

# Patente de medicamentos e saúde pública: o sistema patentário e o acesso a medicamentos por meio da licença compulsória

---

Mariana Dias Ribeiro<sup>1</sup>

## Resumo

O presente estudo tem por escopo a abordagem do direito constitucional à saúde, sob o prisma do acesso universal e igualitário da população aos medicamentos. Para tanto, faz-se necessário conciliar a tarefa de promoção da saúde com o direito de propriedade industrial, especialmente em relação às patentes farmacêuticas. Analisa-se a importância da propriedade industrial como instrumento para atingir-se o postulado constitucional ligado a este direito fundamental, viabilizando-se o desenvolvimento e a produção de novos fármacos. Por outro lado, observam-se possíveis abusos que podem existir na exploração pelo titular, frustrando os objetivos almejados, inviabilizando o acesso aos medicamentos necessários. Sob este prisma, grande relevo se observa na possibilidade da licença compulsória, considerada uma restrição imposta ao direito do inventor, delimitando-se o alcance do privilégio. Desta forma, será acrescida a utilidade social esquecida, de forma que venha a desempenhar o seu relevante papel, acarretando a melhoria na qualidade de vida diante do desenvolvimento de novos medicamentos e procedimentos. Promove-se, portanto, o bem-estar, salvaguardando-se, como bem maior, a própria vida e concretizando, por fim, o desiderato constitucional de acesso à saúde.

**Palavras-chave:** Saúde pública; patente de medicamentos; função social.

## Abstract

The scope of this study is to approach the constitutional right to health, through the prism of universal and equal access of the population to medicines. Therefore, it is necessary to reconcile the task of promoting health with the right industrial property, especially in relation to pharmaceutical patents. Analyzes the importance of intellectual property as a tool to achieve the constitutional postulate is linked to this fundamental right, enabling the development and production of new drugs. Moreover, we observe the possible abuses that may exist on the farm by the owner, thwarting the desired goals, preventing access to necessary medicines. In this light, great importance is seen in the possibility of a compulsory license, regarded as a restriction imposed on the right of the inventor, delimiting the scope of the privilege. This will increased forgotten social utility so that it will do a relevant role, leading to improvement in quality of life before the development of new drugs and procedures. Promotes itself, thus safeguarding the welfare, as well as larger, embodying life itself, finally, the constitutional desideratum of access to healthcare.

**Keywords:** Public health; patent medicines; social function.

---

<sup>1</sup> Professora de Direito Civil – Universidade Estácio de Sá. Universidade Estácio de Sá – Unidade Niterói/RJ – E-mail: mariana.ribeiro@estacio.br / marianadribeiro@yahoo.com.br

## Introdução

Os direitos fundamentais, como frutos de uma construção histórica, foram gradativamente inseridos nos diversos ordenamentos jurídicos o que, apesar disso, não veio a garantir a sua efetivação, sendo este um dos grandes problemas a serem enfrentados.

Muito de nossa luta histórica possibilitou o reconhecimento de uma nova ordem de direitos, ultrapassando as ideias liberais e a não intervenção do Estado.

Sob esta vertente é que se pretende analisar um destes direitos que apresentam nota de fundamentalidade: o direito à saúde, inserido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Tal direito apresenta especial relevo, vez que indissociavelmente ligado à vida, a partir do qual os demais direitos podem ser exercidos.

Apresentando-se em sua faceta negativa, fazendo surgir um dever de abstenção, assume também a dimensão positiva, a ensejar, do poder estatal, a realização de prestações, bem como possibilitar a sua realização com o intuito de promover uma vida digna.

O acesso igualitário e universal, inaugurado no Diploma Constitucional de 1988, será aqui analisado sob o aspecto preventivo, onde se encontra o acesso a medicamentos.

Sob esta perspectiva, é que se analisa a possível convergência entre a acessibilidade universal dos medicamentos necessários e o privilégio outorgado pelo Estado diante da patente, conforme se depreende do atual Diploma constitucional em seu artigo 200, estabelecendo a participação do Estado junto à ordem econômica, pelo Sistema Único de Saúde, na produção de medicamentos e incremento, em sua área de atuação estatal, do desenvolvimento científico e tecnológico.

Na medida em que se respeita o atendimento da saúde pública, cumprem-se os interesses sociais, em respeito à vida, dignidade, justiça social e ao desenvolvimento.

Através do sistema de patentes, seu titular pode obter, com a sua exploração, o ressarcimento pelos gastos despendidos na realização da pesquisa que ensejou a produção deste novo fármaco, sendo o próprio Estado um destes adquirentes do medicamento patentado, para cumprir com o desiderato fundamental de acesso.

Neste contexto, assume relevo o estudo da propriedade intelectual, aqui no âmbito da propriedade industrial, representada pela patente de invenção na seara de medicamentos, ciente do debate acerca de sua extensão e limite, principalmente levando-se em consideração, nesta hipótese, um bem tão valioso quanto a manutenção da própria existência humana.

O relevo se observa quando se leva em consideração que, contemporaneamente, o desenvolvimento econômico está atrelado, fundamentalmente, à capacidade de geração e aplicação do conhecimento, deslocando-se da valorização do capital para o saber, emergindo os bens criados pelo intelecto humano.

Desta forma, há que se ressaltar a importância da patente para o desenvolvimento, atrelado, como revela nosso Diploma constitucional, à observância da função social. Neste aspecto, o debate da função a ser assumida pelo instituto será realizado através do instituto da licença compulsória, atendo-se sua análise somente no que pertine ao atendimento daquela função. A relevância se aponta pelo fato do Governo Brasileiro já ter suscitado, em algumas hipóteses, o instituto.

Isto posto, no presente estudo pretende-se demonstrar a existência de um direito de propriedade, na espécie, direito de propriedade intelectual, com a necessidade de atendimento de sua função social, ensejando, para tanto, a possibilidade da licença compulsória, como forma de implementar, no sistema, um ponto de equilíbrio com a função social esculpida na Carta Constitucional.

## **Funcionalização da patente**

### **Do absolutismo à funcionalização da propriedade**

A inspiração do presente trabalho surge diante da necessidade de se contextualizar o direito fundamental à saúde, analisado sob o aspecto promocional e o direito de propriedade, ora representado pela propriedade industrial, por meio das patentes farmacêuticas. Neste debate, apresentam-se ambos os direitos fundamentais em tela como merecedores da respectiva proteção, ressaltando-se a importância de se destacar a atenção ao bem-estar social, na medida em que os institutos jurídicos não se encontram mais permeados pelo absolutismo do passado. Ademais, o conceito de saúde que se desenvolve não se reduz à ausência de doenças, mas atrela-se aos mecanismos possíveis para a sua promoção diante do que deve ser garantido aos indivíduos, de forma a se propagar o estado de bem-estar almejado, com progressiva assunção de funções por parte dos setores públicos, a impor um novo comportamento. Neste contexto, cabe enfatizar a necessidade apontada de forma a robustecer os institutos em tela com o enfoque social. No campo da saúde, verifica-se a necessidade de implementação de políticas públicas para viabilizar um acesso igualitário, o que muito se faz com o fornecimento de medicamentos e respectivos tratamentos, colaborando também para o desenvolvimento da nação.

O direito de propriedade, ora revelado na propriedade intelectual, mais precisamente, a propriedade industrial, aqui representada pela patente de invenção, também deve se voltar ao atendimento do interesse coletivo.

Nesta linha de argumentação, em especial atenção ao direito em debate, encontramos a noção da existência de diversas propriedades, e que nos conduz a considerar, conforme Bastos (1988, p.104) que “o regime da propriedade não é redutível a um sistema único” e, muito embora o texto constitucional se refira genericamente à função social, ele se estende a todas as modalidades abraçadas pelo instituto.

Pode-se, portanto, afirmar, diante da compatibilidade entre direito subjetivo e função, a partir da análise da evolução da realidade jurídica, que:

desde esse ponto de vista, há a integração da função social aos modernos conceitos de *propriedade*, que se consuma na conciliação do individual e do social. Daí uma alteração na própria estrutura da propriedade. Expressão das modernas tendências que caracterizam o tratamento conferido pelo Direito à realidade social, as modernas concepções de *propriedade* são aplicadas à preservação de uma situação de equilíbrio entre o individual e o social (GRAU, 1988, p.243).

Na medida em que o Estado passa a assumir um papel participativo na vida da população, o ordenamento começa a se alterar. Sob a esfera de uma ideologia liberal, o papel absoluto do instituto e a superioridade do proprietário eram posições assentadas. Entretanto, na medida em que perde força a postura absolutista<sup>2</sup>, assumindo-se como instrumento gerador de exclusão social, relevo desperta, com a consagração de uma segunda dimensão de direitos, o Estado Social. Admitindo-se a sobrevivência da propriedade privada, a ordem pública passa a garantir a utilização dos bens, conforme sua destinação contando, a partir de então, com a sobreposição do social em relação ao individual, robustecido o bem-estar geral em relação às conveniências individuais (PEREIRA, 2006, p.87). Diante desta compreensão, os direitos individuais devem ser vistos como instrumentos para a construção de algo coletivo, de forma que os atos cunhados na autonomia privada devem ser direcionados à “realização de interesses e funções socialmente úteis” (BERCOVICI, 2001, p.73).

Desta forma, o sentido de função, vem significar um poder, de forma específica, conforme demonstra Comparato (1986, p.71-19) “o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo” acrescentando-se o adjetivo social, a delinear o interesse coletivo, caracterizando-a como um poder-dever daquele que se coloca na posição de proprietário, sob pena de ser sancionado pelo ordenamento. Sob a ótica apontada, a propriedade poderia contribuir para o desenvolvimento da nação, erradicando a pobreza e minimizando as desigualdades sociais existentes (VARGAS, 2009, p.321). Neste contexto, revela-se um interesse maior do que o individual, que integra a estrutura do instituto à finalidade comum. Verifica-se, portanto, a sucumbência das concepções individualistas diante das forças sociais guiadas no sentido de sua democratização. Desta forma, para sua legitimidade, já não basta o título aquisitivo que conduz à propriedade, mas sim a atitude daquele que titulariza esta condição que, ao “utilizar o feixe dos poderes – absolutos, amplos ou restringidos – integrantes do direito de propriedade, esteja sensibilizado com o dever social imposto pela Constituição Federal” (FRANÇA, 1999, p.14).

<sup>2</sup> Antecedentes podem ser encontrados “nas formulações acerca do abuso de direito, que, gradativamente, impuseram limites ao poder absoluto do proprietário”.



exigência de utilização condizente aos fins sociais a que se preordena, de caráter evolutivo, conforme a alteração social, que permite o impulso em razão de suas demandas. Na Carta que se seguiu, em seus arts.153 e 160, a propriedade também é assegurada na medida em que esteja voltada ao atingimento da função social (BASTOS; MARTINS, 2004).

Entretanto, não se revelava o comportamento propugnado pela Carta atual, que a colocou no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no art.5º, XXII, fato de relevância para o estudo que ora se desenvolve, salientando no inciso seguinte a existência do princípio constitucional fundamental da função social da propriedade apresentando-se também, no art.170, II e III, como princípios gerais da ordem econômica. A postura assumida pelo constituinte de 1988, refletia o fim de um regime autoritário no Brasil dos anos 80, cuja Carta pode ser vista, conforme salienta França (1999, p.13) como “resultado de compromisso histórico dos grupos sociais interessados em assegurar suas plataformas reivindicacionistas no novo texto”.

O instituto ganha proteção autônoma na medida em que é assegurado, agora em inciso próprio, como direito fundamental, devendo se compatibilizar com as finalidades espraiadas no âmbito social. Pretende-se coibir, portanto, seu uso degenerado que conflite com as normas protetivas, que não se cogite de interação com a coletividade.

A sociedade contemporânea, atendo-se a valores de cooperação na análise do instituto, vem a exigir um conteúdo que o modelo tradicional não consegue alcançar (GUERREIRO, 2006), cujos fatos revelavam a impotência deste esquema tradicional “para se ajustar às novas direções do fenômeno produtivo” (GOMES, 1970, p.11).

A liberdade nas mãos de poucos, anteriormente predominante, oprimia a coletividade onde muitos se viam desprovidos de acesso a bens mínimos acarretando, em muitos casos, a privação da própria dignidade, momento em que se constata a fragilidade do ser humano e reflete no constitucionalismo que a este fato se segue. A despeito desta colocação, cabe mencionar que o direito é uma realidade ordenada ao atendimento do bem comum, que deve ser buscado. Para tanto, premente se faz a necessidade de relativização do significado do instituto, em particular diante do fato de constar dentre os princípios da ordem econômica, estes, preordenados ao fim de assegurar a todos existência digna conforme os ditames de justiça social (SILVA, 1999).

O respeito ao princípio em debate vem com o objetivo de conceder, de acordo com França (1999, p.15) “legitimidade jurídica à propriedade privada, tornando-a associativa e construtiva”, resguardando, desta forma, os fundamentos e diretrizes fundamentais expostos na Constituição.

Por derradeiro, este deveria ser o comportamento social que se omitiu, durante todo o percurso em que houve a fragilização do ser humano, do cumprimento deste desiderato, o que acarretou a necessidade de reafirmá-lo, como visto, nas constituições.



A colocação da função social da propriedade intelectual resulta da consideração das múltiplas formas do instituto e da atenção ao postulado constitucional, abraçando-se a concepção de que tal função incide em cada regime proprietário. Para tanto, parte-se do princípio de servir de instrumento a favor da existência digna, à qual propugnamos em virtude da proteção da dignidade da pessoa humana, bem como a realização de uma justiça social, o que se perfaz na medida em que se salienta a necessidade do exercício de um direito em prol da comunidade como um todo. Entretanto, para o cumprimento deste desiderato, se municia o Poder Público da possibilidade de intervir caso tal preceito seja descumprido. Pelo exposto, a função social da propriedade teria uma “função promotora e tende a ser o instrumento mais eficaz na luta contra as desigualdades sociais” (CARVALHO, 2003, p.22).

Tamánhas considerações ocorrem de acordo com nossa Carta Constitucional e a legislação pátria, esta última em plena consonância com a primeira, dado que foram estabelecidos fins específicos que devem ser atendidos. Com este postulado, objetiva a Constituição “ressalvar as necessidades e propósitos nacionais, num campo considerado de fundamental importância para a sobrevivência de seu povo” (LYARD, 2005, p.84). Ressalte-se a previsão de atendimento ao interesse social espaiada no TRIPS, em seu art.7º, a indicar que o regime dos direitos de propriedade intelectual deve contribuir para promover a inovação, a transferência e a disseminação da tecnologia de forma conducente ao bem-estar econômico e social. Procurou-se, portanto, a obtenção do equilíbrio entre a garantia dos direitos de propriedade intelectual, e a proteção de valores tidos como fundamentais.

Dentre os direitos em debate, nossa particular atenção direciona-se às patentes que, consideradas propriedade com tempo de exploração exclusiva, limitada pelo ordenamento, de forma a garantir ao inventor o ressarcimento dos gastos com pesquisa e desenvolvimento, conferem proteção ao instituto e não ficam alheias à necessidade de atendimento da função mencionada.

Diante do enfoque promovido, torna-se cada vez mais visível a necessidade de prevalência do interesse público em detrimento do interesse particular, dimensionando-se esta afirmativa em relação às patentes relacionadas a medicamentos, destacadas no presente trabalho. Merece destaque o debate acerca da posição tomada em governo anterior que, numa concepção da função social que deveria aliar-se ao instituto, discutiu-se a licença compulsória de medicamentos, no caso de anti-retrovirais no combate à AIDS, viabilizando o desiderato de atenção ao interesse social, conforme propugnado. A teor da relevância do estudo, realiza-se a análise da licença compulsória como um instrumento que pode viabilizar o cumprimento do postulado constitucional.



## **A função social da propriedade intelectual através do licenciamento compulsório**

A tutela constitucional dos direitos em debate se encontra no art.5º da Constituição Federal, nos incisos XXII, que consagra a inviolabilidade do direito de propriedade e XXIX, que se refere ao privilégio temporário concedido aos autores de inventos industriais e a proteção às criações. O texto constitucional subordina a propriedade ao atendimento de sua função social, conforme o disposto no art.5º, em seu inciso XXIII, uma leitura que também é feita em relação à propriedade intelectual, conforme demonstrado. Esta mesma direção se encontra no art.170, II e III do aludido Diploma, como princípio da ordem econômica, já mencionado anteriormente.

Em relação ao privilégio retratado no presente trabalho, uma leitura que se propõe sobre o instituto deve se coadunar com a função social. Para tanto, é de se realizar a interpretação do inciso XXIX da Constituição Federal, de forma a indicar que a lei ordinária poderia estabelecer determinados condicionamentos ao aludido direito, balizados pelo interesse social, visando o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (CERQUEIRA, 2006).

Levando-se em conta o propósito inicial de fomentar o desenvolvimento industrial, o que acarretava a necessidade de exploração da patente dentro do país no qual foi a mesma concedida, os sistemas iniciais de patentes adotados estipulavam o princípio do trabalho obrigatório, ou seja, a obrigatoriedade de o inventor trabalhar em seu invento caso em que, não ocorrendo, ensejaria a possibilidade de sua revogação (DI BLASI, 2010, p.58 ). Em 1925, na revisão de Haia (CUP), foi proposta e aprovada a licença obrigatória. A subordinação da propriedade intelectual ao interesse público se encontra insculpida no TRIPS, sendo ainda de pouca utilização (VARGAS, 2009) a salvaguarda por ele garantida, que aqui se apresenta pela licença compulsória.

Com a inauguração do instituto, a liberdade para o seu estabelecimento e para seu detalhamento fica a cargo do respectivo país (CARVALHO, 2010), em conformidade com seu sistema jurídico.

Encontra-se na concessão compulsória de licença para exploração da invenção uma restrição imposta ao direito do inventor, o que se denomina de licença obrigatória ou licença compulsória, que provém do direito britânico (*compulsory licence*). Trata-se de uma delimitação do alcance do privilégio, que não somente o prazo de sua exploração, como resposta ao seu uso de forma abusiva, alheia à função que lhe cumpre desempenhar, tornando-a socialmente útil. Tal mecanismo “é a forma mais explícita de limitação de direitos para atender ao interesse público” (ZAITZ; ARRUDA, 2008, p.40), servindo como forma de se assegurar a disseminação tecnológica quando houver somente o atendimento de sua função individual, haja vista a necessidade, já realçada anteriormente, da visão social do instituto.

Neste contexto, a licença compulsória seria um instrumento útil, em certas situações, apontadas pela legislação, da qual poderiam fazer uso países em desenvolvimento, como forma de assegurar o acesso aos medicamentos necessários, acarretando o aumento do bem-estar social. Ela é um dos “mais importantes tipos de salvaguardas do sistema de patentes” (TACHINARDI, 1993, p.79) e compreenderia a possibilidade de suspensão do uso exclusivo, de forma temporária, em razão de um problema relacionado à saúde pública, considerando-se o acesso aos medicamentos.

A patente, como título de propriedade temporária, de onde se extrai a possibilidade de exploração exclusiva, é um dos mecanismos de tutela da propriedade intelectual, desempenhando um relevante papel no estímulo ao progresso, havendo que se enfatizar, diante desta consagração, a necessidade de cumprimento de sua função social segundo o ditame constitucional examinado.

Impende ressaltar que tal função se destaca no tema em debate, a teor da análise das patentes farmacêuticas, eis que objeto de intensos debates, notadamente em relação aos medicamentos contra a AIDS, como forma de cumprir o desiderato constitucional, viabilizando a universalização do acesso.

No Brasil, o conceito acerca do instituto da licença compulsória foi introduzido pelo Decreto-lei nº 7.903/45 (Código de Propriedade Industrial), cujo capítulo XII, em seu art.53 previa sua concessão quando a patente não fosse explorada nos dois anos subsequentes à sua concessão, ou quando sua exploração houvesse sido interrompida, sem justificativa, por período de tempo superior a dois anos. Seguindo-se a esta regulamentação temos o Decreto lei nº 2.54/67 bem como o Decreto-lei nº 1.005/69 e a Lei nº 5.772/71, antigo Código de Propriedade Industrial, que também retratavam o instituto. Apesar de sua previsão, até então nenhuma licença compulsória havia sido concedida no Brasil, o que somente veio a ocorrer entre 1971 e 1997, sendo duas acerca da patente de uma vacina, com fundamento no interesse público, e uma outra em virtude de exploração insuficiente para atendimento dos requisitos legais (GUISE, 2007).

A matéria encontra fundamento em nossa atual legislação no artigo 68 e seguintes da Lei nº 9.279/96, (Lei de Propriedade Industrial), cumprindo com os ditames e posturas constitucionais de atendimento da função social.

A lei prevê sete possibilidades para ensejar a concessão da licença compulsória, o que se encontra definido nos artigos 68 acima mencionado ao artigo 71 do Código de Propriedade Industrial em vigor.

Cabe salientar, apesar da análise nacional do instituto, que o mesmo se encontra de acordo com os dispositivos da Convenção de Paris e com o art.31 do TRIPS.

De acordo com Pontes de Miranda (1956, p.361), tal licença obrigatória

é a mais feliz medida legal para se conciliar com o interesse público da exploração das patentes o interesse particular do titular do direito de propriedade industrial. A propriedade fica; retira-se o uso, para se atribuir a quem use a invenção. É a Zwangslizenz. À base dela está o reconhecimento,

sem a violência da sanção de caducidade, de que a invenção tem fonte social e há de voltar a ela, pela exploração: a exclusividade há de ser compatível com o interesse do povo, cuja cultura se manifesta nos seus inventores.

Através deste mecanismo, forma-se um contrato não voluntário entre titular da patente e um terceiro (DOMINGUES, 1980), licenciado, sem caráter de exclusividade, fazendo o titular, direito à remuneração. Desta forma, utilizada como meio legal de repressão, uma sanção em virtude do abuso do direito, pode ser entendida como um instrumento para o almejado cumprimento da função social, de forma a acarretar “o equilíbrio do mercado, de acordo com os princípios constitucionais da ordem econômica, previstos no §4º do artigo 173 da Constituição Federal e no artigo 2º da Lei nº9279/96” (DI BLASI, 2010, p.269).

Diante da necessidade da população ao acesso aos medicamentos, a licença compulsória viabilizaria a retomada do equilíbrio do direito à saúde, sendo com tal medida possível ao governo a exploração direta do objeto ou a permissão para que terceiros o façam sem a autorização do titular com a finalidade de executar políticas públicas que facilitem o acesso aos medicamentos por parte da população de baixa renda (AMARAL JUNIOR, 2010 p.10).

Normalmente o tema em debate está relacionado à omissão ou falha do Estado frente a elaboração e realização de políticas públicas preventivas, direcionadas ao atendimento das necessidades sociais, e a análise de seu custo e benefício poderia resultar de sua utilização, neste sentido, pelos países em desenvolvimento. Sob este ângulo, a utilização da licença compulsória deveria ser acompanhada de um regime que assegurasse uma razoável remuneração ao titular da patente, atenuando seus efeitos em relação ao progresso tecnológico (AMARAL JUNIOR, 2010).

Tratando-se do tema, em três ocasiões<sup>3</sup>, o governo brasileiro obteve redução dos preços de medicamentos utilizados no tratamento da AIDS em decorrência de acordos realizados com os detentores das respectivas patentes, após ameaça de fornecer o licenciamento compulsório para sua produção. O pleito se deu em virtude de tais medicamentos corresponderem a 80% do orçamento do programa desenvolvido contra a AIDS, onde se proclamou o livre acesso aos medicamentos para portadores. Desde estas ações,

o programa brasileiro de prevenção e tratamento da Aids, baseado principalmente na produção local de medicamentos genéricos, passou a ser frequentemente apontado por organismos internacionais como um modelo a ser seguido pelos países em desenvolvimento (VARGAS, 2009, p.329).

Ressalta Amaral Junior (2010, p.5) que:

<sup>3</sup> Tais situações ocorreram em agosto de 2001, setembro de 2003 e junho de 2005, e se referiam a anti-retrovirais (ARVs) patenteados. (CASSIER; CORREA, 2010, p.88).

É possível sustentar que no caso de doenças como a AIDS os países em desenvolvimento podem estabelecer restrições aos direitos dos detentores das patentes para reduzir o custo dos produtos farmacêuticos e possibilitar maior acesso aos medicamentos por parte da população mais pobre. Os países dispõem da faculdade de regular o exercício dos direitos que a patente confere para alcançar a realização do interesse público. A licença compulsória surge, nesse contexto, como importante instrumento para aumentar a oferta de medicamentos a preços reduzidos.

De acordo com o estabelecido no artigo inaugural acerca do instituto (art.68 da lei nº9279/96), o titular da patente ficará sujeito a tal situação caso venha a exercer os direitos dela oriundos de forma abusiva ou por meio dela praticar abuso de poder econômico. Em comum, temos a noção de abuso a ensejar a possibilidade de transcendência do interesse egoístico do titular (BARBOSA, 2003).

Encontra-se, ainda, a possibilidade de concessão nos artigos 70 e 71 sendo o primeiro em caso de patentes dependentes e o segundo em casos de emergência nacional ou interesse público.

Diante da posição de exclusividade concedida ao detentor da patente, na área de saúde, abusos poderão existir de forma a inibir o acesso da população aos medicamentos necessários, motivo pelo qual o instrumento em análise assume grande relevo como correção do aludido desvio porventura existente, como mecanismo garantidor da prevalência do interesse público. Na possibilidade de equalização dos institutos em debate, voltando-se para o interesse social, busca-se a obtenção do bem-estar esperado.

## **A busca do bem-estar social através da equalização do sistema patentário e o acesso a medicamentos**

É inegável o fato de que o primado da vida encontra-se ligado indissociavelmente à saúde, que deve ser garantida pelo Estado, nos termos do disposto no art.196 da Constituição Federal de 1988. Para tanto, deve implementar políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação e, diante do ordenamento jurídico pátrio nos âmbitos constitucional e infraconstitucional, devemos zelar pelo cumprimento deste desiderato comum a todas estas esferas. Diante do conceito de saúde e do sistema inaugurado pela Carta atual, devemos também perceber a saúde em sua faceta preventiva, o que se relaciona ao acesso aos medicamentos, tema em análise.

É sabido, porque demonstrável, que isto contribui para o desenvolvimento nacional e foi a preocupação inicial que desencadeou a elaboração de um sistema de saúde. Igualmente, a produção dos medicamentos necessários, e conseqüente obtenção de patentes, não se afasta do âmbito promocional, o que ocorre diante dos investimentos nesta seara que possibilitam a pesquisa, diminuindo a dependência dos medicamentos oriundos de laboratórios estrangeiros.

Nesta esfera, os direitos fundamentais em debate se direcionam à “consecução de outros direitos fundamentais, inclusive para o desenvolvimento sustentável que se exterioriza, como em um movimento cíclico, ao desenvolvimento científico e tecnológico” (PIOVESAN; CARVALHO, 2009, p.22-23).

Essa contextualização se encontra no artigo 200 da Constituição Federal de 1988, que estabelece a participação do Estado junto à ordem econômica, pelo Sistema Único de Saúde, na produção de medicamentos e incremento, em sua área de atuação estatal, do desenvolvimento científico e tecnológico.

Na ordem internacional, os dois temas são afetos aos direitos humanos e, no âmbito nacional, por tal razão, tidos como direitos fundamentais. No direito à saúde encontramos a necessidade, pelo exposto, do acesso aos medicamentos, tratando-se de direito social.

A patente de medicamentos, como espécie de direito de propriedade é direito individual com relevância social. Enquanto o primeiro não comportaria condicionantes, haja vista estar intrinsecamente ligado à vida, o segundo se condiciona ao atendimento da função social, conforme destacado, o que colabora com o acesso aos medicamentos em atenção ao bem-estar social (CARVALHO, 2007).

Neste contexto, as patentes farmacêuticas, no âmbito internacional (principalmente pela OMC) cumprem com os interesses sociais na medida em que respeitam ou satisfazem o atendimento da saúde pública, ao passo que na esfera nacional, o cumprimento da função social é satisfeito quando se respeita a vida, dignidade, justiça social e o desenvolvimento.

Um exame superficial do sistema de patentes poderia conduzir à uma interpretação de que a proteção atribuída à propriedade industrial, impediria o acesso da população aos medicamentos essenciais para a preservação da vida humana. Tal posição poderia ser reforçada diante dos altos preços praticados no mercado. Entretanto, tal postura não encontra justificativa, na medida em que a concorrência nesta seara não se realize com base nos preços (WOLFF; ANTUNES, 2005) dada a essencialidade dos medicamentos.

Na indústria farmacêutica, de acordo com Tachinardi (1993, p.59)

a concorrência não se faz por preço porque os medicamentos são essenciais à saúde, apresentam uma demanda inelástica. As empresas desse setor concorrem com diferenciação de produtos e inovação, e investem mais em P & D nos chamados segmentos das doenças crônicas, como a diabetes e a hipertensão.

Em nome do acesso aos medicamentos, o repúdio à patenteabilidade de produtos e processos farmacêuticos resulta em prejuízo ao desenvolvimento das nações, seja este econômico, científico e tecnológico (FALCONE, 2009). Desta forma, se fossem enfraquecidos os mecanismos de proteção de medicamentos, inviabilizando a recuperação dos custos despendidos, o investimento em pesquisas para consecução de novos fármacos não aconteceria da mesma maneira, sendo imperioso afirmar que a inovação tecnológica acabará estagnada e a sociedade

padecerá diante dos males que poderão surgir, para os quais não terá resposta, não podendo remediá-los.

Negar a proteção da propriedade industrial, nesta hipótese representada pela patente de invenção, de forma a justificar o acesso aos medicamentos, poderia acarretar o retrocesso econômico, tecnológico e científico do país, tendo em vista que se afastaria o investimento, reduzindo o potencial inventivo. Resulta, portanto, do enfraquecimento dos direitos de propriedade industrial, uma restrição da população à saúde apontando particular relevância em relação aos medicamentos necessários.

Analisando-se especificamente seu papel contributivo, infere-se como inerente ao sistema de patentes, o objetivo de criar incentivos à inovação e consequente promoção do desenvolvimento econômico e do bem-estar do consumidor (ROSENBERG, 2007).

Diante da sua opção acerca da não patenteabilidade de medicamentos, contanto com o respaldo da Convenção de Paris, o Brasil

sofria retaliações no comércio internacional e sucumbia com o isolamento típico do modelo econômico anterior, o de substituição de importações, que idealizava a manutenção de um parque industrial brasileiro autófago, capaz de suprir as demandas do mercado interno. O atraso trazido por este modelo obsoleto e protecionista só não era mais evidente que a premente necessidade de alterá-lo (FALCONE, 2009, p.213).

Dessa forma, com a introdução no ordenamento da patenteabilidade de produtos e processos farmacêuticos, haja vista o art.27, 1. do TRIPs, o país se insere no contexto da economia globalizada.

O mecanismo da patente na área de medicamentos pode ser considerado como um mecanismo de promoção de saúde pública e consequente melhoria da qualidade de vida, diante do desenvolvimento de novos medicamentos e procedimentos, como forma de se preservar a própria vida. Em face disso, não deve ser visto como um obstáculo excessivo para a consecução do bem-estar social, considerando a existência de mecanismos para conter eventuais desvios e abusos, como a licença compulsória, referida anteriormente.

Diante desta perspectiva, os direitos de propriedade intelectual destinam-se a criar, inovar e serem colocados à disposição da sociedade (CARVALHO, 2007).

Para garantia eficaz de proteção do direito à saúde, analisado no presente trabalho sob a perspectiva preventiva, de acesso aos medicamentos, é necessária a elaboração e execução de políticas públicas que atendam às necessidades nacionais. Ressalte-se, contudo, que também se fazem necessárias políticas que visem um maior investimento em capacitação humana e tecnológica e em P&D, possibilitando a produção nacional de medicamentos, o que acarreta a diminuição da dependência de patentes de titularidade estrangeira (GUISE, 2007).

Cabe, portanto, ao Estado, não só a responsabilidade pelo acesso aos medicamentos à população que deles necessite, como também a garantia do direito às patentes farmacêuticas que são destinadas ao cumprimento do postulado fundamental. Não perceber o sistema de patentes nesse sentido, seria como imputá-lo uma responsabilidade que advém de uma omissão estatal em cumprir com os deveres constitucionais.

Desta forma, tem-se que o acesso aos medicamentos é desrespeitado “não pela concessão da patente farmacêutica, mas pela ausência de condutas proativas, preventivas e progressivas, por parte dos Estados, na área de fármacos” (CARVALHO, 2007, p.150).

Neste contexto, devem ser conjugados o direito ao acesso a medicamentos e o direito às patentes farmacêuticas, corroborando com a proteção que lhe é conferida pelo ordenamento, em atenção aos interesses sociais, aliando-se a este fato o desenvolvimento sustentável e progressivo, quando então assume relevo os incentivos que conduzem à sua elaboração e produção.

Merece destaque o mecanismo da licença compulsória, que precedeu este exame, através da qual, a curto prazo, se garante o acesso esperado, mas não se diminui a necessidade de, a longo prazo, viabilizar uma base tecnológica industrial que venha a suprir as necessidades de saúde locais. Paralelamente a este cenário, é latente a existência de uma imensa riqueza de flora e fauna brasileira, que se associam à característica do multiculturalismo, o que denota uma sede frutífera de conhecimentos e saberes que poderiam ser utilizados e reconhecidos.

## Conclusão

Os direitos fundamentais são a expressão de anseios e transformações sociais e contribuem significativamente para a evolução de uma sociedade. Em face dos inúmeros problemas sociais que sempre acometeram a população brasileira, oriundos da desigualdade social, do impacto da industrialização e do crescimento demográfico, tornou-se premente a necessidade de uma postura ativa a ser desempenhada pelo Estado, desencadeando o surgimento dos direitos sociais, como direitos positivos e liberdades sociais, dotados de fundamentalidade.

Estes direitos devem ser assegurados no Estado Democrático de Direito, na forma proclamada no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, e conforme previsão do rol dos direitos sociais elencados no respectivo artigo 6º, merecendo a particular atenção deste trabalho o direito à saúde, considerado como direito de todos e dever do Estado.

Surge do ordenamento constitucional, portanto, e pela locução de seu artigo 196, a função primordial e preventiva de garantia da saúde, mediante políticas sociais e públicas que o Estado avocou para si, atendendo à saúde da população e possibilitando o acesso a medicamentos e aos tratamentos necessários.

Não obstante a tarefa assumida no âmbito da Carta Magna, o Estado não vem conseguindo obter pleno êxito em suprir as demandas sociais emergentes. O cenário de um precário sistema de saúde e a falta de medicamentos indispensáveis

à preservação da saúde da população acarreta inúmeras ações judiciais, que visam à sua obtenção coercitiva, trazendo à tona a importância de facilitação ao seu acesso.

Em que pesem as alegações formuladas na tentativa de justificar as carências constatadas, certo é que a viabilização de certas políticas públicas, de atenção ao postulado constitucional, atrela-se mais a opções e prioridades políticas do que a disponibilidades orçamentárias em si.

Diante da insuficiência das políticas públicas, o Poder Judiciário vem sendo chamado ao deslinde destas questões e à correção de desigualdades, acabando por proclamar uma justiça distributiva nos casos concretos.

O cenário atual que envolve a promoção da saúde pelo Estado e a necessidade de acesso aos medicamentos pela população enseja, efetivamente, a discussão sobre as patentes de invenção na seara dos medicamentos.

O sistema de privilégio, através das patentes, conquanto permita a sua exploração, poderia ser, numa primeira e rápida leitura, contraditório ao próprio ordenamento.

Entretanto, neste ponto interagem duas vertentes a serem analisadas. Num primeiro momento, observa-se que o elemento criativo é tutelado por nosso ordenamento constitucional, o que ocorre com fulcro no art.5º, inciso XXIX, como direito fundamental, onde se assegura o direito à propriedade industrial, espécie do gênero propriedade intelectual, onde encontramos a patente de invenção em medicamentos. O privilégio concedido pelo Estado é tido como uma forma de possibilidade de retorno dos gastos despendidos em pesquisa e desenvolvimento de fármacos, possibilitando, para tanto, a sua exploração pelo prazo estipulado em lei. A par das críticas proferidas ao sistema de patentes, ingressamos na segunda vertente, aduzindo que como direito de propriedade e, como vimos, assim pode ser considerado, sob o auspício de um direito fundamental, deve estar, posto que assume esta condição, atrelado ao cumprimento de sua função social, da qual não pode se esquivar.

A função a ser desempenhada, inaugurada no país na Carta de 1934, objetiva condicionar o instituto ao atendimento do interesse social e seu respeito confere legitimidade jurídica à propriedade privada, resguardando-se os postulados constitucionais. No âmbito da patente de invenção, e na área a que dedicamos nosso estudo, uma das possibilidades de fazer-se cumprir tal ditame apresenta-se pela via da licença compulsória na busca do bem-estar social com a equalização do sistema de patentes e o acesso aos medicamentos.

O instituto encontra guarida no âmbito internacional, no TRIPS e, nacionalmente, no Código de Propriedade Industrial, a Lei nº9279/96, dentro de sete hipóteses previstas nos artigos 68 e 71, intervindo como forma de tornar a patente socialmente útil, assegurando a disseminação tecnológica.

Desta forma, ao mesmo tempo em que se possibilita o privilégio estabelecido pela patente de medicamentos, se viabiliza a licença compulsória, caso ela se afaste do cumprimento de sua função social, atendo-se somente à função individual. Revela-se, por conseguinte, um importante mecanismo nas mãos dos países em desenvolvimento, e que pode ser utilizado como instrumento de acesso amplo aos medicamentos, nas hipóteses permitidas na respectiva legislação.



Diante das vertentes apontadas, o direito à patente de medicamentos limita-se em razão de interesses sociais, não gerando, portanto, nenhuma zona de conflito, podendo com eles coexistir.

O que também não se pode ignorar é o fato de que a proteção aos direitos de propriedade industrial é de fundamental importância para o desenvolvimento e progresso tecnológico, o que é significativo, levando-se em consideração a pesquisa e desenvolvimento de novos fármacos.

Tais posicionamentos abrem ensanchas para discussões acerca do papel do Estado neste processo, diante da assunção de compromissos de índole constitucional dantes mencionados, e da importância singular do direito à saúde, inexoravelmente ligado ao próprio direito à vida.

Pugna-se, assim, pelo implemento de políticas públicas de acesso que contenham o incentivo propagado, de forma que o direito à saúde não seja fruto de um projeto inconcluso.

De uma perspectiva social, a tarefa de concretização deste direito fundamental à existência humana exige, além de políticas públicas adequadas, a mobilização de recursos materiais em prol de uma efetividade igualitária e a cobrança permanente de responsabilidades.

## Referências bibliográficas

- AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Licença Compulsória e Acesso a Medicamentos nos Países em Desenvolvimento*. p.4. Disponível em <[http://www.deolhonaspateentes.org.br/media/file/Publicacoes/Alberto\\_Amaral\\_portuguese.pdf](http://www.deolhonaspateentes.org.br/media/file/Publicacoes/Alberto_Amaral_portuguese.pdf)> Acesso em 21/07/2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *A função social como limite constitucional ao direito de propriedade*. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política nº06, vol 04, p.101-113, 1988
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 2º volume. 3ª ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004
- BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição de 1988 e a função social da propriedade*. Revista de Direito Privado, nº7, p.69-84, jul-set 2001
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editora, 2003, p.562.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Lívia; NICOLETTI, Juliana (colab.) Código 4 em 1 Saraiva: Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 14-96.
- BRASIL. Lei nº9279/96. *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial*. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Lívia; NICOLETTI, Juliana (colab.) Código 4 em 1 Saraiva: Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.1234-1241.
- CARVALHO, Eusébio. *Direito à Propriedade – Do Discurso à Realidade*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº24, jul-ago/2003, p.18.
- CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Do Licenciamento Compulsório: Uma abordagem do Direito Internacional e do Direito Administrativo*. Disponível em <[http://www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=81008](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=81008)> Acesso em 19/06/2010.
- CASSIER, Maurice; CORREA, Marilena. *Propriedade Intelectual e saúde pública: a cópia de medicamentos contra HIV/Aids realizada por laboratórios farmacêuticos brasileiros públicos e privados*. RECIIS – Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde, disponível em [www.reciis.cict.fiocruz.br](http://www.reciis.cict.fiocruz.br), acesso em 20 de julho de 2010, p.85
- CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. *O princípio da função social da propriedade e as patentes*

– passado e futuro. Revista da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro, nº82, p41-60, mai/jun 2006, p.45.

COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção*. Revista de Direito Mercantil nº63, p.71-79, 1986.

DI BLASI, Gabriel. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Direito Industrial Patentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FALCONE, Bruno. *Questões controversas sobre patentes farmacêuticas no Brasil*. In: Propriedade Intelectual. Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá Editora, 2009

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Perfil constitucional da função social da propriedade*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a36 n.141, jan/mar, 1999.

GERRERO, Camilo Augusto Amadio. *O fundamento científico da função social da propriedade intelectual*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GUISE, Mônica Steffen. *Comércio Internacional, Patentes e Saúde Pública*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Revista de Informação Legislativa nº141, Brasília, p.107, jan mar 1999.

LYARD, Maria Alice Paim. *Patentes de Medicamentos: Questões Atuais*. In: Revista da Escola da Magistratura Regional Federal/Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal: 2ª Região. Cadernos Temáticos – Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: EMARF – TRF 2ª Região/2005, p.84.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Vol.11. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. Vol.16. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. ONU, 1948. Disponível em: < [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm) > Acesso em: 20/03/2014

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito de propriedade, sua evolução atual no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol.152, 1954.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. Vol.IV. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Políticas para a implementação do direito ao acesso a medicamentos no Brasil*. Revista dos Tribunais, v.879, 2009, p.22-23.

ROSENBERG, Bárbara. *Interface entre o Regime de Patentes e o Direito Concorrencial no Setor Farmacêutico*. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de. Propriedade Intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p.271.

SILVA, Virgílio Afonso da (org). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

TACHINARDI, Maria Helena. *A Guerra das Patentes. O conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

VARGAS, Fábio Aristimunho. *O Regime Internacional de Proteção do Acesso a Medicamentos: um Enfoque Social*. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (coord.). *Propriedade Intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.321.

WOLFF, Maria Thereza; ANTUNES, Paulo de Bessa. *Patentes de Segundo Uso Médico*. Revista da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro, nº74,p.48-61, Jan/ fev 2005

ZAITZ, Daniela, ARRUDA, Gustavo Fávoro. *A Função Social da Propriedade Intelectual – Patentes e Know-how*. Revista da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro, nº96, p36-43, set/out.2008, p.38.