamentos. Essa atividade, realizada desde os primórdios da humanidade, ainda é o foco central da prática de *farmácia*. Em outras palavras, a farmácia é e tem sido a arte (e, posteriormente, a ciência) da fabricação de uma de nossas ferramentas mais importantes – os medicamentos.

Desse modo, já na Idade Antiga era bastante difundida, entre os diversos povos existentes ao redor do planeta, a utilização de produtos extraídos da própria natureza, em especial os vegetais (folhas, caules e raízes) com fins medicinais.

Nesse mesmo tempo, apesar do uso muitas vezes desordenado e desprovido de um maior conhecimento de posologia, Galeno, no século I d.C., visando restabelecer o equilíbrio comprometido com uma dada doença, começou a fazer experiências com base nas propriedades dos elementos utilizados, como, por exemplo, o calor, a textura, a umidade, a fim de que estas combinações suprissem as deficiências humanas apresentadas¹¹¹.

Posteriormente, após a Idade Média, em que o conhecimento científico esteve subordinado ao controle religioso, a evolução do tratamento com medicamentos passou por um período de estagnação, haja vista que, naquele momento, a cura estava mais associada à fé que propriamente às reações químicas e fisiológicas¹¹².

Entretanto, esta realidade passou a mudar a partir do Renascimento, período em que o homem, voltando-se à fase de indagações e inquietações, na busca pela explicação daquilo que lhe era desconhecido, retomou as pesquisas e os experimentos com os produtos utilizados com fins medicinais, afastando-se do modelo do equilíbrio proposto Galeno e, seguindo os

¹¹¹ Nesse sentido, ensina Robert Stitzel (1996, p. 4): “Um dos problemas que nos acompanhou ao longo dos séculos é a tendência de alguns médicos a prescrever uma grande quantidade de drogas em circunstâncias em que uma das duas seriam suficientes. O paciente muitas vezes sofre mais dos efeitos colaterais das drogas do que da própria doença em tratamento. Devemos rastrear a história desta abordagem polifarmacêutica até Galeno (131-201 d. C.), que foi considerado o maior dos médicos europeus após Hipócrates. Ele acreditava que as drogas possuíam certas propriedades essenciais como calor, frio, secura ou umidade e que, mediante o emprego de diversas drogas, seria possível combinar tais propriedades de modo a compensar as deficiências do paciente. O principal erro de Galeno é um pouco menos comum hoje em dia: ele formulava regras e leis gerais antes de dispor de informações reais suficientes para justificar suas formulações”.

¹¹² Nesse sentido, analisando a produção de medicamentos na Idade Média, impende transcrever a lição de Gregory J. Higby (2004, p. 9): “A utilização de drogas para tratar doenças sofreu um outro desvio, quando templos pagãos, alguns dos quais tinham operado usando métodos de cura greco-romanos, foram fechados. A terapia racional com drogas declinou no Ocidente, sendo substituída pelo ensinamento da Igreja de que o pecado e doença estavam intimamente relacionados. O culto dos santos curadores, como Cosme e Damião, exemplifica essa atitude. Os mosteiros transformaram-se em centros de cura, tanto espiritual quanto corporal, porque esses dois aspectos não eram considerados como essencialmente distintos. Moldados em seus próprios padrões, os monges reuniram suas próprias versões resumidas dos textos médicos clássicos (epítomes) e plantaram hortas, para produzir as ervas medicinais que não eram mais disponíveis após o colapso do intercâmbio e comercialização das mercadorias. Fortes em sua fé, esses curandeiros amadores tenderam a relacionar suas curas com a vontade de Deus, e não aos seus recursos médicos escassos”.

questionamentos apresentados por Paracelso, voltados para a análise das propriedades químicas das drogas utilizadas como meios de tratamentos¹¹³.

A partir da Idade Moderna, período marcado pelas revoluções científicas e pela maior especialização do conhecimento humano, a farmácia foi, gradativamente, firmando-se como ciência e permitindo uma maior disseminação dos seus preceitos dentre os diversos indivíduos que procuraram neste ramo o exercício profissional.

Aliado a maior importância social que o conhecimento na área de farmácia foi assumindo na sociedade, o surgimento de outras ciências que foram sendo utilizadas pelos profissionais deste setor, a fim de testar e consolidar as suas próprias pesquisas, motivaram ainda mais o desenvolvimento da produção de medicamentos:

A motivação pela farmacologia surgiu da prática clínica, porém o seu esclarecimento como ciência só pôde ser construído com base em fundamentos seguros de fisiologia, patologia e química. Isso só ocorreu a partir de 1858, quando Virchow propôs a teoria celular. O primeiro uso de uma fórmula estrutural para descrever uma substância química foi em 1868. As bactérias como causa de doença foram descobertas por Pasteur, em 1878. Anteriormente, a farmacologia dificilmente tinha qualquer fundamento ou base sobre o qual pudesse se apoiar, e podemos nos surpreender com audaciosa antevisão de Rudolf Buchheim, que criou o primeiro instituto de farmacologia (na sua própria casa) na Estônia, em 1847 (RUNG e DALE, 2004, p. 2).

Doravante, com a associação dos conhecimentos químicos dos produtos utilizados como medicamentos ao conhecimento do funcionamento orgânico dos seres vivos, a produção de medicamentos ganhou um novo direcionamento, com uma grande expansão da produção industrial.

Este novo estilo da produção farmacêutica, que passou a trabalhar com o isolamento dos compostos químicos, a procura dos princípios ativos das drogas ativas, impulsionou o surgimento da farmacologia moderna, que permitiu ao conhecimento humano o acesso a produtos como a morfina¹¹⁴ e a penicilina¹¹⁵, ambos considerados os dois grandes marcos desta nova fase da ciência farmacêutica.

¹¹³ Explicando melhor a transição do conhecimento farmacológico, Gregory J. Higby (2004, p. 10) ensina que; “A casca de cinchona, da qual foi extraída a quinina em 1820, foi primeiramente para a Europa em cerca de 1640, o que criou uma crise dentro da medicina acadêmica. O sistema elaborado de Galeno de equilibrar os líquidos orgânicos, utilizando drogas de qualidades opostas, não explicava a eficácia da casca da cinchona contra a malária. Não apenas a casca curava as febres da malária, como também tinha algum efeito sobre as outras febres. Ali havia alguma coisa que Galeno afirmava que *não* poderia existir, mas que Paracelso insistia que *precisava* existir – um remédio específico para uma doença. Esta crise conceitual, mais os esforços dos que defendiam os remédios químicos, abalou a concordância terapêutica do galenismo, que havia durado quase 1.500 anos. O período seguinte, cerca de 250 anos, foi uma época de caos terapêutico que durou até a presente era da farmacologia moderna”.

¹¹⁴ Nesse sentido, ensina Gregory J. Higby (2004, p. 11): “[...] O fenômeno individual mais importante ocorreu durante a primeira década do século XVIII, quando o farmacêutico Frieddrich Sertünner extraiu a morfina do ópio bruto. O anúncio do seu método iniciou a era da química dos alcalóides, que resultou no isolamento de várias drogas puras de preparados em estado bruto. Os farmacêuticos franceses Joseph Pelletier e Joseph

No Brasil, como ensina Maria Helena Tachinardi (1993), a história da produção farmacêutica inicialmente se resumia à manipulação de substâncias em estabelecimentos de caráter familiar, passando, já no século XIX, ao surgimento de laboratórios, os quais desenvolviam soros e vacinas para combater as epidemias, momento em que foram criados os Institutos Butantã (1889) e o Oswaldo Cruz (1902). Na década de 30 foram introduzidas as sínteses químicas na produção e na década seguinte, os antibióticos.

Porém, nos anos seguintes, a indústria farmacêutica passou a ser regida pelas inovações tecnológicas e o lançamento de novas drogas no combate às doenças, de modo que a produção brasileira foi ficando obsoleta, a ponto de os laboratórios nacionais se dedicarem à produção de remédios tradicionais e populares, abrindo, assim, oportunidade para a expansão dos laboratórios multinacionais no mercado brasileiro (TACHINARDI, 1993).

Nesse momento, em que o desenvolvimento, produção e comercialização dos medicamentos ganhou maior impulso, motivado pelos interesses científicos, a produção farmacêutica também passou a despertar e a agregar interesses econômicos cada vez maiores e mais presentes na sociedade, que merecem ser abordados.

4.2 Os interesses envolvidos com a produção de medicamentos

A produção de medicamentos na sociedade contemporânea, muito diferente daquela de outrora que considerava apenas a observação, a suposição ou mesmo a fé para a cura dos enfermos, encontra-se baseada, sobretudo, nos processos de pesquisas, a fim de alcançar os resultados medicinais pretendidos para o enfrentamento de doenças.

Neste ponto, o desenvolvimento de um medicamento numa sociedade capitalista, motivada pelo intuito de lucro, passou a apresentar fortes repercussões econômicas¹¹⁶, uma

Caentou isolaram diversos alcalóides, notadamente a quinina em 1820. Essas drogas novas e puras não apenas foram logo adotadas pelos médicos por causa da sua potência assegurada, como também a sua existência permitiu que os fisiologistas administrassem drogas de forma precisa durante sua pesquisa, o que se tornou a fonte da farmacologia moderna”.

¹¹⁵ Segundo Gregory J. Higby (2004, p. 15): “O terço médio do século XX foi uma época de grande alterações para todos os cuidados médicos, inclusive a farmácia. Na terapêutica, muitos dos grandes flagelos da humanidade foram debelados através da introdução dos antibióticos. Embora o fenômeno da antibiose tivesse sido observado por Pasteur nos anos 70 do século XIX, a primeira substância antibiótica importante não foi descoberta, até que Alexander Fleming observasse os efeitos de uma colônia do bolor *Penicillium* em uma placa de Petri fora do lugar, em 1928. No entanto, o desenvolvimento da penicilina não ocorreu até uma década depois, quando a ameaça de guerra na Europa inspirou uma equipe britânica a procurar a produção em alta escala da droga. Outros antibióticos vieram logo a seguir, assim como as novas classes de agentes terapêuticos, como os corticosteróides, tranqüilizantes, antidepressivos, anti-hipertensivos, isótopos radioativos e contraceptivos orais. A farmácia, que havia trabalhado como um posto avançado para o alívio do sofrimento e tratamento de males menores, passou a dominar a prevenção e a cura das doenças sérias”.

¹¹⁶ Considerando a importância da influência econômica sobre os medicamentos e a saúde, vale dizer que, conforme Léa Delba Peixoto Bevilacqua (2006, p. 191), analisando a Farmacoeconomia, assim ensina: “As

vez que todo o processo, desde o investimento dos laboratórios nas pesquisas e no licenciamento de novas drogas, até a comercialização individual ou o abastecimento da rede pública de saúde envolve uma grande monta de recursos financeiros.

Com efeito, num primeiro momento, o processo de desenvolvimento de medicamentos é o resultado do investimento de laboratórios, públicos ou privados, no estudo, análise e desenvolvimento de novas substâncias capazes de combater o avanço de uma dada doença.

Ademais, além da procura pela composição nova de substâncias, os medicamentos, já utilizados no mercado, também poderão ser o alvo de novos estudos e pesquisas, visando tanto o aperfeiçoamento quanto a sua utilização, em face de uma outra doença para a qual ainda não se havia sido reconhecida a sua serventia.

Todo este processo de estudo e análise necessita de altos investimentos que compreendem a contratação e manutenção de pesquisadores, a montagem e manutenção de laboratórios, além da estrutura de produção e reprodução dos compostos químicos quando os mesmos se encontrem aprovados e autorizados pelos poderes públicos a ingressarem nos mercados¹¹⁷.

Quando a produção esteja sob os cuidados das instituições públicas, o custo será dividido por toda a sociedade que é quem realiza o custeio do desenvolvimento científico nestes locais e o direcionamento das pesquisas deverá estar voltado ao atendimento dos interesses públicos e ao bem-estar social.

Contudo, caso o custo das pesquisas seja assumido pelo setor privado, existe uma mudança de foco em todo o processo, haja vista que, em primeiro lugar, o setor desejará reaver os investimentos empreendidos para a produção dos medicamentos, buscando o lucro pela comercialização dos novos medicamentos produzidos, e, somente em segundo lugar, os interesses sociais de promoção da saúde pública, bem-estar social e o desenvolvimento científico, haja vista serem estes, apenas, consequência do primeiro objetivo.

estreitas relações entre a economia e a saúde são reconhecidas em todo o mundo, há mais de 30 anos. A saúde, objetivo de todas as pessoas, depende em grande parte, da distribuição dos recursos na economia. O desenvolvimento econômico é o resultado do esforço coletivo dos indivíduos, e seu estado de saúde determina até que ponto esses esforços lhes permitem alcançar esses objetivos”.

¹¹⁷ Nesse sentido, analisando o processo de desenvolvimento de uma nova droga nos Estados Unidos, assim ensina Jack Robbins (2004, p. 37): “Antes que uma nova droga possa ser comercializada nos Estados Unidos, devem ser realizados testes abrangentes, e a FDA deve aprovar o produto como seguro e eficaz aos usos a que se propõe. Os testes são feitos primeiramente em animais. Se uma droga é dita segura para experimentos clínicos limitados e controlados em seres humanos, o patrocinador deve submeter uma inscrição de Pesquisa da Nova Droga (PNDs) – Investigational New Drug (IND), a fim de informar à repartição que os estudos de eficácia e segurança em seres humanos serão iniciados em 30 dias, a menos que a FDA conteste”.

Nesse contexto, fazendo uma análise crítica dos interesses econômicos que motivam a produção de medicamentos pelos laboratórios privados, Márcia Angell (2004, p. 101) assim afirma:

[...] Não adianta nada para o faturamento produzir medicamentos para clientes não pagantes. É por isso que a indústria farmacêutica tem um desinteresse extremo em desenvolver medicamentos para tratar de doenças tropicais como a malária, a doença do sono ou a esquistossomose (uma doença extremamente comum no Terceiro Mundo, causada por vermes parasíticos). Embora muito disseminadas, estas doenças não são importantes para a indústria, já que as pessoas acometidas a elas estão em países pobres demais para poderem comprar medicamentos [...].

Desse modo, tendo em vista que os interesses econômicos nem sempre coincidem com os interesses sociais, o Estado também deve se mostrar presente na realidade médico-farmacêutica, uma vez que a produção de medicamentos envolve interesses de suma importância para a sociedade como a saúde e a própria vida do ser humano.

Aliada à produção de medicamentos, encontra-se a sua circulação, pois tais bens, uma vez produzidos, serão destinados ao mercado consumidor que será composto pelos setores público e privado, que necessitam da aquisição dos medicamentos para a satisfação e suas necessidades, muitas vezes, determinada sem a possibilidade de flexibilidade da utilização do produto, tanto na substituição, por não existir concorrência, quanto na posologia, por não se poder alterar a prescrição médica, ajustando o consumo à capacidade econômica, o que acentua ainda mais a condição de vulnerabilidade do consumidor perante a aquisição do bem.

Nesse contexto, tanto o setor público, que adquire grandes quantidades de medicamentos para o controle de doenças e o abastecimento da rede pública de saúde, quanto o setor privado para fomentar o consumo individual de medicamentos e o abastecimento das redes particulares de atendimento médico-hospitalar, empregam elevadas quantias em medicamentos, de acordo com o que informa Márcia Angell (2004, p. 10):

Os custos dos medicamentos de fato são altos – e continuam a subir com rapidez. Atualmente, os americanos gastam o assombroso total de US\$ 200 bilhões por ano em medicamentos vendidos sob prescrição médica, e esse valor está crescendo a uma taxa de 12% ao ano (uma redução em relação à taxa máxima de crescimento, de 18%, em 1999). Os medicamentos são o segmento que cresce com maior velocidade no orçamento do atendimento de saúde – que, por sua vez, também apresenta uma subida alarmante. O aumento no gasto com remédios reflete, em partes iguais, o fato de que as pessoas estão tomando muito mais medicamentos do que antes; de que é mais provável que esses medicamentos sejam drogas recentes, em vez das mais velhas e mais baratas; e de que o preço dos medicamentos mais prescritos sofre elevação rotineira, ocasionalmente algumas vezes por ano.

Sendo assim, as despesas do setor público com o financiamento de programas de saúde pública representam um gasto crescente com o desenvolvimento de programas que partem tanto da contratação e manutenção de recursos humanos, quanto da distribuição de

medicamentos para atender as necessidades da população, como também registra Léa Delba Peixoto Bevilacqua (2006, p. 193):

Nos países em desenvolvimento que apresentam uma renda média, as despesas com saúde crescem mais rapidamente do que a renda. A Coreia do Sul, por exemplo, combina um sistema nacional de seguro social com o fornecimento de serviços médicos privados, pagos diretamente pelo usuário. Aquele país possui mais equipamentos médicos novos e sofisticados *per capita* do que o Canadá ou a Alemanha, e os fundos de seguro privados são tão caros quanto os dos EUA. A parcela dos gastos com saúde em relação ao Produto Interno Bruto aumentou de 3% nos anos de 1980 para 7% nos anos de 1990. A situação encontrada no Brasil não difere muito da exposta acima: o gasto *per capita* girava em torno de US\$ 100 (antes da desvalorização do real em 1999) e em termos percentuais do Produto Interno Bruto o setor público despendia cerca de 2,8% e o setor privado 1,4%.

Todavia, em que pese a necessidade crescente do investimento em medicamentos pelo setor público para garantir a saúde coletiva da população, os recursos empregados pelo setor nem sempre podem acompanhar os anseios da população, uma vez que se encontram reduzidos aos orçamentos anuais que visualizam uma distribuição dos recursos limitados e nem sempre crescentes, para o atendimento das possíveis necessidades que podem aumentar consideravelmente no decorrer do período do planejamento orçamentário.

Ademais, no caso específico dos países em desenvolvimento, em que se enquadra o Brasil, a grande disparidade entre as diversas classes sociais da população representa um fator mais agravante ainda aos investimentos de medicamentos no setor público.

Com efeito, a disparidade social promove um contraste também na saúde coletiva, pois, faz com que parte da população seja atingida por diversas doenças, desde aquelas decorrentes de falta de saneamento básico até aquelas mais graves, difíceis de serem controladas, até mesmo pelas áreas mais bem cuidadas da sociedade.

Neste contexto, o Estado deverá estar munido de ambos os medicamentos, ou seja, deverá promover mais aquisições para resguardar a população, o que representa uma maior despesa na aquisição de medicamentos e no fomento de programas de saúde pública, como analisa Gustavo Amaral (2001, p. 35):

[...] Ocorre que as demandas, inclusive por tratamento médico, são vorazes: elas devoram os recursos, parafraseando o filósofo Charles Fried. Os recursos são intrinsecamente escassos, ainda mais no que tange à medicina. Todas estatísticas existentes sobre os gastos com saúde, em todos os países, mostram uma progressão quase que geométrica e isso não resulta de uma “batalha perdida”, muito pelo contrário. É o êxito no combate à mortalidade infantil que traz mais pessoas para a idade adulta, onde sofrerão doenças cujo tratamento é mais sofisticado e mais caro. O êxito em um tratamento levará a que outro, mais tarde, se faça necessário.

Esse problema é bem nítido no Brasil, onde a desigualdade social faz com que parte da sociedade já sofra doenças “modernas” ou da “riqueza”, assim as consideradas como típicas de países mais desenvolvidos, ao passo que outra parcela ainda sofre com “doenças da miséria”, como febre amarela, cólera e malária.

Destarte, com a maior expansão do setor farmacêutico aliado ao compromisso dos Estados em assegurar a saúde pública, cresceu também o volume de negociações envolvidas no processo de pesquisa, produção e comercialização de medicamentos, de modo que o mercado internacional, fortalecido com a expansão das relações econômicas, precisava de uma regulamentação que conferisse maior segurança aos investimentos na área.

Nesse contexto, diante do grande envolvimento econômico no processo de produção e comercialização dos medicamentos, tornou-se necessária uma nova construção jurídica para proteger o setor, o que, para o Direito, veio a ocorrer com a inclusão dos produtos farmacêuticos no rol de produtos patenteáveis e a conseqüente proteção da propriedade intelectual destes bens.

4.3 A patente de medicamentos

Com o grande desenvolvimento científico, econômico e social, ao longo dos anos, e a conseqüente consolidação da Farmácia enquanto ciência e profissão, principalmente, nos séculos XIX e XX, os métodos de pesquisa, descoberta e reprodução de novas drogas cresceram numa proporção até então não conhecida pelo mundo.

Amiúde, com a consolidação da profissão de farmácia, as ciências médicas passaram a contar com profissionais específicos para o estudo de novas drogas, o que permitiu, com base no acesso a outros ramos do conhecimento, um maior progresso nos resultados das pesquisas¹¹⁸.

Desse modo, em conseqüência à grande evolução científica decorrente do maior profissionalismo da atividade, o conhecimento científico avançou e, com ele, a expansão dos negócios, pois o desenvolvimento de novas drogas para o tratamento médico implica num maior volume da comercialização dos produtos obtidos, fortalecendo ainda mais os negócios.

Neste contexto, o marco para o desenvolvimento industrial do setor farmacêutico adveio com o surgimento da penicilina, a partir dos trabalhos desenvolvidos por Alexander Fleming na Inglaterra, que impulsionaram os interesses econômicos para maiores investimentos no setor, como narra Maria Stela Pompeu Brasil Frota (1993, p. 68):

A indústria farmacêutica começa a desenvolver-se, efetivamente a partir do descobrimento da penicilina G – primeiro antibiótico -, na Inglaterra, por Sir Alexander Fleming, em 1929 e dos estudos de suas propriedades terapêuticas realizadas por Sir Howard Florey e Ernest B. Clain, em *Oxford*, nos anos 30 e 40. Os

¹¹⁸ Apenas para argumentar, saliente-se que: “[...] a geração mundial de produtos farmacêuticos está altamente concentrada nos países desenvolvidos. De acordo com dados levantados em 1973 pela UNIDO, com base em amostra de 48 países, os países desenvolvidos eram responsáveis por 90% do valor global da produção farmacêutica, cabendo aos 5 maiores produtores (Estados Unidos, Japão, RFA, França, Itália), cerca de 70% do valor da produção mundial” (FROTA, 1993, p. 69).

antibióticos se aplicavam a um número maior de doenças e tinham melhor aceitação pelo organismo. O desenvolvimento industrial da penicilina G deu-se, a partir de 1941, nos Estados Unidos, país em condições de dispor do volume de recursos financeiros necessários à produção a ao suprimento de crescente demanda do produto durante a Segunda Guerra Mundial.

Considerando que o núcleo do presente trabalho é a questão de patentes de produtos farmacêuticos, interessa notar que a penicilina G não era protegida por patente, pois fora desenvolvida por pesquisadores acadêmicos, que não se envolveram com a exploração comercial de suas descobertas. A indústria farmacêutica norte-americana pôde, então, criar uma base financeira sólida a partir de produto não patenteado, para cuja descoberta não despenderam recursos em pesquisa, e cuja demanda foi extremamente inflada com o advento da Segunda Guerra Mundial. Seu desenvolvimento foi, ainda, auxiliado pela quase total ausência de competição, uma vez que o parque industrial europeu estava parcialmente destruído ao final da guerra.

A partir desta lucrativa experiência vastamente explorada pelos laboratórios farmacêuticos americanos, as próximas invenções que se sucederam no setor passaram a se preocupar com o registro para a proteção através do instituto da propriedade industrial, a fim de obter uma exploração exclusiva do bem desenvolvido.

Neste momento, registre-se que, em alguns anos, os laboratórios americanos passaram de maiores beneficiários pela exploração comercial de produto farmacêutico não patenteado aos maiores defensores da propriedade industrial dos produtos farmacêuticos para assegurarem os seus lucros futuros.

Doravante, liderados, principalmente, pelos Estados Unidos que, em defesa dos interesses econômicos de seus laboratórios farmacêuticos, muitos acordos internacionais foram firmados, dentre os quais deve ser ressaltado o TRIPS, por estabelecer padrões mínimos e ganhar maior difusão no mundo, que viabilizaram a assunção do compromisso da defesa da propriedade industrial dos medicamentos por diversos países.

Nesse momento, longe de representar uma discussão meramente jurídico-acadêmica sobre a patenteabilidade dos produtos e mais próxima dos interesses econômicos e sociais envolvidos, o reconhecimento da propriedade industrial dos medicamentos foi alvo de muitas negociações internacionais, como noticia a doutrina:

Somente nos últimos anos é que a patente de produtos farmacêuticos foi introduzida em grande número de países industrializados. A exceção é a Inglaterra que mesmo assim aboliu a patente para processos e produtos farmacêuticos durante trinta anos (1919-1949), para evitar o “desabastecimento” de medicamentos de origem alemã, e as restabeleceu somente quando a sua indústria nacional se fortaleceu. Suíça e Alemanha só concederam patentes de produtos farmacêuticos, respectivamente em 1977 e 1968, quando então os mercados de ambos os países já eram controlados por empresas de capital nacional, respectivamente com 72% e 87%. O Japão, segundo maior produtor de produtos farmacêuticos, adotou a proteção de patentes para produtos somente em 1976, o que, segundo alguns especialistas, foi resultado de acordos com os Estados Unidos e CEE para conseguir acesso àqueles mercados para bens japoneses. A Itália não concedeu a patentes para processos e produtos até 1978, quando a decisão da Corte Constitucional declarou inconstitucional essas exclusões de **patenteabilidade**, devido, segundo alguns autores, a fortes pressões de

multinacionais; mas desde o fim da Segunda Guerra, através da cópia de processos e produtos, a indústria farmacêutica italiana pôde desenvolver-se a ponto de tornar-se exportadora de tecnologia, especialmente na área de medicamentos contra câncer. Outros países desenvolvidos só vieram a adotar patente para produtos farmacêuticos ainda mais recente: Canadá, em 1988, após a conclusão do acordo de livre comércio com os Estados Unidos e por pressão destes, mas com previsão de que a patente de produtos estrangeiros duram 10 anos e pode ser revogada pelo governo caso seus preços sejam considerados excessivos; Holanda, em 1987; Dinamarca em 1984. Na Espanha e na Grécia, a proteção para produtos vigirá a partir de 1992 (de acordo com as novas legislações de propriedade intelectual adotadas, respectivamente, em 1986 e 1987), e na Finlândia, a partir de 1995, conforme determina a nova legislação de 1988 (FROTA, 1993, p. 83-84).

Portanto, o processo de reconhecimento de patentes de produtos farmacêuticos pelo mundo, motivados pelos interesses nacionais em proteger seus produtos da violação cometida por terceiros, não eclodiu porque, no início do desenvolvimento da indústria, a produção na maior parte do planeta ainda era incipiente.

Pelo que se vê, o maior interesse na proteção da patente de medicamentos partiu dos Estados Unidos, que contava com a indústria farmacêutica mais forte no período do Pós-Segunda Guerra Mundial, e, por conseqüência, visando a maior expansão dos mercados consumidores, promoveu uma série de negociações com países de economias consideráveis para o setor, a fim de dar proteção ao objeto da patente de processos e produtos farmacêuticos, garantindo maior rentabilidade e lucro para o seu pólo industrial.

Aliado a isso, registre-se que o próprio processo de patenteamento de um medicamento foi, com o passar dos anos, tornando-se cada vez mais rigoroso, a fim de exigir maior segurança sobre os efeitos do produto, para que os consumidores não fossem parte da experiência dos laboratórios.

Nesse contexto, ressalte-se que, atualmente, o processo de desenvolvimento de medicamento não ocorre de forma aleatória. Deveras, para se patentear um produto fármaco, primeiro, deve-se estudar a doença a ser enfrentada; depois isolar as moléculas de substância que provocam reações às mesmas, selecionar animais para os testes em laboratórios e, a partir dos resultados nesta fase pré-clínica, a substância passará a ser testada em seres humanos (fase clínica).

Como se percebe, as pesquisas em laboratórios levam anos para serem concluídas, todavia, mesmo antes dos resultados e da autorização da comercialização, os pesquisadores precisam requerer a patente do produto para que ele não seja copiado, o que implica na redução do seu tempo de comercialização, como relata Márcia Angell (2004, p. 44):

Os laboratórios farmacêuticos geralmente obtêm uma patente de uma nova droga antes do início dos ensaios clínicos, porque é difícil manter a informação sobre a droga em sigilo a partir desse ponto. As patentes protegem os laboratórios da concorrência durante o período de ensaios. Entretanto, os ensaios clínicos podem

consumir alguns anos; e, durante esse período, o medicamento não pode ser vendido. Isso significa que os ensaios clínicos corroem parte dos vinte anos de vigência da patente de uma droga – o tempo em que ela pode ser vendida sem concorrência. Por esse motivo, os laboratórios farmacêuticos têm uma pressa terrível para ultrapassar o período dos ensaios e poder começar a comercializar a droga. E isso quer dizer que eles precisam encontrar com urgência sujeitos humanos para os ensaios.

Destarte, nota-se claramente que a produção de um medicamento se tornou muito mais cara, exigindo maior capacidade econômica para sustentar todas as fases de pesquisa, até que o produto seja autorizado a ser comercializado, o que, conseqüentemente, significou um maior distanciamento entre a realidade existente nos países desenvolvidos, em que se verifica grandes investimentos públicos e privados, e a existente nos países em desenvolvimento, onde os recursos são bastante escassos que passaram apenas a exercer basicamente a compra ou a cópia de tais produtos.

Por força disso, a despeito dos compromissos assumidos internacionalmente para a aceitação e a proteção da patente de medicamentos, muitos países se mostraram resistentes à aceitação de tais acordos, em especial os países em desenvolvimento que possuem bem menos investimentos e possibilidades de investimento, no setor, de modo a serem mais dependentes da aquisição oriunda dos países desenvolvidos.

De fato, o reconhecimento das patentes em países em desenvolvimento não representa uma grande vantagem, pois existe pouco investimento no setor farmacêutico nacional destes Estados, de modo que eles estarão mais suscetíveis de depender dos laboratórios internacionais, transferindo a riqueza de países já pobres para os ricos, o que encarece o abastecimento da saúde pública e restringe o acesso da população aos medicamentos.

Desse modo, tendo em vista que o ingresso no sistema de patentes internacional para os medicamentos inviabiliza a cópia livre dos produtos, encarece o valor dos medicamentos e ainda enfraquece a produção interna, muitos países preferem não reconhecer a proteção conferida pela patente aos produtos e processos farmacêuticos, em nome da defesa da saúde pública e da produção interna.

Nesse contexto de impasse internacional, gerado pelo conflito dos interesses econômicos decorrentes das patentes de medicamentos e a defesa da saúde pública, adveio a Declaração de Doha, em 14 de junho de 2001, com o intuito de flexibilizar as normas previstas pelo TRIPS e conciliar os interesses envolvidos, permitindo que os países em desenvolvimento, que possuíssem pouca ou nenhuma produção industrial farmacêutica, pudessem implementar suas políticas de saúde pública mais próximas das suas necessidades locais, viabilizando o acesso aos medicamentos.

Esta flexibilização do TRIPS parte da compreensão de que este tratado não deve obstar a proteção da saúde pública por parte dos países signatários, devendo ser interpretado para conciliar a proteção da patente ao acesso aos medicamentos (artigo 4º)¹¹⁹. Nesse sentido, de acordo com a análise de Carlos Correia (2002), em casos de ambigüidade, quando mais de uma interpretação venha a ser possível, a solução deverá trilhar pela defesa da saúde pública¹²⁰.

Seguindo essa linha, o artigo 5º traz outras construções favoráveis à defesa da saúde pública, como a liberdade para cada país dispor sobre a concessão da licença compulsória (b)¹²¹; o direito de cada Estado de determinar o que venha a ser entendido pela emergência nacional¹²² ou situações similares para a intervenção na propriedade privada (c)¹²³ e a liberdade para cada Estado definir o seu regime de exaustão de direitos (d)¹²⁴.

¹¹⁹ O referido artigo 4º da Declaração de Doha possui a seguinte redação: “We agree that the TRIPS Agreement does not and should not prevent Members from taking measures to protect public health. Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPS Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO Members' right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all”. Em comentário a este dispositivo, Carlos M. Correia (2002) informa ter sido este o maior alvo de controvérsias e negociações da Conferência Ministerial.

¹²⁰ De acordo com as palavras de Carlos Correia (2002, p. 11-12): “The realization of public health becomes, with the Doha Declaration, a clearly stated purpose of the Agreement. In affirming that the TRIPS Agreement, ‘can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO Members' right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all’, paragraph 4 gives guidance to panels and the Appellate Body for the interpretation of the Agreement’s provisions in cases involving public health issues. In doing so, Members have developed a specific rule of interpretation that gives content to the general interpretive provisions of the Vienna Convention on the Law of the Treaties (hereinafter ‘the Vienna Convention’) on which GATT/WTO jurisprudence has been built up. Therefore, in cases of ambiguity, or where more than one interpretation were possible, panels and the Appellate Body should opt for the interpretation that is effectively ‘supportive of WTO Members' right to protect public health”.

¹²¹ A redação dada pelo item (b) do artigo 5º assim dispõe: “Each Member has the right to grant compulsory licences and the freedom to determine the grounds upon which such licences are granted”.

¹²² Analisando a importância deste dispositivo, Carlos Correia (2002) ressalta que a Declaração de Doha trouxe a liberdade para os países estabelecerem os casos em que entendam como de emergência nacional, não se limitando, apenas, aos trazidos pelo artigo 31 do TRIPS, como se este pudesse fixar um rol taxativo de possibilidades. A lição do referido autor se encontra exposta nos seguintes termos: “Sub-paragraph 5 (b) of the Doha Declaration deals with an issue central to the interests of developing countries. It simply states what is apparent: Article 31 sets forth a number of conditions for the granting of compulsory licences (case-by-case determination; prior negotiation, in certain cases, with the patent owner; remuneration, etc.), but it does not limit the grounds on which such licences can be granted. Though Article 31 refers to some of the possible grounds (such as emergency and anti-competitive practices) for issuing compulsory licences, it leaves Members full freedom to stipulate other grounds, such as non-working, public health or public interest”.

¹²³ Segundo o item (c) do artigo 5º: “Each Member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent a national emergency or other circumstances of extreme urgency”.

¹²⁴ De acordo com o item (d) do artigo 5º: “The effect of the provisions in the TRIPS Agreement that are relevant to the exhaustion of intellectual property rights is to leave each Member free to establish its own regime for such exhaustion without challenge, subject to the MFN and national treatment provisions of Articles 3 and 4”.

A Declaração de Doha representou um grande passo para a evolução do direito de propriedade industrial dos medicamentos no mundo, haja vista que, colocando de lado o atendimento aos interesses puramente econômicos, trouxe à tona os outros interesses envolvidos com a patente dos fármacos, como a saúde pública.

Não obstante, assim como nos demais países do mundo, o Brasil também teve a sua discussão e o seu tratamento jurídico sobre a patente de medicamentos, passando também pelo período de dilema entre os benefícios do não reconhecimento da patente e os trazidos pela proteção da propriedade industrial, haja vista que a utilização da cópia livre, através dos medicamentos genéricos, trouxe inegáveis avanços à saúde pública¹²⁵.

Com efeito, ao longo de sua história, motivado por contradições sócio-econômicas internas e instabilidades político-econômicas, o país não apresentou uma abordagem uniforme acerca do reconhecimento da propriedade industrial até os dias atuais, o que merece ser analisado em um tópico destacado.

4.4 O tratamento jurídico dos medicamentos no Brasil

No Brasil, a patente de produtos farmacêuticos não apresentou um tratamento jurídico único, desde o início do reconhecimento da propriedade industrial, até o atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica.

Com efeito, num primeiro momento, o direito brasileiro reconhecia a proteção conferida à propriedade industrial aos produtos farmacêuticos, porém, a partir de 1945, com o advento do Decreto nº 7.903/45, estes bens foram afastados da patenteabilidade, podendo, assim, ser livremente reproduzidos por terceiros, sem qualquer repercussão jurídica.

Nesse sentido, como bem analisa o contexto histórico brasileiro, Maristela Stela Pompeu Brasil Frota (1993, p. 89) assim descreve:

Com a promulgação do Decreto Lei nº. 7.903/45 (capítulo I, seção II, artigo 8), foi o direito de patente para os produtos farmacêuticos. O legislador não indicou especificamente o porquê da exclusão. O que se pode inferir é que, com o início do processo de industrialização no Brasil, cujo modelo foi o de substituição de importações, procurava-se dar à incipiente indústria nacional de medicamentos condições para, através da cópia de produtos patenteados, produzir localmente drogas, a custo inferior ao que seria de se esperar caso vigorasse o direito de patentes para produtos farmacêuticos. Ademais, alguns autores acreditam que, com

¹²⁵ Nesse sentido, apontando os benefícios trazidos com o não patenteamento de medicamentos, Mônica Steffen Guise (2008, p. 108) assim leciona: “Para os países que não se desenvolveram a ponto de criar uma base tecnológica industrial forte, e investir em pesquisa e desenvolvimento, a não concessão de patentes a produtos químico-farmacêuticos e a medicamentos foi o que sustentou programas de saúde pública e possibilitou o acesso da população a medicamentos essenciais. No caso específico do Brasil, a possibilidade de copiar medicamentos por mais de vinte anos capacitou recursos humanos e gerou tecnologia para a produção de genéricos. Hoje o país produz versões nacionais genéricas de oito dos dezessete medicamentos que compõe o *cocktail* ARV”.

as transformações tecnológicas desenvolvidas a partir da II Guerra Mundial, e a substituição de quase toda a linha de produtos existentes até então, a manutenção do privilégio de patentes para produtos farmacêuticos teria resultado na exclusão das firmas nacionais dos principais mercados de campos terapêuticos essenciais, já que a pesquisa desses novos produtos era feita no exterior. Somente através das cópias as firmas nacionais conseguiam formar suas linhas de especialidade.

Por conseguinte, percebe-se que a medida jurídica adotada pelo Brasil, naquela ocasião, visava afastar o país do ciclo de dependência econômica e tecnológica dos laboratórios farmacêuticos internacionais, pelo que a produção de medicamentos no país poderia se utilizar livremente do estado da técnica protegido a nível internacional, o que representaria uma redução dos custos de produção que viabilizariam um maior acesso aos medicamentos disponíveis¹²⁶.

Trata-se, pois, de uma medida política adotada por alguns outros países em desenvolvimento para acompanhar o desenvolvimento científico dos medicamentos a nível internacional, sem que isto represente a dependência decorrente do ingresso no mercado exclusivista conferido pelo sistema de patentes¹²⁷.

Doravante, seguindo a mesma linha político-jurídica adotada anteriormente, durante o regime militar, no momento em que o antigo diploma legal veio a ser substituído pelo Código de Propriedade Industrial (Lei nº 5.772/71), o direito brasileiro manteve a exclusão da patenteabilidade dos produtos farmacêuticos, permitindo à indústria nacional a livre violação dos direitos de propriedade industrial reconhecidos internacionalmente.

¹²⁶ Em análise ao posicionamento brasileiro, Maria Stela P. B. Frota (1993, p. 91), afirma que: “[...] o governo brasileiro justificava a exclusão com argumentos de ordem econômica e social. A necessidade de produzir medicamentos a preços baixos através de tecnologias desenvolvidas localmente a partir da cópia de processos e produtos pesquisados no exterior, a reduzida capacidade financeira do país despendar divisas para o pagamento de *royalties* resultante de acordos de licenciamento de produtos patenteados, a necessidade de se estimular pesquisa e desenvolvimento local, sobretudo de drogas para doenças tropicais (a P&D local só é feita pela indústria nacional, já que a multinacional importa os fármacos de suas matrizes), a exigência ditada pela segurança nacional de se contar com fornecimento independente de importação de produtos essenciais à população, são as principais razões pelas quais o governo brasileiro considerava necessário excluir os produtos farmacêuticos da proteção de patentes”.

¹²⁷ Nesse sentido, leciona a doutrina que: “É sobretudo em países em desenvolvimento que persistem dúvidas sobre as vantagens de um rígido sistema de patentes para produtos farmacêuticos. Além da questão do monopólio de medicamentos, as maiores desvantagens para os países em desenvolvimento apontados são: a maioria das patentes é detida por multinacionais que, praticamente, não produzem fármacos nos países em desenvolvimento, contentando-se em importá-los das matrizes por ‘preços de transferência’; a concessão de patentes não se traduz por aumento de pesquisa e desenvolvimento nos países em desenvolvimento e torna mais clara a aquisição de novas tecnologias nacionais e a ausência de P&D por parte dessas empresas nos países em desenvolvimento se acrescidos da concessão de patentes tornam esses mercados totalmente dependentes de fornecimento externo para produtos essenciais; ausência de pesquisa de drogas para doenças tropicais pelas grandes multinacionais” (FROTA, 1993, p. 87).

Porém, após o Brasil sofrer muitas pressões políticas e econômicas internacionais¹²⁸ para a mudança de posicionamento sobre as patentes de medicamentos, acabou firmando alguns acordos, dentre os quais o TRIPS, assumindo o compromisso com a proteção da propriedade industrial dos produtos farmacêuticos.

Doravante, a partir da adesão do Brasil ao TRIPS, o país sentiu a necessidade de adequar a sua legislação nacional aos compromissos internacionalmente assumidos, o Código de Propriedade Industrial foi substituído pela atual Lei de Patentes (Lei nº 9.279/96), como noticia Rubens Requião (2003, p. 311-312):

Patente de substâncias, matérias ou produtos químicos, alimentos químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie. O antigo Código de Propriedade Industrial (Lei nº 5.772/71), no seu art. 9º, b e c, estabelecia que não eram privilegiáveis as substâncias, matérias e produtos obtidos por meio de processos químicos (ressalvados os respectivos processos de obtenção ou modificação), bem como as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos, de qualquer espécie, e os respectivos processos de obtenção ou modificação. A Lei nº 9.279/96 manteve a restrição quanto a substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, e às modificações de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico. Numa mudança radical de orientação, a Lei nº 9.279/96, no art. 230, admite o depósito do pedido de patente relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios os processos químicos e às substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como aos respectivos processos de obtenção ou modificação, por quem tenha proteção garantida em tratado ou convenção em vigor no Brasil, ficando assegurada a data do primeiro depósito no exterior, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com o seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos para a exploração do objeto do pedido ou da patente.

Assim, a mudança de posicionamento jurídico, embora tenha representado ao Brasil um maior acesso aos mercados internacionais sem sofrer embargos para as diversas negociações dos produtos exportados, também significou um compromisso em respeitar à patente internacional dos medicamentos, colocando novamente o país, que investe muito pouco no desenvolvimento¹²⁹ de novas drogas, na submissão econômico-tecnológica da

¹²⁸ Apenas para argumentar, de acordo com o magistério de Gabriel Di Blasi (2005), vale dizer que os Estados Unidos exerceram forte influência para a alteração legislativa brasileira, sobretudo a partir dos anos 80 do século XX, quando se iniciaram os debates sobre a legislação do Brasil que violava a patente dos laboratórios internacionais. As posições controversas entre o Brasil e os Estados Unidos sobre a patente de medicamentos, resultaram, em 1988, em medidas extremas de comércio deste país que adotaram a tarifação de 100% sobre os papéis, produtos químicos e eletrônicos exportados adquiridos daquela nação. Os embates e as ameaças persistiram até a promulgação da Lei nº 9.279/96 que inseriu o Brasil na economia globalizada em consonância com os países desenvolvidos do mundo.

¹²⁹ Nesse sentido, demonstrando que o desenvolvimento da indústria farmacêutica nacional não recebeu incentivo pelo Brasil para a sua expansão, relata Maria Helena Tachinardi (1993, p. 190) que: “O BNDES, criado em 1952, não considerou a indústria farmacêutica prioritária para receber financiamento. A Consultec observa, ainda, que mesmo que os empresários nacionais tivessem possibilidades de acompanhar as transformações tecnológicas pelas quais passava a indústria, não contariam com o apoio financeiro governamental para expansão e modernização das suas instalações industriais. Tem-se conhecimento, por

produção de fármacos amplamente dominada por laboratórios internacionais e por países desenvolvidos.

Sendo assim, uma vez reconhecido o direito de propriedade industrial dos produtos farmacêuticos, os mesmos se inserem no sistema jurídico de proteção à propriedade, conforme já previamente analisado, nos capítulos 1 e 2 deste trabalho, dentre os quais, que a propriedade se encontra submetida aos ditames da função social.

4.5. A função social dos medicamentos

Em arrimo aos ditames jurídicos incidentes sobre a propriedade em geral, a patente dos produtos farmacêuticos também se encontra submetida ao atendimento de determinados preceitos, dentre os quais, o princípio da função social.

Neste sentido, pode-se entender que a propriedade industrial, cumprindo a sua função social, apresenta, na verdade, um uso melhorado do bem, haja vista que passa a ser utilizado de acordo com os interesses do seu detentor e também da sociedade:

A propriedade com função social se justifica pelos objetivos a que se propõe, dentro da cadeia de produção, pois muito embora se saiba que a propriedade sempre foi a base da produção capitalista tradicional, com a função social, ela atinge outro patamar de eficiência e de utilização, antagônico àquele que sempre lhe fora destinado. Ou seja, a função social compõe-se enquanto elemento diferenciador que insere a propriedade na cadeia produtiva, com toda a otimização, para o bem da coletividade (BARROS, 2004, p. 43).

Sendo assim, o detentor da patente de medicamentos deverá estar atento que a concessão do direito de propriedade impõe ao seu titular o cumprimento de algumas obrigações legais para que este bem esteja em conformidade com a ordem jurídica e econômica, não sendo, pois, nocivo à sociedade.

Nesse sentido, uma vez que o medicamento é juridicamente compreendido como “produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico”, de acordo com a redação do inciso II, do art. 3º, do Decreto 79.094/77, a patente de medicamentos deverá estar direcionada justamente para as práticas de defesa da saúde, individual ou coletiva, para que seja considerada como cumprida a sua função social.

Destarte, a patente dos medicamentos poderá vir a ser alvo da intervenção estatal, sempre que a sua destinação se afaste dos fins que lhe são propostos, ou seja, sempre que não

exemplo, de pedido de financiamento para construção de uma fábrica de sulfonamida, que foi negado pelo então BNDE por não considerar tal projeto como incluído em suas prioridades (*idem* PP. 6, 48-9). O governo Geisel foi criticado por ter enfraquecido a CEME, órgão destinado a estimular a pesquisa de fármacos no Brasil e a fomentar a produção de matérias-primas no território nacional”.

exercer a devida exploração econômica que se volta à defesa da saúde e da vida ou à proteção conferida à propriedade industrial confronto com os interesses sociais.

Neste ponto, registre-se que a função social dos medicamentos apresenta uma situação extremamente particular e relevante para sociedade, uma vez que traz consigo a confrontação do direito de propriedade e da livre iniciativa, com o direito à vida e à saúde, o que implica numa atenção bem maior do Poder Público.

Desse modo, o Estado precisa estar vigilante aos detentores da patente de medicamentos, para que a propriedade industrial não se limite apenas à finalidade de obtenção do lucro, esquecendo-se das inúmeras vidas que dependem do acesso aos medicamentos, sob pena de se pagar um valor muito alto para a sociedade, como analisa Luciano Lima Figueiredo (2008, p. 233):

Por tudo isso, infere-se que a ótica do mercado, a qual é colocada como norte do sistema capitalista, não pode ser implementada ao custo de milhares de vidas humanas, de inúmeras mortes da África, na Ásia e na América Latina pelo não-acesso das pessoas (não-proprietárias) aos remédios essenciais, a exemplo daqueles componentes do coquetel anti-HIV.

A morte não pode ser o preço do sucesso econômico.

Esta premissa vai além do direito, sendo de lógica, ética e mínimo amor ao próximo. O superfaturamento não pode ser o preço das viagens, seminários, amostras grátis e propagandas realizadas pelos grandes laboratórios internacionais, para seduzir os pacientes médicos a pedirem e prescreverem certos medicamentos.

O sucesso econômico de pouquíssimos não pode ser realizado com base na morte, na desgraça, na vida com dor por falta de analgésicos, nas lágrimas dos parentes dos amigos, namoradas, noivas, esposas, filhos e todos aqueles que assistem ao enterro de um ente querido. Morte essa que, por vezes, é causada por uma mazela cuja cura foi alcançada pela sociedade, ou atual estado de técnica, como dizem os juristas com base em um tecnicismo frio.

Sendo assim, embora o Estado não deva direcionar a iniciativa privada e violar a propriedade privada de forma aleatória, constante e sem qualquer fundamento, evidencia-se que a sua atuação deve ser decisiva para garantir a efetividade do direito e do exercício da propriedade no setor de patente de medicamentos, restabelecendo-se os objetivos primários de controlar, tratar e curar doenças quando estes forem deixados em segundo plano pela iniciativa privada.

Deveras, em se tratando de patente de medicamentos que influencia diretamente o setor de saúde, a experiência de livre mercado nem sempre se mostrou a melhor forma de estimular o desenvolvimento e a produção de medicamentos pelo mundo.

Nesse sentido, analisando o sistema de medicamentos sob a égide do livre mercado, Léa Delba Peixoto Bevilacqua (2006, p. 192) assim leciona:

A grande expectativa era de que a abertura do mercado e a livre escolha dos consumidores teria bons resultados quanto à eficiência econômica das instituições sanitárias e ao maior acesso aos serviços de saúde. Mas não foi o que aconteceu, bem ao contrário. Os preços dos produtos farmacêuticos aumentaram depois da queda dos controles oficiais, os serviços curativos privados experimentaram um crescimento jamais visto, e a escalada dos preços persiste até a atualidade. Algumas características do mercado de saúde exigem alguma forma de regulação e tornam imprescindível a intervenção direta do estado para corrigir a situação de falência do mercado, ou seja, a imperfeição dos mecanismos de mercado que causam efeitos perversos na distribuição dos recursos e sobre as condições de saúde da população.

Por conseguinte, tendo em vista que a liberdade conferida para o uso da propriedade nem sempre significa que a mesma venha a ser exercida em conformidade com os ditames jurídico-sociais traçados, o Estado se vale dos seus mecanismos de atuação, como por exemplo, a intervenção na propriedade privada, como forma de restabelecimento da ordem.

Com efeito, a análise da propriedade, sob a ótica da função social, assegura ao detentor da patente que qualquer intervenção estatal não represente o fim do direito de propriedade industrial, mas, tão-somente, a ampliação de sua dimensão do direito de propriedade, abandonando-se a sua antiga roupagem voltada exclusivamente à satisfação de seu detentor, nos moldes do poder absoluto, para efetivar os ditames constitucionais e infraconstitucionais que preconizam a promoção do bem comum (TEPEDINO, 2001).

Destarte, percebe-se que o controle estatal passará a representar um verdadeiro filtro para que a propriedade industrial exerça a sua função social em prol do bem comum que, no caso específico dos medicamentos, efetivar-se-á através do controle de doenças que atingem e ameaçam a população do referido ente controlador em benefício do direito à vida humana, sem, contudo, também suprimir os direitos de propriedade nem de inibir a iniciativa privada em continuar atuando no referido setor.

Sendo assim, considerando que, no caso específico da propriedade industrial, a intervenção implicará na ruptura da garantia da exploração de exclusividade do bem tutelado pelo particular conferida pela patente, o Direito se depara com uma verdadeira quebra de patente, que, apenas significa a utilização do instituto do licenciamento compulsório pelo Estado para que a propriedade passe a se adequar aos ditames jurídicos, econômicos e sociais traçados pelo ordenamento jurídico.

5. QUEBRA DE PATENTE DOS MEDICAMENTOS COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS

Como já fora analisado preteritamente neste trabalho¹³⁰, o Estado, em algumas circunstâncias, pode intervir na propriedade privada até mesmo expropriando o seu titular, a fim garantir a sua utilização do bem, em conformidade com a função social e com o interesse público.

No caso específico da propriedade industrial, o objeto de apropriação humana se encontra protegido e materializado através do instituto da patente, que confere ao seu titular a exploração exclusiva do bem criado.

Sendo assim, a intervenção do Estado sobre a propriedade privada imaterial não afeta diretamente o bem produzido, pois este não é o objeto do instituto da patente, mas sim o direito de exploração com exclusividade desta criação.

Por conseguinte, a denominação de quebra de patente¹³¹ significa justamente a desconstituição do direito à exploração com exclusividade do bem criado, como resultado da aplicação do instituto do licenciamento compulsório sobre a patente dos medicamentos, a fim de garantir o atendimento da função social da propriedade e evitar o uso abusivo destes bens.

No caso dos medicamentos, no que diz respeito à propriedade industrial desses produtos, a finalidade social está claramente delineada na promoção da saúde, individual ou pública, uma vez que tais bens são destinados ao auxílio do tratamento médico de dados indivíduos, seja ele curativo, paliativo ou diagnóstico.

Assim, diante da necessidade do consumo de medicamento para que o indivíduo enfrente dada doença, a patente de medicamentos poderá se inserir dentre os interesses conflitantes, tais como, de um lado, os interesses econômicos e, de outro, os sociais, como observa Renato Valladares Domingues (2005, p. 126):

A exploração comercial do conhecimento e o compromisso com os direitos da propriedade intelectual não podem ter valor maior do que a vida humana. Na verdade, atuam na propriedade intelectual dois importantes interesses protegidos pelo ordenamento jurídico, o econômico do inventor e o social. No campo das patentes farmacêuticas esse equilíbrio é especialmente sensível, pois, do ponto de vista social e de saúde pública, o sistema de patentes deve garantir não somente que novas drogas e vacinas para o tratamento e prevenção de doenças sejam geradas,

¹³⁰ Ver Capítulo 1.

¹³¹ A expressão “quebra de patentes” não apresenta uma aceitação pacífica entre os estudiosos. Com efeito, alguns, como Diego Milani Coutinho (2007), fazem distinção entre a quebra e o licenciamento compulsório, defendendo que: “Não se pode confundir licenciamento compulsório com ‘quebra de patente’, termo este muito utilizado pelos seus defensores. Ao contrário do primeiro, a quebra de patente ocorreria em caso de não utilização da mesma sem qualquer espécie de remuneração ao seu titular [...]”. Contudo, a despeito de aparentar sentido, entende-se, neste trabalho, que a quebra de patente é o resultado da intervenção do Estado na propriedade privada, de modo que a mesma será quebrada, mesmo que o Poder Público faça uso da mesma sem prever a remuneração do seu titular.

mas também a disponibilidade de tratamentos e o direito de todos terem acesso a medicamentos com preços compatíveis ao seu poder aquisitivo.

Desse modo, caso os medicamentos estejam sendo utilizados para a defesa de interesses exclusivamente econômicos, comprometendo a defesa da saúde da população, obstando o acesso aos medicamentos, a propriedade industrial dos produtos farmacêuticos poderá sofrer a intervenção do Poder Público, haja vista a utilização nociva e abuso do direito de propriedade.

Por conseguinte, a fim de restabelecer o cumprimento da função social da patente de medicamentos, o Estado poderá intervir na propriedade industrial das substâncias farmacêuticas como uma medida voltada a conter o abuso do poder econômico ou danos ao progresso científico, tecnológico e ao interesse social, como adverte Luciano Lima Figueiredo (2008, p. 223):

Hodiernamente, caso entenda o governo nacional que o titular do direito de uma patente está contendo abuso do poder econômico no exercício de seu direito, ou ainda, que exista, em um dado caso concreto, interesse de saúde pública, emergência nacional ou qualquer outra hipótese de concessão do licenciamento compulsório, poderá ser quebrada a patente [...]

Sendo assim, quando a produção e a distribuição dos medicamentos não venham a atender a defesa da saúde, o Poder Público deverá se insurgir para promover o restabelecimento da ordem jurídica e da função social da propriedade dos medicamentos, através das medidas previstas pelo ordenamento vigente, para equilibrar dos interesses contrapostos¹³².

Neste sentido, em que pese o Estado possuir diversas opções para a atuação sobre os produtos farmacêuticos disponibilizados ao consumo, como no caso da fiscalização, no controle da venda, no controle de preço ou o abastecimento do mercado interno, medidas que apenas refletem no consumo, a atuação de maior repercussão para a saúde pública coletiva corresponde ao licenciamento compulsório de um determinado bem que irá incidir sobre todo o processo produtivo até alcançar o consumo.

Portanto, ao contrário de outros mecanismos acima mencionados, o licenciamento compulsório atinge a produção dos medicamentos, haja vista que representa uma ruptura na proteção conferida pela patente, na qual o detentor da propriedade industrial perde a possibilidade de exploração exclusiva sobre o produto desenvolvido.

¹³² Apenas para argumentar, saliente-se que, conforme leciona Mônica Steffen Guise (2008, p. 123): “A licença compulsória é instrumento de essencial importância no contexto do direito de patentes, pois sua previsão permite que se estabeleça um equilíbrio entre o interesse privado do titular e os interesses públicos que possam vir a contrapor-se a ele, garantindo a realização dos objetivos e funções próprias do ordenamento jurídico e evitando distorções”.

Doravante, uma vez perdida a prerrogativa da exploração exclusiva conferida pela propriedade industrial, terceiros poderão realizar a cópia do produto de forma livre, o que aumentará a oferta do produto no mercado passando, conseqüentemente, a ser regido pela livre concorrência.

Trata-se, pois, de uma medida benéfica ao mercado consumidor, possibilitando a redução dos custos com a aquisição dos produtos que reflete diretamente nas despesas com o tratamento médico de determinada enfermidade que, em muitas situações, inviabilizam que o medicamento venha a ser adquirido por quem dele necessite.

Porém, a despeito do licenciamento compulsório ser uma medida aceita pelo próprio sistema legal e representar benefícios econômicos e sociais, registre-se que se trata de um instituto jurídico de intervenção estatal na propriedade privada, o que somente deve ser utilizado em caráter excepcional e com cautela pelo agente público.

Deveras, a utilização do licenciamento compulsório não corresponde a uma forma de permitir a ingerência estatal na propriedade privada ou mesmo, de assegurar ao Poder Público a possibilidade de ameaçar a livre iniciativa a fim de que esta se sujeite aos interesses daquele, sob a assertiva de se estar defendendo o bem-estar social.

A quebra de patente de medicamentos deverá ser uma medida adotada pelo Estado em último caso, após esgotadas as tentativas de negociação com o seu titular quando possíveis; nos limites de atuação conferidos por uma situação excepcional e ainda pautada nos restritos ditames legais que servem de fundamento para a adoção da medida.

Isso porque o Estado, através da Constituição Federal de 1988, assegurou a proteção da propriedade privada, seja ela material, seja imaterial, como direito fundamental, não podendo, pois, violar essa garantia, comprometendo todo um sistema construído por trás da patente, em nome de interesses casuais.

Nesse contexto, a adoção do licenciamento compulsório deverá ser precedida de uma análise do custo-benefício do procedimento, haja vista que o prejuízo social decorrente do desestímulo à invenção poderia ser muito maior que os benefícios advindos com a quebra de patentes motivando, inclusive, em algumas circunstâncias, que a invenção seja mantida em sigilo industrial (AMARAL JÚNIOR, 2005).

Aliás, analisando comparativamente com o instituto da desapropriação pelo Poder Público, o qual bastante se assemelha ao licenciamento compulsório, há que existir a ponderação dos interesses para se justificar o ato expropriatório, como analisa José Santos Carvalho Filho (2009, p. 78):

Quanto ao objeto, que retrata a efetiva providência que a Administração pretende implementar após ultimada a desapropriação, é cabível que o intérprete e o operador do direito atentem para a sua real necessidade ou utilidade investigando se a referida providência se compatibiliza com o interesse público.

Nesse ponto, é fundamental o exame da *teoria da congruência*, segundo a qual a legitimidade dos atos e procedimentos administrativos reclama a inteira constância entre as razões constitutivas do motivo, de um lado, e o objeto, ou seja, a providência almejada pela Administração, de outro. É inquestionável, a lição de Marcelo Caetano quanto a esse aspecto: ao tratar dos *motivos*, afirma que a fundamentação deve ser “congruente, isto é, os motivos devem aparecer como premissas donde se extraia logicamente a conclusão, que é a decisão”, assentando que, se há contradição entre elas, “essa incongruência não pode deixar de influenciar na validade do ato”.

Desse modo, embora possa parecer, em tese, louvável a adoção do licenciamento compulsório como mecanismo de defesa dos interesses sociais, em especial da saúde e da vida em detrimento da propriedade privada, este argumento não poderá ser utilizado como justificativa para a supressão da propriedade industrial em prol de um sistema público de saúde ineficiente e restrito a um orçamento pífio que não consiga abrigar as necessidades da população.

Não se trata, pois, de uma permissão para a atuação irresponsável do Poder Público, a fim de reduzir os gastos com a saúde da população, em nome da supressão da propriedade privada, como produto de um discurso maniqueísta, pois agindo assim, a própria intervenção não estará agindo de acordo com os verdadeiros interesses sociais definidos pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, Patrícia Luciane de Carvalho (2007, p. 190), analisando esse confronto de interesses, de defesa da propriedade privada e do acesso a medicamentos, assim se manifesta:

O acesso a medicamentos corresponde a uma questão de responsabilidade pública, e, os Estados devem estimular o desenvolvimento de fármacos, inclusive, através da proteção oferecida ao direito de patentes. Esta responsabilidade, no que diz respeito à presente temática, apenas pode ser superada a longo prazo, com o uso de políticas alternativas e eficazes para o estabelecimento, no Brasil, da pesquisa e do desenvolvimento, ao menos dos genéricos.

Com efeito, a defesa da saúde pública e do acesso a medicamentos, requer uma política pública responsável, comprometida com a defesa da propriedade e da iniciativa privada, de acordo com os ditames constitucionais e infraconstitucionais, de modo a destinar recursos para a garantia dos direitos e fomentar as pesquisas e a produção que atendam as necessidades da população.

Sendo assim, nota-se que a propriedade privada não pode ser alvo de uma interferência do Poder Público em conformidade com os interesses do governo em exercício,

como ocorrera nos Estados absolutistas de outrora, pautados em posições meramente ideológicas e contrárias ao direito constituído.

Ao contrário, os interesses interferentes na propriedade deverão ser determinados por um Estado, no qual a previsão para a atuação se encontrará em lei, que servirá tanto como disciplinador para a atuação do Poder Público como garantidor do livre exercício da propriedade, por seu titular, quando atendidas as exigências legais.

Desse modo, a quebra de patentes dos medicamentos deverá ser utilizada como medida jurídica voltada ao respeito e à realização dos direitos instituídos, assegurando o direito de propriedade, o direito à propriedade, com o acesso aos medicamentos e à propriedade industrial para a exploração, além de assegurar o direito à saúde.

Por conseguinte, uma vez que a ação estatal deverá estar adstrita aos limites da norma jurídica que aborde um fazer diante de uma situação excepcional, impende-se a análise dos fundamentos jurídico-legais que permitam ao Estado realizar a quebra de patente de medicamentos, em prejuízo ao direito de propriedade constitucionalmente assegurado.

5.1 Os fundamentos jurídicos para a quebra de patentes

A quebra de patente de medicamentos poderá ocorrer sempre que o Estado esteja expressamente autorizado por lei a fazê-la. No caso do direito brasileiro, a licença compulsória encontra sua previsão nos arts. 68, 70 e 71 da Lei nº 9.279/96¹³³.

Assim, a ruptura da relação jurídica constituída com a propriedade industrial, por meio da quebra de patente, poderá ocorrer sempre que se encontrar caracterizado: a) o abuso de poder econômico; b) situação de dependência da patente e c) casos de emergência nacional ou interesse público¹³⁴.

¹³³ Ver item 3.3.2.7.

¹³⁴ Sobre as hipóteses de ensejo do licenciamento compulsório, vale dizer que, como ensina João da Gama Cerqueira (1952) em seus estudos sobre os diplomas anteriormente vigentes, nem sempre esse era adotado como forma de o Estado intervir na propriedade industrial privada. Deveras, num primeiro momento, o mencionado doutrinador noticia que o instituto utilizado pelo Poder Público era a desapropriação, sendo esta fundada na necessidade e utilidade pública e no interesse social (art. 141, § 16, da Constituição Federal de 1946); por interesses nacionais (art. 64 do Código de Propriedade Industrial) e por interesse de defesa nacional (art. 72 do Código de Propriedade Industrial), que visava a vulgarização do invento e o uso exclusivo pela União. Nesse contexto, o instituto do licenciamento compulsório apresentava função reduzida, de modo que o mencionado autor assim considerou: “A introdução da licença obrigatória em nosso direito só teria alguma utilidade se a sua regulamentação tivesse sido feita de acordo com o Código que estabelece a obrigação de explorar a invenção de modo efetivo, sob pena de caducidade da patente. Por motivos de ordem jurídica relativos à produção do direito do inventor, ou por motivos de ordem econômica relativos aos interesses industriais dos respectivos países, a maioria das leis mantém-se fiel ao princípio da exploração obrigatória das invenções privilegiadas, que procuram tornar efetiva mediante a pena de caducidade [...]” (CERQUEIRA, 1952, p. 238). Mais adiante: “A licença obrigatória só pode, pois, ser considerada como medida tendente a tornar efetiva a obrigatoriedade da exploração e evitar a declaração de caducidade [...]” (CERQUEIRA, 1952, p. 239).

Na primeira situação, a intervenção do Estado na propriedade privada se encontra justificada pelo não cumprimento da função social da propriedade industrial por seu titular, sob o aspecto econômico, o que permite a atuação para readequar a utilização do bem.

Na segunda, também influenciado pela função social, sob o aspecto do desenvolvimento tecnológico, científico e social, trata-se de uma situação em que a propriedade de um indivíduo, representando um óbice ao desenvolvimento de outra patente, motivará uma intervenção estatal.

Na terceira, a atuação estatal se encontra amparada pelos interesses da coletividade, seja por uma questão que comprometa a segurança nacional, seja por uma motivação de interesse social. Em ambas as hipóteses, a propriedade pode até estar cumprindo a sua função social, mas em nome do bem-estar comum, do qual não pode prescindir o Poder Público, este deverá intervir na propriedade privada.

Destarte, considerando a relevância das hipóteses trazidas pela Lei nº 9.279/96 de licenciamento compulsório e considerando o objetivo do presente trabalho, cada uma das situações será analisada especificamente, à luz da propriedade industrial dos medicamentos.

5.1.1 A quebra de patentes por interesse econômico

A quebra de patentes em decorrência do interesse econômico, como a própria proposta de classificação já a denomina, é uma intervenção do Poder Público que possui como fundamento de sua atuação justamente a defesa da ordem econômica estabelecida na Constituição Federal de 1988, a partir da concessão da propriedade industrial.

A disciplina da ordem econômica visa racionalizar a vida econômica do país, arrumando as desordens promovidas pela não regulação da economia decorrente do sistema liberal (SILVA, J., 2001), de modo que a propriedade privada passa a ser utilizada em conformidade com os interesses sociais estabelecidos e disciplinados pela Constituição.

Doravante, visando a utilização da propriedade privada em conformidade com os princípios da ordem econômica, o Estado se valerá da utilização de instrumentos jurídicos capazes de conter o abuso de direito, a fim de adequar o exercício do direito de propriedade a uma utilização racional e voltada ao bem-estar social.

Nesse contexto, em defesa do uso racional e ordenado da propriedade privada, o Estado deverá intervir sobre o objeto da patente, em caso de se evidenciar a utilização de forma abusiva, contrária aos preceitos constitucionais, na qual, em relação aos medicamentos, poderá ocorrer sob duas formas.

Na primeira, sob a forma indireta, caso o abuso ocorra na distribuição de medicamentos, na prática pelos comerciantes de medidas que inviabilizem a livre concorrência ou elevem os preços dos produtos, o Estado poderá intervir sob a forma de controle de preços ou de abastecimento do mercado, como fora analisado no Capítulo 2 deste trabalho¹³⁵, para a defesa do mercado e o combate ao abuso do poder econômico.

Não se trata, pois, de uma atuação incidente diretamente sobre a propriedade privada ou seus direitos, mas sim sobre a gerência na distribuição dela no mercado, como o tabelamento de preços e o abastecimento do mercado, a fim de que, buscando o equilíbrio econômico, sejam afastadas as práticas abusivas que visam o aumento excessivo dos lucros, em detrimento da livre iniciativa e da livre concorrência.

Na segunda, sob a forma direta, considerando que o abuso ocorra na fase de produção do medicamento, sendo esta negligenciada pelo titular da propriedade industrial, sem qualquer motivo justificável, o Poder Público poderá intervir diretamente na propriedade privada constituída, a fim de determinar o licenciamento compulsório, para que a exploração da patente atenda aos anseios sociais.

Para tanto, o art. 68, da Lei nº 9.279/96, prevê a possibilidade de licenciamento compulsório para os casos em que a utilização da propriedade industrial não atenda aos interesses da função social da propriedade privada, como bem se demonstra pela transcrição abaixo do referido dispositivo:

Art. 68. 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.

Nesse contexto, a previsão para a atuação do Estado sobre a propriedade privada, com fundamento no interesse econômico, primeiro, encontra fundamento na não utilização de um bem em conformidade com os limites legais estabelecidos, o que caracteriza o abuso do poder econômico¹³⁶.

¹³⁵ Nesse sentido, ensina Orlando Gomes (1969, p. 159) que: “A intervenção do Estado no domínio econômico está regulada em lei, que a autoriza para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. A intervenção consiste na compra, distribuição e venda de gêneros e produtos alimentícios de primeira necessidade, combustíveis, medicamentos e outros produtos, na fixação de preços e no controle do abastecimento; e na desapropriação de bens por interesse social, ou na requisição de serviços”.

¹³⁶ Nesse sentido ensina Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 106-107): “Abusos do poder econômico. O direito moderno, com a criação da propriedade empresária (v. nº 298, supra), e permitiu a concentração do poder econômico de tal forma que promove uma desigualdade social altamente perigosa. No propósito de coibir abusos daí resultantes, a ordem jurídica tem de adotar medidas tendentes a conter a utilização dos bens num plano compatível com a sobrevivência dos interesses da coletividade. Para isso, inscrevem-se no texto constitucional as normas genéricas globais, segundo as quais a lei reprimirá os abusos do poder econômico, caracterizado pelo domínio de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário

A adoção de mecanismos voltados à proteção do mercado é essencial para a defesa do próprio sistema capitalista de livre mercado, adotado pelo Brasil e, considerando que ainda que a propriedade industrial permite a exploração de um determinado bem com exclusividade pelo seu titular, a atuação se mostra ainda mais relevante para coibir abusos e defender a própria estrutura econômica.

Assim, abordando esta condição especial da exploração, posiciona-se Lucas Rocha Furtado (2001, p. 136):

[...] Ora, de em um mercado, em que existem vários produtos concorrendo, o ordenamento jurídico visa impedir que um ou alguns deles cometam atos abusivos, mais necessária ainda se torna a criação de mecanismos de proteção quando estejamos diante de um sistema de patentes no qual haverá apenas um produtor. Se é um só produtor e ele pratica um ato abusivo, esse ato tenderá a causar efeitos muito mais danosos à sociedade se eventualmente fossem vários concorrentes. Essa questão torna-se ainda mais relevante quando, em face das novas alterações que sofreu nossa legislação, segmentos essenciais da economia, como os fármacos, produtos alimentícios, sementes agrícolas, entre outros, passaram a ser protegidos por patentes.

Doravante, tratando-se de patente de medicamentos, que enseja o monopólio na fabricação do produto, a análise do abuso de poder econômico pela norma jurídica se mostra relevante, sobretudo para não ocasionar a sua inaplicabilidade ou mesmo uma super-aplicação do licenciamento com fundamento nesta prática nociva à sociedade.

Todavia, a noção de abuso de poder econômico não foi trazida ao direito brasileiro, pela Lei nº 9.279/96, mas sim, pela Lei nº 8.884/94 que versa sobre a prevenção e repressão a infrações à ordem econômica e constitui o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, como órgão responsável para a fiscalização e punição das irregularidades tipificadas pelo diploma legal.

Por conseguinte, a doutrina apresenta a sua interpretação sobre como pode ocorrer o abuso de poder econômico em sede de propriedade industrial, apontando-se algumas situações:

O abuso de poder econômico pode ser gerado mediante a concessão de patentes ou mesmo das licenças, ensejando práticas anticoncorrenciais. Por isso, na concessão de patentes, bem como nos contratos de licença, devem-se observar alguns aspectos importantes, a saber: (a) cláusulas de exclusividade – a licença não exclusiva

dos lucros. A lei, no desenvolvimento da norma constitucional, regula a repressão ao abuso do poder econômico (Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990), instituindo um sistema de punições e ao mesmo tempo definindo o conteúdo do que se considera abusivo. Contemplando o sistema de proteção à ordem econômica, destaca-se a Lei nº 8.884/94, que, entre outras providências, disciplina as atribuições e o funcionamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Obviamente o direito de propriedade, especialmente quando reveste a forma empresária, deve suportar restrições peculiares com que se conformará, de acordo com as exigências do homem comum, e sujeitar-se-á a obrigações que a limitem, de molde a reprimir a sua utilização abusiva (Código Civil, art. 1.228, §1º). O Projeto de Código Civil (Orlando Gomes, Orozimbo Nonato e Caio Mário da Silva Pereira) cogitava da modalidade especial da propriedade sob a forma de empresa bem como deste gênero de limitações ao direito animal (art. 377)”.
37

possibilita a formação de cartéis. Sendo exclusiva, interessante analisar se o licenciador e o licenciante estão em relação horizontal, pois esta facilita as práticas de ilegalidades concorrenciais; (b) limitação de preços e quantidade – tais práticas podem ou não ser ilegais, devendo-se utilizar a regra da razão para averiguá-las; (c) *royalties* – o titular da patente tende a maximizar seus valores, enquanto o candidato à licença tende a minimizá-los; (d) existência de restrições quanto aos clientes e territórios; (e) venda casada e pacote de licenças – deve ser utilizada a regra da razão para tais casos; (f) licenciamento cruzado e troca de patentes – devem ser analisados quando as empresas estiverem em relação horizontal (CAMPILONGO, 2001, p. 173).

Desse modo, ressalte-se que, como a própria norma jurídica não faz menção de estabelecer um rol de condutas a serem configuradas como abuso de poder econômico¹³⁷, o intérprete apenas poderá, a partir da razoabilidade, entender, no caso concreto, se se encontrar presente a prática abusiva que abra oportunidade para a intervenção do Estado na propriedade industrial.

No caso específico da patente de medicamentos, a maior incidência de abuso de poder econômico está presente nos preços dos fármacos no mercado, que não se limitam a cobrir os custos com pesquisa e desenvolvimento e o lucro da atividade, mas sim atender as elevadas despesas com marketing e vendas, estimadas em 30% dos orçamentos dos laboratórios¹³⁸, nas

¹³⁷ Nesse sentido, informa a doutrina: “a LPI não enumera os atos ou práticas que podem caracterizar exercício abusivo dos direitos decorrentes da patente, contudo, algumas práticas são reconhecidas internacionalmente como abusivas, entre elas: fixar *royalties* excessivos para o licenciamento da patente; subordinar o licenciamento da patente à aquisição de outros bens ou ao licenciamento de outra patente; recusar ou dificultar o acesso às fontes de insumo; impor preço para a venda do produto; interromper ou reduzir em grande escala a produção do bem; impor mercado para a venda do produto e outras. De acordo com a LPI, a decisão quanto ao exercício abusivo dos direitos é de responsabilidade do INPI” (MITTELBAACH, 2001, p. 148).

¹³⁸ Em análise a esta situação, Márcia Angell (2004, p. 148-149) leciona que, a respeito dos investimentos em propaganda: “Já que os laboratórios farmacêuticos tentam justificar seus preços apontando para seus elevados custos de P&D, o que podem dizer sobre seus gastos muito mais elevados com marketing? Será que eles argumentariam que estes também justificam os elevados preços? Não parece provável. Pelo contrário, eles fazem o que for possível para camuflar o fato de que em 2001 os consumidores pagaram algo em torno de 30% a mais por conta de promoção de vendas (grosso modo, a parte do ‘marketing’ dos cerca de 35% de verba daquele ano alocados a ‘marketing e administração’). É assim que funciona e é ainda mais difícil de justificar do que o sigilo da indústria farmacêutica em relação aos custos de P&D. Já que não há razões de patentes para manter os custos de marketing em segredo (como seria admissível em relação a alguns custos de P&D), a única explicação possível é o desejo de evitar uma reação do público. Mas a indústria farmacêutica deve ao público uma prestação de contas total de como exatamente emprega seus faturamentos colossais. É preciso que abram essa caixa-preta também”. Não obstante, registre-se que Jack Robbins (2004, p. 36), apontando as oportunidades de trabalho oferecidas aos profissionais do setor farmacêutico, informa que: “Os farmacêuticos na indústria ocupam posições nas áreas de vendas e *marketing*, pesquisas, desenvolvimento, produção e controle de qualidade, bem como nas de administração de gerenciamento. Os farmacêuticos que trabalham nas indústrias são capazes de utilizar sua formação e especializações em farmácia, bem como ao mesmo tempo, vivenciar o crescimento profissional, a satisfação pessoal e um ambiente de desafio. Os níveis salariais para os iniciantes são competitivos com outras áreas de prática farmacêutica, e as oportunidades para promoções futuras, ganhos e benefícios adicionais são, em geral, melhores na indústria. Aproximadamente 60% dos farmacêuticos que trabalham na indústria são empregados nas áreas de vendas e de *marketing*”.

quais se encontram compreendidas as propagandas e distribuição de amostras grátis, além de subornos a profissionais sob a forma de incentivo¹³⁹.

Não obstante o abuso do poder econômico ocorrer de diversas formas, nos termos dos arts. 20¹⁴⁰ e 21¹⁴¹, da Lei nº 8.884/94, que apresentaram um vasto rol de possibilidades que

¹³⁹ Sobre estas práticas que encarecem o produto dos medicamentos aos destinatários finais, Márcia Angell (2004), apresenta informações de grande relevância sobre o funcionamento dos mesmos. Com efeito, primeiro, no que diz respeito à propaganda, “você paga por uma variedade quase infinita de promoções dirigidas a você, não ao seu médico. Aqui a expectativa é que você peça ao seu médico que lhe prescreva os medicamentos. Por exemplo, a GlaxoSmithKline e a sua co-anunciante Bayer assinaram um contrato com a Liga Nacional de Futebol Americano para promover seu medicamento de imitação do Levitra para concorrer com o Viagra pelo imenso mercado de ‘disfunção erétil’. Consta que o acordo custou às empresas US\$ 20 milhões. Além da exclusividade do patrocínio na Liga, elas fizeram acordos separados com alguns dos times. O acordo com o New England Patriots, por exemplo, exigia que o logo com a chama do Levitra aparecesse em cartazes em toda a volta do Gillette Stadium. Mike Ditka, ex-treinador do Chicago Bears, faria um anúncio de trinta segundos num telão. Na verdade, assistir ao Super Bowl em 2004 faria alguém pensar que o futebol *causa* disfunção erétil” (ANGELL, 2004, p. 132). Segundo, “As amostras grátis são os presentes mais importantes. São um modo eficaz de familiarizar os médicos e os pacientes com medicamentos caros e recém-aprovados, quando medicamentos mais antigos, mais baratos, poderiam ser melhores ou tão bons quanto os novos. Pelo mesmo motivo, os laboratórios farmacêuticos costumam dar descontos enormes nos medicamentos novos aos hospitais e administradoras de planos de saúde. Fui informada, por exemplo, de que dois hospitais-escola de Havard incluem Nexium em seus formulários de medicamentos porque o AstraZeneca lhes deu um bom preço. É uma espécie de chamariz para atrair incautos, embora no final a troca seja no preço, não no produto. Quando os pacientes receberem alta do hospital com prescrições de Nexium, eles vão pagar o preço de mercado” (ANGELL, 2004, p. 144-145). Por fim, sobre os “incentivos aos profissionais” para a divulgação dos medicamentos, afirma que: “o Lupron é um tratamento hormonal para o câncer de próstata. A maioria dos pacientes com esse tipo de câncer tem mais de 65 anos de idade e, portanto, tem direito ao Medicare. Como o medicamento é aplicado via injetável aos consultórios médicos, normalmente, todos os meses, 80% do custo são pagos pelo Medicare – diferentemente do que ocorre com medicamentos para pacientes ambulatoriais. Os médicos compram o medicamento direto do laboratório farmacêutico, e a seguir cobram do Medicare um reembolso baseado no preço médio de venda no atacado, listado pelo laboratório. Em meados de 1990, o Lupron começou a enfrentar concorrência de um medicamento mais barato, do mesmo tipo, o Zoladex. Para fazer com que os médicos continuassem a usar o Lupron, consta que a TAP Pharmaceuticals inflacionou o preço médio de venda no atacado a até US\$ 500 por dose, e depois vendeu para os médicos por somente US\$ 350. O reembolso do Medicare seria, então, baseado no preço de US\$ 500, e os médicos poderiam ficar com a diferença – conhecida como *spread*. Naturalmente, esse foi o verdadeiro incentivo para que os médicos continuassem com o Lupron. Segundo os promotores públicos, o laboratório estava de fato usando o dinheiro dos contribuintes para subornar médicos a prescrever seu medicamento em lugar de outro mais barato” (ANGELL, 2004, p. 146).

¹⁴⁰ De acordo com este artigo: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

¹⁴¹ Segundo este dispositivo: “as seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa; IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; X - regular

caracterizam a prática da infração à ordem econômica, a Lei nº 9.279/96 apresentou uma construção diversa para a repressão de condutas consideradas abusivas.

Deveras, a Lei nº 9.279/96 ao se referir ao abuso de poder econômico, que motiva a adoção do licenciamento compulsório, no caput do art. 68, preferiu utilizar um conceito aberto, a fim de que seja construído a partir da interpretação no caso concreto, aliado à tipificação de apenas duas condutas, sendo elas, a não exploração do bem e exploração menor que a necessidade do mercado, respectivamente previstas nos incisos I e II do §1º do art. 68. Senão, vejamos:

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

Nesse sentido, após considerar a existência do conceito aberto do abuso de poder econômico, o estudo da quebra de patentes exige a análise das duas condutas tipificadas pelo §1º do art. 68, da Lei nº 9.279/96, dada a relevância das duas situações fáticas prescritas que, inclusive, levaram o Poder Legislativo a prever expressamente a sua repugnância a partir da redação expressa dos dois incisos.

mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada; XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo; XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt; XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada; XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço”.

5.1.1.1 Da não exploração da patente

A conduta do titular da patente em não exercer o seu direito de exploração sobre o bem pode ser encarada como o ponto máximo do abuso de direito de propriedade em relação à propriedade industrial.

Com efeito, enquanto que as outras condutas, que servem de base ao licenciamento compulsório, representam medidas de intervenção na propriedade privada para conter excessos no exercício do direito do titular ou para atender a uma necessidade da sociedade, externas ao direito de propriedade, a não exploração consiste justamente no não exercício do bem, deixando-o à margem da finalidade para a qual existe.

Destarte, ao passo que nas primeiras situações o titular da patente exerce o seu direito de propriedade e este se mostra contrário ou aquém dos interesses sociais, na não exploração, o objeto da patente não é sequer destinado aos fins que lhe fundamentam, como a remuneração do titular, o desenvolvimento social, científico e tecnológico.

Nesse contexto, mais que uma simples conduta que afronte as disposições legais, a inércia do titular em explorar o objeto da patente representa uma violação, por descumprimento, ao próprio fundamento do direito de patentes a que a concessão se encontra vinculada.

Deveras, considerando a constituição do direito de propriedade industrial a partir da redação da Constituição Federal de 1988, percebe-se que no texto do inciso XXIX, do art. 5º, o dispositivo assim prescreve: “A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização [...]”.

Em análise ao referido dispositivo, ensina a doutrina:

Como se pode observar da simples leitura do referido artigo, é fácil concluir que a finalidade maior do legislador foi proteger as atividades produtiva e tecnológica brasileiras. O constituinte teve em mente que a proteção à propriedade industrial possui importância estratégica. Assim, muito mais que garantir a propriedade, esse dispositivo pretende incentivar e assegurar o desenvolvimento tecnológico do país. Trata-se de um exemplo da utilização do Princípio da Função Social da Propriedade, que, nesse caso, visa a estimular o desenvolvimento científico e industrial, bem como atender às necessidades sociais de consumo e de distribuição de produtos (CAMPILONGO, 2001, p. 160).

Ademais, como se observa pelo texto do dispositivo supracitado, a Carta Magna condiciona proteger o direito de propriedade industrial do inventor à utilização do objeto da proteção (patente). Desse modo, pode-se concluir que, quando este bem não seja destinado a sua utilização, que, no caso da patente consiste na exploração, o direito não será reconhecido.

Porém, como o direito é conferido antes de iniciada a exploração do bem, a interpretação a ser dada a esta norma jurídica é inversa, de modo que o direito, após

reconhecido, poderá ser extinto, por meio do instituto da caducidade, caso não seja utilizado pelo seu titular. Doravante, como forma de sancionar a inércia do titular da patente que não cumpra o dever de explorar o bem, a ciência jurídica prevê a possibilidade de perda desse direito por meio do instituto da decadência.

Decerto, a caducidade, no dizer de João da Gama Cerqueira (1931, p. 459), “é uma sanção imposta pela lei ao concessionário do privilégio, a fim de forçá-lo ao cumprimento das obrigações que lhe incumbem”. Por conseguinte, verificando-se a ocorrência da caducidade da patente, desaparece a proteção legal conferida à propriedade industrial, em decorrência da sua extinção¹⁴², o que implicará na sua livre exploração econômica por terceiros.

Assim, como se pode perceber, embora a lei preveja que esta situação enseje o licenciamento compulsório, em verdade, no plano da compreensão da ciência jurídica, vislumbrar-se-ia uma situação ainda mais gravosa ao titular por caracterizar a própria perda da patente por meio da caducidade¹⁴³.

O licenciamento compulsório é uma medida de intervenção estatal na propriedade industrial privada, que desconstitui o direito à exploração exclusiva do bem protegido, oriundo de uma patente, conferida a seu titular, para permitir que terceiros possam produzir livremente aquele mesmo produto. Porém, quando não existe a exploração econômica do bem, o titular da patente estará sujeito à perda do seu direito, levando o objeto da proteção industrial ao domínio público no qual poderá ser livremente copiado e negociado por terceiros.

Destarte, tecnicamente, tendo em vista que a não exploração do bem implica na perda do direito, por meio da caducidade não haveria que se falar em licenciamento compulsório, pois o objeto da patente já se encontraria em domínio público e a orbe jurídica voltada à proteção do direito já seria desfeita.

Todavia, ao contrário da ilação mais lógica, de acordo com a letra da lei, que aparenta ser mais condizente com a natureza do instituto, a Lei nº 9.279/96 foi mais condescendente com a inércia do titular da patente, uma vez que, não havendo a exploração pelo prazo de três

¹⁴² Segundo dispõe o art. 78, inciso III, a caducidade é causa de extinção da patente.

¹⁴³ De acordo com o magistério de Patrícia Aurélio Del Nero (2004, p. 202): “A caducidade funciona como um forte instrumento de pressão para que o titular da patente explore seu invento no país em desenvolvimento, diante do risco de que seu invento caia em domínio público, podendo ser produzido por qualquer concorrente com suficiente conhecimento científico (normalmente empresa transnacional). O titular da patente é compelido à explorá-la no país, seja diretamente, seja por meio de terceiros, licenciados, que ele próprio procura no mercado. Nesse sentido, a caducidade é, por um lado, uma forma de extinção da patente, funcionando como uma ‘ameaça estimuladora’ e, por outro lado, um meio para pressionar o titular da patente a explorá-la economicamente no país, promovendo emprego e mão-de-obra no nível nacional”.

anos da concessão da patente (art. 68, §5º)¹⁴⁴, o bem protegido poderá ser alvo do licenciamento compulsório e, somente em caso de continuidade da conduta, após decorridos dois anos da realização da licença compulsória, considerar-se-á decaída a patente, nos termos do art. 80:

Art. 80. Caducará a patente, de ofício ou a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse, se, decorridos 2 (dois) anos da concessão da primeira licença compulsória, esse prazo não tiver sido suficiente para prevenir ou sanar o abuso ou desuso, salvo motivos justificáveis.

Amiúde, analisando a situação de caducidade da patente, em decorrência da não exploração por seu titular, José Carlos Tinoco Soares (1998, p. 467) assim leciona:

Salvo por motivos justificáveis a patente caducará quando à data do requerimento de caducidade não tiver sido iniciada sua efetiva exploração. Vale isto dizer que o titular da patente terá, em face da lei atual, como já visto, a possibilidade de explorar a sua invenção, de fazer oferta de licença ou receber um pedido de Licença Compulsória. Nos dois primeiros casos a penalidade será imposta, ao que tudo indica, se não houver a livre-iniciativa do titular, e no último quando provocada pela própria Administração ou por terceiro legitimamente interessado, se decorridos dois anos da concessão da primeira licença compulsória.

Assim, ao contrário das outras hipóteses de licenciamento compulsório referentes aos interesses econômicos envolvidos, a não exploração do bem interfere diretamente numa condição intrínseca da propriedade industrial, qual seja a sua utilização (exploração), como analisa a doutrina abaixo transcrita:

Em termos gerais, utilizar a propriedade industrial segundo uma função social consiste em não permitir, ao proprietário de dado conhecimento, retê-lo apenas em proveito próprio ou, contrariamente ao interesse coletivo. O conhecimento deve estar à disposição de quem queira utilizá-lo para gerar novos conhecimentos, de forma a propiciar desenvolvimento tecnológico (CAMPILONGO, 2001, p. 160).

Por conseguinte, neste caso específico de não exploração da patente, o licenciamento compulsório representa uma medida mais benéfica ao titular que a sociedade, pois permite a continuidade da patente até que a mesma inércia complete, no mínimo, os cinco anos, somando-se os dois prazos previstos nos supramencionados dispositivos de lei.

Não obstante, todo o benefício que acaba por premiar a inércia do titular da patente, Patrícia Del Nero (2004) ressalta ainda que os dispositivos que disciplinam o licenciamento compulsório em favor de um terceiro interessado em explorar o bem apenas dificultam este processo de produção, pois, nos termos dos arts. 72 e 74 da Lei nº 9.279/96, será conferida a

¹⁴⁴ Em conformidade com a redação dada pelo § 5º do art. 68: “A licença compulsória de que trata o § 1º somente será requerida após decorridos 3 (três) anos da concessão da patente”.

medida por apenas um ano, admitindo-se a concorrência, uma vez que será concedida sem exclusividade e ainda permite uma interrupção no processo¹⁴⁵.

A persistir esta construção jurídica, voltada mais à manutenção do instituto da propriedade industrial do que dos deveres de exploração da patente, razão assiste a Patrícia Del Nero (2004) em afirmar que a Lei está tornando lícito o abuso de poder econômico e a não exploração do bem¹⁴⁶.

Contudo, impende informar que, em análise a não exploração da patente, João da Gama Cerqueira (1931, p. 483-484) se posiciona de forma contrária a aqui defendida, preferindo que seja adotada licença compulsória em detrimento da utilização do instituto de caducidade, como se depreende pelos seus comentários ao Decreto nº 16.264, de 19 de dezembro de 1923, nos seguintes termos:

O sistema de licenças obrigatórias oferece sobre o da caducidade por falta de uso efetivo da invenção, adotado pela nossa lei, incontestáveis vantagens, tanto em relação aos inventores domiciliados no país, como em relação aos domiciliados no estrangeiro. Justificada a exigência legal relativa a obrigação de explorar as invenções privilegiadas, vimos que a lei declara caduca a patente quando essa obrigação não é cumprida, caindo a invenção no domínio público vem a ser explorada, de modo que a declaração de caducidade muitas vezes prejudica inutilmente o inventor, privando-o de seus direitos, sem assegurar a efetiva exploração do invento. Pelo sistema da licença obrigatória, o inventor não perde totalmente os direitos decorrentes do privilégio, mas apenas uma parte deles, podendo, se lhe convier, explorar a mesma invenção, com ou sem prejuízo das licenças concedidas, conforme dispuser a lei; e a sanção legal é sempre imposta utilmente, produzindo os efeitos esperados, pois o inventor é obrigado a conceder a licença somente quando alguém se proponha a explorar efetivamente a invenção. O interesse do inventor em conservar seus direitos, o interesse da sociedade em gozar da invenção e o interesse dos industriais e comerciantes em fabricar e vender os produtos da indústria não explorada são, assim, conciliados, de modo equitativo e justo [...].

Não obstante, insta informar também que existe parte da doutrina que entende que, neste caso da não exploração, para motivar a adoção do licenciamento compulsório, faz-se necessário que a inércia do titular da patente seja acompanhada de um abuso, não sendo justificada pela “simples” não exploração, sem a existência deste. Senão, vejamos:

¹⁴⁵ Neste sentido, “[...] caso a licença compulsória seja concedida, apenas um ano é dado ao licenciado para fabricar o produto, admitida a interrupção do prazo (art. 74 do Projeto de Lei 824/91), e, além disso, o licenciado terá que enfrentar a concorrência, reduzindo sua perspectiva de lucro, pois a licença é concedida sem exclusividade (art. 72). A crítica consiste em afirmar que o mecanismo da licença compulsória possibilita o desestímulo aos interessados em requerer a licença, para beneficiar o detentor da patente, transformando o Brasil em importador de tecnologia” (DEL NERO, 2004, p. 195).

¹⁴⁶ Segundo a mencionada doutrinadora: “[...] admitindo a lei que o licenciado possa interromper a fabricação do objeto da patente pelo prazo de um ano, está tornando lícito o abuso do poder econômico, bem como a não-fabricação local do objeto da patente. Parece que a lei protege a não fabricação local, sendo que o correto seria, no caso da interrupção da fabricação local do objeto da patente, sua queda em domínio público, pois o licenciamento ‘salvo razões legítimas’ pode interromper a fabricação do objeto licenciado sob qualquer argumentação que, por si só, já consubstancia as tais razões legítimas que são essencialmente subjetivas” (DEL NERO, 2004, p. 195).

A não-exploração da patente no território brasileiro (*non-working requirement*) é um outro pressuposto, que se faz na falta de fabricação, fabricação incompleta do produto ou falta de uso integral do processo patentado. No entanto, somente funciona quando combinado com um abuso de poder econômico. Fora desse quadro interpretativo, a simples ausência de fabricação local não pode ser considerada suficiente para motivar a licença compulsória, sob pena de inconstitucionalidade. A Constituição assegura proteção às invenções. Essa proteção é flexibilizada para atender a uma função social. O relaxamento dessa proteção por simples ausência de fabricação local não parece gerar ganho social (FONSECA, 2001, p. 228)

Malgrado entenda o citado autor que a não fabricação deva ser acompanhada de abuso para ensejar o licenciamento, parece ser mais razoável interpretar a Constituição de forma diversa, pois, de acordo com a disposição de propriedade conforme composta, a não-exploração do bem pelo seu titular já configura o não atendimento de sua função social e um abuso de poder econômico, abrindo azo à utilização da intervenção estatal.

Decerto, em caso de não exploração do bem patentado, o licenciamento compulsório se apresenta como uma medida coercitiva, sob a forma de um verdadeiro licenciamento-sanção, a fim de coibir à inércia do titular e garantir preventivamente o acesso da sociedade ao bem protegido. Destarte, a norma jurídica prevê, primeiro, a adoção de um licenciamento compulsório motivado pelo interesse de terceiro e, somente, depois deste, é que considera a perda do direito pela caducidade.

Nesse sentido, a despeito da previsão de sancionar a propriedade não utilizada pelo seu titular, a Lei nº 9.279/96 não demonstra estimular a exploração do produto, haja vista que os dispositivos que seguem a previsão de intervenção estatal não se mostram favoráveis aos interessados.

Com efeito, a Lei de Propriedade Industrial permite o licenciamento compulsório, que não coaduna com a exclusividade (art. 72), possibilitando a exploração por alguém que a requeira, para retirar o produto da inércia, e ao mesmo tempo permite que tanto o titular da patente se mantenha no direito sobre o bem, pelo prazo de mais dois anos, após a concessão da medida interventiva, podendo ainda se insurgir contra o requerente, quanto que terceiros venham a produzir o produto.

Todavia, este posicionamento não parece ser razoável, pois permite a manutenção do direito de propriedade pelo titular ao requerente e, ao mesmo tempo, estabelece que o bem possa ser explorado sem exclusividade, o que permite que qualquer outro interessado venha a exercer a produção sem qualquer embargo.

Sendo assim, persistindo este posicionamento e esta compreensão da norma jurídica, o maior risco pela exploração deverá ser suportado por aquele que requereu o licenciamento compulsório, a fim de dar uma destinação útil ao bem tutelado, o que, fatalmente poderá

repercutir negativamente com o desestímulo dos investimentos da iniciativa privada na promoção da exploração do bem.

Ademais, esta ilação conduz o intérprete a considerar a inutilidade do instituto do licenciamento compulsório, uma vez que a concessão sem caráter de exclusividade em face de terceiros, equivale à entrada em domínio público do bem, estado no qual qualquer interessado poderá explorar livremente o objeto da patente, o que, em sendo assim, transformaria inócua uma futura declaração de caducidade.

Ao que parece, pela análise conjunta dos dispositivos, melhor seria entender que a licença compulsória será conferida temporariamente, apenas para o terceiro que a requer (§2º do art. 68¹⁴⁷), a fim de permitir a exploração do bem, durante o período em que antecede à declaração de caducidade da patente.

Caso, posteriormente, venha a ser considerada caduca, após o transcurso do prazo legal, iniciado com o licenciamento compulsório, extingue-se a patente e o bem passa a pertencer ao domínio público; caso contrário, o titular da patente poderá exercer os direitos decorrentes dela, não podendo se opor ao exercício do licenciado que também pode exercer os direitos sobre o bem (art. 74, §2º)¹⁴⁸.

Doravante, a exploração da patente ocorre paralelamente entre o licenciado e o titular, num regime de co-propriedade industrial, na qual ambos poderão exercer os direitos para a proteção do bem, salvo a utilização recíproca, haja vista que ambos se encontram autorizados a utilizar o objeto da patente.

Tratando-se de patente de medicamentos, a não utilização do produto patenteado apresenta grande relevância para a sociedade, acentuando mais o abuso praticado pelo seu titular, tendo em vista que o reflexo de exploração recai diretamente na defesa da saúde e da vida.

Com efeito, sendo o medicamento de suma importância para o tratamento médico, mas não sendo interessante para o seu detentor, sob o ponto de vista econômico, nem sequer outros particulares interessados, o próprio poder público deverá assumir o papel de licenciante para a produção do medicamento.

¹⁴⁷ De acordo com este dispositivo: “A licença só poderá ser requerida por pessoa com legítimo interesse e que tenha capacidade técnica e econômica para realizar a exploração eficiente do objeto da patente, que deverá destinar-se, predominantemente, ao mercado interno, extinguindo-se nesse caso a excepcionalidade prevista no inciso I do parágrafo anterior”.

¹⁴⁸ De acordo com a previsão legal deste dispositivo: “O licenciado ficará investido de todos os poderes para agir em defesa da patente”.

Apenas para argumentar, registre-se que em se tratando de doenças que atinjam os países em desenvolvimento, o interesse nas pesquisas e na exploração de novas substâncias é bem menor que aquelas que atingem os países desenvolvidos onde o mercado consumidor é mais forte e possibilita um retorno melhor aos investimentos aplicados no setor.

Por força disso, diante de claro desinteresse na exploração de um medicamento no Brasil pelo seu titular, o poder público não poderá ficar inerte, sob pena de comprometer a saúde da população, com a disseminação dos compostos voltados a atender quantos deles necessitem através do abastecimento do sistema de saúde pública.

Nesse contexto, a defesa da saúde, em face da negativa de exploração do bem patenteado, sem justa causa, mostra-se fundada a ponto de permitir que o Estado intervenha no direito de propriedade para garantir o maior acesso da população ao desenvolvimento do tratamento médico que se encontre prejudicado com a não produção do objeto da patente.

Assim, o dispositivo mencionado assegura a atuação estatal para o cumprimento dos deveres de propriedade, quando não explorada sem justificativa. Por outro lado, caso exista uma justa causa para a não exploração, o Poder Público deverá estar atento aos motivos apresentados, seja para não determinar a quebra de patente de forma precipitada, seja para fornecer meios para que o bem possa vir a ser colocado à disposição da sociedade.

A despeito da grande relevância do dispositivo comentado em salvaguardar os interesses sociais, diante do não cumprimento dos deveres inerentes à propriedade, o texto legal foi alvo de muitas críticas internacionais pelos Estados Unidos¹⁴⁹, que consideraram que a redação criava distinções entre nacionais e estrangeiros, pois o citado dispositivo restringe a exploração ao “território nacional”, de modo que não se trata de mera exigência de exploração das patentes, mas sim de uma exigência de exploração local¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Como noticia Mônica Steffen Guise (2008, p. 133): “Em maio de 2000 os Estados Unidos apresentaram uma reclamação na OMC contra o art. 68 da Lei de patentes brasileira (OMC, 2006b), que estabelece, conforme visto acima, o requisito de exploração local ao prever a concessão de licenças compulsórias por falta de exploração do objeto da patente no território nacional”.

¹⁵⁰ Impende ressaltar que esta discussão sobre a obrigatoriedade da exploração local não levanta controvérsias, apenas em relação à lei de patentes brasileira atual. Com efeito, o estudo da doutrina nacional, aponta a uma crítica realizada ao instituto por João da Gama Cerqueira (1931, p. 482), há quase oitenta anos atrás, nos seguintes termos: “O sistema de exploração obrigatória está fadado a desaparecer por força das convenções internacionais, sob a pressão dos países em que as indústrias atingiram a grande desenvolvimento e graças ao enfraquecimento da resistência oposta pelos países de menor significação industrial. A exploração obrigatória já se acha, como veremos, sujeita a várias restrições na órbita internacional, pouco faltando para a sua abolição total, ao mesmo tempo em que a livre introdução, pelo concessionário da patente, de produtos privilegiados, fabricados no estrangeiro, vai vencendo em todos os países. As modificações levadas a efeito nas relações do direito internacional privado refletem-se forçosamente nas legislações particulares do grande número de países sujeitos às convenções firmadas, os quais terão de adotar as mesmas regras, a fim de não estabelecerem um tratamento desigual entre os estrangeiros e os nacionais, em favor daqueles e em detrimento destes. Mas a abolição do sistema de obrigatoriedade de exploração depende da ação unânime de

Toda a polêmica surge a partir da análise do dispositivo da lei brasileira em conjunto com o art. 27.1 do TRIPS, do qual o Brasil é signatário, que, demonstrando uma contradição entre ambos¹⁵¹, prevê a igualdade do reconhecimento dos direitos independentemente de qual venha a ser o local de produção da patente, nos seguintes termos:

ARTIGO 27

Matéria Patenteável

1 - Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2º e 3º abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial.(5) Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4º do art.65, no parágrafo 8º do art.70 e no parágrafo 3º deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

Após as análises internacionais, acusações mútuas, debates e discussões sobre o tema, Brasil e Estados Unidos chegaram a um consenso sobre a aplicação do art. 68 da Lei nº 9.279/96 em face do art. 27.1 TRIPS, pelo qual a lei brasileira foi mantida¹⁵².

Por oportuno, registre-se que, embora a norma brasileira, num plano geral, pudesse vir a contrastar com o texto do artigo 27.1 do TRIPS, como questionado pelos norte-americanos, no caso específico de patente de medicamentos, segundo leciona Carlos Correia (2002), a Declaração de Doha, de forma implícita, abriu azo ao estabelecimento de distinções entre nacionais e estrangeiros, quando estas se mostrem necessárias à defesa da saúde pública¹⁵³.

todos os países ou da reciprocidade internacional; pois os países que se aventuram isolados nesse caminho serão fatalmente prejudicados pelos que guardarem uma prudente reserva no assunto”.

¹⁵¹ Comentando o ocorrido, Gabriel Di Blasi (2005, p. 22): “Mesmo que entre os especialistas da área falte um consenso, analisando os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, pode-se dizer que o conflito entre a Lei brasileira e o TRIPs existe, de acordo com o pensamento de uma corrente majoritária. Esta corrente – liderada pela ABPI – compreende haver conflito entre o TRIPs e a Lei nº 9.279/96, especificamente quanto ao art. 68, §1º, inciso I. Por outro lado, uma segunda corrente, minoritária, entende que não ocorre conflito, baseando-se no artigo 2.2 do TRIPs. No painel montado entre Brasil e Estados Unidos, vários países – a exemplo da África do Sul, Tailândia, Malásia, Venezuela, Peru e Índia -, além da OMS, apoiaram o Brasil na disputa sobre patentes de remédios para o tratamento de Aids, o que veio a criar um importante grupo favorável ao Brasil na Organização. De fato, isto vem a comprovar que os conflitos ocorridos após a Lei nº 9.279/96 com o TRIPs são causados, basicamente, por razões políticas, e não jurídicas”.

¹⁵² Para a resolução do impasse internacional, os dois países resolveram o problema da seguinte forma: “No dia 05.07.2001, as partes notificaram o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC de que haviam chegado a um acordo satisfatório: os EUA retiraram sua reclamação contra o Brasil, e o Brasil concordou que, caso considerasse necessário aplicar o art. 68 para a concessão de uma licença compulsória contra patentes de empresas estadunidenses, notificaria os EUA. Os EUA indicaram que esperavam que o Brasil não insistisse em impugnar sua legislação (OMC, 2001b)” (GUISE, 2008, p. 134).

¹⁵³ Nesse sentido, ensina Carlos Correia (2002, p. 42): “It is implicit within the Doha Declaration that differentiation in patent rules may be necessary to protect public health. The singling out of public health, and in particular pharmaceuticals (paragraphs 6 and 7), as an issue needing special attention in TRIPS implementation constitutes recognition that public health-related patents deserve to be treated differently from other patents”.

Sendo assim, da forma como se apresenta, o texto legal visa proteger a produção industrial nacional que, no caso dos medicamentos, representa uma maior oferta de substâncias voltadas à saúde da população, viabilizando-se, assim, o acesso de pessoas a tratamentos médicos que, como reflexo da garantia do direito à saúde do indivíduo, o Estado não pode prescindir.

Aliás, tão importante quanto garantir o abastecimento e a produção locais é assegurar que o mercado possua bens na medida da necessidade do consumo, de modo que outra hipótese de licença compulsória consiste no fato de existir uma produção inferior às necessidades do mercado.

5.1.1.2 Da exploração insuficiente ao mercado

A outra tipificação expressa de abuso de poder econômico trazida pela Lei de Propriedade Industrial, que abre azo à possibilidade de licenciamento compulsório da patente de medicamentos, é a subutilização da patente, sendo a mesma explorada de forma a não atender às necessidades do mercado.

Desse modo, observa-se que o elemento central do comando legal que autoriza a quebra de patente é a “necessidade” que, a despeito de ser uma palavra que desperte várias acepções, no caso específico do inciso II, do §1º, do art. 68, da Lei nº 9.279/96, requer a utilização do seu conceito econômico.

Nesse contexto, a necessidade pode ser entendida como “manifestação de desejo que envolva a escolha de um bem econômico capaz de contribuir para a sobrevivência ou para a realização social do indivíduo” (PINHO e VASCONCELLOS, 2003, p. 11), ou seja, sob o viés econômico, somente é relevante a necessidade quando esta puder ser suprida com a aquisição de um bem econômico.

Destarte, pode-se entender que o comando normativo visa reprimir a propriedade industrial quando a exploração do bem patenteado seja insuficiente para as aquisições dos consumidores, comprometendo, assim, as satisfações das necessidades econômicas da população¹⁵⁴.

¹⁵⁴ A ausência de um medicamento no mercado pode representar sérios transtornos para a saúde pública. Mesmo não se referindo a um problema ligado à patente, registre-se que, recentemente, em maio de 2009, o Brasil sofreu com o problema no abastecimento de molibdênio-99, substância utilizada na realização de exames de cintilografia, para o diagnóstico de tumores, funções problemas pulmonares e hepáticos, que era adquirido do Canadá, conforme dados fornecidos pelo IPEN (2009). O problema no abastecimento compromete o tratamento médico de muitos pacientes, haja vista que: “Mensalmente são realizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), em Campinas, 200 cintilografias. Dessas 70% voltadas para pacientes com problemas cardíacos, e outras 30% aos pacientes com tumores. Em clínicas particulares que atendem também convênios, como a MN&D, são 1,2 mil exames por mês – cerca de 60 por dia – o que corresponde a

A exemplo do que ocorre com a não exploração do bem patenteado, neste caso existe uma exploração aquém das necessidades da sociedade, de sorte que, parte da população não poderá ter acesso ao produto desenvolvido e protegido, servindo a proteção industrial como forma de estabelecer diferenciações entre os consumidores.

Com efeito, mesmo porque, estando o produto ofertado em falta no mercado, em decorrência da lei da oferta e da procura¹⁵⁵, o preço do bem patenteado, que já desfruta da condição de ser produzido e comercializado sob monopólio, poderá sofrer indesejáveis elevações, o que somente restringirá o universo de consumidores aos membros mais abastados da sociedade.

Esta é, pois, a tônica do comportamento econômico:

Suponhamos agora que, por uma razão qualquer, todos os homens desejem maior quantidade de camisas. Se a quantidade disponível for limitada e inferior à demanda, então, a disputa entre os indivíduos para a aquisição de camisas acabará por elevar o seu preço, eliminando os que não tiverem meios de comprar. Com a alta de preços, mais camisas serão produzidas, podendo posteriormente baixar o preço. Da mesma forma, imagine que há um excesso de sapatos no mercado, além da quantidade demandada. Como resultado da concorrência entre os vendedores, seu preço baixará. Um preço mais baixo estimulará o consumo de sapatos, e os produtores procurarão ajustar-se à quantidade desejada (PINHO e VASCONCELLOS, 2003, p. 16).

Sendo assim, uma produção inferior aos anseios da sociedade implica num aumento dos preços dos produtos patenteados, comprometendo ainda mais a sua acessibilidade no mercado, haja vista que somente passarão a ser adquiridos pelos consumidores que possuam maior poder econômico.

Destarte, o abuso do poder econômico se encontra configurado com a subutilização do bem, haja vista que esta prática do detentor da patente somente se explica pelo aproveitamento da condição privilegiada de único explorador do bem, para conduzir o mercado a uma elevação do preço do produto, em prejuízo do mercado consumidor.

Nesse contexto, a fim de evitar lesões maiores ao mercado consumidor, o Estado, na qualidade de ordenador do sistema econômico, a fim de garantir a satisfação das necessidades econômicas da sociedade, deverá intervir, para restabelecer a melhor utilização do bem em conformidade com os interesses sociais.

20% dos exames realizados em todo o País. ‘No Brasil, são 400 clínicas, que realizam por mês, em média, 6 mil exames’, calcula Celso Dario Ramos” (ARAIUM; MORETO, 2009). Para tentar resolver o problema, o Brasil construirá seu próprio reator nuclear para a fabricação de substâncias como o molibdênio-99 e o iodo-131 para a realização de exames, o que representará um custo de cerca de US\$ 500 milhões e uma economia de R\$ 37 milhões por ano com molibdênio e R\$ 25 milhões com o iodo-131, como informam Cláudio Ângelo e Rafael Garcia (2009).

¹⁵⁵ Nesse sentido, analisa a doutrina econômica: “O desejo dos indivíduos determinará a magnitude da demanda, e a produção das empresas determinará a magnitude da oferta. O equilíbrio entre a demanda e a oferta será sempre atingido pela flutuação do preço” (PINHO; VASCONCELLOS, 2003, p. 16).

Em se tratando de medicamentos, a produção inferior à necessidade, que eleva os preços dos produtos, implicando no comprometimento do tratamento médico do doente, haja vista que somente os consumidores com maior poder aquisitivo poderão dispor de maiores recursos para a aquisição dos fármacos.

Apenas para argumentar, a produção de um medicamento mais caro para a sociedade não pode ser comparada com a produção de um carro de luxo que se encontra acessível para uma faixa restrita de consumidores. Nesta hipótese, existe a possibilidade de escolha, pois o produto que pode ser substituído por qualquer outro carro menos luxuoso ou mais antigo e o seu não consumo não implica em prejuízo ao consumidor, enquanto que naquela, na maioria das vezes, o consumo não é uma escolha e não encontra um substituto com os mesmos resultados.

Como se percebe, tendo em vista a característica de fácil substituição e pouca essencialidade, os fabricantes de veículos podem direcionar os produtos produzidos para uma determinada classe de consumidores, o que não poderá ocorrer com a indústria farmacêutica, pois os medicamentos, pelo menos em tese, devem ser acessíveis a todas as classes de consumidores.

Deste modo, a conduta de sub-exploração dos produtos farmacêuticos implica em prejuízos ao mercado consumidor, com a busca pela elevação dos preços dos produtos, que refletem diretamente na saúde e na vida de parte da população, que, fatalmente, será privada do tratamento médico, baseado naquele produto específico para o combate de uma doença determinada.

Sendo assim, a exploração do medicamento, que não atende à necessidade do mercado, apresenta uma repercussão negativa acentuada à sociedade, primeiro, porque o consumo é essencial para a continuidade do tratamento médico, para a defesa da saúde e até mesmo da própria vida do consumidor, segundo, porque, dificilmente, em se tratando de medicamento patentado, a prescrição poderá ser substituída por um outro bem que apresente os mesmos resultados para o enfermo e terceiro, porque a postura do titular, no afã de aumentar seus lucros, compromete o acesso à medicamentos de parte da população.

Em consequência desta exclusão econômica aos medicamentos, muitos indivíduos buscaram a tutela do Poder Judiciário para conseguir o acesso aos medicamentos, como bem se depreende pela decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, face à demanda judicial proposta para o fornecimento de medicamentos, assim se posicionou:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. UNIÃO FEDERAL. DEMAIS PRELIMINARES REJEITADAS.

DIREITO INDIVIDUAL E SOCIAL À VIDA E À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SOBRE PRINCÍPIO DA ORDEM CONSTITUCIONAL. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA E NECESSIDADE DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DE PATOLOGIA GRAVE. RISCO À SAÚDE E À VIDA. ARTIGOS 196 E SEQUINTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI Nº 8.080/90. PRECEDENTES.

[...]

3. Tem relevância e fundamento constitucional a pretensão deduzida, pois afirmou e consagrou o constituinte como fundamental o direito à saúde, atribuindo ao Poder Público a obrigação de promover políticas públicas específicas, e conferindo ao economicamente hipossuficiente a especial prerrogativa de reivindicar do Estado a garantia de acesso, universal e gratuito, a todos os tratamentos disponíveis, preventivos ou curativos, inclusive com o fornecimento de medicamentos necessários à preservação do bem constitucional [...] (TRF – 3ª R, AC – 1177761, Proc: 2005.61.23.001828-1/SP, 3ª Turma, Relator Des. Carlos Muta, julg. 09/05/2007, DJU: 23/05/2007, Doc: TRF300117877, p. 722).

Para tanto, no caso específico da demanda que deu origem ao julgado acima transcrito, a corte considerou ainda, a existência de outros elementos que permitiram a concessão da medida, a fim de conferir o acesso do indivíduo ao medicamento às expensas do Poder Público, como o compromisso constitucional de promoção da saúde¹⁵⁶, bem como da necessidade de acesso ao medicamento como condição para a existência digna deste indivíduo¹⁵⁷.

Todavia, a determinação da concessão dos medicamentos, por parte do Poder Judiciário, implica numa medida que assegura a saúde de determinado ou determinados indivíduos, não sendo capaz de atender a todos que deles necessitem. Trata-se, pois, de uma medida repressiva de solução pontual, que não resolve o problema da distribuição na sociedade e sim, o problema de um ou outro indivíduo.

Doravante, para a resolução do acesso à saúde, não basta a possibilidade de interposição de ações judiciais para a resolução de casos isolados, é necessária a existência de

¹⁵⁶ Nesse sentido, acerca da garantia constitucional da saúde, posicionou-se o julgado: “4. A Constituição de 1988, ao instituir o sistema único de saúde, erigiu à condição de princípio o atendimento integral (artigo 198, II), concretizando o compromisso pleno e eficaz do Estado com a promoção da saúde, em todos os seus aspectos, mediante a garantia de acesso a hospitais, tecnologias, tratamentos, equipamentos, terapias, e medicamentos, e o que mais necessário à tutela do direito fundamental”.

¹⁵⁷ Em adequação do pleito judicial e o princípio da dignidade humana, exarou-se que: “5. A compreensão do direito, assim construído em consagração ao princípio da dignidade da pessoa humana, permite rejeitar os fundamentos de ordem econômica que, com frequência, são deduzidos pelo Poder Público. Neste sentido, cabe salientar que o que se tem como preponderante, acima do interesse econômico, orçamentário e administrativo do ente público onerado, foi, por opção inequívoca e legítima do constituinte, o direito individual e social à saúde, especialmente em relação aos economicamente hipossuficientes que para controle e tratamento de doença grave necessitam, como condição de sobrevivência com dignidade, de medicamentos especiais, de custo além de suas posses, e não fornecidos, voluntária e gratuitamente, pelo Poder Público”. Para tanto, os Desembargadores Federais consideraram que a existência de receita médica indicando a necessidade do medicamento e do tratamento médico foi considerada suficiente para a imposição ao Estado de arcar com o fornecimento de medicamentos e o tratamento que o autor necessitava.

toda uma estrutura, a fim de abrigar as necessidades do indivíduo, como adverte Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 35):

A efetivação do direito social à saúde depende obviamente da existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e os postos já existentes, do fornecimento gratuito de remédios e existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde. Na ausência ou insuficiência dessas prestações materiais, cabe indiscutivelmente a efetivação judicial desse direito originário à prestação. Assim, assiste ao titular do direito exigir judicialmente do Estado uma dessas providências fáticas necessárias ao desfrute da prestação que lhe constitui o objeto.

Portanto, no caso específico analisado neste trabalho, o melhor caminho para a prática da justiça na distribuição de medicamentos necessários à saúde, está na adoção de uma medida preventiva, por meio da quebra de patentes das propriedades utilizadas de forma abusiva, para satisfazer os anseios da população como um todo e não somente de A ou B que conseguem minimizar as distorções econômicas por meio da provocação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, defende Luciano Lima Figueiredo (2008, p. 216):

O licenciamento compulsório é o veículo apto a sancionar àquela propriedade que não está a exercer a sua função social. Tutela o ordenamento a propriedade ilegítima, não funcional, para que o pagamento de contraprestação ao inventor, haja a sua quebra e amplo acesso do corpo social. Com a quebra da patente a propriedade industrial torna-se mais acessível a toda sociedade brasileira e não apenas a Caio, Xisto ou Mévio, que procuram o Poder Judiciário [...].

Por conseguinte, dada a repulsa social e econômica da prática de produção inferior à demanda, a fim de aumentar os lucros com os medicamentos, a medida justifica a intervenção do poder público sobre a propriedade privada, a fim de resguardar a acessibilidade dos medicamentos à população.

Ademais, fora as medidas voltadas ao fortalecimento do mercado, por meio da licença compulsória, com o fim de promover o desenvolvimento da produção de medicamentos, abre-se ainda a possibilidade dos produtos patenteados colocados no mercado externo serem adquiridos através do instituto da importação paralela, que merece ser analisado.

5.1.1.3 A importação paralela

Além do licenciamento compulsório, para conter o abuso do poder econômico e disponibilizar medicamentos no mercado interno, o Estado poderá também se utilizar da importação paralela na qual, ao invés de buscar a produção do bem, realizará ou autorizará a aquisição dos medicamentos.

Como fora apresentado neste trabalho anteriormente¹⁵⁸, a importação paralela corresponde crime previsto no art. 184 da Lei de Propriedade Industrial brasileira, haja vista que o país adota o sistema de exaustão nacional, somente considerando exaurido o bem disponibilizado no mercado interno.

Todavia, em situações excepcionais, a adoção da medida se mostra adequada para o atendimento de interesses que se sobreponham aos interesses do titular da propriedade, como leciona Patrícia Luciene de Carvalho (2007, p. 63):

A importação paralela corresponde à entrada de um medicamento, por meio da importação, em um país, que não é o de seu titular nem o de seu licenciador. Para a sua realização, faz-se necessária a harmonização do direito à livre circulação de mercadoria com o direito à proteção da propriedade intelectual; novamente, a conjugação de interesse público e privado, demonstrando a complexidade do tema. Ocorre que esta harmonia deve considerar também a proteção ao acesso a medicamentos; e, assim, o atendimento à função social da propriedade.

Nesse sentido, a Lei nº 9.279/96, nos §§ 3º e 4º do art. 68 prevê a possibilidade da importação paralela, excluindo, assim, a ilicitude do tipo penal trazida pelo art. 184, nos seguintes termos:

§ 3º No caso de a licença compulsória ser concedida em razão de abuso de poder econômico, ao licenciado, que propõe fabricação local, será garantido um prazo, limitado ao estabelecido no art. 74, para proceder à importação do objeto da licença, desde que tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou com o seu consentimento.

§ 4º No caso de importação para exploração de patente e no caso da importação prevista no parágrafo anterior, será igualmente admitida a importação por terceiros de produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto, desde que tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou com o seu consentimento.

Assim, as duas permissões legais visam suprir as falhas da iniciativa privada em atender as necessidades do mercado consumidor, haja vista que, em decorrência do abuso de poder econômico, o acesso aos medicamentos restou comprometido.

Destarte, como adverte Mônica Steffen Guise (2008, p. 119), a importação paralela se mostra como uma medida “de fundamental importância para a sustentabilidade de políticas nacionais de saúde pública, pois possibilita que haja meios alternativos de acesso a medicamentos mais baratos”.

Nesse contexto, saliente-se que a diferença de preços de medicamentos varia de um país para outro e, em algumas situações, o preço praticado no mercado interno se mostra abusivo em relação ao do medicamento no exterior, consoante ensina Cícero Gontijo:

Tendo a obrigação legal de garantir os tratamentos, o governo sentiu no bolso o abuso dos preços: o Brasil tem aproximadamente 200 mil aidéticos com direito de

¹⁵⁸ Ver o item 3.3.2.8.

receber consultas, remédios e hospital. Há medicamentos que custam R\$ 1 mil por mês, e o governo é obrigado a fornecê-los sem ônus. Como o Ministério da Saúde não tinha mais recursos para sustentar o programa, era preciso encontrar uma maneira de baratear os remédios. Naquela ocasião o economista americano Jeffrey Sachs fez um levantamento e descobriu que, nos Estados Unidos, o coquetel anti-Aids, que é fornecido gratuitamente, fica US\$ 10 mil por pessoa/ano, embora o custo disso para as empresas que produzem os remédios seja por volta de apenas US\$ 500,00 por pessoa/ano (*apud* SILVA, F., 2007, p. 79-80).

Sendo assim, dada a necessidade social de abastecer o mercado interno, o Estado ou terceiros interessados, dentro do período de um ano, previsto pelo art. 74 da Lei nº 9.279/96, estarão autorizados a adquirirem os produtos licenciados até que o início ou o aumento da produção dos bens patenteados consigam atender as necessidades da sociedade.

De acordo com este fundamento jurídico-legal, a quebra de patentes de medicamentos se mostra um meio hábil para a defesa da ordem econômica e a repressão ao abuso de direito, para assegurar à população o acesso ao desenvolvimento tecnológico e aos bens da vida protegidos por patentes.

Não obstante, as medidas tendentes a conter o abuso de poder econômico, o Poder Público ainda poderá utilizar o licenciamento compulsório para a defesa dos interesses técnicos e científicos envolvidos com a patente, quando o desenvolvimento de um novo produto seja comprometido com a proteção de um que lhe antecede.

5.1.2 A quebra de patentes por interesse tecno-científico

Além da possibilidade de intervenções estatais motivadas pela ordem econômica, visando conter os abusos e o equilíbrio do mercado, a patente poderá ter a sua função social técnica não atendida pelo seu detentor.

Deveras, em algumas situações, uma invenção desenvolvida por alguém poderá estar diretamente vinculada a uma outra pertencente a outrem. Sendo assim, teremos que a utilização, a proteção ou exploração desse novo bem ou processo, dito dependente¹⁵⁹, encontra-se submisso à utilização do outro bem ou processo já previamente patenteadado, dito dominante.

Trata-se, pois, como leciona Carla Eugênia Caldas Barros (2004, p. 72), de “um ‘direito de propriedade contido’ pelo direito de propriedade do detentor da patente dominante e também pelas outras propriedades que surgirão, caso sejam desenvolvidos processos e produtos a partir de patente já registrada”.

¹⁵⁹ A Lei nº 9.279/96, no § 1º do art. 70, traz a definição de patente dependente nos seguintes termos: “Para os fins deste artigo considera-se patente dependente aquela cuja exploração depende obrigatoriamente da utilização do objeto de patente anterior”.

Desse modo, o desenvolvimento de uma nova patente se submete a uma autorização a ser concedida pelo titular da patente dominante, o que poderá ocorrer espontaneamente ou não. Neste caso, a proteção conferida pela propriedade industrial promove o conflito entre o direito de propriedade do titular da patente dominante, que poderá impedir a exploração do bem protegido por terceiros e o interesse social no desenvolvimento técnico-científico da patente dependente, obstado pela recusa do titular da patente dominante.

Por conseguinte, ponderando os valores envolvidos com o conflito existente, analisa Carla Eugêncina Caldas Barros (2004, p. 216):

O interesse a ser protegido é o de favorecer a transmissão de conhecimento, a inovação dos conhecimentos e não simplesmente impedir o livre trânsito destas informações. Com o posicionamento do Poder Judiciário, ao proferir julgamento da licença por dependência, o interesse público se apresenta e restabelece o equilíbrio entre as partes envolvidas na transmissão e inovação de tecnologia.

O balanceamento surge como medida ponderada, justa e bem interpretada entre os interesses públicos e privados. Públicos, ao defender princípios constitucionais, e privados, ao garantir a remuneração devida ao detentor da patente dominante.

Por oportuno, registre-se que, como observa a referida autora, o Estado poderá até intervir na propriedade privada, mas deverá resguardar os direitos patrimoniais envolvidos, de acordo com o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, sendo, pois, assegurado ao titular da patente dominante a indenização pela exploração econômica indireta do objeto de sua propriedade¹⁶⁰.

Destarte, uma vez conferida a possibilidade jurídica de atuação estatal sobre a propriedade privada, em defesa da função social da propriedade industrial, o procedimento foi disciplinado pelo art. 70 da Lei nº 9.279/96, que traz consigo a previsão do licenciamento compulsório, em casos de patentes dependentes, nos seguintes termos:

Art. 70. A licença compulsória será ainda concedida quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes hipóteses:

I - ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação a outra;

II - o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior; e

III - o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior.

A partir da análise do texto trazido pela norma jurídica, depreende-se que a intervenção para a concessão do licenciamento compulsório, qualificado de cruzado, em face

¹⁶⁰ Nesse sentido, o Direito prevê a concessão de licenciamento compulsório cruzado, visando tanto assegurar os direitos do detentor da patente dependente em face da patente dominante, quanto da patente dominante em face da patente dependente, como se depreende pela leitura do art. 70 da Lei nº 9.279/96, sobretudo, do seu §3º.

de aperfeiçoamento da propriedade industrial, da patente dominante, não se encontra fundamentada apenas numa simples recusa do seu titular ou na situação de dependência.

Com efeito, para justificar a concessão do licenciamento compulsório, nesta hipótese, além da dependência de uma patente em relação a outra, deverá existir o progresso técnico alcançado com o desenvolvimento deste novo bem ou processo e a impossibilidade de concessão de um licenciamento voluntário por parte do seu titular, esgotadas as vias de negociação.

Ademais, se a possibilidade de uma patente vir a se constituir num entrave ao progresso científico já se mostra algo intolerável para a sociedade, a ponto de se construir um instituto jurídico capaz de sanar este problema, com muito maior razão se mostra a utilidade deste instituto quando o Estado se deparar com a dependência de patentes de produtos ou processos desenvolvidos pelas indústrias farmacêuticas que lidam com a saúde da população.

Deveras, o desenvolvimento científico promovido pelo aperfeiçoamento atinge diretamente a qualidade de vida da população, bem como a vida e a saúde individual ou coletiva, haja vista que o objeto patenteado é destinado justamente a defesas destes bens jurídicos.

Neste caso, a utilização de medicamentos combinados no tratamento de algumas doenças se mostra mais efetivo no controle da enfermidade enfrentada, apresentando resultados melhores para as reações do organismo humano, além de representar uma redução no preço dos custos de produção, o que representa uma dupla vantagem para a aquisição desses produtos, como bem analisa a doutrina:

A associação de dois ou mais medicamentos tem se mostrado uma grande arma da medicina no combate às variadas moléstias. Isto ocorre, principalmente, por quatro motivos: (i) determinado agente infeccioso pode mais facilmente se tornar resistente a um medicamento que a vários de uma só vez (ii) um remédio pode ser utilizado para potencializar o efeito de outro; (iii) um remédio pode ser utilizado para conter um indesejado efeito colateral de outro; ou (iv) dois ou mais efeitos distintos são desejados ao mesmo tempo.

Além dos motivos de ordem bioquímica que justificam a utilização conjugada de medicamentos, há outros fatores político-econômicos que devem ser salientados. Entre eles, pode-se citar a redução do preço de custo do remédio e a facilidade no tratamento. Este último, aliás, é especialmente importante nos casos de populações carentes, que, geralmente, apresentam grandes dificuldades para compreender e seguir prescrições que envolvam múltiplos remédios várias vezes ao dia, como o tratamento da AIDS (ARRUDA ; CERDEIRA, 2007, p. 120).

Doravante, a utilização de medicamentos independentes de forma conjugada, para a produção de novas substâncias, pode aumentar os resultados obtidos pelos pacientes nos tratamentos médicos a que são submetidos, bem como o acesso aos medicamentos, ampliando, assim, a efetivação do direito à saúde.

Todavia, em que pese se mostrar mais vantajosa para a realização dos interesses públicos, o desenvolvimento destas medidas pode não se apresentar tão atrativo aos interesses privados dos laboratórios farmacêuticos, haja vista que a venda conjunta representa uma redução nos lucros obtidos em relação à venda dos medicamentos isolados de forma exclusiva, como alerta a doutrina de Gustavo Favaro Arruda e Pablo de Camargo Cerdeira (2007, p. 121):

O caso exemplar é o do coquetel da AIDS, que é produzido com a utilização de três medicamentos: a Zidovudina (AZT), a Lamivudina (3TC) e a Nevirapina (NVR). Os dois primeiros medicamentos são patenteados para a GlaxoSmithKline e o último para o laboratório Boehringer Ingelheim. Apesar de produzirem, comprovadamente, um resultado melhor quando ministrados conjuntamente, não existe no mercado um comprimido único, com os três componentes. Em razão das patentes existentes, nenhum laboratório poderia produzir o coquetel em um único comprimido sem abrir mão de seus direitos patentes para o titular dos direitos do outro medicamento. Nem mesmo a GlaxoSmithKline e a Boehringer Ingelheim teriam esta licença.

[...]

O mais dramático, neste caso, é que o licenciamento cruzado para a produção do coquetel não interessa financeiramente a nenhum dos dois laboratórios. Na situação atual eles podem negociar, sem concorrência, a venda de seus medicamentos. Havendo um licenciamento cruzado entre os dois laboratórios, para que se permitisse a produção de um novo medicamento resultante da associação fixa entre eles, ambos passariam a concorrer entre si, perdendo a exclusividade de mercado. Os dois laboratórios produziram o coquetel completo, produtos concorrentes, ao passo que, hoje, quem precisa de associação tem de comprar produtos que não encontrem concorrentes.

Porém, a resistência dos laboratórios em autorizar o licenciamento dos produtos patenteados, motivada exclusivamente pelos interesses econômicos envolvidos, não reflete a melhor aplicação da norma jurídica, haja vista que a finalidade da proteção conferida pela patente é permitir uma retribuição pelo desenvolvimento técnico-científico e não o engessamento deste em virtude daquela.

Destarte, impedir o desenvolvimento de um novo medicamento, que promove a melhoria da saúde e do estado da técnica, com base nos interesses exclusivamente econômicos, representa uma distorção da proteção conferida pela propriedade industrial, o que, conseqüentemente, implica num abuso de direito que deve ser contido pelo Estado, uma vez que, assim sendo destinado o bem, o mesmo não estará de acordo com a sua autorização normativa.

Nesse diapasão, ensina Lucas Rocha Furtado (2001, p. 141):

Devemos lembrar que, se de um lado a existência do sistema de patentes constitui evidente incentivo à pesquisa, de outro, enquanto estiver a patente em vigor, qualquer uso que se verifique em relação ao seu objeto constituirá violação do direito do titular, ainda que esse uso implique em sua melhoria. Torna-se, portanto, óbvia a necessidade de instrumentos que permitam, mesmo durante a vigência da patente, o avanço da tecnologia. A própria Constituição Federal, ao assegurar o

direito à propriedade industrial, determina que deverá ser considerado, entre outros aspectos, “o desenvolvimento tecnológico” (CF, art. 5º, XXIX).

A licença compulsória surge, assim, como instrumento capaz de viabilizar o avanço tecnológico sem, no entanto, comprometer o direito do titular. De acordo com esse mecanismo, ao ser concedida licença compulsória ao titular da patente dependente para a exploração do objeto da patente anterior, surge automaticamente para o titular dessa última o direito de obter, por sua vez, licença compulsória de patente dependente. Assim, tanto o titular da patente dependente quanto o da patente anterior poderão explorar a invenção com a melhoria que lhe é introduzida, criando uma concorrência interna, por meio desse mecanismo de licenças cruzadas. De adoção desse mecanismo, apenas benefícios decorrerão para a sociedade e para o desenvolvimento da pesquisa científica.

Por conseguinte, a previsão jurídica do licenciamento compulsório, neste caso, retomando a finalidade social do instituto jurídico em promover o desenvolvimento tecnológico e científico, interfere sobre o direito de propriedade para conciliar os interesses conflitantes.

Desse modo, o proprietário da patente dominante, utilizado no processo de desenvolvimento do novo bem, deverá ser ressarcido na medida da utilização do seu bem; o titular da patente dependente terá assegurado o direito à propriedade, uma vez que o reconhecimento desse direito está submetido ao acesso à propriedade alheia, o que ocorre de forma semelhante ao instituto da servidão da propriedade material e, por fim, a sociedade desfrutará da evolução técnico-científica experimentada com o desenvolvimento de uma nova invenção.

Assim, a quebra de patentes de medicamentos por interesse tecno-científico assegura tanto o direito de propriedade do detentor da patente dependente, quanto o direito à propriedade para permitir a realização dos direitos do titular desta, em face da patente dominante.

Não obstante, a previsão do licenciamento compulsório em defesa dos interesses econômicos e técnico-científicos envolvidos, o Estado ainda poderá intervir na propriedade industrial, motivado pela defesa de interesses sociais envolvidos, oriundos de situações excepcionais.

5.1.3 A quebra de patentes por interesse social

A outra forma prevista pela Lei nº 9.279/96 para promover o licenciamento compulsório é fundada no interesse social, a partir de situações excepcionais que impliquem num comprometimento da defesa nacional ou do interesse público, o que motivará a atuação do Estado sobre a propriedade industrial.

Por conseguinte, de acordo com o posicionamento legal, a quebra de patentes de medicamentos, em decorrência do interesse social, encontra previsão no art. 71 da Lei nº 9.279/96 que assim dispõe:

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

Parágrafo único. O ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação.

Como se pode perceber, este dispositivo trouxe alguns conceitos abertos, a exemplo de defesa nacional, interesse público, necessidade, que precisam ser esclarecidos para a aplicabilidade do instituto do licenciamento compulsório com fulcro nesta previsão legal.

Doravante, com o advento deste artigo, fez-se necessária a sua regulamentação, o que ocorreu, posteriormente, com o Decreto nº 3.201/99, que veio a disciplinar o instituto da licença compulsória, com base no art. 71, assegurando a aplicação da medida em seu art. 2º, nos seguintes termos:

Art. 2º - Poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória de patente, nos casos de emergência nacional ou interesse público, neste último caso somente para uso público não-comercial, desde que assim declarados pelo Poder Público, quando constatado que o titular da patente, diretamente ou através de licenciado, não atende a essas necessidades.

Nesse sentido, registre-se que, para melhor aplicabilidade do art. 71, o próprio Decreto nº 3.201/99 se incumbiu de fornecer a definição das situações de emergência nacional e interesse social, nos dois parágrafos do seu art. 2º, a fim de delimitar a intervenção estatal, restringindo a discricionariedade do Poder Público em face do poder conferido pela Lei nº 9.279/96.

Por conseguinte, no que se refere à primeira definição, pode-se entender por emergência nacional, “o perigo público, ainda que apenas em parte do território nacional” (§1º); enquanto que de acordo com a segunda definição, o interesse público se encontra ligado a determinados assuntos considerados elementares ao direito brasileiro, a exemplo, da saúde (§2º)¹⁶¹.

Sendo assim, uma vez caracterizada a situação em conformidade com os dispositivos legais, sobre a defesa nacional ou interesse público, o Poder Público poderá se valer do uso do

¹⁶¹ De acordo com o §2º, do art. 2º, do Decreto nº 3.201/99: “Consideram-se de interesse público os fatos relacionados, dentre outros, à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como aqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou sócio-econômico do País”.

licenciamento compulsório, dê que o próprio titular da patente se mostre incapaz de, sozinho, atender à demanda excepcional presente na sociedade naquele dado momento.

Logo, a necessidade inserida neste artigo se refere a uma demanda em determinado local do Estado atingida por uma situação excepcional que, em virtude deste acontecimento, impõe a adoção de uma medida para sanar os problemas decorrentes de um estado de necessidade verificado.

Desse modo, a atuação do Estado se encontra voltada à defesa da sociedade que necessita da produção de determinados produtos muito maior que precisaria em condições normais, daí se fazer necessário o licenciamento compulsório para autorizar uma produção industrial paralela para atender a super-demanda instalada.

Em decorrência da motivação do interesse social estar ligada a uma situação excepcional que veio à tona, o licenciamento compulsório com base no art. 71 deverá ser utilizado por tempo determinado ou determinável, de modo que, como bem se depreende pela redação dada pelo parágrafo único deste dispositivo, o termo da medida será prefixado no mesmo ato de sua concessão.

Neste contexto, registre-se que o prazo da vigência do licenciamento compulsório é condição essencial para a sua legalidade, embora possa vir a ser prorrogável (inciso I, do art. 5º, do Decreto nº 3.201/99), quando houver continuidade da situação que lhe motivou, extinguindo-se, assim, depois do tempo estabelecido originalmente, ou mesmo antes, caso a situação que motive a adoção do instituto seja superada pela sociedade antes do termo fixado (art. 12 do Decreto nº 3.201/99).

Além da fixação do prazo, é importante ressaltar que, nestas situações, em que a quebra da patente não se encontra motivada por interesse econômico, por um ato abusivo do seu titular, este deverá ser indenizado, a fim de se repelir a existência do enriquecimento sem causa, levando-se em consideração “as circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, o preço de produtos similares e o valor econômico da autorização” (§2º, do art. 5º, do Decreto nº 3.201/99).

Não obstante, caso o licenciamento compulsório não se mostre eficaz para o atendimento da demanda ensejadora da emergência nacional e do interesse público ou a reprodução pelo licenciado se mostre inviável, admitir-se-á a adoção da importação paralela pelo Poder Público, a fim de sanar a situação (art. 10 do Decreto nº 3.201/99).

Nesse caso, mesmo considerando que a Lei nº 9.279/96 traz o conceito de “necessidade” para motivar a adoção do licenciamento compulsório com base no art. 71, o

mesmo fazendo no inciso II do art. 68, os dois conceitos não se confundem, haja vista possuírem enfoques completamente diferentes.

Com efeito, a necessidade trazida pelo inciso II do art. 68 é formada a partir da perspectiva econômica, em decorrência de uma situação de abuso na utilização da propriedade privada, enquanto que a necessidade do art. 71 é uma perspectiva social em decorrência de uma situação de emergência.

Para melhor esclarecer a situação, impende citar Gabriel Di Blasi (2005, p. 23), que em reflexão sobre o ponto ora apresentado, distingue as duas situações motivadoras do licenciamento compulsório, assim leciona:

Há emergência nacional quando uma utilidade pública ou necessidade prevalece sobre o interesse privado – não se refere a questões de abuso de direito ou de poder. Nesse sentido, vale a pena observar que a emergência nacional é uma questão totalmente subjetiva, constitucional e dependente de vários aspectos, que serão definidos pelo país, o qual terá a liberdade e o direito de determinar as bases de sua caracterização, porém, observando e respeitando as condições mínimas para tal. Tanto as condições previstas nas normas nacionais, como também nas internacionais de acordos dos quais a nação faça parte. Não se pode deixar de apontar e respeitar, entretanto, a importância da proteção patentária para o financiamento da pesquisa desenvolvida pela indústria farmacêutica, pois a incumbência desse é promover a pesquisa e o desenvolvimento de medicamentos inovadores, cujo objetivo é salvar vidas e valorizar o bem-estar da pessoa humana.

Por conseguinte, comparando os fundamentos ensejadores do licenciamento compulsório em conformidade com os dois artigos da Lei nº 9.279/96, percebe-se que a finalidade da intervenção do Estado na propriedade privada é diversa nos dois casos, pois, nos termos do art. 68, II, a atuação estaria mais próxima a uma medida de controle de preços, enquanto que, nos termos do art. 71, seria mais próxima ao abastecimento do mercado, em que pese não serem utilizadas com finalidade comercial¹⁶².

Tratando-se especificamente sobre patentes de medicamentos, esta modalidade de licenciamento compulsório se mostra bastante relevante, haja vista que o desenvolvimento de determinadas enfermidades poderão comprometer à saúde e até mesmo a vida de um grande número de pessoas, adentrando na conceituação do interesse público trazida pela norma jurídica (§2º, do art. 2º, do Decreto nº 3.201/99).

Nesse sentido, a quebra de patentes de medicamentos por interesse público, trazida pelo Decreto nº 3.201/99 forneceu subsídio legal para o Brasil, que se valendo da regulamentação dada por esta norma jurídica, decretou o licenciamento compulsório de dois medicamentos, para subsidiar o Programa Nacional de DST/AIDS, através do Decreto nº 6.108/2007.

¹⁶² Conforme item 2.6.3

Segundo este diploma legal, a exploração dos medicamentos, através do licenciamento compulsório ocorrerá pelo prazo de cinco anos, podendo ser prorrogado por igual período (§1º, do art. 1º), sendo estabelecida a remuneração ao titular da patente em valor correspondente a 1,5% sobre o custo do medicamento produzido e acabado (art. 2º)¹⁶³.

Embora o Brasil já tenha ameaçado quebrar a patente dos medicamentos utilizados no combate à AIDS, em outras ocasiões, para reduzir o preço dos mesmos, saliente-se que esta medida tem cunho diferenciado, uma vez que foi motivada pelo interesse público e não pelo econômico.

Desse modo, o motivador da intervenção do Estado na patente de medicamentos com o Decreto nº 6.108/2007 foi o controle da doença no país, através do fortalecimento do programa brasileiro e não a redução do seu custo do medicamento, para que o mesmo esteja mais acessível ao mercado consumidor.

Deveras, caso assim não fosse, a norma jurídica não poderia levar em consideração o art. 71, da Lei nº 9.279/96, e o Decreto nº 3.201/99, mas sim o inciso II do art. 68, embora, é claro, não se possa negar que a medida apresenta repercussão na seara econômica.

Nesse sentido, ressalte-se que a adoção do licenciamento compulsório pelo Brasil para o subsídio do programa de combate à AIDS tem repercussão não somente para a saúde pública nacional, melhorando a qualidade de vida da população¹⁶⁴, mas também a nível internacional, uma vez que tanto o programa brasileiro é referência para diversos outros países no mundo, quanto o posicionamento em consonância com o TRIPS apenas promove maior segurança das relações de propriedade industrial a nível mundial.

Sendo assim, a quebra de patente de medicamentos se apresenta como um importante instrumento de defesa do direito à saúde, uma vez que assegura o fornecimento de medicamentos à população que deles necessite, por força de uma situação urgente e emergencial.

¹⁶³ Nesse sentido, em comentário a remuneração estipulada pelo decreto, José Carlos Loureiro da Silva (2008, p. 4343) assim se manifesta: “[...] o Brasil continuará respeitando a patente, com o pagamento de royalties à empresa: deverá repassar à Merck 1,5% sobre o valor da importação do fármaco similar ao Stocrin, exigência essa que consta do acordo TRIPS, de propriedade intelectual, da OMC, para os casos de licenciamento compulsório em situações de emergência nacional ou interesse público”.

¹⁶⁴ Em arrimo ao posicionamento que ressalta a importância do programa brasileiro de combate à AIDS, seja em saúde individual ou coletiva, Francisco Viegas Neves da Silva (2007, p. 79), assim afirma: “A política de acesso universal a medicamentos no Brasil gerou benefícios inequívocos, tanto no âmbito coletivo (ao reduzir a infectividade das pessoas vivendo com HIV/Aids, contribuindo para o controle da epidemia), como no individual (ao determinar aumentos substanciais da sobrevida e da qualidade de vida de pessoas com a mesma moléstia)”.

Após a análise das situações que ensejam a intervenção estatal na propriedade privada, por meio da quebra de patentes de medicamentos, faz-se necessária a análise do procedimento previsto para a concretização do instituto jurídico no direito brasileiro.

5.2 Os procedimentos para a quebra de patentes

A realização da quebra de patentes, além ser possível em determinados casos previstos por lei, consoante analisados anteriormente, também precisa ser realizada em conformidade com os procedimentos previstos por lei, a fim de que a sua concretização seja marcada pelo respeito aos direitos constituídos pelo titular da patente.

Destarte, o licenciamento compulsório, em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, poderá ocorrer administrativamente, quando as questões referentes ao tema sejam analisadas pelo órgão administrativo responsável, no caso, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial; ou judicialmente¹⁶⁵, quando, por qualquer motivo, as partes envolvidas busquem a tutela jurisdicional para dirimir os conflitos existentes que culmina com a quebra da patente, dado o respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade¹⁶⁶ do Poder Judiciário, previsto no inciso XXXV¹⁶⁷, do art. 5º da Carta Magna de 1988 e do devido processo legal¹⁶⁸, nos termos do LIV¹⁶⁹ do mesmo artigo, em ambas as esferas¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Diante da possibilidade de uma apreciação judicial, em conformidade com o princípio do devido processo legal em sentido material, ensina Fredie Didier Júnior (2009, p. 35): “O magistrado, para resolver o conflito, haverá de avaliar qual das normas constitucionais, no caso concreto, deve prevalecer – como não se pode resolver a tensão pelo princípio da hierarquia das normas, pois advindas da mesma fonte, o juiz pondera os interesses em jogo, limitando a aplicação de um dos conflitantes em detrimento da do outro, de modo a delimitar o seu alcance. Serve, este método de desenvolvimento do direito, ‘para delimitar, umas em relação às outras, as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito ficou em aberto’. Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após, submeterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção”.

¹⁶⁶ Em conformidade com a lição de Alexandre Freitas Câmara (2002, p. 42), este princípio consiste no controle judicial, segundo o qual: “[...] fica assegurado a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o acesso aos órgãos judiciais, não podendo a lei vedar esse acesso”.

¹⁶⁷ De acordo com o citado dispositivo: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁶⁸ Segundo ensina Fredie Didier (2009, p. 38), analisando este princípio sob sua vertente formal: “[...] o devido processo legal em sentido formal é, basicamente, o direito a ser processado e a processar de acordo com as normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitar aquele princípio. Os demais princípios processuais são, na verdade, decorrência dele [...]”.

¹⁶⁹ Segundo este dispositivo: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹⁷⁰ Nesse sentido, leciona Patrícia Aurélia Del Nero (2004, p. 193): “[...] o agente competente para avaliar o pedido de licença compulsória (sua procedência ou não), bem como manifestar-se acerca da capacidade técnica do pretendente na exploração, é o INPI, na esfera administrativa, sendo que, uma vez frustrada a expectativa do pretendente, o canal competente é, em última instância, o Poder Judiciário, em face da aplicação do princípio constitucional da universalidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição

No caso do processo judicial, o procedimento seguirá as disposições trazidas pelo Código de Processo Civil referentes ao processo ordinário, bem como os princípios processuais abrangidos pelo sistema brasileiro.

No caso do processo administrativo, o procedimento de licenciamento compulsório deverá atender as normas previstas na própria Lei nº 9.279/96, não obstante estar o Poder Público obrigado a adoção das disposições da Lei nº 9.784/99 que regula o processo administrativo na Administração Pública Federal.

Nesse sentido, ressalte-se que, de acordo com este diploma específico do processo administrativo federal, lei posterior a de propriedade industrial, ao longo das etapas procedimentais previstas pela lei, deverão ser observados os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 2º, da Lei 9.784/99).

O procedimento administrativo poderá ser iniciado a requerimento do interessado quando o licenciamento compulsório fundado nos arts. 68 e 70 da Lei nº 9.279/96 ou de ofício pelo Poder Público quando estiver fundado no art. 71 do mesmo diploma legal.

Em ambas as situações, registre-se que o interesse de agir¹⁷¹ processual (administrativo ou judicial), estará diretamente ligado à capacidade técnica e econômica¹⁷² do demandante em produzir o bem patenteado, pois sem o qual o requerimento, sendo procedente, não apresentará resultado prático.

No caso do processo ser iniciado a requerimento do interessado, o pedido inicial deverá estar acompanhado de todos os documentos que comprovem o motivo da solicitação

Federal). Nesse caso, não se trata, propriamente, de uma omissão da lei, mas de uma prescrição normativa implícita. O que procede quanto à crítica é que a legislação projetada é omissa, não dizendo respeito à efetiva exploração da patente pelo licenciado, compulsoriamente, pois, do contrário, o instituto restaria inócuo, ineficaz”.

¹⁷¹ Nesse sentido, a doutrina processualista de Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 56) sintetiza ensinando que: “[...] O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da *necessidade* de se obter através do processo a proteção do interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual ‘se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais’”. Portanto, para ser necessária a chancela do pedido de licenciamento compulsório, o requerente deverá comprovar que possui condição de produzir o bem, de sorte que sem esta demonstração não há que se falar em prejuízo.

¹⁷² No que se refere à capacidade técnica e econômica do Poder Público, Denis Borges Barbosa (2002) comenta: “Argüem alguns que a capacidade técnica implicaria em que o licenciante tivesse pleno domínio da tecnologia necessária, descabendo assim qualquer aporte por parte do inventor. Tal regra de legitimidade não impede, a nosso ver, o Poder Público de postular a licença para o seu uso, ainda que tal outorga presuma o sublicenciamento a terceiros, mediante contratação direta ou licitação, para suprimento dos bens ou serviços licenciados compulsoriamente. O sentido da regra legal é que o licenciamento deva resultar num uso efetivo da patente de acordo com os seus pressupostos legais. A capacidade técnica e econômica a que se refere a lei deve ser entendida, pelo menos em face ao Poder Público, como própria ou delegada”.

da quebra da patente e das condições que serão ofertadas ao titular da patente para a exploração do bem (art. 73, *caput*, §1º e §2º, da Lei nº 9.279/96).

Doravante, após a apresentação do requerimento perante o INPI, o licenciado deverá ser intimado para se manifestar no prazo de sessenta dias, sob pena de, em não o fazendo, ter como aceita a proposta de licenciamento nos termos do pedido inicial (§1º do art. 73, da Lei nº 9.279/96).

Em caso de contestação, o INPI poderá realizar diligências para dirimir as controvérsias ou formar comissão com peritos para que o montante da remuneração seja arbitrado, considerando o valor econômico do bem (§3º e §6º, do art. 73, da Lei nº 9.279/96).

Superada a fase instrutória do processo administrativo, o INPI possui o prazo de sessenta dias para decidir sobre o pedido de licenciamento compulsório, seja para resolver a procedência ou improcedência do requerimento vestibular ou, em caso de procedência, para fixar as condições em que o mesmo ocorrerá (§7, do art. 73, da Lei nº 9.279/96).

Uma vez decidido, a parte que se sentir prejudicada com o resultado poderá recorrer à instância administrativa superior com o recurso administrativo sendo recebido, apenas, no seu efeito devolutivo (§8º, do art. 73, da Lei nº 9.279/96).

Por outro lado, no caso do processo administrativo ter início de ofício, quando o próprio Poder Público estiver interesse processual na quebra de patentes, a Administração Pública deverá adotar procedimento específico quando a urgência da situação imponha a necessidade de uma maior celeridade em detrimento dos prazos processuais previstos em lei, conforme fora regulamentado pelo Decreto nº 3.201/99¹⁷³.

Todavia, a celeridade nestes casos não justifica a supressão de direitos e garantias conferidos aos processos em geral, mas somente redução dos prazos e dos procedimentos, a fim de dar uma resposta mais rápida e condizendo com uma necessidade social que requer uma resposta com urgência por parte do Estado.

Por fim, registre-se que, em algumas hipóteses, pode-se admitir que a Administração Pública venha a requerer a quebra de patentes com base nos arts. 68 e 70 quando estiver

¹⁷³ Segundo autoriza o art. 7º deste diploma legal: “No caso de emergência nacional ou interesse público que caracterize extrema urgência, a licença compulsória de que trata este Decreto poderá ser implementada e efetivado o uso da patente, independentemente do atendimento prévio das condições estabelecidas nos arts. 4º e 5º deste Decreto”. Considerando que os mencionados dispositivos se referem, respectivamente, a constatação de impossibilidade do titular da patente de atender à situação emergencial que se encontra a sociedade e a fixação do prazo de vigência e da remuneração pelo licenciamento compulsório, percebe-se que o Estado visa, com esta medida, encurtar o prazo em que ocorrem os trâmites processuais, referentes aos estudos e avaliações que precedem a quebra de patentes para possibilitar um ingresso mais rápido na execução da medida, a fim de evitar ou minimizar as suas conseqüências.

atuando no mercado em atividade econômica, em consonância com o art. 173 da Constituição Federal de 1988.

Em todas as hipóteses, porém, o procedimento a ser adotado para a quebra de patentes de medicamentos deverá estar voltado à realização de direitos, pois deverá oportunizar o direito de defesa ao titular da patente, a fim de que a decisão final esteja pautada nos princípios constitucionais e processuais do Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, após analisadas as etapas necessárias para a realização do licenciamento compulsório do bem patenteado, faz-se necessária a análise de quais as conseqüências jurídicas advindas com a adoção desta medida de intervenção na propriedade privada dos medicamentos, no direito brasileiro.

5.3 As conseqüências jurídicas da quebra de patentes

Após a decisão pela procedência do pedido de licenciamento compulsório, tendo este seguido todos os ditames legais previstos pelo direito brasileiro, a decisão estará apta a produzir os seus efeitos jurídicos e legais, dentre os quais, a desconstituição de uma relação jurídica existente entre o titular, o bem e terceiros que permite a exploração com exclusividade do bem patenteado.

Doravante, uma vez encerrada esta condição de monopólio do titular da patente, a possibilidade de exploração do bem por terceiros implica em duas conseqüências jurídicas diretas sobre o direito de propriedade, que são a possibilidade de exploração paralela em regime de concorrência e o enriquecimento sem causa daquele que faz uso da patente.

Em se tratando de patentes de medicamentos, o resultado da produção e da reprodução paralela da substância patenteada, em regime de concorrência, é denominado de remédio genérico, ao passo que o enriquecimento sem causa é fator gerador do direito a uma indenização ao titular da patente, em virtude ao empobrecimento pela apropriação do bem protegido pelo novo explorador.

Sendo assim, faz-se necessário estudar as conseqüências advindas com a adoção da quebra de patente aos medicamentos no ordenamento jurídico brasileiro, seja sob a perspectiva de autorização da produção de remédios genéricos, seja sob a perspectiva de reparação em virtude dos prejuízos sofridos pelos titulares do bem patenteado.

5.3.1 A produção de medicamentos genéricos

A primeira conseqüência da quebra de patentes de medicamentos é a ruptura da relação jurídica de proteção, em relação ao bem patenteado, que assegura ao seu titular o

direito à exploração exclusiva do objeto da propriedade industrial, de modo a permitir a existência de produção da mesma substância de forma paralela.

Destarte, uma vez afastada a proteção jurídica conferida pela patente, a substância patenteada do medicamento poderá ser produzida e reproduzida por um outro laboratório, público ou privado, que atenda as condições exigidas por lei.

Neste caso, a exploração paralela do bem patenteado poderá ocorrer com fundamento no art. 68, quando o interessado apresente requerimento, judicial ou administrativo, e demonstre o abuso de direito previsto neste dispositivo, além da capacidade de produzir o bem patenteado ou o Estado, de forma subsidiária, quando se encontre presente fundamento de atuação na regulamentação da ordem econômica, sem que a iniciativa privada se apresente para a regulamentação do mercado.

Por outro lado; no caso do art. 71, a exploração da substância patenteada poderá ocorrer diretamente pelo Poder Público, por meio de seus laboratórios ou através de laboratórios privados, após atos de autorização, permissão, concessão ou convênio, com finalidade específica, nos quais o Estado transferirá a responsabilidade pela exploração à iniciativa privada (art. 9º, do Decreto nº 3.201/1999).

Ao medicamento produzido fora dos limites da exclusividade da patente, qualifica-se de genérico que, consoante definição trazida ao direito brasileiro, através da Lei nº 9.787, que inseriu o inciso XXI do art. 3º da Lei nº 6.360/76, que assim descreve:

XXI – Medicamento Genérico – medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI¹⁷⁴;

Assim, o medicamento genérico é justamente uma via alternativa para a produção do fármaco, na qual um terceiro se utiliza os conhecimentos desenvolvidos pelo inventor para a produção e reprodução da mesma substância.

¹⁷⁴ A compreensão do inciso XXI deste dispositivo depende de outras trazidas pelo mesmo artigo, como medicamento similar (inciso XX), entendido como: “Aquele que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresenta a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica, e que é equivalente ao medicamento registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículo, devendo sempre ser identificado por nome comercial ou marca”; medicamento de referência (inciso XXII): “Produto inovador registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária e comercializado no País, cuja eficácia, segurança e qualidade foram comprovadas cientificamente junto ao órgão federal competente, por ocasião do registro” e produto farmacêutico intercambiável (inciso XXIII), sendo este: “Equivalente terapêutico de um medicamento de referência, comprovados, essencialmente, os mesmos efeitos de eficácia e segurança”.

A introdução do medicamento genérico no mercado consumidor apresenta como consequência a maior oferta do produto à disposição dos consumidores, o que tanto implica numa redução de preços¹⁷⁵ dos mesmos, quanto um maior acesso dos indivíduos aos medicamentos, viabilizando os tratamentos médicos.

Nesse sentido, considerando o reflexo imediato da introdução do medicamento genérico no preço de mercado, analisa Antônio Fonseca (2001, p. 197):

Os medicamentos genéricos são produtos substitutos. Sua introdução no mercado amplia o poder de escolha dos consumidores e a competição. A produção e a comercialização desses remédios bem como os medicamentos de marca ou de referência são uma prática comum em países industrializados. Nos Estados Unidos, 72% do receituário médico correspondem aos remédios genéricos, cuja indústria teve origem na década de 1960. A OMS (Organização Mundial de Saúde) defende a difusão de seu uso como estratégia para reduzir os preços de medicamentos. Os Estados Unidos, Japão e Alemanha juntos produzem 60% da produção mundial [...].

Em contrapartida a maior difusão do acesso aos medicamentos à população, que proporciona um maior benefício ao indivíduo que deverá seguir o tratamento médico, controlando a enfermidade e assegurando o seu direito à saúde, esta mesma acessibilidade apresenta o inconveniente de possibilitar o surgimento de um maior consumo que, inclusive, possa superar a necessidade do indivíduo.

Destarte, o controle da saúde da população não se resume à maior produção e distribuição de medicamentos, através do licenciamento compulsório pelo Estado, será necessário que esta medida venha acompanhada de um maior controle sobre a comercialização e recomendação do uso dos fármacos, como adverte a lição de Orlando Soares (1991, p. 656):

[...] o que predomina no sistema capitalista é o estímulo ao consumo abusivo de medicamentos, a automedicação, em larga escala, produzida com isso numa sociedade *superintoxicada*, que alimenta a ganância incontrolável de uma indústria de medicamentos milionária [...].

¹⁷⁵ Em análise sobre o reflexo nos preços dos medicamentos com a entrada de produtos genéricos, conclui Marislei Nishijima (2008, p. 204) em artigo publicado que: “Os resultados deste artigo apontam para uma queda nos preços dos medicamentos de marca que se tornaram referência em resposta à entrada dos genéricos em seus respectivos mercados. Além disso, sugerem que os preços dos medicamentos de referência são sensíveis negativamente ao aumento do número de genéricos em seus mercados. Estas tendências são particularmente interessantes do ponto de vista do bem-estar da sociedade brasileira, pois se os preços dos medicamentos de marca se reduzem como resposta ao aumento da concorrência, então, tende a ocorrer uma queda no custo de tratamento de males ou doenças e conseqüentemente uma melhora para os consumidores”. Analisando a redução de preço de forma mais prática, José Carlos Loureiro da Silva (2008, p. 4340) cita o seguinte exemplo: “[...] o diclofenaco sódico, remédio genérico, custa R\$ 7,44. Já o Voltaren, remédio de referência, com o mesmo número de comprimidos (20), com a mesma dosagem (50 mg) e que não é outra coisa senão o próprio diclofenaco sódico, custa R\$ 14,34, ou seja, o dobro do seu genérico. E essa enorme diferença ocorre porque inexistem no caso os alegados gastos com pesquisas para a descoberta do fármaco, o prazo de validade da sua patente já se exauriu e também porque não existirão os excessivos custos com publicidade feita pelas indústrias, já que para os genéricos são empregados somente o nome do princípio ativo”.

Da mesma forma, o uso excessivo do licenciamento compulsório, sob a assertiva de redução dos preços dos produtos disponibilizados no mercado, deve ter a sua utilização pautada na razoabilidade, haja vista que sua utilização descompensada também se constitui em abuso:

O abuso na atualização do licenciamento compulsório é tão ilícito quanto o preço exorbitante praticado pelos laboratórios internacionais. A quebra irrestrita de patentes traz riscos à própria saúde pública nacional, com a diminuição de investimento no território brasileiro e conseqüente queda no aparecimento de novas drogas para mazelas locais (FIGUEIREDO, 2008, p. 219).

Nesse sentido, a quebra de patente de medicamentos, além de diminuir o preço e aumentar a demanda de produtos no mercado, também traz repercussões econômicas ao titular do bem patenteado que, em decorrência dos prejuízos advindos com o encerramento da exploração exclusiva da propriedade industrial, faz jus ao recebimento de uma indenização correspondente ao prejuízo experimentado.

5.3.2 A indenização do titular da patente

A despeito da existência do interesse coletivo em suprir a rede pública com os medicamentos para o controle de doenças e aumentar o acesso da população aos fármacos, vale dizer que o ônus para a sustentação desta medida não pode recair exclusivamente sobre a iniciativa privada, detentora do direito de patente, mas deve ser assumido por toda a coletividade (MEIRELLES, 2001).

Com efeito, o fomento da saúde pública é de responsabilidade do Estado e não da iniciativa privada, que utiliza do resultado econômico da produção científica para obter um retorno aos investimentos realizados e para reinvestir em novas pesquisas para o desenvolvimento de novos produtos.

Doravante, dada a injustiça da situação apresentada, a ciência jurídica repudia a existência de tais fatos, buscando equilibrar os interesses a partir do instituto jurídico do enriquecimento sem causa, conforme ensina José Roberto de Castro Neves (2006, p. 106):

O direito não tolera que alguém receba vantagem, obtendo acréscimo patrimonial em detrimento de outrem sem uma causa jurídica. Isto é, por meio de um ato que não seguiu uma estrutura econômico-social reconhecida pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o negócio sem causa não receberá reconhecimento jurídico, porquanto o ato não estará cumprindo a sua função social. Assim, se alguém, paga algum valor a outrem indevidamente, o ordenamento entende que esse enriquecimento, sem uma causa jurídica justificável lhe é contrário, impondo a quem recebeu a vantagem indevida que a restitua e, com isso, promova o re-equilíbrio patrimonial.

Por força disso, em decorrência da quebra de patente, em que a propriedade privada sofreu interferência estatal para atender ao interesse de toda a sociedade, o Estado, em nome

desta sociedade beneficiada com a medida, deve arcar com os custos advindos pelo benefício proporcionado e ressarcir o titular da patente pelos eventuais prejuízos e lesões sofridas.

Trata-se, pois, da aplicação do princípio do direito privado de vedação do enriquecimento sem causa, que “busca remover do patrimônio os acréscimos, obtidos direta ou indiretamente às custas de outrem” (MONSON, 2003, p. 9).

Amiúde, o enriquecimento sem causa pode ser caracterizado como a presença de três requisitos: primeiro, o enriquecimento decorrente do aumento patrimonial de uma pessoa que, no caso em análise, consiste na apropriação do bem patenteado; segundo, às custas de outrem, o que equivale dizer que o ônus pelo enriquecimento foi arcado por alguém e terceiro, inexistência de causa, o que significa dizer que a transferência patrimonial não se encontra abrigada por nenhum dispositivo que preveja a existência de uma relação obrigacional entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro¹⁷⁶.

Destarte, uma vez que o Poder Público, ao utilizar do instituto da licença compulsória para conseguir a produção de um determinado bem, sem que sejam pagos os *royalties* a quem de direito, estar-se-á diante do enriquecimento sem causa que precisa ser compensado pelo direito a partir da reparação dos prejuízos gerados, que consiste numa “reposição natural, como se a lesão não tivesse ocorrido ou a indenização, mediante o pagamento em dinheiro de uma soma como forma compensatória do prejuízo” (NANNI, 2004, p. 331).

Nesse contexto, a exploração do bem patenteado paralelamente ao direito conferido ao seu titular, que deixará de produzir e comercializar o bem com exclusividade, resultará em prejuízos financeiros ao detentor da patente que precisarão ser ressarcidos pelo Poder Público beneficiário da medida, independentemente de agir o Estado de acordo com a lei, em defesa de um interesse legítimo¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Nesse sentido, em análise ao direito brasileiro, encontra-se a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2004, p. 366): “No sistema brasileiro, o enriquecimento sem ilícito traduz a situação em que uma das partes de determinada relação jurídica experimenta injustificado benefício, em detrimento da outra, que se empobrece, inexistindo causa jurídica para tanto. É o que ocorre, por exemplo, quando uma pessoa de boa fé, beneficia ou constrói em terreno alheio, ou, bem assim, quando paga uma dívida por engano. Nesses casos, o proprietário do solo e o recebedor da quantia enriqueceram-se ilicitamente às custas de terceiro”. Mais adiante, observam ainda que: “[...] o instituto se aplica não só quando não tenha havido causa que justificasse o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir, conforme expressamente previsto pelo art. 885 do CC-02 (sem equivalente no CC-16). Imagine-se, por exemplo, a hipótese do sujeito que, durante anos, auferiu determinada renda proveniente do usufruto constituído em seu favor. Findo o direito real de usufruto – que, como se sabe, é essencialmente temporário –, não poderá continuar se beneficiando com a renda, considerando que a causa que justificava a percepção deixou de existir” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2004, p. 367).

¹⁷⁷ Segundo se posiciona o magistério de Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 494): “Responde pela reparação aquele que, procedendo em *legítima defesa* ou no *exercício regular de um direito*, danificar a coisa alheia; igualmente sujeito está a reparar o dano causado o que é levado a danificar a coisa alheia em *estado de necessidade*; isto é, para remover perigo iminente. Segundo a noção mais exata, e já tantas vezes repetida, pressupõe o ato ilícito uma conduta contrária à ordem jurídica, e é claro que o procedimento daquele que se

Entretanto, para a melhor aplicação da norma jurídica para restabelecimento da situação anterior, saliente-se que não será toda e qualquer realização da licença compulsória que implicará no ressarcimento aos titulares das patentes, haja vista que a reparação pressupõe a existência de uma lesão¹⁷⁸.

De fato, a intervenção do Estado na propriedade privada, em tese, resulta na indenização do seu titular, mas quando a propriedade não seja usada em conformidade com a sua função social, sendo destinada de forma abusiva e nociva à sociedade, incorrendo o titular em alguma conduta delitativa, não há que se falar em direito à indenização, pois a intervenção foi direcionada à sanção da propriedade, não podendo esta ser voltada à torpeza do seu detentor.

Sendo assim, em sede de propriedade industrial, encontrar-se-á prejudicada a indenização do titular quando a quebra de patentes seja determinada pelo abuso de poder econômico, nas hipóteses trazidas pelo art. 68 da Lei nº 9.279/96, conjugada com os crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei nº 8.884/94, sobretudo, quando verificada a não exploração do bem pelo detentor da patente, no caso da produção ser inferior à necessidade do mercado, em que o proprietário, em verdade, não sofre prejuízo com a produção ou a importação paralela ou, o prejuízo decorreu do restabelecimento da ordem econômica perante um abuso praticado pelo titular (ato ilícito), devendo assim ser suportado por este.

Se, contudo, não houver a prática da conduta delitativa pelo titular da patente, haverá o direito à percepção de uma indenização, que deverá ser proporcional ao trabalho realizado para o desenvolvimento do bem, pois a licença compulsória não poderá ser utilizada como forma de usurpação da propriedade privada, ficando, assim, adstrita ao desenvolvimento do bem imaterial a ser utilizado, não estando, pois, relacionada à produção verificada com o mesmo, sob pena de se beneficiar à torpeza.

Neste caso, tratando-se de não exploração, não parece correto que a inércia do titular permita uma colaboração relacionada à produção do bem quando, intencionalmente, venha o titular a dar azo ao não cumprimento da lei. Da mesma forma, na produção insuficiente,

defende ou do que exercita um direito seu, como de quem pretende impedir que se consume o perigo, não se pode tachar de contraveniente à norma social de conduta. Não obstante, a obrigação de ressarcir o dano causado existe, sob fundamento de que no conflito de dois direitos, o titular daquele socialmente mais valioso poderá sacrificar o outro, desde que se detenha no limite do razoável, mas nem por isto se exime de reparar o dano causado. Não há culpa no que se defende, ou no que necessita de remover perigo iminente. Mas há reparação e, portanto, responsabilidade sem culpa, se o agente exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo (Código Civil, art. 188 e seu parágrafo único)”.

¹⁷⁸ Nesse sentido, ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 3): “Responsabilidade para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico – de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados”.

quando dolosamente provocada pelo seu titular, não gerará direito ao recebimento de qualquer importância referente ao que for produzido paralelamente. A indenização nestas duas hipóteses deverá ficar adstrita ao desenvolvimento do bem patenteado, não aos proventos decorrentes de sua produção, haja vista a conduta abusiva dos titulares.

Todavia, verificando-se o licenciamento compulsório para o atendimento de uma situação excepcional, a fim de atender o interesse social, com fulcro no art. 71 da Lei nº 9.279/96, o direito ao recebimento de uma indenização se torna claro ao titular da patente.

Com efeito, as situações emergenciais que fundamentam a adoção do licenciamento compulsório com base no art. 71 não prevêem uma atuação estatal com função sancionadora.

Pelo contrário, nestas situações, o exercício da propriedade e dos direitos inerentes à mesma atende aos ditames da função social, contudo, em decorrência de um perigo iminente, a necessidade social requer uma alteração no sistema de produção ou de distribuição do bem patenteado, de modo que o Poder Público se vale da intervenção na propriedade privada, de acordo com o interesse social, para a utilização do bem de forma diversa.

Nesse diapasão, conforme analisado preteritamente, o direito brasileiro, através do Decreto nº 6.108/07 que trouxe a quebra de patentes de medicamentos, visando a remuneração do seu titular, economicamente prejudicado com a adoção medida, nos termos do art. 2º, fixou a indenização em 1,5% sobre o valor do bem produzido e acabado.

Trata-se, assim, de uma medida reparadora ao titular da patente, haja vista que, com o licenciamento compulsório para implementação do programa brasileiro de combate à AIDS, o medicamento passa a ser fornecido gratuitamente, indistintamente, aos soropositivos, o que vem a comprometer a aquisição do medicamento no mercado pelos seus consumidores em potencial e proporcional ao benefício, pois a reparação será ligada à fabricação do medicamento compulsoriamente licenciado.

Por conseguinte, a adoção da quebra de patentes de medicamento não deve ser vista apenas sob o seu foco dos benefícios sociais proporcionados pelo maior acesso dos medicamentos patenteados a quem deles necessite, mas também sob o ponto de vista do titular da patente que não pode, simplesmente, ser expropriado, como se tivesse, sozinho, a obrigação de promover o bem-estar social.

Destarte, é preciso também pensar a medida, considerando as suas conseqüências jurídicas para a sociedade, pois a sua adoção é meio excepcional de intervir na propriedade privada, não podendo ser utilizada como um meio de suprimir o processo de apropriação, desrespeitando o direito de propriedade e desestimulando o progresso tecnológico, mas tão-

somente como um meio de atender às necessidades sociais e harmonizar os interesses envolvidos nas relações humanas.

6. CONCLUSÕES

Durante o desenvolvimento do presente trabalho, com a análise dos temas propostos, desde a propriedade material até o desenvolvimento e reconhecimento de proteção jurídica da propriedade imaterial, na qual se inseriu a propriedade industrial, em especial a de medicamentos, ora estudada, foi possível se verificar algumas ilações.

1. A existência da propriedade privada acompanha a própria história das sociedades humanas quando estas abandonaram o estilo de vida nômade e passaram a se fixar em determinado local e buscar nele a sua sobrevivência.

2. Doravante, a fixação humana em determinado local implicou no desenvolvimento de medidas para disciplinar e regulamentar o uso dos bens existentes, a fim de se evitar possíveis conflitos entre os indivíduos. Nesse contexto, a propriedade privada, em especial de terras (bens materiais), inicialmente vistas como símbolo de poder e de *status*, passou a representar a riqueza humana e atrair a atenção do direito que, em busca da harmonização das relações sociais, promoveu maiores avanços sobre o seu conhecimento.

3. Com o passar dos anos, porém, e com as mudanças sociais e econômicas enfrentadas pelas sociedades, a propriedade privada passou a ser reconhecida a partir de sua capacidade de gerar riquezas aos seus detentores, em face de um sistema de produção voltado à obtenção do lucro e da circulação de bens, de modo que, a ciência jurídica, então, começa a encarar a propriedade privada como um elemento que possibilite a geração de riquezas, reconhecendo, assim, às criações humanas a condição de bens imateriais (intelectuais), passíveis de apropriação humana, a fim de conferir aos seus detentores o retorno condizente com o benefício social proporcionado.

4. Todavia, somente o reconhecimento da propriedade privada para o exercício do seu titular, seja ela material ou imaterial, não foi suficiente para se dirimir os conflitos existentes na sociedade, uma vez que o direito de propriedade em si não era suficiente para atender aos anseios sociais do século XIX, que impunham também o direito à propriedade, o que lhe implicou na perda do poder de abusar e inseriu, dentre os seus princípios norteadores, a função social da propriedade privada, a fim de que o Estado reconheça a sua utilização condizente com os interesses sociais, devendo, assim, serem conciliados os interesses públicos e privados, com o uso do bem por parte do seu detentor, sob pena de o Estado intervir na propriedade para promover a sua utilização considerada adequada aos fins sociais.

5. Em se tratando de patentes farmacêuticas, a conciliação de interesses públicos e privados ganha grande relevância, haja vista que, de um lado, portam-se os interesses dos investidores dos laboratórios farmacêuticos, que aplicam grandes quantias de dinheiro no

desenvolvimento de novas substâncias para combaterem as enfermidades que atingem o mundo e vêm na patente um mecanismo capaz de garantir o retorno aos investimentos. Porém, por outro lado, posiciona-se, a população, que necessita do acesso aos medicamentos, a fim de se permitir que o doente, nem sempre em condições de arcar com este ônus, obtenha o tratamento médico mais eficaz contra a sua enfermidade, assegurando, assim, a defesa de direitos essenciais, como a saúde e a vida.

6. Diante deste conflito de interesses, a propriedade industrial ora passa a ser vista como um direito essencial para a garantia do progresso técnico e científico e do retorno financeiro aos investimentos realizados pela indústria farmacêutica, estimulando o surgimento de novas drogas, ora passa a ser vista como o alçó da saúde pública, na medida em que os altos preços cobrados no mercado comprometem o sucesso de programas de saúde pública e o acesso da população a medicamentos.

7. Sendo assim, na busca pela defesa da propriedade industrial e dos interesses econômicos decorrentes dela, os laboratórios farmacêuticos se apegam aos governos dos países desenvolvidos, em especial o dos Estados Unidos, historicamente mais envolvidos nestas questões, a fim de celebrarem acordos e compromissos internacionais de proteção dos direitos de patentes, a exemplo do TRIPS, acordo firmado entre muitos países para o estabelecimento de padrões mínimos de proteção internacional das patentes e ainda pressionarem os possíveis infratores com duras medidas econômicas, a fim de evitar qualquer sinal de descumprimento.

8. Nesse momento, porém, a distância entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento acerca da patente de medicamentos se tornou ainda mais acentuada, pois, enquanto os primeiros foram acatando o reconhecimento jurídico da propriedade industrial, na medida em que fortaleciam as suas indústrias locais, os países em desenvolvimento o fizeram tão-somente por não resistirem às retaliações econômicas sofridas, sem que isto fosse acompanhado por uma política de defesa da indústria nacional, o que aumentou ainda mais a dependência dos produtos advindos dos laboratórios multinacionais que, por sua vez, com o passar dos anos, investiram cada vez mais em pesquisa e desenvolvimento de novas substâncias, o que resultou num distanciamento ainda maior entre a produção científica praticada nos países desenvolvidos e nos em desenvolvimento.

9. Contudo, em contrapartida ao aumento da proteção jurídica da patente de medicamentos, os países em desenvolvimento, que precisam adquirir constantemente os bens patenteados dos laboratórios multinacionais, localizados nos países desenvolvidos, passaram a sofrer duplamente pelo posicionamento internacional adotado, primeiro porque os

medicamentos, uma vez patenteados, somente poderão ser produzidos e comercializados em regime de monopólio pelo detentor da patente ou licenciado, o que compromete a livre negociação de preços, com uma maior submissão dos interesses públicos aos interesses privados e, segundo, porque no momento em que a produção de fármacos seja regida pelos interesses privados, as pesquisas e o desenvolvimento de novas substâncias estarão direcionados às necessidades do mercado consumidor, as doenças que atingem os países desenvolvidos encontram maiores incentivos que as que assolam os países em desenvolvimento que, por não possuírem fortes mercados consumidores, não despertam os interesses da indústria farmacêutica.

Nas duas situações verifica-se uma distorção no exercício do direito de patentes, haja vista que a sua utilização dificulta e, muitas vezes, inviabiliza, o progresso econômico, científico e até mesmo social, objetivos que fazem parte das obrigações do direito de propriedade, de acordo com o próprio TRIPS, com a proposta de estabelecer padrões mínimos para o tema, de modo que os interesses públicos se mostram sufocados pelos interesses privados.

10. Por conseguinte, dada a condição de desvantagem dos interesses públicos em relação aos privados incidentes sobre a patente de medicamentos, a ciência jurídica prevê os mecanismos de conter os abusos de direito praticados pelos laboratórios, a nível internacional ou nacional, e equilibrar os interesses conflitantes, a exemplo da previsão do instituto do licenciamento compulsório para a ruptura da relação jurídica existente que permite a exploração exclusiva do bem patenteado, quando a utilização de determinado bem protegido não esteja em conformidade com os próprios ditames traçados para a propriedade.

11. Nesse sentido, a nível internacional, o TRIPS determina que a propriedade industrial deverá contribuir para o desenvolvimento científico e tecnológico dos países (art. 7º) e prevê a possibilidade de intervenção do Estado na propriedade privada, através do instituto do licenciamento compulsório (art. 31), de sorte que, a nível internacional, impõe-se a utilização do instituto da patente de medicamentos, em conformidade com sua função social de contribuir com o desenvolvimento tecnológico, social e econômico, sob pena de se permitir a sanção da propriedade privada pelo país signatário.

12. Nesse diapasão, no direito brasileiro, a propriedade industrial encontra sua previsão jurídica inicial na Constituição Federal de 1988, segundo a qual são assegurados o direito de propriedade (material e imaterial), a função social da propriedade e ainda a possibilidade de intervenção do Estado na propriedade privada para assegurar a defesa dos interesses sociais. A partir da construção constitucional, sob o plano infraconstitucional, em

consonância com os compromissos internacionais, a propriedade industrial encontra sua previsão na Lei nº 9.279/96 que permite a intervenção do Estado na propriedade privada, por meio do instituto do licenciamento compulsório, que poderá ser utilizado tanto para conter o abuso de poder econômico (art. 68), para promover o progresso tecno-científico (art. 70), como para atender a uma situação emergencial que impõe ao Estado a atuação para conter uma necessidade excepcional (art. 71).

13. De acordo com a primeira possibilidade, o abuso de poder econômico, o Estado intervém na propriedade privada para assegurar a ordem econômica estabelecida pelo sistema constitucional, no qual a propriedade industrial deverá estar pautada na função social e na livre iniciativa, podendo o Estado autorizar a produção paralela de medicamentos para atender às necessidades do mercado, seja para conter a prática de preços excessivos adotada pelo detentor da patente, seja pela ausência da sua produção ou mesmo por uma produção inferior à demanda do consumo, através do licenciamento compulsório ou da importação paralela para satisfação da demanda.

14. No licenciamento compulsório com base numa situação emergencial, esta condição excepcional impõe ao Estado a atuação urgente para atender a uma necessidade social, gravemente alterada por força de circunstâncias que exigem uma maior produção e melhor distribuição dos bens patenteados, sendo destinados ao consumo, mas não ao mercado consumidor, a exemplo do programa brasileiro anti-AIDS que motivou a quebra de patente de medicamentos, através do Decreto nº 6.108/2007, sem finalidade comercial, que acabou reduzindo os índices de morte pela doença e aumentando a expectativa de vida dos soropositivos no país nos últimos anos.

15. Contudo, em que pese os benefícios trazidos com a medida, a mesma não deve ser realizada açodadamente, motivada pelos ímpetus dos administradores, mas sim pautada num procedimento administrativo ou judicial em que se permita ao titular da patente o direito de se manifestar sobre o requerimento do licenciamento compulsório, devendo este o ato que permite a quebra de patentes ser conduzido de acordo com a razoabilidade e a proporcionalidade para equilibrar os interesses públicos, com a utilização da propriedade privada, somente se admitindo a intervenção quando a medida se mostrar necessária, não sendo possível a adoção quando outra medida se mostre eficaz para conciliar os interesses em conflito.

16. Por oportuno, uma vez que a intervenção do Estado na propriedade privada, através da quebra de patentes, implica numa transferência patrimonial, surge a obrigação de se reparar os prejuízos sofridos pelo detentor da patente, a fim de que seja mantido o equilíbrio

econômico para que o custo pelo benefício social advindo seja repartido por toda a sociedade e não arcado unicamente pelo titular do direito da propriedade destinada ao bem comum. Sendo assim, quando a patente de medicamento for alvo do licenciamento compulsório, em nome dos interesses de toda a sociedade, este ato deverá estar acompanhado da previsão de remuneração do titular da patente, a fim de se afastar a ocorrência do enriquecimento sem causa que faça com que a intervenção na propriedade represente uma violação ao direito de propriedade.

17. Desse modo, o licenciamento compulsório se apresenta como um meio hábil do Estado intervir na propriedade privada, não para direcionar a sua utilização ou suprimir os direitos do detentor da patente, mas sim para harmonizar os interesses envolvidos e dirimir os conflitos que ele mesmo se comprometeu em assegurar aos indivíduos. Portanto, a quebra de patente de medicamentos será a medida utilizada para assegurar a adoção de práticas corretas no mercado, pelo detentor da patente, que não poderá, por exemplo, atribuir preços aleatórios aos medicamentos ou sobejamente elevados, em relação ao custo de produção, somente por não se estar submetido às leis de concorrência, ou mesmo para assegurar o acesso de medicamentos a quem deles necessite, através do repúdio à não exploração ou sub-exploração do objeto da patente sem justo motivo.

18. Ademais, além da defesa da ordem econômica, o Estado estará autorizado também a promover a quebra da patente para a defesa da saúde pública, através da maior distribuição de medicamentos, tornando os mesmos mais acessíveis à população, quando, por exemplo, uma dada epidemia atinja determinada região ou mesmo, assuma proporções nacionais, colocando em risco a vida da população afetada. Neste momento, a quebra de patente de medicamento se apresenta ora como um instrumento de sancionar a propriedade privada, quando utilizada em descompasso com os seus objetivos constitucionais, ora para viabilizar o atendimento de uma necessidade social, em caráter de emergência, que compromete direitos fundamentais, aos quais o Estado não poderá se negar a atender.

19. Porém, saliente-se que a quebra de patentes não se constitui no único meio de se conciliar os interesses conflitantes, a fim de atender as necessidades da saúde pública e o acesso da população aos medicamentos. Decerto, ao invés de adotar medidas de intervenção num momento tardio, atuando sobre a propriedade privada quando uma situação que afete a saúde pública, por exemplo, tenha atingido níveis alarmantes que justifiquem a licença compulsória da patente em caráter de urgência, o Estado poderá se valer de medidas preventivas de controle de doenças e de investimento em pesquisas no setor.

Nesse diapasão, além da intervenção do Estado na propriedade privada, a saúde pública poderá ser defendida com investimentos compatíveis com a necessidade do setor, voltados ao controle preventivo de doenças e ao desenvolvimento de novas substâncias que aperfeiçoem os tratamentos existentes em laboratórios públicos e nas universidades públicas sedentas de recursos para fomentar o crescimento de suas pesquisas em prol da comunidade carente, geralmente, não contemplada pelos interesses econômicos dos laboratórios internacionais, pois, como se pode perceber, também em se tratando de investimentos na área de saúde, vale o dito popular: “é melhor prevenir do que remediar”, de modo que o Brasil deverá se precaver para evitar a expansão de doenças, além de investir e incentivar as pesquisas nacionais para evitar a transferência de capitais, com a aquisição de medicamentos provenientes do exterior.

20. Além do mais, embora a quebra de patentes venha a ser uma medida jurídica eficaz para possibilitar o Estado atender aos interesses sociais, não pode o ente público adotá-la como primeira alternativa, nem mesmo como a única solução para o problema enfrentado, de forma desmedida, de sorte a confundir a intervenção na propriedade com a intervenção no direito de propriedade.

21. Nesse contexto, a quebra de patente de medicamentos consiste, assim, numa medida voltada para a defesa dos próprios objetivos da proteção da patente, uma vez que busca assegurar o cumprimento da função social do instituto da propriedade privada e fazer com que a proteção do interesse individual não obste a realização do interesse de toda a sociedade. Sendo assim, a utilização do instituto da quebra de patentes de medicamentos não deve ser encarada como uma medida voltada a suprimir ou reduzir um direito tutelado, mas sim como uma forma de se conciliar os diversos interesses envolvidos na vida social cotidiana, constituindo-se numa forma de assegurar o próprio direito de propriedade, por meio da segurança jurídica; o direito à propriedade, o direito à saúde e à vida, por meio do acesso aos medicamentos; o direito ao avanço tecnológico, a ordem econômica e o bem-estar social, por meio das medidas tendentes a conter o uso nocivo do bem patenteado.

REFERÊNCIAS

AHLERT, Ivan. Bacellar. Delimitação do escopo da patente. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.). **Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 133-181.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Licença compulsória e acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: IASP, ano 8, nº 16, p. 11-23, jun-dez. 2005.

ANGELL, Márcia. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos**. Trad. Waldéia Barcelos. 3ª ed. São Paulo – Rio de Janeiro: Record, 2004.

ÂNGELO, Cláudio; GARCIA, Rafael. Brasil projeta super-reator nuclear. **Folha On Line**. 30 mai. 2009. Seção Ciência e Saúde. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u574275.shtml>. Acesso em: 04 de jun. 2009.

ARAIUM, Érica; MORETO, Milene. Fornecimento de substância radioativa é interrompido. **Hospital e Maternidade Madre Theodora**. Seção News. Disponível em: <www.hmmt.com.br/news.asp?newID=160>. Acesso: 04 jun. 2009.

ARRUDA, Gustavo Favaro; CERDEIRA, Pablo de Camargo. Patentes de medicamentos e saúde pública. In: RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas e POLIDO, Fabrício (Org.). **Propriedade Intelectual: novos paradigmas, conflitos e desafios**. Rio de Janeiro: Elseiver, 2007, p.117-132.

BARBOSA, Denis Borges. As bases constitucionais do sistema de proteção das criações industriais. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.). **Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3-97.

_____. Doutrina dos equivalentes em direito de patentes. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. **Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal** (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 185-267.

_____. Patentes de invenção – Licenças compulsórias. 2002. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/101.rtf>>. Acesso em: 20 de mai. 2009.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Aperfeiçoamento e dependência em patentes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BASSO, Maristela. **Propriedade intelectual na era pós-OMC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BESSONE, Darcy. **Direito reais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILÁCQUA, Léa Delba Peixoto. Farmacoeconomia. In: GOMES, Maria José Vasconcelos de Magalhães. **Ciências farmacêuticas: uma abordagem de farmácia hospitalar.** São Paulo: Atheneu, 2006, p. 191-220.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. _____. (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1946.

_____. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga Ata Final que incorpora os resultados da Rodada Uruguaia de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1994. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/legislação/109761/decreto-1355-94>. Acesso 13 de fev. 2009.

_____. Decreto nº 3.201, de 06 de outubro de 1999. Dispõe sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público de que trata o art. 71 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 de out. 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 de mai. 2009.

_____. Decreto nº 6.108, de 04 de maio de 2007. Concede licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao Efavirenz, para fins de uso público não-comercial. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 de mai. 2007. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 de mai. 2009.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 de mai. de 1996. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 08 de jul. 2008.

_____. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 de fev. 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>>. Acesso em: 31 de mai. 2009.

_____. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 de fev. 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/19610.htm>>. Acesso em: 31 de mai. 2009.

_____. Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999. Altera a Lei no 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de fev. de 1999. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 27 de mai. 2009.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de jan. 2002. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 15 de jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 178.836/SP**. Constitucional. Administrativo. Civil. Direito de construir. Limitação administrativa. Relator Ministro Carlos Veloso (2ª Turma), Brasília, DJ 20 ago 1999, p. 44. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 96.964/SP**. Contrafação de patente e concorrência desleal. Ação ordinária de indenização julgada procedente. Reconhecimento de titularidade de patente pela autora, não podendo ser violada, enquanto em vigor. Afirmou o acórdão violação do direito da autora, pela ré, condenando-a a indenizar. Matéria de fato e prova, insuscetível de reexame, na instância excepcional. Súmula 279. Não é o recurso extraordinário sucedane o dos embargos de declaração, para se esclarecer o fundamento legal da condenação. Inexistência de prequestionamento dos temas constitucionais invocados (lei maior, art-153, par-2. e par-3., e 160, i). Sumulas 282 e 356. Recurso extraordinário inadmitido. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator Ministro Néri da Silveira (1ª Turma), Brasília, DJ 23/11/1984, pp. 19925, Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729612/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-96964-sp-stf>. Acesso em 23 de fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 20.585/DF**. Desapropriação por interesse social, para fim de reforma agrária. Terras inexploradas. Imissão do INCRA na posse do imóvel, com assentamento de famílias que desenvolvem atividades agrícolas. Não malfere o parágrafo 2. Do artigo 161 da constituição, a desapropriação de terras visando ao aumento de sua produtividade e a sua partilha mais consentânea com a função social da propriedade. Imitada na posse a autarquia desapropriante, já não há oportunidade para o mandado de segurança. 'Writt' indeferido. Relator Ministro Carlos Moreira (Pleno), Brasília, DJ 26 set. 1986, p. 177/17. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 jan. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 443.119/RJ**. Programa de computador (software). Natureza jurídica. Direito autoral (propriedade intelectual). Regime jurídico aplicável. Contrafação e comercialização não autorizada. Indenização. Danos materiais. Fixação do quantum. Lei especial (9610/98, art. 103). Danos morais. Dissídio jurisprudencial. Não demonstração. Relatora Ministra Nancy Andrighi (3ª Turma), Brasília, DJ 30 jun 2003, p. 240. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 jan. 2009.

_____. Tribunal Regional Federal (5ª Região). **Apelação Cível nº 2001.51.01.536389-4**. Propriedade Industrial. Patente. Modelo de Utilidade. Novidade. Atividade Inventiva. Relatora Desembargadora Liliane Roriz (2ª Turma Especializada). Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso 16 mar. 2009.

_____. Tribunal Regional Federal (2ª Região). **Apelação em Mandado de Segurança 1999.02.01.033659-2/RJ**. Propriedade Industrial. Pedido de Privilégio. Falta de publicidade de exigência. Processo administrativo arquivado. Recurso administrativo não conhecido. Concessão da Segurança para ser conhecido o recurso. Necessidade de efetiva publicidade e ampla defesa para validade do processo administrativo. Relatora Desembargadora Márcia Helena Nunes. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso 16 mar. 2009.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento, bem-estar social**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BRIZ, J. Santos. Derecho Económico y Derecho Civil. Tradução Condensada de Paulo Furtado. In: TRINDADE, Washington Luiz da (Coord.). **Direito privado econômico**. Salvador: Editora Distribuidora de livros Salvador Ltda, 1977. p. 27-52.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol. 1. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes (org). Política de patentes e o direito da concorrência. In: PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Mário Iorio (Org.). **Política de patentes em saúde humana**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 154-191.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. **Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos**. São Paulo: Atlas, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A desapropriação e o princípio da proporcionalidade. **Interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n 53, pp. 69-90, jan-fev 2009.

CASTRO, Mônica. A desapropriação judicial no novo código civil. **Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia**. Salvador: TRF – 1ª Região, v. 1, n.1, pp. 60-65, set/2002-fev/2003.

CERQUEIRA, João da Gama. **Privilégios de invenção e marcas de fábrica e de comércio**: comentários ao Decreto nº 16.264, de 19 de Dezembro de 1923, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1931.

_____. **Tratado de propriedade industrial**, vol. 1, parte I. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

_____. _____, vol. 2, Tomo I, parte I. Rio de Janeiro: Forense, 1952.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORREIA, Carlos M. **Implications of the Doha Declaration on The Trips Agreement and Public Health**. Jun. 2002. Disponível em:
<http://www.who.int/medicines/areas/policy/WHO_EDM_PAR_2002.3.pdf> Acesso 22 de jul. 2009.

COUTINHO, Diego Milani. Licenciamento compulsório do anti-retroviral Efavirenz. **Revista Jus Vigilantibus**. Ano VI, nº 45/2007, 19 de dez. 2007. Disponível em:
<www.jusvi.com/artigos/30535>. Acesso: 21 de mai. 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade intelectual**: a tutela jurídica da biotecnologia. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DI BLASI, Gabriel. **A propriedade industrial**: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil, vol. 1:** Teoria geral do processo de conhecimento. Salvador: Juspodium, 2009.

DOMINGUES, Renato Vasconcellos. **Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos no sistema da organização mundial:** a aplicação da TRIPS. São Paulo: Lex Editora : Aduaneiras, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FEYERABEND, Paul K. **Contra o método.** Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007.

FIGUEIREDO, Luciano Lima. **A função social das patentes de medicamentos.** 2008. 240 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

FIÚZA, César. **Direito civil:** curso completo. 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FONSECA, Antônio. Exaustão internacional de patentes e questões afins. In: PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Mário Iorio (Org.). **Política de patentes em saúde humana.** São Paulo: Atlas, 2001, p. 192-253.

FROTA, Maria Stela Pompeu Brasil. **Proteção de patentes de produtos farmacêuticos:** o caso brasileiro. Brasília: FUNAG/IPRI, 1993.

FURTADO, Lucas Rocha. Licenças compulsórias e legislação brasileira sobre patentes. In: PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Mário Iorio (Org.). **Política de patentes em saúde humana.** São Paulo: Atlas, 2001, p. 130-142.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, vol. I:** parte geral. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____._____. **vol II:** obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____._____. **vol. III:** responsabilidade civil. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA, Balmes Vega. **Contrafação de patentes: violação de direitos de propriedade industrial com ênfase na área químico-farmacêutica.** São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 3ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1969.

_____._____. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Obrigações.** 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. V. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONTIJO, Cícero. **As transformações do sistema de patentes, da Convenção de Paris ao acordo da TRIPS: a posição brasileira**. Brasília: Fundação Heinrich Böll, 2005.

GUERREIRO, Camilo Augusto Amadio. Função social da propriedade intelectual. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 185-259.

GUISE, Mônica Steffen. **Comércio internacional, patentes e saúde pública**. Curitiba: Juruá, 2008.

HIGBY, Gregory J. Evolução da Farmácia. In: GENNARO, Alfonso R. **REMMINGTON: A ciência e a prática da farmácia**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004, p. 7-19.

INSTITUTO DE PESQUISAS ENERGÉTICAS E NUCLEARES. **Problemas no fornecimento de material radioativo empregado em medicina nuclear**. 22 de mai. 2009. Disponível em: <www.ipen.br/sitio/?idc=4960>. Acesso em: 04 de jun. 2009.

KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LABRUNIE, Jacques. Requisitos básicos para a proteção das criações industriais. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.). **Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101-129.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MITTELBAACH, Maria Margarida R. Algumas considerações sobre o sistema de patentes e a saúde humana. In: PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Mário Iorio (Org.). **Política de patentes em saúde humana**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 143-153.

MONIZ, Pedro de Paranaguá. Patenteabilidade dos métodos de fazer negócio implementados por *software*: Da perspectiva externa ao ordenamento jurídico pátrio. In: BARBOSA, Denis Borges. **Aspectos polêmicos da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 153-203.

MONSON, Cledi de Fátima Manica. **O enriquecimento sem causa e o código civil**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NANNI, Geovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 95, n 843, p. 97-112, jan. 2006.

NISHIJIMA, Marislei. O preço dos medicamentos de referência após a entrada dos medicamentos genéricos no mercado brasileiro. **Revista Brasileira de Economia**. Rio de Janeiro, vol. 62, n 2, p. 189-206, abr-jun. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. 1. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. _____, vol. 3. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. _____, vol. 4. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de (org). **Manual de economia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946**, tomo IV, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

_____. _____, tomo V, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

PRONER, Carol. **Propriedade intelectual: para uma ordem jurídica possível**. São Paulo: Cortez, 2007.

RANG, H. P; DALE, M. M. **Farmacologia**. 5ª ed. trad. Patrícia Lydie Voeux e Antônio José Magalhães da Silva Moreira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, vol. 1. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Ana Paula; GUERREIRO, Gabriela. Governo federal quebra patente de medicamento anti-Aids. **Folha On Line**. 04 mai. 2007. Seção Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u134976.shtml>>. Acesso em: 10 mai. 2007.

ROBBINS, Jack. Farmacêuticos na indústria. In: GENNARO, Alfonso R. **REMINGTON: A ciência e a prática da farmácia**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004, p. 35-39.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, vol. 2. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. _____, vol. 5. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Francisco Viegas Neves da. **Patentes farmacêuticas e direitos humanos**. Revista de direito privado, v.8, nº 31, p. 72-90, jul-set, 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Carlos Loureiro da. Direito de acesso aos medicamentos no Brasil face à tutela jurídica das patentes farmacêuticas. In: Encontro para o Congresso Nacional do CONPEDI, nº XVII, 2008, Salvador. **Anais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 4330-4349. 1 CD-ROM.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional e econômico**. São Paulo: LTr, 2001.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares. 3ª ed. Barueri, SP: Manole, 2005.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Tratado da propriedade industrial**: patentes e seus sucedâneos. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

STITIZEL, Robert E. Desenvolvimento do pensamento farmacológico. In: CRAIG, Charles R. e STITIZEL, Robert E., **Farmacologia moderna**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1996, p. 3-7.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, vol. 1. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VIDE, Carlos Rogel; DRUMOND, Victor. **Manual de direito autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Declaration on The Trips Agreement and Public Health**. Doha, 14 de nov. 2001. Disponível em:
<<http://www.who.int/medicines/areas/policy/tripshealth.pdf>>. Acesso: 22 de jul. 2009.