



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

PGR-00170819/2020

Nota Técnica nº 10/2020/PFDC/MPF, de 6 de maio de 2020.

Assunto: Projeto de lei 1462/2020. Acréscimo de novas regras ao artigo 71 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Concessão de licença compulsória para a exploração da patente em casos de emergência nacional ou interesse público. Covid-19. Constitucionalidade e urgência.

Referência: PA - PPB - 1.00.000.005635/2020-08

I – ANÁLISE DO TEXTO DO PL

A Lei 9.279 é o estatuto jurídico da propriedade industrial, e um dos seus principais instrumentos, a patente.

O artigo 71, em sua redação original, já previa o seguinte:

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou do pedido de 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 ou do pedido, 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.

O PL 1462 representa o esforço legislativo de assegurar que seus atos sejam potencializados à vista de fatos concretos em princípio não antecipados. A preocupação, portanto, está alinhada com a pandemia da Covid-19 e a necessidade de estimular a área da pesquisa e do conhecimento na busca de vacinas e medicamentos seguros, eficazes e acessíveis. Daí a proposta dos novos dispositivos, a seguir transcritos:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

§2º – A declaração de emergência de saúde pública de importância internacional pela Organização Mundial de Saúde (OMS) ou a declaração de emergência de saúde pública de importância nacional pelas autoridades nacionais competentes enseja automaticamente a concessão da licença compulsória por emergência nacional de todos os pedidos de patente ou patentes vigentes referentes a tecnologias utilizadas para o enfrentamento à respectiva emergência de saúde, tais como vacinas, medicamentos, diagnósticos, reagentes, dispositivos médicos, equipamentos de proteção individual, suprimentos e quaisquer outras tecnologias utilizadas para atender às necessidades de saúde relacionadas à emergência.

I - A concessão da licença compulsória na forma do parágrafo 2º passa a vigor a partir da respectiva declaração de emergência de saúde pública internacional ou nacional independentemente da constatação de que o titular da patente ou do pedido de patente, diretamente ou por intermédio de licenciado, não atende às necessidades decorrentes da situação de emergência.

II - Cabe ao INPI, publicar a relação de patentes e pedidos de patente e, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, anotar a concessão da licença compulsória no respectivo processo administrativo referente a cada patente ou pedido de patente na medida em que forem identificados como suscetíveis de uso relacionado à emergência de saúde.

III - No caso da licença compulsória concedida na forma do parágrafo 2º, se aplicam as seguintes condições:

a. A licença terá validade durante todo o período em que perdurar a situação de emergência de saúde pública.

b. A remuneração do titular da patente é fixada em 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) sobre preço de venda ao Poder Público, a ser pago pelo fornecedor do produto produzido sob licença. No caso de pedido de patente, a remuneração só será devida a partir da data de concessão da patente, caso a patente seja concedida.

c. O titular das patentes ou pedido de patentes licenciadas está obrigado a disponibilizar ao Poder Público todas as informações necessárias e suficientes à efetiva reprodução dos objetos protegidos, devendo o respectivo Poder Público assegurar a proteção cabível dessas informações contra a concorrência desleal e práticas comerciais desonestas. No caso de descumprimento pelo titular aplica-se o disposto no art. 24 e no Título I, Capítulo VI, desta lei.

Há ainda, no PL, normas específicas para a situação atual:

Art. 3º Durante o Estado de Emergência em Saúde de que trata a Lei no 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, fica concedida licença compulsória, temporária e não exclusiva, enquanto perdurar a emergência nacional de saúde pública em virtude da pandemia de COVID-19, para autorizar a exploração de patentes e pedidos de patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular de tecnologias úteis para a vigilância, prevenção, detecção, diagnóstico e tratamento de pessoas infectadas com o vírus SARS-CoV-2, em especial, vacinas; medicamentos e correlatos; exames



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

diagnósticos complementares e kits laboratoriais; equipamentos de saúde e outros dispositivos; insumos para a elaboração de produtos de interesse para a saúde; outras tecnologias úteis no combate à COVID-19.

Art. 4º. Os efeitos desta lei se aplicam ao enfretamento de todas as outras emergências de saúde pública de importância nacional ou de importância internacional atualmente em vigência.

Apesar de ser quase intuitiva a constitucionalidade e urgência do PL, as razões a seguir têm o propósito de explicitá-las.

II – A PATENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O art. 5º, XXIX, da CR, dispõe que “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”.

A pergunta inevitável é a razão da localização topográfica desse dispositivo no conjunto dos direitos fundamentais expressamente declinados no referido art. 5º.

Ferrajoli aponta uma diferença essencial entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais: aqueles “são direitos 'universais' (omnium), no sentido lógico da quantificação universal da classe dos sujeitos que são seus titulares”; já os direitos patrimoniais são direitos singulares (singuli), no sentido também lógico de que para cada um deles existe um titular determinado (ou vários co-titulares, como na co-propriedade) com exclusão de todos os demais”¹.

E prossegue:

Por conseguinte, os primeiros estão reconhecidos a todos os seus titulares em igual forma e medida; os segundos pertencem a cada um de maneira diversa, tanto pela quantidade como pela qualidade. Uns são inclusivos e formam a base da igualdade jurídica. Os outros são exclusivos, isto é, *excludendi alios*, e por isso estão na base da desigualdade jurídica².

¹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías – la ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi, Madrid: Trotta, 2001, p. 46
²*Id, ib*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Portanto, se as patentes vêm qualificadas na Constituição como direito fundamental, é indispensável extrair do comando do art. 5º, XXIX, exatamente as notas de universalidade e generalidade que são constitutivas dessa classe de direitos.

E esse dispositivo cumpre com o seu papel na parte final, quando diz que as patentes têm “em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Assim, o art. 5º, XXIX, não veicula apenas ou principalmente o direito de um inventor a patentear o seu produto. Tal direito patrimonial é mera consequência da opção por um desenvolvimento tecnológico ético e solidário. Ou seja, a Constituição, de modo a garantir e incentivar avanços tecnológicos de interesse da comunidade nacional, permite o regime de patentes.

O direito fundamental – insista-se – não é do inventor, que tem apenas direitos de natureza patrimonial, mas sim da coletividade, a um desenvolvimento tecnológico que venha ao encontro de suas reais necessidades.

Nesse sentido, a Declaração de Viena de 1993 consigna que o direito ao desenvolvimento é de caráter universal e inalienável e reconhece a interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos³.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu art. 15, reconhece a cada indivíduo o direito de “desfrutar do progresso científico e suas aplicações” e “beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor”.

O Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão de monitoramento do Pacto, em sua Recomendação Geral n. 12, afirmou que “a propriedade

³ Em especial, item 10



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

intelectual é um produto social, apresentando uma função social”⁴. Flávia Piovesan observa:

Na visão do Comitê os próprios delineamentos conceituais do direito à propriedade intelectual não de ser redefinidos considerando a necessária proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais. Isto é, à luz dos direitos humanos, o direito à propriedade intelectual cumpre uma função social, que não pode ser obstada em virtude de uma concepção privatista deste direito que eleja a preponderância incondicional dos direitos do autor em detrimento da implementação dos direitos sociais, como o são, por exemplo, à saúde, à educação e à alimentação⁵.

O próprio acordo TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) consigna em seu art. 7º:

Art. 7º. A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

O Professor Calixto Salomão Filho, em parecer *pro bono* que está juntado nos autos da ADI 4234, traz lição de Ascarelli, que, afastando a visão privatista, defende que o fundamento das patentes é o interesse público no estímulo ao progresso tecnológico e científico⁶.

De modo que esse dispositivo constitucional, a exemplo do que se dá com a propriedade⁷, tem sua fundamentalidade expressa naquilo que é de proveito social; jamais na sua apropriação privada, própria de um direito de caráter meramente patrimonial.

III – A PATENTE COMO MONOPÓLIO TEMPORÁRIO

De forma sintética, pode-se afirmar que a patente consiste num direito de exclusividade de uso, concedido por um determinado período de tempo, em que somente o

4 cf. PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos humanos e propriedade intelectual*, <http://www.culturalivre.org.br/artigos/DHPI-Flavia-Piovesan.pdf>, 2007, p. 20

5 ob. cit., p. 22

6 ASCARELLI, T. *Teoria della concorrenza y de los bienes inmateriales*. Madrid: Bosch, 1970, p. 276

7 Art. 5º, XXII e XXIII, CR



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

inventor, ou quem tenha dele autorização, pode explorar o produto de sua criação. Há um grande consenso no sentido de que há aí um monopólio, ainda que de caráter temporário.

A noção de patente como monopólio vem desde o Estatuto dos Monopólios de 1623, do direito inglês, e acabou ingressando em outros sistemas jurídicos⁸. Entre nós, Ruy Barbosa, comentando dispositivo da Constituição de 1891 que protegia marcas, patentes e direitos autorais, observou:

Prescrevendo que aos inventores a lei dará 'um privilégio temporário' sobre os seus inventos, o Art. 72, § 25, da Constituição da República (...) converte os inventos temporariamente em monopólio dos inventores; pois outra coisa não é o monopólio que o privilégio exclusivo, reconhecido a alguns, sobre um ramo ou um objecto de nossa actividade⁹

Fábio Konder Comparato, também em parecer juntado aos autos da ADI 4234, vê na expressão privilégio, contida no art. 5º, XXIX, da CF, o equivalente aos *monopolies* do direito anglosaxão¹⁰. Com idêntica compreensão, Calixto Salomão Filho¹¹, Denis Borges Barbosa¹² e Luis Roberto Barroso¹³.

Esses mesmos autores, contudo, advertem que, como o monopólio concedido ao titular da patente é um privilégio que excepciona os princípios vetores da ordem econômica, inscritos especialmente nos arts. 170, caput, e IV, e 173, § 4º, da Constituição¹⁴, é preciso interpretá-lo restritivamente. Luis Roberto Barroso observa:

O monopólio, por inferência lógica direta, é a negação da livre concorrência e da livre iniciativa. Em um regime monopolístico (legal ou não), apenas uma pessoa pode ou está autorizada a desenvolver

8 BARBOSA, Denis Borges. *Inconstitucionalidade das patentes pipeline*. <http://www.denisbarbosa.addr.com/pipeline.pdf>. 2006, p. 15.

9 BARBOSA, RUY. *Comentários à Constituição de 1891*, referido por Denis Barbosa, *id, ib*.

10 Parecer anexo, p. 5

11 Parecer anexo, p. 7;

12 *ob. cit.*, p. 15. O autor ressalva, contudo, que, ainda que se entenda que a patente corresponde a um direito de propriedade, não se alteram as consequências que serão a seguir apontadas.

13 Revista Forense, 368/245-265

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

IV – livre concorrência;

Art. 173. (...)

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

determinada atividade. De um lado, outros interessados em explorar aquela empresa estão impedidos de fazê-lo; sua iniciativa, portanto, sofre restrição nesse particular. De outro, todos os consumidores (*lato sensu*) daquele bem estarão à mercê do único fornecedor existente; todos os benefícios da livre concorrência – competição e disputa pelo mercado, gerando contenção de preços e aprimoramento da qualidade – ficam prejudicados em um regime monopolista.¹⁵

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Sears, Roebuck*, partindo do pressuposto de que a “concessão de uma patente é a concessão de um monopólio legal”, advertiu que “os direitos e o bem-estar da comunidade devem razoavelmente ser considerados e eficazmente guardados”. A conclusão final é de que, uma vez concedida a patente, a sua interpretação deve ser estrita¹⁶.

IV – O ACORDO TRIPS (TRADE RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS) E A SAÚDE PÚBLICA

A Declaração de Doha de 2001 reconhece que “o Acordo TRIPS não deveria e não impede os Membros de adotar medidas para proteger a saúde pública” e que “o Acordo pode e deveria ser interpretado e implementado de forma favorável ao direito dos Membros da OMC de proteger a saúde pública e, em particular, de promover o acesso a medicamento para todos”. O Parágrafo 6 da Declaração reconhece que os Membros com capacidade de fabricação insuficiente ou inexistente no setor farmacêutico podem encontrar dificuldades para tornar efetivo o uso de licenciamento compulsório e provocar o Conselho de TRIPS a encontrar uma solução rápida para esse problema.

Há importantes decisões a respeito. O Conselho Geral, em 2003, fazendo uso desse Parágrafo 6 da Declaração de Doha, concedeu uma espécie de “renúncia” às restrições incidentes sobre exportações de produtos farmacêuticos fabricados sob licenciamento compulsório para países que não tenham capacidade de fabricá-los. E, em 2005, incorporou essa renúncia no Acordo TRIPS¹⁷.

15 ob. cit., p. 254

16 *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225 (1964).

17 http://delbrasomc.itamaraty.gov.br/pt-br/acordo_trips.xml



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

V – CONCLUSÃO

Parece fora de dúvida que o PL tem absoluta conformidade com o texto constitucional, não enseja qualquer desfuncionalidade na Lei 9.279 e cumpre com os parâmetros internacionais pertinentes à propriedade intelectual na sua interface com a saúde pública.

Ante o exposto, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão encaminha a presente Nota Técnica a fim de subsidiar a discussão travada nesse Parlamento sobre o PL 1462/2020.

Brasília, 6 de maio de 2020.

DEBORAH DUPRAT
Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão