



A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A FUNÇÃO SOCIAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS NO DEBATE SOBRE O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE PATENTES DAS VACINAS PARA A COVID-19

THE CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW AND THE SOCIAL FUNCTION OF PRIVATE RELATIONS IN THE DEBATE ON THE COMPULSORY LICENSING OF PATENTS OF VACCINES FOR COVID-19

<i>Recebido em:</i>	25/05/2021
<i>Aprovado em:</i>	27/09/2021

João Pedro Valentim Bastos¹
Querino Valentim Mallmann²

RESUMO

Especialistas pelo mundo debate o cenário crítico da pandemia pelo COVID-19: mortes diárias, recém desenvolvimento de vacinas por diferentes laboratórios, ausência de tratamentos alternativos eficazes, elevada procura e escassez aguda no abastecimento, disparidades sociais e regionais no âmbito interno e internacional. O acesso da população à saúde de forma igualitária é dever do Estado, mas sua garantia é livre também à iniciativa privada e, nesse contexto, as discussões sobre as patentes e suas funções se encontram com os debates envolvendo a política pública de saúde e os papéis do Estado e do setor privado.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL Advogado. E-mail: vbastosjp@gmail.com

² Doutor em Direito pela UNISINOS, Rio Grande do Sul. Professor da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas– UFAL. E-mail: revillasboas1954@gmail.com



Internacionalmente e internamente, repercute o assunto do licenciamento compulsório de patentes sobre as novas vacinas desenvolvidas e da sua livre oferta por laboratórios particulares. Para se buscar a adequação e a conformação entre interesses diversos que nos conduzam aos objetivos constitucionais e à saída dessa crise, revigoram os temas do constitucionalismo contemporâneo e da função social dos direitos individuais.

Palavras-chave: patentes – acesso à saúde – licenciamento compulsório – vacinas – COVID-19.

ABSTRACT

Specialists around the world debate the critical scenario of the COVID-19 pandemic: daily deaths, recent development of vaccines by different laboratories, no effective alternative treatments, high demand and acute shortages in supply, social and regional disparities in the domestic and international scope. The population's access to health in an equal way is the duty of the State, but its guarantee is also free to the private initiative and, in this context, the discussions about patents and their functions meet with the debates involving public health policy and the roles of the state and the private sector. Internationally and internally, the issue of compulsory licensing of patents on the new vaccines developed and their free offer by private laboratories is reflected. In order to seek the adequacy and conformation between diverse interests that lead us to the constitutional objectives and the way out of this crisis, reinvigorate the themes of the contemporary's constitutionalism and social function of individual rights.

Keywords: patents – access to health – compulsory licensing – vaccines – COVID-19.

1. INTRODUÇÃO



No cenário atual da pandemia causada pelo COVID-19, o instituto da função social de faculdades jurídicas individuais, como dos titulares de patentes, ganha fundamentalidade para o jurista e autoridades públicas em geral. A conformação de interesses individuais a interesses coletivos constitucionalmente consagrados, em uma lógica de instrumentos para realização de objetivos vistos e aceitos como últimos, iluminará uma adequada compreensão da situação que se apresenta, das atuações do Poder Público, das empresas, indústrias e laboratórios, e das tratativas entre esses diversos agentes. Professores, pesquisadores, médicos, juristas, cientistas políticos e mais uma pluralidade de especialistas pelo mundo debatem a cena: mortes diárias causadas pela contaminação de um vírus, recém desenvolvimento de vacinas por diferentes empresas e laboratórios, ausência de tratamentos alternativos eficazes, escassez aguda no abastecimento dessas vacinas, elevada procura concorrente por todo o mundo, disparidades sociais e regionais no âmbito interno e internacional. A situação é desesperadora para autoridades, populações e mercados.

O acesso da população à saúde de forma igualitária é dever do Estado, mas sua garantia é livre também à iniciativa privada.³ A análise deve ser de conformação e de adequação – entre interesses individuais e coletivos, e entre meios e fins. A livre concorrência do mercado no ambiente global e no interno enfrenta um cenário de enormes desafios, com possibilidades reais de fracasso no alcance do seu objetivo de alocação justa de recursos e bens. A situação testa a capacidade de um pequeno grupo de laboratórios produzirem e distribuírem um produto em escala mundial rapidamente, com concorrência global pelo seu acesso, e é também propícia à prática de preços extremamente elevados pelos titulares das tecnologias patenteadas e laboratórios privados. É extremamente alta a tendência de

³ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. [...] Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.” Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29.01.2021.



instituição e consolidação de privilégios, com apenas uma franja da população mundial dispondo da capacidade e da garantia de acessar uma vacina contra o COVID-19. Caso concretizada essa tendência, o núcleo dos problemas sanitários e econômicos pode não ser solucionado e sequer atingido. Diante disso, para se buscar a adequação e a conformação entre interesses diversos que nos conduzam aos objetivos constitucionais e à solução dessa crise, bem como para se garantir que direitos individuais sejam exercidos de forma regular justamente em meio a um momento crítico, as teorias subjacentes ao desenvolvimento da função social dos direitos se mostrarão mais uma vez importantes, como a teoria do abuso do direito e a jurisprudência dos interesses. Este trabalho buscará desenvolver uma interpretação do direito individual de patente e do mecanismo de licença compulsória a partir da metodologia da constitucionalização do direito privado, valendo-se da análise legislativa e bibliográfica.

2. FUNÇÃO SOCIAL E ANÁLISE FUNCIONAL DO DIREITO

Toda análise jurídica funcional está ligada a uma concepção organicista da sociedade. Esse texto desenvolve um raciocínio e uma interpretação que guardam uma imagem do direito como um sistema que não é autônomo diante dos sistemas econômico, político e social. Com isso, aposta-se nas interrelações existentes entre essas ordens para se buscar e encontrar as respostas jurídicas e teóricas, não se limitando a apontar como as disposições legais são, mas também para que servem.⁴

O direito de patente está localizado dentro do ramo comercialista do direito privado, e este, do ponto da análise funcional do direito, a grosso modo e somente enquanto premissa, é “apenas a forma jurídica particular da produção econômica e da distribuição dos produtos

⁴ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito; tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine – Barueri/SP: Maneole, 2007, p. 46.



que corresponde ao ordenamento econômico capitalista”.⁵ Esse ponto de vista está relacionado a uma correspondência entre uma concepção privatista da economia e uma concepção negativa do Estado, sobre a qual se constrói os sistemas econômico, político, social e jurídico:

Com base na concepção privatista da economia, a distribuição dos bens ocorre na esfera das relações entre indivíduos ou grupos em concorrência entre si, e o direito (*sub specie* de direito privado) tem apenas as funções de facilitar o estabelecimento dessas relações, de garantir a sua continuidade e segurança e de impedir a dominação recíproca.⁶

Norberto Bobbio ressalta o cuidado com o sentido atribuído ao termo “função” e também com o fato de que há pontos de vista distintos para trabalhar a função do direito, localizados muitas vezes em graus diferentes na interrelação entre o sistema jurídico e o sistema social. Por exemplo, a função do direito pode ser individual, se analisada do ponto de vista dos indivíduos, e pode ser coletiva, se estudada a partir da perspectiva da comunidade. Esses pontos de vista estão inseridos no uso do termo “função” que trabalha a relação entre o todo e as partes que o compõem, sentido originariamente desenvolvido nas ciências

⁵ Kelsen *apud* Bobbio, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito; tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine – Barueri/SP: Maneole, 2007, p. 70.

⁶ Bobbio, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito; tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine – Barueri/SP: Maneole, 2007, p. 97.



biológicas e que avalia a prestação continuada dada por um determinado órgão à preservação e desenvolvimento do organismo inteiramente considerado.⁷

Por completo, a análise funcional deve considerar ambas as perspectivas, mas sem confundi-las. Cada ponto de vista da função do direito representa um nível distinto da análise que obedece a uma lógica da relação entre meio e fim. Nessa lógica, um fim alcançado pode se tornar meio para a realização de uma outra finalidade, desencadeando uma sequência na direção de um objetivo proposto ou aceito como último.⁸ Nesse sentido, é revigorada a importância a metodologia da constitucionalização do direito privado para uma interpretação dos institutos jurídicos privados que parta da normativa principiológica e axiológica constitucional, identificando corretamente os fins constitucionalmente eleitos como últimos para o país.⁹

Dentro dessa análise funcional e a partir dessas premissas, o termo “função social” foi sendo cada vez mais abordado e crescendo cada vez mais em importância. Quando aplicado às relações jurídicas patrimoniais, esse termo aponta para uma conformação do interesse individual ao interesse social, e tem na constitucionalização do direito privado um dos aspectos fundamentais para a sua consolidação teórica e normativa.¹⁰ Fábio Konder Comparato define “função” como o poder-dever de dar a determinado objeto um destino, ou

⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito; tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine – Barueri/SP: Maneole, 2007, p. 103 a 105.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito; tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine – Barueri/SP: Maneole, 2007, p. 105-106.

⁹ MALLMANN, Querino; BASTOS, João Pedro Valentim. Propriedade Intelectual no contexto da constitucionalização do direito privado. *In: Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição – PIDCC*, Ano VIII, Volume 13, nº 02, p. 017 a 047, Jul/2019. Disponível em: <http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/343-propriedade-intelectual-no-contexto-da-constitucionalizacao-do-direito-privado>. Acesso em: 15.01.2021.

¹⁰ LÔBO, Fabíola Albuquerque. Os institutos do direito privado patrimoniais, sob o viés da funcionalização. *In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). A função social nas relações privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 20.



fazer-lhe cumprir um objetivo; e “social” como a correspondência da função ao interesse coletivo, o qual pode perfeitamente ser harmonizado com o interesse do particular.¹¹ Há duas construções jurídico teóricas subjacentes ao desenvolvimento da função social dos institutos jurídicos: a teoria do abuso do direito e a jurisprudência dos interesses, esta enquanto corrente do positivismo jurídico. A segunda motivou uma abertura da atividade de aplicação do Direito, progressivamente substituindo o método de subsunção lógico-formal por um juízo de ponderação dos interesses contrapostos, em harmonia com os critérios de valoração próprios da lei. Já a primeira estabelece que o objetivo do legislador ao conceder direitos é atingir uma ideia de justiça por meio do exercício regular e legítimo das faculdades jurídicas, que se dará pelo uso que consagra a finalidade social em busca da qual foi instituído.¹²

Alinha-se mais uma vez ao contexto geral da análise funcional do direito, segundo o qual se estabelece que o problema do lugar e da função do direito na sociedade deve ser enfrentado justamente pelo jurista, sendo crucial a imagem que este tem de si mesmo para definir a concepção da atividade que desempenha. Nesse ponto, Bobbio distingue duas imagens típicas: a do jurista como conservador e transmissor de um corpo de regras já estabelecidas, das quais é guardião, e a do jurista enquanto criador das regras que transformam o sistema existente, do qual é colaborador ativo e crítico. E sobre a definição dessa imagem incidem variáveis decisivas, dentre as quais a variável institucional que diz respeito aos diferentes tipos de sistema jurídico dentro do qual esse jurista trabalha. O jurista como colaborador ativo do sistema dá destaque na sua atividade às valorações dos fatos

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da propriedade dos bens de produção. *In: Revista de Direito Mercantil*, n.º 63. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2297584/mod_resource/content/1/COMPARATO%2C%20F.%20C.%20Funcao%20social%20da%20propriedade%20dos%20bens%20de%20producao.pdf. Acesso em: 17.07.2019.

¹² LÔBO, Fabíola Albuquerque. Os institutos do direito privado patrimoniais, sob o viés da funcionalização. *In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). A função social nas relações privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, 20-22.



sociais sobre os quais incidem as normas jurídicas, atribuindo importância principal à análise da situação factual para a qual se busca a aplicação de uma norma apropriada, mediante confronto dos diversos critérios de valoração normativa dessa dada situação, e culminando numa escolha concreta para formulação da norma jurídica aplicada. Em resumo, o jurista nesse caso não busca apenas convalidar o direito com base nas fontes normativas formais, mas sim legitimá-lo com base nos princípios materiais de justiça, ganhando destaque, desse modo, a análise funcional do direito e dos institutos jurídicos, voltada para enfrentar o problema do direito como deve ser, e não apenas como é. A atividade interpretativa passa, então, a englobar operações intelectuais que extrapolam a mera subsunção lógica do fato à norma, passando a combinar a determinação dos significados das regras, a conciliação das regras aparentemente incompatíveis, a integração de lacunas técnicas e a elaboração sistemática do conteúdo das regras então interpretadas, conciliadas e integradas. Com isso, o sistema jurídico se transforma em um conjunto de normas em movimento, continuamente postas e repropostas.¹³

Nesse cenário, uma análise funcional do direito de patente deve englobar as perspectivas individual e coletiva. A conformação entre esses diferentes pontos de vista pode ser alcançada pelo princípio jurídico da função social, de conteúdo a ser revelado por meio de uma interpretação constitucionalizada. Seguindo a lógica de “meio-fim” para uma interpretação funcional do direito de patente, devemos seguir um caminho que nos conduza à identificação da finalidade última eleita pelo sistema jurídico constitucional brasileiro. E assim sendo, temos que essa conformação almejada visa harmonizar os princípios fundantes da ordem econômica estabelecidos no texto constitucional, já que compreendido esse direito de exclusividade de exploração comercial do invento como uma propriedade dinâmica,

¹³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito; tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine – Barueri/SP: Maneole, 2007, p. 33-40.



constitucionalmente veiculada no artigo 170 da Constituição,¹⁴ e que se estabelece na lógica empresarial como um bem de produção.¹⁵

3. A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE PATENTE

Os institutos jurídicos se decompõem em dois elementos: o elemento estrutural e o elemento teleológico ou funcional; em outras palavras, a estrutura e a função. A função corresponde aos interesses que um certo instituto pretende tutelar, e é, na verdade, o seu elemento de maior importância, já que determina os traços fundamentais da estrutura.¹⁶ Desse modo, embora o princípio da função social trabalhe essencialmente no campo da análise funcional do direito, a sua aplicação envolve na verdade uma releitura do instituto

¹⁴ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29.01.2021.

¹⁵ MALLMANN, Querino; BASTOS, João Pedro Valentim. Propriedade Intelectual no contexto da constitucionalização do direito privado. *In: Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição – PIDCC*, Ano VIII, Volume 13, nº 02, p. 017 a 047, Jul/2019. Disponível em: <http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/343-propriedade-intelectual-no-contexto-da-constitucionalizacao-do-direito-privado>. Acesso em: 15.01.2021.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **A garantia da propriedade no direito brasileiro.** *In: Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, nº 6, Junho de 2005, p. 101-120. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf>. Acesso em: 17.07.2019; também em PEDRA, Adriano Sant’Ana; FREITAS, Rodrigo Cardoso. A função social da propriedade como um dever fundamental. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte*, n. 66, pp 53-74, jan/jun 2015, p. 55-56. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1681>. Acesso em: 23.01.2021.



jurídico com o qual se relaciona, terminando por remodelar a sua estrutura.¹⁷ Mas não se trata de destruí-la, tampouco de lhe esvaziar o conteúdo ou de oprimir o seu exercício, mas sim de inserir a sua interpretação na cadeia lógica de meio-fim que aponte para a direção determinada pelo constituinte. Daí a importante compreensão da função social que afasta completamente a ideia de restrições negativas ao exercício do direito por parte de seu titular.¹⁸

Uma faculdade jurídica que realize a sua função social é, sobretudo, um instrumento que realiza e efetiva a Constituição da República, tal qual funciona um órgão humano para preservar e desenvolver o organismo do qual faz parte. Assim, a funcionalização social pode ser vista como uma funcionalização à ordem constitucional vigente, a qual ampliou o espaço dos interesses coletivos principalmente ao elevar como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a igualdade.¹⁹ Aos clássicos interesses individuais do proprietário, de uso, gozo e disposição do bem apropriado, a ordem jurídica reconheceu a complementariedade de interesses metaindividuais. Ressalte-se mais uma vez a ideia de complementariedade entre tais ordens de interesses, e não de oposição – quer dizer, de efetivação de um meio para o alcance de um fim.²⁰

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **A garantia da propriedade no direito brasileiro.** In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, nº 6, Junho de 2005, p. 101-120. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf>. Acesso em: 17.07.2019.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da propriedade dos bens de produção. In: **Revista de Direito Mercantil**, n.º 63. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2297584/mod_resource/content/1/COMPARATO%2C%20F.%20C.%20Funcao%20social%20da%20propriedade%20dos%20bens%20de%20producao.pdf. Acesso em: 17.07.2019.

¹⁹ ALMEIDA, Maria Christina de. **A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas.** In: Argumentum – Revista de Direito n.3 -2003 – UNIMAR. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/697/348>. Acesso em: 17.07.2019.

²⁰ JÚNIOR, José Barros Correia. **Função social e a responsabilidade da empresa perante os stakeholders.** 2013, p.89. Tese (Doutorado Direito) – Faculdade de Direito de Recife - FDR. Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco.



Significa compreender que a ordem jurídico constitucional deseja exatamente a satisfação imediata e regular do titular do direito individual, pois acredita que essa dinâmica fará com que os objetivos coletivos também sejam alcançados. A interpretação dos princípios da ordem econômica positivados no texto constitucional nos leva à conclusão de que os interesses coletivos conformam os interesses individuais, mas é o exercício destes que preferencialmente deve nos levar à realização daqueles. A ordem jurídica elegeu o livre mercado como regime econômico adotado pelo Estado brasileiro, com o qual se espera atingir o desenvolvimento nacional econômico e social. Em suma, o constituinte definiu que os interesses coletivos da sociedade brasileira serão realizados pelo pleno e eficaz funcionamento da economia sob o sistema de mercado e concorrência para troca livre de bens e serviços, onde a propriedade privada assume imprescindibilidade.

Vale dizer, no regime econômico de livre mercado, a propriedade privada é imprescindível, assim como o regime de trocas voluntárias que tem nos contratos a sua forma jurídica mais axiomática. Nesse ambiente, a empresa figura como a atividade econômica que guarda, justamente, o propósito destacado de produção e circulação de bens e serviços. A empresa é por definição legal a principal atividade de realização do regime econômico de livre mercado, adotado pela ordem constitucional brasileira. Nas palavras de José Barros Jr., a empresa é “o centro polarizador da atividade econômica moderna. Através dela age o poder econômico e através dela se realizam as relações econômicas”. Mais adiante, aponta que “por ser o polo convergente de todo o poder econômico moderno, é que se pode afirmar que é justamente na empresa que a função social da propriedade mais se destaca.”²¹

A empresa é, então, um importante pilar do direito privado, já que este se apresenta justamente como o campo jurídico particular da produção econômica e da distribuição dos

²¹ JÚNIOR, José Barros Correia. **Função social e a responsabilidade da empresa perante os stakeholders**. 2013, p. 98 a 102. Tese (Doutorado Direito) – Faculdade de Direito de Recife - FDR. Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco.



produtos que corresponde ao ordenamento econômico capitalista. Por óbvio, também ela passa pelas releituras motivadas pela constitucionalização do direito privado, mas, no entanto, não se encontra referência expressa a uma função social da empresa no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional. Aliás, Fábio Konder Comparato afirma que esse importante instituto jurídico “não comporta deveres de prestação de serviços sociais, incompatíveis com a própria natureza da empresa, em nosso sistema econômico, em sua qualidade de entidade direcionada, primariamente, à produção de lucros”.²²

Opinião contrária, em que pese a ausência de disposições expressas no ordenamento jurídico, pode-se chegar à função social da empresa através justamente da compreensão do aspecto dinâmico da propriedade, e da própria atividade empresarial que se desenrola em uma sequência de atos e negócios jurídicos direcionados à produção de lucros; ou seja, dada à realização de contratos em cadeia. Expressamente, os contratos e a propriedade devem consagrar uma função social, conforme artigo 421 e parágrafo único do artigo 2.035, do Código Civil.²³ O legislador civil define a empresa como “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, já que considera empresário aquele que exerce profissionalmente tal atividade.²⁴ Mais adiante, define o estabelecimento

²² COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. In: Revista CEJ, Vol. 1, n. 3, set./dez, 1997. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/123/166>. Acesso em: 17.07.2019.

²³ BRASIL. **Código Civil de 2002**, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. “Art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. [...] Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso: 29.01.2021.

²⁴ BRASIL. **Código Civil de 2002**, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. “Art. 966: Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso: 29.01.2021.



empresarial como “todo o complexo de bens organizados, para o exercício *da empresa*, por empresário ou sociedade empresária” (*grifo nosso*).²⁵ E assim se expressa a íntima relação afirmada entre empresa e bens de produção, clarificada pela definição do estabelecimento empresarial.

A classificação entre bens de produção e bens de consumo ganhou cada vez maior importância com a transição histórica que orientou toda a vida social para a atividade econômica de produção e distribuição de bens e serviços em massa, com o consumo cada vez mais padronizado.²⁶ Nesse sentido, um bem se torna produtivo a partir do momento em que o seu domínio passa do proprietário ao empresário ou sociedade empresária; quer dizer, notadamente à figura que pratica os atos da empresa. Essa passagem marca a destinação do bem a uma exploração comercial, tornando a propriedade dinâmica porque incorporada ao estabelecimento e atividade empresariais, desenvolvida mediante uma cadeia de atos praticados para produção e circulação de bens ou serviços.²⁷ A patente deve ser vista como opção do inventor – ou, melhor, de quem a lei ou contrato atribua titularidade sobre o direito de obter exclusividade na exploração do invento – de se valer do sistema jurídico de patentes no plano abstrato para explorar patrimonialmente a inovação tecnológica desenvolvida. Essa opção deve ser feita por quem disponha dos mecanismos necessários para levar à cabo a

²⁵ BRASIL. **Código Civil de 2002**, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. “Art. 1.142: Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.” Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso: 29.01.2021.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da propriedade dos bens de produção. In: **Revista de Direito Mercantil**, n.º 63. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2297584/mod_resource/content/1/COMPARATO%2C%20F.%20C.%20Funcao%20social%20da%20propriedade%20dos%20bens%20de%20producao.pdf. Acesso em: 17.07.2019.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica) – 14ª ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 242.



produção industrial e a comercialização da tecnologia no ambiente de mercado.²⁸ Tal escolha marca a passagem do inventor para o empresário, sejam eles a mesma pessoa ou não – já que a morte do inventor, a lei ou contrato podem atribuir a titularidade do direito à obtenção da patente a pessoa diversa do autor.²⁹

Quer dizer, deve-se ter em mente que a patente só assume seu sentido de existência dentro da lógica de produção econômica, exatamente como bem de produção incorporado a um estabelecimento empresarial, motivo pelo qual o constituinte se vale da expressão “privilégio temporário para sua utilização”. Com isso se quer dizer que a propriedade industrial da patente somente existe em sua forma dinâmica, como bem de produção, sob controle do seu titular, o qual necessariamente deve desenvolver uma atividade econômica de exploração empresarial.³⁰

Recorrentemente se defende o sistema de patentes sob o argumento de que o desenvolvimento de invenções e o conhecimento associado envolvem frequentemente risco e incerteza significativos, enquanto o uso do conhecimento é ubíquo, não-rival e não-excludente.³¹ Com a imitação sendo mais fácil que a invenção, cria-se um risco de impedir o

²⁸ GROFF, Fábio de Carvalho. **Fundamento do direito do inventor: perspectiva histórica brasileira**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 157. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-14102016-155205/publico/Doutorado_Tese_corrigida_Final_Fabio_de_Carvalho_Groff.pdf.

²⁹ BRASIL. **Lei de Propriedade Industrial**. Lei n. 9.279 de 14 de novembro de 1996. “Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei. (...) § 2º A patente poderá ser requerida em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade.” Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 29.01.2021.

³⁰ MALLMANN, Querino; BASTOS, João Pedro Valentim. Propriedade Intelectual no contexto da constitucionalização do direito privado. In: **Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição – PIDCC**, Ano VIII, Volume 13, nº 02, p. 017 a 047, Jul/2019. Disponível em: <http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/343-propriedade-intelectual-no-contexto-da-constitucionalizacao-do-direito-privado>. Acesso em: 15.01.2021.

³¹ BARBOSA. Dênis Borges. A Criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual – o caso sul americano. Genebra: Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2005, p. 12; e ASCENSÃO, José



mercado econômico das inovações tecnológicas e interromper ou desacelerar os avanços da técnica. Argumenta-se que sem a proteção de patentes, existe a possibilidade de ocorrer menos atividade inventiva, ameaçando com isso a divulgação de conhecimentos e os benefícios ao público.³² A patente figura, então, como elemento jurídico destinado a regular a concorrência e a servir ao ambiente de mercado, no que pertinente aos bens intangíveis oriundos do esforço criativo humano. Servindo a esse propósito, acredita-se incentivar o desenvolvimento científico, cultural e tecnológico do país, cruciais para o avanço social da nação. No campo dos medicamentos e fármacos em geral, a atividade inventiva é vista como altamente dispendiosa para os pesquisadores e empresários, em virtude do grande período de tempo necessário para estudos, pesquisas, desenvolvimentos e testes até a efetiva comercialização de um produto seguro e eficaz para a população, além do alto grau de exigência técnica dos órgãos responsáveis pela regulação desse setor de atividade. Todos esses fatores fazem despencar os níveis de sucesso das atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação no campo farmacêutico. Em contrapartida, o mercado é de altíssimo potencial financeiro para seus agentes, em virtude do grande interesse social e econômico por medicamentos que auxiliem no tratamento de doenças. Atualmente, esse interesse está na mais alta evidência, no momento em que todo o mundo passa pela pandemia do COVID-19, que vem causando elevados números de mortes diárias há mais de um ano, assustando a população mundial e causando crises econômicas por todos os lugares.

Então, de modo semelhante ao conceito moderno de empresa que, na ordem econômica constitucional, objetiva efetivar o justo equilíbrio entre os princípios de ordem

Oliveira. A pretensa “propriedade” intelectual. *In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 20/2007. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, p. 243-261. São Paulo: Jul-Dez/2007, p. 250. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/20530558/a-pretensa-propriedade-intelectual---jose-oliveira-ascensao>. Acesso em: 29.01.2021.

³² GEIGER, Christophe. **Reconceptualizing the Constitutional Dimension of Intellectual Property**. *In: Paul L. C. Torremans (ed.), Intellectual Property and Human Rights – Information Law Series–*, n. 34, 3. ed., p. 115-161. New York: 2015. Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/en/persons/dr-christophe-geiger.html>.



liberal e social, a patente nasce como ponto de equilíbrio entre interesses distintos; como ponto de convergência de feixes de interesses e objetivos diversos. Na realidade, visto o direito de patente sob a ótica da propriedade dinâmica, deve-se interpretar esses institutos a partir de uma íntima e necessária relação. E assim, enquanto atribui faculdades jurídicas que tutelam de forma direta e imediata os interesses patrimoniais dos titulares, dando-lhes a possibilidade de exploração temporariamente exclusiva de inventos que lhes permita obter os retornos almejados pelas suas atividades de elevado grau de risco e de interesse social, objetiva fundamentalmente às finalidades coletivas de: regulação da concorrência, injetando artificialmente o atributo econômico da escassez no mercado de bens intangíveis tecnológicos; de incentivo e estímulo ao investimento e esforço nas atividades criativas, garantindo a presença e renovação do atributo econômico da disponibilidade no mercado; e, por fim e conseqüentemente na lógica de meio-fim da ordem econômica constitucional, do desenvolvimento tecnológico, científico, artístico, cultural e social do país.³³ Busca, portanto, a satisfação das necessidades nacionais e a realização dos objetivos e valores sociais, constitucionalmente consagrados, através do avanço científico, tecnológico e cultural.³⁴ Assim é que a parte final do inciso XXIX, do artigo 5º da Constituição, expressa o que se convencionou chamar de função social da propriedade industrial.³⁵

³³ BASTOS, João Pedro Valentim. Propriedade Intelectual e interpretação constitucional: a compreensão constitucional dos direitos exclusivos como balizas para a ponderação. *In: Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIX, Nº 352, Jan/Abr, Braga (Portugal): Empresa do Diário do Minho, Lda., 2020, p. 68-69.

³⁴ BARBOSA. Dênis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual* (Tomo I) – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 73.

³⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, Art. 5º: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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** (*grifo nosso*).



Em resumo, a análise constitucionalizada das bases de justificação e de desenvolvimento do direito de patente esclarece que os fins constitucionalmente buscados são o interesse coletivo e os propósitos políticos e econômicos, representados pela regulação da concorrência em torno dos bens incorpóreos, e pelo incentivo ao investimento financeiro e laboral nos trabalhos criativos, de modo a estimular o desenvolvimento do país. Esse é o conteúdo material contido no direito de exclusividade patentária; é, portanto, o efeito pretendido pelas normas desse subsistema.

A função social contribui de maneira fundamental para iluminar o alcance e a extensão do direito de patente. A compreensão funcional desenvolvida na lógica de meios e fins ajuda a evidenciar que, caso haja uma concretização das tensões havidas entre os interesses diversos que o sistema de exclusividades temporárias tutela, o intérprete se verá diante de um conflito entre interesses “meios” e interesses “fins”; entre objetivos secundários e objetivos primários. Em tais situações, Ana Paula de Barcellos instrui que “se existem fins, e há meios para alcança-los, e se, em determinadas circunstâncias, os meios conflitam com os próprios fins que buscam realizar, não se deve privilegiar o meio em detrimento do fim”.³⁶ Reafirme-se que a função social não impõe restrições negativas aos direitos exclusivos, ela apenas busca conformar as funções individuais e coletivas que esses direitos exercem dentro do sistema jurídico, de modo interrelacionado aos sistemas social e econômico. E, dessa forma, ela apenas revela o conteúdo material da faculdade jurídica.³⁷

4. O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional** – Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 245.

³⁷ BASTOS, João Pedro Valentim. Propriedade Intelectual e interpretação constitucional: a compreensão constitucional dos direitos exclusivos como balizas para a ponderação. *In: Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIX, Nº 352, Jan/Abr, Braga (Portugal): Empresa do Diário do Minho, Lda., 2020, p. 65-69.



Os fundamentos do sistema de patentes que acompanham a sua instituição e todo o seu desenvolvimento ao longo do tempo evidenciam historicamente os limites às prerrogativas dos titulares de patentes. Limites às faculdades jurídicas dos titulares de exclusividades sobre exploração de criações técnicas estiveram presentes de modo destacado já no *Statute of Monopolies* de 1624, na Inglaterra, e na Convenção União de Paris, de 1883.³⁸ Ainda, ressalvas de ordem pública e a exigência legal de utilização obrigatória da invenção que fosse objeto de patente tiveram grande destaque já no contexto da primeira lei patentária do Brasil independente, de 1882. O requisito de uso obrigatório foi um dos principais temas nos debates que antecederam a redação final daquele diploma legislativo – em verdade, essas discussões refletiam um ponto que foi bastante controverso já na Conferência Internacional de Viena, em 1873.³⁹

Ao fim, aquela legislação brasileira previu, em seu artigo 5º, a caducidade da patente, dentre outras hipóteses, pela ausência de uso efetivo da invenção dentro de três anos, contados da concessão, bem como falta de uso do melhoramento em invenção já existente dentro de um ano, contado da cessação do privilégio principal, e interrupção do uso efetivo da invenção por mais de um ano, ressalvada força maior. Fábio Groff esclarece que a expressão “uso” correspondia ao exercício efetivo da invenção privilegiada, com o fornecimento dos produtos ou serviços dela resultantes na proporção do seu emprego ou consumo.⁴⁰

³⁸ BRANCHER, Paulo M. R. **Contratos de licenciamento de propriedade industrial**: autonomia privada e ordem pública / Paulo M. R. Brancher – Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 132.

³⁹ GROFF, Fábio de Carvalho. **Fundamento do direito do inventor: perspectiva histórica brasileira**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 106. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-14102016-155205/publico/Doutorado_Tese_corrigida_Final_Fabio_de_Carvalho_Groff.pdf.

⁴⁰ GROFF, Fábio de Carvalho. **Fundamento do direito do inventor: perspectiva histórica brasileira**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 122. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-14102016-155205/publico/Doutorado_Tese_corrigida_Final_Fabio_de_Carvalho_Groff.pdf.



A legislação de 1882 passou por inúmeras alterações legislativas até a sua revogação total pelo Código de Propriedade Industrial de 1945. E mais uma vez estava presente na legislação brasileira um dos princípios fundamentais e geradores da Convenção União de Paris, que é a hipótese de caducidade da patente motivada pela sua não exploração. O art. 77, §1º, trazia essa possibilidade, dispondo como requisitos o requerimento formal de um legítimo interessado, o qual deveria apresentar prova, perante o departamento oficial, de que a patente em questão não foi explorada no país em tempo superior a três anos consecutivos sem motivos de força maior.⁴¹ Já o art. 53 estabelecia hipótese de “licença obrigatória para exploração das invenções”, determinando uma obrigação de concessão de licença a terceiros interessados, nas hipóteses de não ter ocorrido exploração efetiva do invento no território nacional dentro do período de dois anos contados da concessão, ou de ter sido essa exploração interrompida por tempo superior a dois anos consecutivos, sem que se tenha dado justificativas justas.⁴² Por fim, havia ainda a possibilidade de ocorrer “desapropriação”,

⁴¹ Código de Propriedade Industrial. **Decreto-Lei nº 7.903 de 27 de agosto de 1945.** “Art. 77. Caducarão as patentes automaticamente: [...] § 1º Caducarão, ainda, as patentes de invenção, modelo de utilidade e desenho ou modelo industrial, a requerimento de quem, com legítimo interesse, provar perante o Departamento que os respectivos titulares, ou seus representantes legais, sem motivo de força maior, não fizeram no país uso efetivo da invenção, modelo, ou desenho, conforme fôr o caso, por tempo superior a três anos consecutivos. § 2º O uso efetivo se comprova com o funcionamento regular da atividade a que se refira a patente. Art. 78. Apresentado o pedido de caducidade, será, notificado oficialmente o titular da patente, marcando-se-lhe o prazo improrrogável de sessenta dias para dizer o que fôr do seu interesse.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7903.htm#:~:text=DEL7903&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%207.903%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201945.&text=Art.,propriedade%20industrial%3B%20cuja%20prote%C3%A7%C3%A3o%20assegura. Acesso em: 29.02.2020.

⁴² Código de Propriedade Industrial. **Decreto-Lei nº 7.903 de 27 de agosto de 1945.** “Art. 53. O inventor que, durante os dois anos que se seguirem à concessão da patente, não tenha explorado de modo efetivo o objeto do invento no território nacional, ou, depois disso haja interrompido o uso por tempo superior a dois anos consecutivos, sem justificar as causas de sua inação ficará obrigado a conceder a terceiros interessados, que o requeiram, licença para exploração da respectiva patente, nos termos e condições estabelecidas neste Código.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7903.htm#:~:text=DEL7903&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%207.903%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201945.&text=Art.,propriedade%20industrial%3B%20cuja%20prote%C3%A7%C3%A3o%20assegura. Acesso em: 29.02.2020.



dentro do prazo de seis meses contados da data do depósito, da invenção que fosse considerada de interesse para a defesa nacional pelo órgão competente incumbido de examina-la.⁴³

A hipótese de caducidade da patente pela sua não exploração seguiu com basicamente a mesma redação nos três códigos subsequentes, de 1967, 1969 e 1971. O art. 48 do código de 1971 estabelecia a caducidade como uma das três hipóteses de extinção do privilégio, ao lado da expiração do prazo legal e da renúncia. No artigo seguinte dispôs que a patente caducaria no caso de a exploração do invento não ter sido iniciada efetivamente no país dentro de quatro anos, contados da data de sua expedição, ou de cinco anos se houvesse sido concedida licença. Também caducaria a patente caso o seu uso fosse interrompido por mais de dois anos consecutivos. O código somou a possibilidade de reconhecimento da caducidade de ofício pelo órgão competente e não mais apenas mediante provocação de legítimo interessado, mantendo a escusa de força maior comprovada.⁴⁴ No entanto, avançou-se na disciplina das licenças obrigatórias e desapropriação pela não exploração ou pelo interesse

⁴³ Código de Propriedade Industrial. **Decreto-Lei nº 7.903 de 27 de agosto de 1945.** “Art. 72. Se a invenção fôr considerada de interesse para a defesa nacional pelo órgão competente incumbido de examiná-la, poderá, a União promover a sua desapropriação dentro do prazo de seis meses contados da data do depósito.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7903.htm#:~:text=DEL7903&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%207.903%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201945.&text=Art.,propriedade%20industrial%3B%20cuja%20prote%C3%A7%C3%A3o%20assegura. Acesso em: 29.02.2020.

⁴⁴ Código de Propriedade Industrial de 1971. **Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971.** “Art. 48. O privilégio extingue-se: a) pela expiração do prazo de proteção legal; b) pela renúncia do respectivo titular ou seus sucessores, mediante documentação hábil; c) pela caducidade. Art. 49. Salvo motivo de força maior comprovado, caducará o privilégio, ex officio ou mediante requerimento de qualquer interessado, quando: a) não tenha sido iniciada a sua exploração no País, de modo efetivo, dentro de quatro anos, ou dentro de cinco anos, se concedida licença para sua exploração, sempre contados da data da expedição da patente; b) a sua exploração fôr interrompida por mais de dois anos consecutivos. Parágrafo único. Ao titular do privilégio notificado de acordo com o artigo 53, caberá provar não terem ocorrido as hipóteses previstas neste artigo ou a existência de motivo de força maior.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5772.htm#:~:text=LEI%20No%205.772%2C%20DE%2021%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201971.&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20da%20Propriedade,eu%20sancionano%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%B0%20%C3%89%20institu%C3%ADdo%20o,com%20o%20estabelecido%20nesta%20lei. Acesso em 29.02.2020.



nacional. O prazo para admissão de licença obrigatória do invento passou para três anos de inação após a sua expedição, ou de um ano de interrupção da exploração já iniciada, salvo motivo de força maior. Foi acrescentada a possibilidade da licença obrigatória por motivo de interesse público para invenções em desuso ou cuja exploração efetiva pelo titular não atenda à demanda do mercado.⁴⁵ Já a desapropriação foi prevista para hipóteses de relevância para a segurança nacional ou de quando o interesse nacional exigisse a vulgarização do invento.⁴⁶

A atual legislação reafirma o dever jurídico do titular de uma patente de explorar economicamente a invenção sobre a qual versam seus direitos, estando mais uma vez presente o requisito legal de uso obrigatório da invenção no ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário dos códigos de 1945 e 1971, a ausência de uso efetivo não mais apenas ocasiona caducidade da patente, mas enseja também a sua licença compulsória,

⁴⁵Código de Propriedade Industrial de 1971. **Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971.** “Art. 33. Salvo motivo de força maior comprovado, o titular do privilégio que não houver iniciado a exploração da patente de modo efetivo no País, dentro dos três anos que se seguirem à sua expedição, ou que a tenha interrompido por tempo superior a um ano, ficará obrigado a conceder a terceiro que a requeira licença para exploração da mesma, nos termos e condições estabelecidos neste Código. § 1º Por motivo de interesse público, poderá também ser concedida a terceiro que a requeira licença obrigatória especial, não exclusiva, para a exploração de privilégio em desuso ou cuja exploração efetiva não atenda à demanda do mercado.” Disponível em: [⁴⁶ Código de Propriedade Industrial de 1971. **Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971.** “Art. 39. A desapropriação do privilégio poderá ser promovida na forma da lei quando considerado de interesse da Segurança Nacional ou quando o interesse nacional exigir a sua vulgarização ou ainda sua exploração exclusiva por entidade ou órgão da administração federal ou de que esta participe. Parágrafo único. Salvo no caso de interesse da Segurança Nacional, o pedido de desapropriação, sempre fundamentado, será formulado ao Ministro da Indústria e do Comércio, por qualquer órgão ou entidade da administração federal ou de que esta participe. \[...\] Art. 46. A invenção considerada de interesse da Segurança Nacional poderá ser desapropriada na forma do artigo 39, após resolução da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional.” Disponível em: \[REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS \\(UNIFAFIBE\\)\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5772.htm#:~:text=LEI%20No%205.772%2C%20DE%2021%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201971.&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20da%20Propriedade,eu%20sancionano%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%B0%20C%3%89%20institu%C3%ADdo%20o,com%20o%20estabelecido%20nesta%20lei. Acesso em 27.01.2020.</p></div><div data-bbox=\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5772.htm#:~:text=LEI%20No%205.772%2C%20DE%2021%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201971.&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20da%20Propriedade,eu%20sancionano%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%B0%20C%3%89%20institu%C3%ADdo%20o,com%20o%20estabelecido%20nesta%20lei. Acesso em 27.01.2020.</p></div><div data-bbox=)



instituto jurídico definido e regulado pela Seção III, do Capítulo VIII, do primeiro Título, da Lei n. 9.279/1996. A caducidade segue sendo uma das hipóteses de extinção da patente e ocorrerá quando não houver sido sanado o abuso do direito de patente ou o seu desuso dentro do período de dois anos decorridos da concessão da primeira licença compulsória.⁴⁷

A lei atual detalha melhor as hipóteses de licenciamento compulsório e determina, por exemplo, que o não uso da patente é definido pela falta de fabricação, fabricação incompleta, falta de uso integral do invento, ou ainda não atendimento das necessidades do mercado pela comercialização promovida. A ressalva de força maior presente nos códigos anteriores foi substituída principalmente pela inviabilidade econômica, a qual permitirá a importação, pelo titular ou por terceiros, do invento que tenha sido fabricado de acordo com a patente em questão, desde que seja efetivamente colocado no mercado interno diretamente pelo titular ou com o seu consentimento. São somadas à inviabilidade econômica outras hipóteses de escusa: “razões legítimas para o desuso”, “obstáculos de ordem legal” e comprovação de “efetivos preparativos para a exploração”.⁴⁸ Diante de todo o histórico legislativo do direito de patente no país, Paulo Brancher afirma que:

⁴⁷ Código de Propriedade Industrial de 1971. **Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971**. “Art. 78. A patente extingue-se: [...] III – pela caducidade; [...] Parágrafo único. Extinta a patente, o seu objeto cai em domínio público. 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. § 1º A patente caducará quando, na data do requerimento da caducidade ou da instauração de ofício do respectivo processo, não tiver sido iniciada a exploração. [...] Art. 81. O titular será intimado mediante publicação para se manifestar, no prazo de 60 (sessenta) dias, cabendo-lhe o ônus da prova quanto à exploração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5772.htm#:~:text=LEI%20No%205.772%2C%20DE%2021%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201971.&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20da%20Propriedade,eu%20sancionano%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%B0%20%C3%89%20institui%3ADdo%20o,com%20o%20estabelecido%20nesta%20lei. Acesso em 27.01.2020.

⁴⁸ Lei de Propriedade Industrial. **Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996**. “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. § 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



Desde as origens do que hoje conhecemos como direito de propriedade industrial, há uma preocupação, que claramente podemos considera-la nos dias atuais como de ordem pública, no sentido de que a proteção dos direitos pode implicar no aumento dos custos de aquisição ou mesmo na redução da oferta de um produto protegido. O mundo evoluiu bastante e vemos que aquelas preocupações iniciais hoje se revestem em matérias de natureza antitruste ou de interesse do Estado.⁴⁹

Entendemos que a licença compulsória é na verdade um mecanismo sancionatório para o descumprimento da função social das patentes, a qual, como visto, serve à conformação dos interesses individuais ao interesse coletivo. As hipóteses legais guardam o significado funcional do direito e das faculdades jurídicas, e contém em suas formulações as

patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado. § 2º 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. § 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. § 5º A licença compulsória de que trata o § 1º somente será requerida após decorridos 3 (três) anos da concessão da patente. Art. 69. A licença compulsória não será concedida se, à data do requerimento, o titular: I - justificar o desuso por razões legítimas; II - comprovar a realização de sérios e efetivos preparativos para a exploração; ou III - justificar a falta de fabricação ou comercialização por obstáculo de ordem legal.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.279%2C%20DE%2014,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=Art.&text=I%20%2D%20aos%20nacionais%20ou%20pessoas,de%20direitos%20iguais%20ou%20equivalentes. Acesso em 29.02.2020.

⁴⁹ BRANCHER, Paulo M. R. **Contratos de licenciamento de propriedade industrial**: autonomia privada e ordem pública / Paulo M. R. Brancher – Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 135.



teorias implícitas no princípio da função social, como a teoria do abuso do direito e da jurisprudência dos interesses já mencionadas. O licenciamento compulsório é aplicável nas seguintes hipóteses: de o titular da patente “exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico”; de em três anos contados da data de concessão ocorrer a “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”; de ficar caracterizada a situação de dependência de uma patente em relação a outra, constituindo o objeto da patente dependente substancial progresso técnico em relação à patente anterior, não realizando os titulares acordo voluntário para exploração da segunda patente sem infringir direitos da primeira; de atender à emergência nacional ou a interesse público declarados em ato do Poder Executivo Federal; ou ainda quando a comercialização não satisfizer as necessidades do mercado no prazo de três anos da sua concessão.⁵⁰

⁵⁰ Lei de Propriedade Industrial. **Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996.** “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. § 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória: I – a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de 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. § 2º 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. § 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. § 5º A licença compulsória de que trata o § 1º somente será requerida após decorridos 3 (três) anos da concessão da patente. Art. 69. A licença compulsória não será concedida se, à data do requerimento, o titular: I – justificar o desuso por razões legítimas; II – comprovar a realização de sérios e efetivos preparativos para a exploração; ou III – justificar a falta de fabricação ou comercialização por obstáculo de ordem legal. Art. 70. A licença compulsória será ainda concedida quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes hipóteses: I – ficar caracterizada situação de dependência



De se ressaltar que a lei reserva a medida apenas a quem detenha capacidade técnica e econômica para explorar a invenção patenteada de maneira eficiente, e impõe que essa exploração deve atender ao mercado interno de modo predominante. O licenciado deverá iniciar tais atividades no prazo de um ano contado da concessão da licença, salvo razões legítimas e admitida a interrupção por também um ano, sujeitando-se à cassação da licença por requerimento do titular quando descumprido tal prazo.⁵¹ É de se notar que a lei mantém sempre expresso e reforçado o conteúdo material do direito de patente e a sua função dentro do sistema jurídico, econômico e social.

Quer dizer, ao estabelecer as hipóteses de licença compulsória, a Lei de Propriedade Industrial evidencia a conclusão que aqui se defende. A patente, como direito, só assume seu sentido de existência dentro da lógica de exploração econômica, e com isso se quer dizer que a propriedade industrial da patente somente existe em sua forma dinâmica, como um bem produtivo sob controle do seu titular, quem necessariamente deverá desenvolver uma atividade econômica de exploração comercial da tecnologia, em uma cadeia de atos

de uma patente em relação à 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. § 1º Para fins deste artigo considera-se patente dependente aquela cuja exploração depende obrigatoriamente da utilização do objeto de patente anterior. § 2º Para efeito deste artigo, uma patente de processo poderá ser considerada dependente de patente do produto respectivo, bem como uma patente de produto poderá ser dependente de patente de processo. § 3º O titular da patente licenciada na forma deste artigo terá direito a licença compulsória da patente dependente. 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.” Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em 29.01.2021.

⁵¹ Lei de Propriedade Industrial. **Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996.** “Art. 74. Salvo razões legítimas, o licenciado deverá iniciar a exploração do objeto da patente no prazo de 1 (um) ano da concessão da licença, admitida a interrupção por igual prazo. § 1º O titular poderá requerer a cassação da licença quando não cumprido o disposto neste artigo. § 2º O licenciado ficará investido de todos os poderes para agir em defesa da patente. § 3º Após a concessão da licença compulsória, somente será admitida a sua cessão quando realizada conjuntamente com a cessão, alienação ou arrendamento da parte do empreendimento que a explore.” Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em 29.01.2021.



sequenciados que conduza não apenas à obtenção de lucros pela empresa, mas também aos objetivos coletivos constitucionais, em uma lógica constitucional que vê na dinâmica de mercado o meio preferencial para os desenvolvimentos econômico e social, e para a alocação, abastecimento e circulação justas de bens e serviços.

Dentro do mesmo contexto amplo de raciocínio aqui desenvolvido está ainda a hipótese de licenciamento compulsório do artigo 71 – especialmente relevante para o cenário atual do Brasil e do mundo que é contexto para o presente artigo – para os casos de emergência nacional ou interesse público, os quais deverão ser declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade. Ou seja, a lei ainda põe ressalvada a chance de o interesse público ou emergência nacional que motivaria a licença compulsória ser atendido pela exploração do próprio titular da patente ou seu licenciado, em livre uso, gozo ou disposição legítima de seu direito. Além do mais, estabelece que a licença será temporária, cujo prazo de vigência e possibilidades de prorrogação deverão ser estabelecidos no ato de concessão. Tais ressalvas reforçam a crença do constituinte de que os interesses coletivos podem e preferencialmente devem ser atendidos a partir do sistema de patentes construído justamente para essa finalidade, tal qual demonstra a compreensão trazida no presente estudo. Como dissemos, a ordem jurídica constitucional deseja exatamente a satisfação imediata e regular do titular do direito individual, pois acredita que essa dinâmica fará com que os objetivos coletivos também sejam alcançados. A legislação expressa a definição constitucional de que os interesses coletivos da sociedade brasileira serão realizados pelo pleno e eficaz funcionamento da economia sob o sistema de mercado e concorrência para troca livre de bens e serviços, onde a propriedade privada assume imprescindibilidade.

É indispensável apontar que o licenciamento compulsório não se dará sem oferecimento de contrapartida ao titular da patente atingido pela medida. Inclusive, na



hipótese de licenças compulsórias adotadas pela dependência de uma patente em relação a outra, quando os seus titulares não chegam a acordo voluntário para explorações legítimas e regulares, a lei prevê o direito a licença compulsória cruzada que beneficie a ambos. Para as demais situações, o artigo 73 da LPI impõe que o “pedido da licença compulsória deverá ser formulado mediante indicação das condições oferecidas ao titular da patente”, devendo este ser intimado para se manifestar acerca da proposta efetuada no prazo legal. Justificada a medida excepcional nas hipóteses previstas em lei, a lei determina a obrigação do titular da patente licenciá-la sob condições e remuneração justas e adequadas ao contexto e circunstâncias apresentadas, sendo obrigatoriamente considerado o valor econômico da licença a ser concedida, cujo arbitramento deverá se dar sob ampla diligência do órgão responsável.⁵² A disciplina da lei expressa o caráter necessário da medida excepcional que prevê e a importância do direito individual considerado no sistema jurídico constitucional, impondo ao poder público o dever de mais uma vez conformar os interesses individual e coletivo, preservando este sem desprezar totalmente aquele, adotando critérios justos e adequados à situação atípica.

⁵² Lei de Propriedade Industrial. **Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996.** “Art. 70 [...] § 3º O titular da patente licenciada na forma deste artigo terá direito a licença compulsória cruzada da patente dependente. [...] Art. 73. O pedido de licença compulsória deverá ser formulado mediante indicação das condições oferecidas ao titular da patente. § 1º Apresentado o pedido de licença, o titular será intimado para manifestar-se no prazo de 60 (sessenta) dias, findo o qual, sem manifestação do titular, será considerada aceita a proposta nas condições oferecidas. [...] § 4º Havendo contestação, o INPI poderá realizar as necessárias diligências, bem como designar comissão, que poderá incluir especialistas não integrantes dos quadros da autarquia, visando arbitrar a remuneração que será paga ao titular. § 5º Os órgãos e entidades da administração pública direta ou indireta, federal, estadual e municipal, prestarão ao INPI as informações solicitadas com o objetivo de subsidiar o arbitramento da remuneração. § 6º No arbitramento da remuneração, serão consideradas as circunstâncias de cada caso, levando-se em conta, obrigatoriamente, o valor econômico da licença concedida.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.279%2C%20DE%2014,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=Art.&text=LI%20%2D%20aos%20nacionais%20ou%20pessoas,de%20direitos%20iguais%20ou%20equivalentes. Acesso em 29.02.2020.



Deve-se atentar ainda para o fato de que a licença compulsória será sempre não exclusiva, com vedação expressa ao sublicenciamento.⁵³ Ou seja, uma vez motivada a “quebra de patente”, como vulgarmente é chamado o licenciamento compulsório, assenta-se definitivamente o reconhecimento e demonstração da não realização dos objetivos primários do sistema de patentes, que lhe servem de alicerces de legitimação – na hipótese de abuso do direito ou do poder econômico, o requerente da licença compulsória deverá comprovar tal situação, já na hipótese de insuficiência ou falta de exploração, caberá ao requerido comprovar a efetiva e suficiente exploração.⁵⁴ Logo, o objeto da patente compulsoriamente licenciada não poderá ser explorado sob a forma de privilégio temporário exclusivamente assenhorado por um outro particular, pois restou determinado no caso concreto que esse meio específico não se mostra adequado à realização dos fins para os quais deve apontar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio de uma análise funcional do direito, é preciso entender que uma adequada interpretação do sistema constitucional brasileiro aponta para a crença do constituinte de

⁵³ Lei de Propriedade Industrial. **Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996.** “Art. 72: As licenças compulsórias serão sempre concedidas sem exclusividade, não se admitindo o sublicenciamento.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.279%2C%20DE%2014,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=Art.&text=I%20%2D%20aos%20nacionais%20ou%20pessoas,de%20direitos%20iguais%20ou%20equivalentes. Acesso em 29.02.2020.

⁵⁴ Lei de Propriedade Industrial. **Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996.** “Art. 73. O pedido de licença compulsória deverá ser formulado mediante indicação das condições oferecidas ao titular da patente. § 1º Apresentado o pedido de licença, o titular será intimado para manifestar-se no prazo de 60 (sessenta) dias, findo o qual, sem manifestação do titular, será considerado aceita a proposta nas condições oferecidas. § 2º O requerente de licença que invocar abuso de direitos patentários ou abuso de poder econômico deverá juntar documentação que o comprove. § 3º No caso de a licença compulsória ser requerida com fundamento na falta de exploração, caberá ao titular da patente comprovar a exploração.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.279%2C%20DE%2014,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=Art.&text=I%20%2D%20aos%20nacionais%20ou%20pessoas,de%20direitos%20iguais%20ou%20equivalentes. Acesso em 29.02.2020.



que os objetivos e necessidades nacionais não são completamente atingidos pela integração passiva à economia mundial. Há, ao revés, a demanda por atuação política estratégica do poder público para servir, incentivar, investir e estimular o desenvolvimento industrial e tecnológico do país em um ambiente de competição global extremamente acirrada, onde os países em desenvolvimento buscam evitar sucumbir ao enorme poderio de economias mais desenvolvidas, o que comprometeria suas autonomias nos exercícios econômico, técnico e político.⁵⁵ Esse mesmo sistema constitucional impõe deveres concretos ao poder público na garantia direta de direitos fundamentais de cunho individual e social, e também na efetivação da busca constante pelos objetivos constitucionais em verdadeiras políticas de estado. Nesse contexto, estão inseridas as políticas públicas na área da saúde, enquanto responsabilidade do Estado e não apenas dos seus governos que efetivamente devem cumpri-la.⁵⁶ A respeito das diversas políticas públicas na área da saúde, o Sistema Único de Saúde – SUS – foi criado pela Constituição Federal de 1988 e regulado pela lei nº 8.080/1990, para funcionar como grande guarda-chuva de ações e políticas públicas a serem implementadas sob princípios constitucionais e legais bem estabelecidos, como a universalidade, a integralidade e a equidade. No momento atual, deve-se lembrar que o programa nacional de imunizações faz parte do SUS e deve ser visto como um dos mecanismos de observância à imposição

⁵⁵ BASTOS, João Pedro Valentim. Propriedade Intelectual e interpretação constitucional: a compreensão constitucional dos direitos exclusivos como balizas para a ponderação. *In: Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIX, Nº 352, Jan/Abr, Braga (Portugal): Empresa do Diário do Minho, Lda., 2020, p. 68.

⁵⁶ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. [...] Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...] Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador.” Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29.01.2021.



constitucional de prioridade às atividades preventivas, devendo ocorrer em observância aos princípios e diretrizes do sistema único de saúde.⁵⁷

A garantia do acesso à saúde é livre à iniciativa privada, significando que esse serviço não é de prestação exclusiva do Estado.⁵⁸ Ocorre que o exercício dessa liberdade dos particulares deverá se dar sob observância das diretrizes estabelecidas pelo poder público, através do sistema único de saúde.⁵⁹ Vale dizer, a execução das políticas públicas de acesso à saúde deve se dar através do Estado e também pode se dar através de particulares em atividades que complementem a atuação estatal. Mas a fixação de diretrizes e normas de estruturação, a regulamentação, a fiscalização e o controle é dever-poder exclusivo do Estado. A própria constituição já antecipa de pronto diretrizes fundamentais e mínimas a serem observadas pelas ações políticas de normatização e estruturação do SUS, dentre as quais está o dever de apontar constantemente para os objetivos de redução progressiva das disparidades regionais e de acesso igualitário à saúde.⁶⁰ É importante notar ainda que o texto

⁵⁷ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.” Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29.01.2021.

⁵⁸ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.” Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29.01.2021.

⁵⁹ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.” Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29.01.2021.

⁶⁰ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal, igualitário às ações e serviços para a sua promoção. [...] Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: [...] II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde



constitucional impõe atribuições mínimas ao SUS, como a execução das ações de vigilância sanitária e epidemiológica, o controle e a fiscalização de produtos, procedimentos e substâncias de interesse nacional para a saúde, a participação na produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos, e ainda o desenvolvimento científico e tecnológico do país na área da saúde.⁶¹

Dentro desse panorama legislativo e diante do cenário pandêmico, vemos as disposições constitucionais que conectam os temas do direito fundamental de acesso à saúde, as concepções constitucionais do Estado e da economia e os direitos de patentes sobre as vacinas recém construídas por laboratórios privados. A propriedade industrial figura como instrumento político e jurídico de incentivo à inovação e conseqüente desenvolvimento tecnológico, posta no contexto constitucional como parte importante para a perseguição dos objetivos últimos do país e para a viabilização do funcionamento das relações econômicas entre particulares em concorrência entre si, cuja dinâmica é vista como meio preferencial para o avanço econômico e social da nação.⁶² No contexto da pandemia do COVID-19 e do desenvolvimento recente de vacinas para o seu controle, as discussões sobre as patentes e suas funções se encontram com os debates envolvendo a política pública de saúde e os papéis

destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais.” Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29.01.2021.

⁶¹ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; [...] V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico..” Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29.01.2021.

⁶²ARRUDA, Mauro Fernando Maria. **Desenvolvimento Tecnológico da Indústria e a Constituição de um Sistema Nacional de Inovação no Brasil.** Coordenação: Prof. Dr. Luciano G.Coutinho, Prof. Dr. Wilson Suzigan, Dênis Borges Barbosa / Mauro Fernando Maria Arruda. Campinas: Universidade Estadual de Campinas – Instituto de Economia – Centro de estudos de relações econômicas internacionais – Núcleo de Economia Industrial e da Tecnologia, 1990, p. 6-7. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/Sobre%20a%20Propriedade%20Intelectual.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.



do Estado e do setor privado nesse cenário. Internacionalmente e internamente, repercutem polêmicas acerca do tema do licenciamento compulsório de patentes sobre as novas vacinas desenvolvidas e da sua livre oferta por laboratórios particulares.

Paulo Brancher afirma que o licenciamento compulsório historicamente sempre esteve ligado às questões de saúde pública, mas a análise de justificativas legais de interesse público demonstra que “a questão da saúde pública é apenas uma das muitas hipóteses que podem determinar a imposição do licenciamento compulsório”.⁶³ Paulo Lôbo define muito bem os contratos compulsórios, afirmando que consistem na obrigação de negociar diante das hipóteses previstas em lei.⁶⁴ Trata-se de um óbice direto à liberdade individual do particular, aplicado pela ordem jurídica estatal, que deve apresentar as hipóteses e razões para tal intervenção atípica. Vemos que as hipóteses legais para o licenciamento compulsório de patentes estão relacionadas à análise funcional de suas faculdades jurídicas, na qual se desenvolve teoricamente o instituto da função social como harmonização entre as funções individuais e coletivas do direito. Por tal compreensão, as razões a serem apresentadas pelo Poder Público no caso concreto deverão conduzir a essa mesma harmonização inicialmente proposta pelo exercício regular dos direitos de patente pelo seu titular, somadas à demonstração de sua inadequação por exceção no caso concreto, que justifique a adoção de um caminho alternativo previsto na lei.

Vale dizer, a compreensão constitucional e funcional do sistema de patentes esclarece ao intérprete que é apenas aparente o conflito comumente atribuído pela literatura jurídica entre o direito à vida, o direito de acesso à saúde e o direito de propriedade do titular da patente. Na realidade, a função social da propriedade industrial permite visualizar o alcance

⁶³ BRANCHER, Paulo M. R. **Contratos de licenciamento de propriedade industrial**: autonomia privada e ordem pública / Paulo M. R. Brancher – Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 130 e 135.

⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto *apud* BRANCHER, Paulo M. R. **Contratos de licenciamento de propriedade industrial**: autonomia privada e ordem pública / Paulo M. R. Brancher – Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 129.



e os limites dos direitos do particular, já que não expressa restrições negativas, mas, ao contrário, clarifica o próprio conteúdo material desses direitos que contém os interesses juridicamente tutelados e os seus fundamentos. O sistema de patentes funciona como ponto de convergência para o qual apontam interesses diversos e, pela análise funcional, esses interesses se apresentam em uma lógica de meio e fim. O mecanismo de intervenção estatal do licenciamento compulsório se justifica nas hipóteses em que o legislador aponta conflitos entre o meio e o fim, e determina que o Poder Público faça a finalidade última ser preservada.⁶⁵

Paulo Lôbo nos traz uma lição importante:

Enquanto houver na Constituição ordenação social e econômica, ou seja, a regulação da ordem econômica e social, para além dos conteúdos do Estado Liberal de ordenação do poder político e das garantias individuais haverá Estado Social, sob o ponto de vista do direito privado. Enquanto houver Estado Social impõe-se a conformação da aplicação e da interpretação do direito privado de acordo com os princípios e normas fundamentais da Constituição nessa matéria e, conseqüentemente, a constitucionalização do direito privado e da constitucionalização do direito civil, que é um fato, não é ideologia.⁶⁶

⁶⁵ BASTOS, João Pedro Valentim. Propriedade Intelectual e interpretação constitucional: a compreensão constitucional dos direitos exclusivos como balizas para a ponderação. *In: Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIX, Nº 352, Jan/Abr, Braga (Portugal): Empresa do Diário do Minho, Lda., 2020, p. 76-77.

⁶⁶ LÔBO, Paulo. Direito civil: estado da arte na doutrina e jurisprudência. *In: Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, a. 6, n. 16, p. 225, set/dez, 2017.



É importante reforçar a Constituição e a sua compreensão no momento de enorme pressão do poder econômico, instigado pelo momento de grande interesse social sobre a vacina e sua distribuição. O programa de vacinação e estratégias de combate à epidemia devem obedecer a princípios e diretrizes constitucionais, e é dever exclusivo e inescapável do Poder Público. Mesmo uma eventual omissão do Estado na estruturação e efetivação desse programa e estratégias não justificaria o individualismo exacerbado por parte dos particulares, pois as faculdades destes dispõem de uma função social e diretrizes mínimas já foram de pronto veiculadas no próprio texto constitucional, no qual encontramos positivados também os objetivos do país e os princípios fundantes da república, da ordem econômica e da política nacional de saúde. E nesse contexto, é certo que as normas constitucionais são prescrições que obrigam não apenas o Estado, mas também toda a sociedade.⁶⁷

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas. *In: Argumentum – Revista de Direito* n.3 -2003 – UNIMAR. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/697/348>.

⁶⁷ DANTAS, Juliana de Oliveira Jota. **Controle de constitucionalidade e cláusulas pétreas implícitas: a irredutibilidade do direito fundamental ao meio ambiente**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p. 235.



ARRUDA, Mauro Fernando Maria. **Desenvolvimento Tecnológico da Indústria e a Constituição de um Sistema Nacional de Inovação no Brasil**. Coordenação: Prof. Dr. Luciano G.Coutinho, Prof. Dr. Wilson Suzigan, Dênis Borges Barbosa / Mauro Fernando Maria Arruda. Campinas: Universidade Estadual de Campinas – Instituto de Economia – Centro de estudos de relações econômicas internacionais – Núcleo de Economia Industrial e da Tecnologia, 1990. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/Sobre%20a%20Propriedade%20Intelectual.pdf>.

ASCENSÃO, José Oliveira. A pretensa “propriedade” intelectual. *In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 20/2007. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, p. 243-261. São Paulo: Jul-Dez/2007. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/20530558/a-pretensa-propriedade-intelectual---jose-oliveira-ascensao>.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional** – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARBOSA. Dênis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual** (Tomo I) – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

BARBOSA. Dênis Borges. **A Criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual** – o caso sul americano. Genebra: Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2005.

BASTOS, João Pedro Valentim. Propriedade Intelectual e interpretação constitucional: a compreensão constitucional dos direitos exclusivos como balizas para a ponderação. *In:*



Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXIX, Nº 352, Jan/Abr, Braga (Portugal): Empresa do Diário do Minho, Lda., 2020, pp. 59-77.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito; tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine – Barueri/SP: Maneole, 2007.

BRANCHER, Paulo M. R. **Contratos de licenciamento de propriedade industrial**: autonomia privada e ordem pública / Paulo M. R. Brancher – Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Código Civil de 2002**, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm.

BRASIL. **Lei de Propriedade Industrial**. Lei n. 9.279 de 14 de novembro de 1996. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm.

BRASIL. **Código de Propriedade Industrial**. Decreto-Lei nº 7.903 de 27 de agosto de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7903.htm#:~:text=DEL7903&text=DECRETO%20N%C2%BA%207.903%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201945.&text=Art.,propriedade%20industrial%3B%20cuja%20prote%C3%A7%C3%A3o%20assegura.

BRASIL. **Código de Propriedade Industrial de 1971**. Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971. Disponível em:



http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5772.htm#:~:text=LEI%20No%205.772%2C%20DE%2021%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201971.&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20da%20Propriedade,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%B0%20%C3%89%20institu%C3%ADdo%20o,com%20o%20estabelecido%20nesta%20lei.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *In: Revista CEJ*, Vol. 1, n. 3, set./dez, 1997. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/123/166>.

COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da propriedade dos bens de produção. *In: Revista de Direito Mercantil*, n.º 63. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2297584/mod_resource/content/1/COMPARATO%2C%20F.%20C.%20Funcao%20social%20da%20propriedade%20dos%20bens%20de%20producao.pdf.

DANTAS, Juliana de Oliveira Jota. **Controle de constitucionalidade e cláusulas pétreas implícitas**: a irredutibilidade do direito fundamental ao meio ambiente. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

GEIGER, Christophe. Reconceptualizing the Constitutional Dimension of Intellectual Property. *In: Paul L. C. Torremans (ed.), Intellectual Property and Human Rights – Information Law Series*–, n. 34, 3. ed., p. 115-161. New York: 2015. Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/en/persons/dr-christophe-geiger.html>.



GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica) – 14ª ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GROFF, Fábio de Carvalho. **Fundamento do direito do inventor: perspectiva histórica brasileira**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 157. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-14102016-155205/publico/Doutorado_Tese_corrigida_Final_Fabio_de_Carvalho_Groff.pdf.

JÚNIOR, José Barros Correia. **Função social e a responsabilidade da empresa perante os stakeholders**. 2013. Tese (Doutorado Direito) – Faculdade de Direito de Recife - FDR. Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco.

LÔBO, Fabíola Albuquerque. Os institutos do direito privado patrimoniais, sob o viés da funcionalização. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LÔBO, Paulo. Direito civil: estado da arte na doutrina e jurisprudência. *In*: **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, a. 6, n. 16, set/dez, 2017.

MALLMANN, Querino; BASTOS, João Pedro Valentim. Propriedade Intelectual no contexto da constitucionalização do direito privado. *In*: **Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição – PIDCC**, Ano VIII, Volume 13, nº 02, p. 017 a 047, Jul/2019. Disponível em: <http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/343-propriedade-intelectual-no-contexto-da-constitucionalizacao-do-direito-privado>.



PEDRA, Adriano Sant'Ana; FREITAS, Rodrigo Cardoso. A função social da propriedade como um dever fundamental. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 66, pp 53-74, jan/jun 2015. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1681>.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, nº 6, Junho de 2005, p. 101-120. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf>.