

## DIREITO DE PATENTES – UMA PROPOSTA DE FILTRAGEM CONSTITUCIONAL

MARIA CECILIA OSWALD

Mestre em Direito da Propriedade Intelectual, The George Washington University, Advogada de Momsen, Leonardos & Cia.

LUIZ LEONARDOS

Mestre em Direito, ex-presidente e presidente de honra da ABPI, ex-presidente executivo e membro de honra da AIPPI e sócio de Momsen, Leonardos & Cia.

“Essa idéia era nada menos que a invenção de um medicamento sublime, um emplasto anti-hipocondríaco, destinado a aliviar a nossa melancólica humanidade. Na petição de privilégio que então redigi, chamei a atenção do governo para esse resultado, verdadeiramente cristão. Todavia, não neguei aos amigos as vantagens pecuniárias que deviam resultar da distribuição de um produto de tamanhos e tão profundos efeitos. (...) Assim, a minha idéia trazia duas faces, como as medalhas, uma virada para o público, outra para mim.”

Machado de Assis <sup>1</sup>

### 1. INTRODUÇÃO E PROPÓSITO DO ESTUDO

Não tivesse o emplasto Brás Cubas morrido junto com seu idealizador na ficção, decerto que a nossa melancólica humanidade padeceria de um mal a menos, e Brás Cubas teria obtido a almejada glória em vida. <sup>2</sup>

De toda sorte, Machado de Assis, através do finado narrador, nos legou a explicação sobre a dicotomia inerente a uma patente de invenção. A medalha, que exhibe uma face para o público e a outra para quem a ostenta, é a mais fina definição de um privilégio de invenção.

Da mesma forma, o texto constitucional da Carta de 1988 comporta essa ambivalência que torna a patente de invenção instituto tão peculiar. Se por um lado o artigo 5º, XXIX determina que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário

---

<sup>1</sup> Machado de Assis. Memórias Póstumas de Brás Cubas. 4ª ed., São Paulo: Ateliê Editorial, 2004, p. 71.

<sup>2</sup> A se considerar a hipocondria como um dos sintomas da depressão, vale lembrar que atualmente o arsenal terapêutico mundial conta com inúmeros modernos medicamentos, grande parte dos quais conta com proteção patentária. A respeito do emplasto Brás Cubas, não há registro no livro de que o mesmo passasse de mera concepção abstrata, não passível de proteção, porquanto não passível de descrição ou implementação industrial.

para sua utilização, bem como proteção às criações industriais”, por outro, determina a finalidade precípua de tal privilégio: “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. O art. 5º, XXIX cria um direito sui generis, porquanto promove a convergência do direito privado com o direito público.

O dispositivo constitucional, cláusula finalística por definição, abarca, portanto, as duas faces da medalha: uma, que garante o direito individual do inventor, outra, que demonstra a opção política do constituinte originário de que a finalidade de tal direito individual importa para a sociedade, o que justifica a sua adoção.

Não se pode dissociar as invenções, fruto da ação humana, dos benefícios que são auferidos à sociedade e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Assim, é bastante feliz a redação do artigo 5º, XXIX, que premia a ação do inventor – ao assegurar-lhe o direito individual à obtenção de privilégio temporário – pelos benefícios que o fruto de sua inventividade proporciona à sociedade.

A ação humana, desta forma, se coaduna com a função social do trabalho, também contemplada pela Constituição de 1988. Inventar, via de regra, não é um ato divino, é fruto de trabalho, pesquisa e desenvolvimento por parte de mentes privilegiadas que se dedicam a tal ofício a fim de buscar soluções técnicas para problemas diversos.

Contudo, embora se reconheça a importância da concessão de patentes de invenção como incentivo ao desenvolvimento da tecnologia e melhoria de vida da população, não é de hoje que o direito de patentes é severamente criticado e objeto de acaloradas discussões.<sup>3</sup>

Os argumentos não são novos, nem dos partidários das patentes, nem dos seus opositores. Ninguém nega que o estímulo às inovações é benéfico para uma sociedade, assim como não se nega que monopólios espúrios são maléficos e obstaculizam o exercício da livre iniciativa. Fato é que nunca se encontrou solução melhor e mais justa em prol do duplo

---

<sup>3</sup> Cf. MACHLUP, Fritz; PENROSE, Edith. The Patent Controversy in the Nineteenth Century. The Journal of Economic History, Johns Hopkins University, vol. X, n. 1, mai. 1950.

viés público-privado do que o privilégio temporário conferido pelo Estado para a proteção de uma invenção <sup>4</sup>.

Historicamente, desde a sua concepção, o direito de patentes atravessou momentos de crônica crise de legitimidade, tal como ocorre atualmente, em que o debate é temperado por argumentos generalistas e apaixonados. A atávica antipatia inerente a qualquer espécie de privilégio faz com que uma patente de invenção seja, para os menos versados na matéria, instintivamente, tida por nociva.

No entanto, a propalada incompatibilidade dos privilégios de invenção com os princípios da livre concorrência ou do acesso a medicamentos não resistem, ao menos em tese, aos critérios de interpretação constitucional, mormente através do método da ponderação, que leva em consideração os núcleos essenciais dos enunciados normativos em jogo para alcançar uma decisão justa e proporcional, otimizando-se, até os limites possíveis – para se chegar a um ponto ótimo – ambos os enunciados em conflito.

Apenas formalmente, a Constituição Federal determina, em seu art. 2º, que os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si. Porém, o Poder, uno e indivisível, emana do Povo, através do exercício da democracia deliberativa <sup>5</sup>. É vedado, portanto, ao Poder

---

<sup>4</sup> Neste sentido, ROUBIER explica que:

“Conforme as idéias destrinchadas pela filosofia do direito o fundamento desses direitos pode ser encontrado em três idéias diferentes:

- a) pode-se ser a partir de uma idéia de ordem da sociedade, porquanto a ordem é o primeiro valor social que foi procurado;
- b) o fundamento de um direito pode ser encontrado, por outro lado, na idéia de justiça. E, sobre esse ponto, a justificação é válida por todos os direitos de propriedade industrial.
- c) enfim, resta ainda um fundamento possível do direito : ele reside na idéia de progresso.

Essa idéia é sobretudo valorizada nas civilizações desenvolvidas, mas ela tem suas exigências. Ora, é evidente que o progresso é superexcitado ao ponto mais alto pelas invenções ou criações e, se se quer que as mesmas se multipliquem, é necessário naturalmente recompensar seus autores; a mais natural e a mais feliz parece ser esse monopólio temporário de exploração, que constitui um dos tipos de direitos, em matéria de propriedade industrial. Assim, esses direitos voltam à vantagem da sociedade através da impulsão dada ao progresso da indústria.” (ROUBIER, Paul. *Le Droit de la Propriété Industrielle*. Paris: Editions du Recueil Sirey, 1954, parte geral, tomo I, pág. 2).

<sup>5</sup> "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;

Judiciário, decidir sobre controvérsias de patentes de invenção sem levar em conta que o direito assegurado aos inventores é fruto da opção do Povo, através da Assembléia Constituinte.

O que se vê, entretanto, em decisões judiciais e administrativas recentes de forma cada vez mais recorrente, é a aplicação – açodada e ausente de fundamentação – de axiomas que, a pretexto de privilegiar o interesse público, nega a inventores o direito constitucionalmente garantido à obtenção da respectiva patente. Ora, a patente de invenção não é dissociada do interesse público, sendo, antes, convergente com o mesmo. Na medida em que a cláusula constitucional fomenta a inventividade, permite reflexamente o desenvolvimento de bens mais modernos e eficazes, o que beneficia o público consumidor e gera riquezas para o País.

Meros preconceitos contra valores proclamados pelo Povo através da Assembléia Constituinte não podem prevalecer com base em axiomas destituídos de fundamentação e valor normativo. A supressão dos direitos concedidos aos inventores em prol de suposto interesse público subverte o próprio fundamento, a razão de ser, do sistema de patentes.

Aparentemente, dos argumentos daqueles avessos aos direitos oriundos de patentes pode-se concluir que tal aversão deve-se fundamentalmente à existência de invenções que não mereceriam o privilégio. Ora, a concessão de uma patente de invenção é ato administrativo vinculado aos requisitos objetivos previstos na Lei da Propriedade Industrial (Lei 9.279, de 14/05/1996). Quaisquer patentes eventualmente concedidas ao arrepio da Lei são nulas.

---

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." (grifo nosso)

Finalmente, mesmo não sendo nula, uma patente de invenção utilizada de forma abusiva, ou de forma que não satisfaça a demanda em hipóteses específicas (como no caso de emergência nacional), a Lei 9.279/96 prevê o mecanismo da licença compulsória.

Em casos específicos, o instituto da licença compulsória pode atender ao interesse público em questão sem excluir o direito de propriedade da patente, o qual é apenas mitigado, eis que o titular da patente permanece fazendo jus aos respectivos royalties. Rejeitar uma patente sob argumento de supremacia do interesse público é desproporcional, pois suprime injustificadamente um dos direitos sopesados, através de um exame, inclusive, apriorístico, pois não se sabe nem mesmo se o interesse público in casu será meramente passageiro.

Assim, o legislador infraconstitucional, a quem foi delegado pela Assembléia Constituinte a disposição sobre os direitos assegurados pelo art. 5º, XXIX, efetuou a necessária ponderação no texto da Lei, o que demonstra que o direito de patente não é absoluto e pode ser restringido ou limitado através de mecanismos próprios previstos em lei.

A Administração e o Judiciário devem também sopesar os valores envolvidos em litígios envolvendo direitos de patentes. Entretanto, a ponderação deve ser racional e desprovida de idéias pré-concebidas. A ponderação, método de interpretação e aplicação do direito, não permite excesso de proibição, o que, nesse caso, materializar-se-ia na total supressão de um direito de patente em prol, supostamente, do interesse público. Tal supressão sob o suposto fundamento do interesse público, inclusive, ocorre, por vezes, antes mesmo de se conceder uma patente de invenção, o que é irracional e desproporcional.

O presente estudo propõe uma re-avaliação do direito de patentes através do filtro axiológico<sup>6</sup> da Constituição Federal, mais especificamente dos valores prescritos no art.

---

<sup>6</sup> O processo de "filtragem constitucional", explica Paulo Ricardo Schier, quer dizer que "a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento da aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas." SCHIER, Paulo Ricardo. Novos

5º, XXIX, da Carta Constitucional, que representam um dos vetores da organização política brasileira. Objetiva-se aqui demonstrar que argumentos generalistas contra um direito, elevado à categoria de fundamental pela Carta de 1988, não podem prosperar sem que se leve em consideração os fatos específicos a serem ponderados, bem como a forma mais adequada para a aplicação de cada um dos enunciados normativos ditos conflitantes.

## 2. DOS PRIMÓRDIOS À ATUALIDADE - O CARÁTER SUI GENERIS DO DIREITO DE PATENTE

A Constituição dispõe as diretrizes que devem ser perseguidas pelo Estado, através do estabelecimento de princípios ou fixação de programas, em busca de um bem comum<sup>7</sup>. As aspirações de um povo devem se refletir nas finalidades do Estado, como uma unidade conseguida pelo desejo de realização de inúmeros fins particulares.

Ao Estado cabe a concretização das finalidades instituídas pelo povo, através da Assembléia Constituinte. Dentre os valores preconizados no Preâmbulo da Carta de 1988, o bem-estar e o desenvolvimento figuram como elementos primordiais para a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Esses valores preconizados na Constituição de 1988 se materializam em uma patente de invenção que, ao assegurar ao seu inventor os direitos dela decorrentes, assegura também o bem-estar e o desenvolvimento do povo.

Assim como na Carta de 88, o direito dos inventores à obtenção de privilégio exclusivo temporário por suas então denominadas descobertas ou produções já era consagrado

---

Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de dezembro de 2006.

<sup>7</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 16ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, p. 91.

desde a Carta Imperial de 1824, em seu artigo 179<sup>8</sup>, como garantia dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros.

De igual maneira, embora com leve alteração de forma, as Constituições de 1891 e 1934 também consagraram como garantia individual o direito de obtenção de privilégio temporário para inventos industriais, em substituição às descobertas ou produções da Carta de 1824<sup>9</sup>.

À exceção da Carta de 1937, A Polaca, todas as Constituições que se seguiram até a promulgação da atual Carta de 88, asseguravam aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização. A Constituição de 1988 reafirma que o direito de obtenção de patente de invenção constitui direito fundamental, sendo a primeira a definir expressamente que a garantia individual do inventor importa para o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Marco no processo de redemocratização brasileiro, a Constituição de 1988 tem por principal característica a sua supremacia perante as normas infraconstitucionais, que com ela devem ser compatíveis. Esta supremacia coloca a Constituição ao centro do ordenamento jurídico brasileiro, tornando-a, portanto, o filtro através do qual se deve ler e aplicar as demais normas.

---

<sup>8</sup> Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

26) Os inventores terão a propriedade de suas descobertas ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização.

<sup>9</sup> Art. 79, A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 25- Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

Art. 113.

18) Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade.

Conforme DANIEL SARMENTO, a Constituição de 1988 “enquadra-se na categoria das constituições dirigentes”, eis que “o constituinte não se limitou a estabelecer a estrutura básica do Estado e a garantir os direitos individuais”, mas também passou a “estabelecer objetivos e diretrizes para a comunidade política”<sup>10</sup>. Ainda conforme o autor, a Constituição é também compromissória, pois “resultou do compromisso possível entre a ampla variedade de forças políticas e de interesses que se fizeram representar na Assembléia Constituinte de 1987-1988, o que de certa forma explica a heterogeneidade dos valores e princípios acolhidos no texto magno”<sup>11</sup>.

Nesse contexto, compreende-se que o constituinte, ao definir o Estado em seu dever ser e determinar os vetores axiológicos para o desenvolvimento tecnológico, econômico do País, não se limitou a garantir os direitos individuais (de propriedade) do inventor sobre seu invento. Foi além: agregou ainda a finalidade do invento, como explicação, não condicionante, para estabelecer a sua proteção como uma das diretrizes para o Estado, em consonância com seu compromisso com o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

### 3. PREÂMBULO À INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL

Nos dizeres de Rui Barbosa, “ridícula veleidade seria de quem pensasse em amesquinhar a autoridade de Savigny”<sup>12</sup>. Vale lembrar que o dito moderno<sup>13</sup> método de interpretação

---

<sup>10</sup> SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2006, p. 179.

<sup>11</sup> Id., *ibid.*

<sup>12</sup> BARBOSA, Rui. Posse de Direitos Pessoais. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 71.

<sup>13</sup> Em seu texto crítico Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico, sobre a moderna interpretação constitucional, VIRGILIO AFONSO DA SILVA adverte, em nota de rodapé, que “Moderno é, aliás, um adjetivo usado sempre como sinônimo de argumento de autoridade. Opinião abalizada é aquela que segue a doutrina mais moderna, que nada mais é do que aquela defendida por quem usa essa expressão, Falar em direito constitucional moderno ou em princípios da moderna interpretação constitucional é, assim, uma forma de se autolegitimar”. SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 116.



constitucional não abandona o modelo clássico de hermenêutica professado por Savigny<sup>14, 15</sup>. Não há relação hierárquica entre os critérios de interpretação, que, antes, se convertem em “veículo da liberdade do juiz”, como adverte INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO. No entanto, conforme o ilustre constitucionalista, trata-se de uma “liberdade objetivamente vinculada – porque está presa à correção e à justa decisão”, sendo esta a razão porque “não pode o intérprete partir de resultados preconcebidos e, para legitimá-los, afeiçoar a norma aos seus preconceitos com uma pseudo-argumentação. Se o fizer, essa tendenciosa inversão do itinerário do raciocínio acabará desqualificando a avaliação dos resultados como parâmetro de controle da interpretação”<sup>16</sup>.

Merece uma pequena digressão, este ponto. Comumente, patentes de invenção são sujeitas a escrutínio próprio, afastado da aplicação racional e fundamentada do dispositivo constitucional e das regras de hermenêutica. Ao se tentar afeiçoar convicções pessoais acerca de direitos oriundos de patentes, alguns operadores do direito aplicam a máxima “in dubio contra patente”, que não só não encontra qualquer respaldo em nosso ordenamento jurídico, como anula in totum os direitos constitucionalmente assegurados aos inventores, além de, reflexamente, prejudicar a sociedade<sup>17, 18</sup>.

---

<sup>14</sup> O modelo de interpretação de Savigny leva em consideração os elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático do enunciado normativo.

<sup>15</sup> Nesse sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO, ao apresentar a nova interpretação constitucional, adverte que: Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente. BARROSO, Luis Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, Tomo III, p. 7.

<sup>16</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 81-2.

<sup>17</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados. Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005; e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2005.

<sup>18</sup> A interpretação da norma jurídica a partir de um pressuposto viciado pelo preconceito opera-se na forma de interpretação dogmática e não resultará na decisão justa e imparcial. Através do método zetético, contudo, se reconstrói o ponto de partida da interpretação para questioná-lo.

De acordo com JANE GONÇALVES PEREIRA, o “preconceito” deve ser superado pela racionalidade, à luz do enunciado normativo interpretado:

“a arbitrariedade só poderá ser afastada mediante a conciliação entre razão e preconceito (...), de modo que o intérprete deve ter consciência de suas próprias pré-concepções, pois é a partir do reconhecimento do caráter preconceituoso do processo de compreensão que se torna possível identificar a alteridade do texto”<sup>19</sup>.

A hermenêutica é incompatível com relativismos, decisionismos e discricionariedades, corruptores da atividade interpretativa<sup>20</sup>. Assim, a partir de um patamar despido de preconceitos, ao examinarmos o artigo 5º, XXIX, lançaremos mão dos critérios de interpretação de Savigny e, agregado aos mesmos, de elementos de hermenêutica modernos, para demonstrar que o preconceito que permeia os direitos assegurados aos

---

Conforme a lição de TERCIO SAMPAIO FERRAZ:

“Temos duas possibilidades de proceder à investigação de um problema: ou acentuando o aspecto pergunta ou acentuando o aspecto resposta. (...) No segundo aspecto, ao contrário, determinados elementos são, de antemão, subtraídos à dúvida, predominando o lado resposta. Isto é, postos fora de questionamento, mantidos como soluções não atacáveis, eles são, temporariamente, assumidos como insubstituíveis, como postos pelo modo absoluto. Eles dominam, assim, as demais respostas de tal modo que estas, mesmo quando postas em dúvida em relação aos problemas, não põem em perigo as premissas de que partem: ao contrário, devem ser ajeitadas a elas de maneira aceitável.

No primeiro caso, usando uma terminologia de Viehweg, temos um enfoque zetético, no segundo, um enfoque dogmático. Zetética vem de zetein que significa perquirir, dogmática vem de dokein que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois), a sua diferença é importante. O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida.” (FERRAZ, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação. São Paulo: Editora Atlas, 1994, pp. 40-1).

<sup>19</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>20</sup> Veja-se nesse sentido STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

inventores não resiste ao processo de filtragem constitucional e à aplicação do método da ponderação.

#### 4. DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 5º, XXIX DA CF

##### 4.1. Pré-compreensão do enunciado normativo <sup>21</sup>

O itinerário interpretativo tem como ponto de partida a literalidade do enunciado normativo. Através da compreensão gramatical do texto analisado, pode-se tirar as primeiras conclusões a respeito de seu conteúdo.

Ao evocar os conceitos de significante e significado, emprestados das teorias de lingüística de Saussure, o Ministro EROS GRAU afirma que "se concebermos a interpretação do direito como operação de caráter lingüístico, deveremos descrevê-la como um processo intelectualivo através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos atos normativos, alcançamos a determinação do seu conteúdo normativo: caminhamos dos significantes (os enunciados) aos significados" <sup>22</sup>.

Partiremos, portanto, do primeiro passo da interpretação do enunciado contido no art. 5º, XXIX: a compreensão gramatical do texto <sup>23</sup>. Vejamos novamente o que diz o referido dispositivo:

---

<sup>21</sup> "Embora existam doutrinadores que acreditam que a interpretação gramatical é a única interpretação possível no Direito (chegando mesmo a afirmar que qualquer interpretação que escape à exclusiva literalidade da lei significa forjar uma norma jurídica que não existe), a esmagadora maioria dos estudiosos da Ciência Jurídica, em particular, e da hermenêutica, em termos gerais, sustenta a tese de que tal meio de interpretação é apenas um preliminar exame das palavras e das proposições – mediante as quais as leis são apresentadas –, representando, portanto, apenas e obrigatoriamente o primeiro passo que necessariamente tem que dar o intérprete em busca do verdadeiro significado da norma jurídica".(FRIEDE, Reis. Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 161).

<sup>22</sup> Ibid., p. 77.

<sup>23</sup> Nesse sentido, CARLOS MAXIMILIANO:

“O primeiro esforço de quem pretende compreender pensamentos alheios orienta-se no sentido de entender a linguagem empregada. Daí se originou o processo verbal ou filológico, de exegese. Atende à forma exterior do texto, preocupa-se com as acepções várias dos vocábulos; graças ao manejo

“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.”

A cláusula constitucional compreende duas orações. A primeira, "a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização", denota o caráter compromissório do constituinte, ao garantir os direitos aos autores de inventos e delegar à legislação infraconstitucional a elaboração de norma jurídica a respeito de tais direitos.

Já a segunda oração, iniciada pela expressão "tendo em vista", consiste em oração subordinada adjetiva explicativa reduzida de gerúndio. A expressão equivale a tendo por fim, visando a, dentre inúmeros outros exemplos. Assim, a segunda oração, "tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País", revela o caráter dirigente da Constituição, ao estabelecer, através de oração explicativa, as razões do constituinte originário ao conceder proteção temporária aos privilégios de invenção <sup>24</sup>.

Em outras palavras, significa dizer que os direitos individuais dos autores de inventos industriais são assegurados, e tais direitos se justificam pelo interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico que proporcionam ao País.

---

relativamente perfeito e ao conhecimento integral das leis e usos da linguagem, procura descobrir qual deve ou pode ser o sentido de uma frase, dispositivo ou norma”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 107).

<sup>24</sup> De igual maneira, e utilizando a mesma expressão tendo em vista, através do § 1º, do art. 218, Capítulo IV (Da Ciência e Tecnologia), da Constituição, o constituinte revela, como uma das diretrizes do Estado Democrático, a promoção e incentivo do desenvolvimento científico e tecnológico do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências:

"Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências."

Neste sentido, alguns autores defendem que a cláusula finalística contida no art. 5º, XXIX representa uma condição para a obtenção de uma patente de invenção<sup>25</sup>. Parece-nos equivocado tal entendimento. As condições para a concessão de uma patente de invenção encontram-se na Lei 9.279/96, que enumera os requisitos objetivos aos quais deve estar vinculado o ato administrativo de concessão do privilégio. O dispositivo constitucional, por sua vez, apenas explicita os fundamentos para tal proteção dos direitos dos autores de inventos, através da oração explicativa iniciada pela expressão tendo em vista.

O Preâmbulo da Constituição revela também o espírito da Assembléia Constituinte, que com o fim de instituir um Estado Democrático<sup>26</sup>, objetivou assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Veja, neste sentido, BARBOSA, Denis Borges. Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual (2006). Disponível na Internet: <<http://denisbarbosa.addr.com/bases2.pdf>>. Acesso em 22 de dezembro de 2006.

<sup>26</sup> Veja-se, neste sentido, GUSTAVO BINENBOJM:

“O Estado democrático de direito, proclamado logo no art. 1º da Constituição brasileira de 1988, representa a síntese histórica de dois princípios conceitualmente distintos e até certo ponto antagônicos. De fato, em primeira guinada de visão, democracia equivale à soberania do povo ou à regra da maioria; Estado de direito, a seu turno, equivale à juridicização do poder e ao respeito pelos direitos fundamentais. No limite, o irrestrito poder da maioria poderia subverter as regras jurídicas que disciplinam o seu exercício e vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos; por outro lado, a cristalização de determinados princípios jurídicos, elevados à condição de paradigmas do Direito, poderia acarretar uma indesejável asfixia da vontade popular. O papel do constitucionalismo é o de harmonizar esses ideais até um “ponto ótimo” de equilíbrio institucional e desenvolvimento da sociedade política, sendo tal ponto a medida do sucesso de uma Constituição”. (BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 47-488.

<sup>27</sup> "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL".

De se notar que o constituinte originário delegou ao legislador infraconstitucional a regulamentação da proteção conferida pelo artigo 5º, XXIX. Neste contexto, foi feita a revisão do ordenamento jurídico brasileiro relativo à propriedade industrial, tendo por base a sistemática da nova constituição e também dos tratados internacionais que regem a matéria, o que acabou por resultar na Lei 9.279, de 14 de maio de 1996.

Em consonância com o dispositivo constitucional, a Lei 9.279 detalhou a proteção ao autor de inventos industriais através de seu art. 2º, mantendo-se a redação de cunho notadamente finalístico inerente aos direitos da propriedade industrial<sup>28</sup>:

"A proteção aos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I - concessão de patentes de invenção; (...)"

Da mesma forma que o art. 5º, XXIX, a oração "considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País" - subordinada adjetiva explicativa reduzida de participio – se presta a detalhar, a explicar, em que consiste a proteção aos direitos da propriedade industrial.

Importa destacar que o dispositivo constitucional, ao fazer menção à finalidade intrínseca dos privilégios de patente, não impõe qualquer condição para tanto, muito menos faz qualquer alusão aos requisitos substantivos de patenteabilidade. A regulação da concessão das patentes de invenção, como determinado pela Constituição, seria determinada através de legislação infraconstitucional, como o foi através da Lei 9.279.

---

<sup>28</sup> O conteúdo do art. 2º da Lei 9.279/96 já se encontrava no art. 2º, do antigo Código de Propriedade Industrial, aprovado pelo decreto-lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945:

“Art. 2º. A proteção da propriedade industrial, em sua função econômica e jurídica, visa reconhecer e garantir os direitos daqueles que contribuem para o melhor aproveitamento e distribuição de riqueza, mantendo a lealdade de concorrência no comércio e na indústria e estimulando a iniciativa individual, o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo.”

Portanto, não há falar que o direito de autores de inventos industriais de obterem privilégio temporário encontra-se condicionado à oração – "tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País" – explicativa e finalística, que denota o espírito da Assembléia Constituinte em sua diretriz em prol do desenvolvimento do País.

As condições de patenteabilidade de uma invenção não se encontram na Constituição, que se restringiu a assegurar o direito individual do autor de inventos industriais de obtenção de privilégio temporário, assim como sua fundamentação no interesse público. Ou seja, o direito fundamental de um autor de invento industrial se traduz na obtenção do respectivo privilégio temporário. Por outro lado, as condições para tal obtenção encontram-se insertas nos artigos 8, 24 e, nos casos excepcionais das patentes pipeline, no artigo 230, todos da Lei 9.279.

#### 4.2. Análise contextual do enunciado normativo

Um dispositivo legal insere-se em um ordenamento e com ele é compatível e harmônico. “Não se interpreta o direito em tiras”, conforme ensina EROS ROBERTO GRAU, que, ao invocar GERALDO ATALIBA, transcreve o seguinte texto:

“(N)enhuma norma jurídica paira avulsa, como que no ar. Nenhum mandamento jurídico existe em si, como que vagando no espaço, sem escoro ou apoio. Não há comando isolado ou ordem avulsa. Porque esses – é propedêutico – ou fazem parte de um sistema, nele encontrando seus fundamentos, ou não existem juridicamente”.<sup>29</sup>

O art. 5º, XXIX, por estar inserido no contexto dos direitos e garantias individuais, não deixa dúvida de que a intenção do constituinte originário era a garantia aos autores dos

---

<sup>29</sup> GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 127.

inventos – direito individual – visando ao interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico do País – direito público.

No mesmo sentido é o preâmbulo da Lei de Patentes adotada pela Assembléia Constitucional Francesa, em 1791, que determinava que toda idéia nova cuja idealização ou desenvolvimento se torne útil à sociedade pertence primariamente àquele que a concebeu, e que seria uma violação aos direitos do homem na sua própria essência se uma invenção industrial não fosse considerada como propriedade de seu criador <sup>30</sup>.

O caráter de direito natural inserto na lei de patentes francesa de 1791 tem em conta a concepção de que o inventor é detentor de direitos sobre o fruto do seu trabalho, que deve ser visto como propriedade.

Na Carta de 88, o privilégio concedido pelo Estado ao autor de inventos industriais constitui propriedade de bem imaterial. A razão do privilégio é simples: o invento, uma vez revelado – e sem o respaldo de um privilégio de invenção – , poderá ser copiado por terceiros. O privilégio, portanto, garante a propriedade do inventor durante um período determinado, e lhe concede o direito de impedir terceiros de copiarem o fruto de seu espírito inventivo.

Por essa razão, não compartilhamos da posição adotada por alguns doutrinadores, que entendem que o art. 5º, XXIX está inadequadamente localizado entre os direitos individuais na Constituição Federal <sup>31</sup>. Pois se no mesmo artigo 5º, XXII da Constituição garante-se o direito à propriedade, não parece justificável que a propriedade imaterial (em

---

<sup>30</sup> MACHLUP, Fritz; PENROSE, Edith. The Patent Controversy in the Nineteenth Century. The Journal of Economic History, Johns Hopkins University,, vol. X, n. 1, mai. 1950, p. 11.

<sup>31</sup> Neste sentido pronunciou-se JOSÉ AFONSO DA SILVA:

"[o] dispositivo que define e assegura [o direito inserto no art. 5º, XXIX da Constituição Federal] está entre os direitos individuais, sem razão plausível para isso, pois evidentemente não tem natureza de direito fundamental do homem". (SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 124)



que se constitui o privilégio temporário das invenções) seja excluída do rol dos direitos fundamentais.

Ademais, o julgamento de valor para incluir o privilégio de invenção entre os direitos fundamentais foi feito pelo constituinte e não cabe, portanto, ao intérprete, partindo de um pré-conceito, justificar uma conclusão preconcebida, como visto acima.

Portanto, embora ambivalente ao conjugar o direito individual dos autores de inventos industriais ao viés público destes inventos, o foco primordial do art. 5º, XXIX é o direito individual dos autores de inventos. O dispositivo classifica-se como norma constitucional definidora de direito individual<sup>32</sup>. Eis a razão, a lógica, ínsita no fato de o dispositivo se encontrar no Título II. Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I. Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, da Carta Maior.

#### 4. 3. Unidade da Constituição – Interpretação Sistemática

A Constituição é una e, portanto, suas normas não podem ser consideradas de forma isolada, pinçadas do contexto – harmônico – em que se inserem. A interpretação de um dispositivo constitucional deve levar em conta que as normas constitucionais são preceitos integrados<sup>33</sup>. Nas palavras de LUÍS ROBERTO BARROSO, a ordem jurídica é um sistema, o que pressupõe unidade, equilíbrio, harmonia<sup>34</sup>.

Conforme definição dada por CANOTILHO:

---

<sup>32</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO classifica as “normas materialmente constitucionais em três grandes categorias: a) as normas constitucionais de organização, que contêm as decisões políticas fundamentais, instituem os órgãos de poder e definem suas competências; b) as normas constitucionais definidoras de direitos, que identificam os direitos individuais, políticos, sociais e coletivos de base constitucional; e c) as normas programáticas, que estabelecem valores e fins públicos a serem realizados”. BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. 34.

<sup>33</sup> SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 123.

<sup>34</sup> BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p.372.

“[O] princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...) Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.”<sup>35</sup>

A Constituição, como sistema jurídico, não comporta contradições. Assim, para solução de conflitos entre normas constitucionais, em lugar de se sobrepor um princípio ou norma em detrimento de outro, lança-se mão do método da ponderação, que modula e adequa as normas ao caso concreto.

De antemão, portanto, antes de adentrarmos à análise do artigo 5º, XXIX, da Constituição em contraposição a outras normas constitucionais, como vem sendo feito por autarquias e por alguns doutrinadores e membros do Judiciário brasileiro, advertimos que toda e qualquer interpretação de eventuais conflitos de normas devem ser resolvidos pelo método da ponderação.

##### 5. INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, XXIX EM EVENTUAIS CONFLITOS DE NORMA

Inicialmente, vale a alusão às críticas que vêm sendo feitas ao vetusto "princípio" da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Este dito "princípio" não é,

---

<sup>35</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed., p. 1096 apud SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 126.

segundo a abalizada opinião de HUMBERTO ÁVILA, princípio jurídico, norma-princípio ou postulado <sup>36</sup>. Contudo, parece-nos que o senso comum milita em favor de tal alegado "princípio".

Nessa esteira, é bastante comum encontrar-se decisões judiciais e administrativas em que, sob o argumento da supremacia do interesse público, faz-se com que o resultado que se pretende alcançar prepondere peremptoriamente sobre o interesse particular, sem que qualquer método de interpretação da norma constitucional seja levado a cabo. Em sua grande parte, tais decisões, mesmo que não expressas nesse sentido, demonstram a pré-disposição dos julgadores contra os direitos dos autores de inventos, alegadamente em favor da coletividade.

Felizmente, alguns exemplos esparsos desafiam esse entendimento. Foi o caso do julgamento no AgRg na Medida Cautelar N° 6.146 – DF, em que o STJ concedeu provimento cautelar para impedir a produção de efeitos da Resolução ANVISA RDC n° 234/2002, que determinara a apreensão, em todo o território brasileiro, de diversos medicamentos farmacêuticos fitoterápicos. Em sua decisão, o Min. Relator JOÃO OTÁVIO DE NORONHA afirmou que:

"Não se pode atribuir conotação maniqueísta e discriminatória aos interesses comerciais da empresa requerente, tão-só porque confrontados, na espécie, com os sagrados princípios que dizem o direito à vida e à saúde da população brasileira, dos quais se coloca como guardiã a Agência requerida.

Por mais sensível que seja o tema, não pode o julgador partir do pressuposto de que são inconciliáveis os direitos e interesses debatidos na lide, sob pena de restar comprometida a realização da justiça."

---

<sup>36</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados. Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

Não obstante, ainda são comuns decisões administrativas e mesmo judiciais em que o método de interpretação-aplicação da norma constitucional é vencido pela aplicação tout court do "princípio da supremacia dos interesses públicos sobre os particulares".

A norma ínsita no art. 5º, XXIX, como dito, é ambivalente, no sentido de que comporta ambos interesses público e privado. O direito de autor de invento industrial de obter privilégio por sua invenção importa para a sociedade, que desfrutará de melhorias incrementais, direta ou indiretamente, de bens de consumo ou de produção; assim como importa para o Estado, eis que fomenta o seu desenvolvimento tecnológico e econômico. Acresça-se a isto o fato de que, de maneira genérica, o próprio interesse público é "próximo ao que resultaria de uma soma dos interesses individuais" <sup>37</sup>

Portanto, afasta-se de plano a aplicação do "princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado", a uma, por ser hodiernamente considerado ultrapassado, obsoleto, e, a duas, por, nos casos que envolvem direitos oriundos de patentes de invenção, o próprio texto constitucional define tais direitos como sui generis, haja vista que comportam ambos interesses público e privado.

#### 6. APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO EM PROL DE UMA APLICAÇÃO JUSTA DOS DIREITOS ORIUNDOS DE PATENTES DE INVENÇÃO

O método da ponderação <sup>38</sup>, como alternativa ao método meramente subsuntivo, segue o itinerário racional da interpretação. Inicialmente, identifica-se os enunciados normativos aparentemente em conflito, em seguida apura-se os aspectos de fato relevantes para,

---

<sup>37</sup> Veja-se nesse sentido ARAGÃO, Alexandre Santos de. A "Supremacia do Interesse Público" no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados. Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

<sup>38</sup> Segundo a definição de ANA PAULA DE BARCELLOS, "ponderação é a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais". (BARCELLOS, Ana Paula.de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005)

finalmente, chegar-se à decisão, que leva em consideração os aspectos fáticos e normativos selecionados<sup>39, 40</sup>.

Na etapa da decisão, deve-se buscar preservar, até um limite ótimo, ambos os núcleos essenciais dos princípios em colisão. O objetivo é alcançar a adequação – equilibrada e ponderada – entre os enunciados colidentes, de forma a não se sobrepor excessivamente um enunciado sobre o outro. A este conceito se denominou concordância prática, que, como alerta HUMBERTO ÁVILA, deve direcionar a ponderação, com a finalidade de otimizar os valores que se imbricam nas normas em colisão, de forma a harmonizá-los de modo que sejam protegidos ao máximo<sup>41</sup>.

Como decorrência da harmonização, deve-se observar no processo hermenêutico a proibição do excesso, de maneira que não ocorra restrição excessiva de qualquer direito fundamental<sup>42</sup>, e que haja adequação entre o fim objetivado e o meio empregado.

Finalmente, a decisão final que resulta do itinerário da ponderação deve observar a proporcionalidade em sentido estrito, em que se sopesa o que se perde com a decisão em comparação com o que se ganha<sup>43</sup>.

Para o presente estudo, tomamos como exemplo, por mais usuais, os aparentes conflitos do direito de patentes versus livre concorrência (art. 170, IV) e direito de patentes versus

---

<sup>39</sup> Embora aparentemente óbvias, a primeira e a segunda fase da aplicação da técnica da ponderação são críticas para o alcance de uma decisão justa. Por vezes, enunciados normativos que, a uma primeira vista, afiguram-se conflitantes, após a análise dos fatos, demonstram o oposto.

<sup>40</sup> Veja-se também PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>41</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 96.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>43</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 e BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p.372.

acesso à saúde (art. 196) para demonstrar que não podem prosperar teses generalistas em detrimento do direito consagrado pelo art. 5º, XXIX da Carta Maior.

### 6.1. Direito de Patentes versus Livre Concorrência

Como já se mencionou, a Constituição é una e, portanto, não comporta contradições. Não obstante, é costume dizer que o direito de patentes configura uma exceção ao princípio da livre concorrência, previsto no Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, art. 170, IV, da Constituição:

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

(...)

IV - livre concorrência"

De fato, sob a ótica objetiva da afirmação, o direito de patentes pareceria uma exceção, eis que o objeto protegido por uma patente é exclusivo de seu titular enquanto perdurar o tempo de proteção concedido pelo Estado. Contudo, a exceção não se dissocia da livre concorrência – antes, fomenta a concorrência entre empresas inovadoras, que incessantemente buscarão inovações que perpassem inovações de terceiras. Portanto, a concorrência estimulada pelo privilégio dá-se em nível diferente, porquanto os jogadores concorrem por inovações que ultrapassem as anteriores, em um crescendo tecnológico, que tem sempre por beneficiário final o público consumidor.

Conforme SCHUMPETER em sua teoria do crescimento econômico, a competição por inovações é necessária para deflagrar o processo de desenvolvimento tecnológico de um país:

“A concorrência perfeita implica o livre acesso a todas as indústrias. É completamente certo dentro do quadro desta teoria geral que o livre acesso a todas as indústrias é uma condição para uma ótima distribuição das forças de produção e, portanto, para a obtenção de uma produção máxima. Se nosso mundo econômico consistisse em um certo número de indústrias estabelecidas que produzam mercadorias não habituais por métodos tradicionais e substancialmente invariáveis, e se nada sucedesse, a exceção de que os homens adicionais e as economias adicionais se combinassem a fim de estabelecer novas empresas do tipo já existente, todos os obstáculos para o acesso destes fatores para a indústria em que desejassem entrar significariam uma perda para a comunidade. Mas a plena liberdade e acesso a uma esfera nova de atividade pode tornar completamente impossível nela entrar alguém. A introdução de novos métodos de produção e de novas mercadorias é dificilmente concebível se existe desde o princípio uma concorrência perfeita e perfeitamente rápida. E isto significa que quase tudo o que chamamos progresso econômico é incompatível com ela. De fato, a concorrência perfeita se suspende e vem sendo suspensa sempre que for introduzida alguma novidade – automaticamente e em virtude de medidas adotadas para este fim – , mesmo que em todas as demais condições seguissem sendo de perfeita concorrência.”<sup>44</sup>

Segundo TERCIO SAMPAIO FERRAZ, a competitividade é elemento definidor do princípio da livre concorrência, como forma de tutelar o consumidor através da indução de distribuição de recursos a mais baixo preço:

"A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista, de estrutura atomística e fluida, isto é,

---

<sup>44</sup> SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, Socialismo y Democracia. Madrid, Mexico, Buenos Aires: Aguillar S.A. de Ediciones, 1952, pp. 148/149 (tradução livre).

exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de descentralização do poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada." <sup>45</sup>

No entanto, a competitividade, fomentada pelo princípio da livre concorrência, não deve se dar apenas em termos quantitativos, mas também qualitativos. Para que se eleve os padrões das mercadorias, faz-se necessário também o fomento às inovações, que proporcionam melhoria na qualidade de vida dos consumidores.

EROS ROBERTO GRAU alerta para os aspectos quantitativos e qualitativos da competitividade em prol do desenvolvimento:

"O desenvolvimento supõe não apenas crescimento econômico, mas sobretudo elevação do nível cultural-intelectual comunitário e um processo, ativo, de mudança social. Daí porque a noção de crescimento pode ser tomada apenas e tão-somente como uma parcela da noção de desenvolvimento. O desenvolvimento, como já apontava Schumpeter

<sup>45</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. Parecer publicado in O



Estado de S. Paulo, edição de 4.6.1989 apud GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na

(Teoría del Desarrollo Económico, trad. de Jesús Prados Ararte, Fondo de Cultura Económica, México, 1967, p. 74), se realiza no surgimento de fenômenos econômicos qualitativamente novos – isto é, de inovação – conseqüentes à adoção de novas formas de administração da produção, etc. Já o crescimento é demonstrado pelo incremento da população e da riqueza; implica apenas mudança nos dados quantitativos. Daí porque, nos conceitos formulados de desenvolvimento, sempre aparece como nota marcante uma referência a este seu aspecto qualitativo. De outra parte, embora o dado econômico apareça como extremamente relevante em todos os conceitos de desenvolvimento, ainda assim é forçoso observar que o conceito de desenvolvimento não é apenas econômico. O processo de desenvolvimento – vimos já – implica mobilidade e mudança social; realiza-se em saltos de uma estrutura social para outra. Implicando dinâmica mobilidade social, é inerente à idéia de desenvolvimento a de mudança; no caso, não apenas mudança econômica, mas, amplamente, sobretudo mudança social. Assim, a noção de desenvolvimento envolve a necessária visualização de um devir a projetar, no futuro, determinados valores." <sup>46</sup>

Assim, a proteção às invenções vai ao encontro da livre concorrência, porquanto a competitividade entre empresas que investem em inovações trará benefícios à sociedade. Trata-se de competitividade em um cenário diferente, não obstante seja igualmente concorrencial: cada empresa que investe em inovação pretende superar a inovação implementada por outra empresa, em um crescendo tecnológico, perpetuando um contínuo desenvolvimento e conseqüentemente, proporcionando melhores e mais modernos bens para a sociedade.

Ainda quanto ao equivocado argumento de que o direito de patente se opõe ao princípio da livre concorrência, imperioso lembrar que a própria Constituição, no mesmo Título

---

<sup>46</sup> GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VII, determina, em seu art. 173, § 4º, que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.<sup>47</sup>

Em consonância com o enunciado normativo, o legislador infraconstitucional, dotado da função de legislar a respeito da proteção insculpida no art. 5º, XXIX da Carta Maior, tratou de estabelecer taxativamente o que constituiria (i) matéria não privilegiável (art. 10 da Lei 9.279/96) e (ii) matéria não patenteável (art. 18 da Lei 9.279), além de definir (iii) os requisitos objetivos para a concessão de uma patente de invenção (arts. 8º e 24 da Lei 9.279/96).

Além disso, estabeleceu também a abrangência dos direitos conferidos por uma patente de invenção, através do art. 42:

"Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

- I. produto objeto de patente;
- II. processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado."

Por outro lado, com o fito de evitar abusos de direitos que perturbariam o objetivo do sistema de patentes, determina também a Lei 9.279/96, em casos específicos, a limitação do uso de direitos de patentes através de exceções, consubstanciadas no art. 43, que lista exaustivamente os atos praticados por terceiros que não podem ser considerados infração de patente de invenção<sup>48</sup>, e nos artigos 68 a 74 da LPI, que prevêm os institutos da

---

<sup>47</sup> O art. 173, § 4º da Carta Maior ensejou a edição da Lei 8.884, que, segundo EROS ROBERTO GRAU, "confere concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988".

<sup>48</sup> "Art. 43. O disposto no artigo anterior não se aplica:  
I. aos atos praticados por terceiros não autorizados, em caráter privado e sem finalidade comercial, desde que não acarretem prejuízo ao interesse econômico do titular da patente;  
II. aos atos praticados por terceiros não autorizados, com finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas;

exaustão de direitos e da licença compulsória <sup>49</sup>. Por importante, transcrevemos o art. 68, que trata da licença compulsória na hipótese de abuso de direito do titular da patente:

"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."

Portanto, não há falar que o simples fato de uma patente conferir um privilégio temporário significa dizer que o seu titular faz dela uso abusivo. Caso de fato o faça, a Constituição, em seu art. 173, § 4º, e a própria Lei da Propriedade Industrial, em seu art. 68, proíbem tal abuso e sujeita, este último, a licenciamento compulsório.

## 6.2. Direito de Patentes versus Acesso à Saúde

O aparente conflito entre o direito de patentes e o acesso à saúde ganhou dimensões internacionais, culminando com a Declaração de Doha <sup>50</sup>, que tem por objeto o denominado Acordo TRIPs <sup>51</sup>.

---

III. à preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado, bem como ao medicamento assim preparado;  
IV. a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento;  
V. a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, sem finalidade econômica, o produto patenteado como fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos; e  
VI. a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido licitamente no comércio pelo detentor da patente ou por detentor de licença, desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação."

<sup>49</sup> Segundo LUIZ LEONARDOS, em parecer sobre o Projeto de Lei 139/99 apresentado ao Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, os institutos da exaustão de direitos e da licença compulsória estão intimamente relacionados, já que ambos têm por finalidade permitir o funcionamento regular do mercado.

<sup>50</sup> Em 14 de novembro de 2001 a Organização Mundial de Comércio – OMC tornou pública a Declaração de Doha, reafirmando os direitos dos Países-Membros de conceder licenças compulsórias para exploração de patentes de medicamentos em vista os problemas de saúde pública enfrentados pelos países mais pobres.

Deve-se mencionar, por relevante, que a Declaração de Doha tem por objetivo reafirmar que os direitos oriundos de patentes não são absolutos, e podem ser sujeitos a restrições em prol da saúde dos países em desenvolvimento. Contudo, a mesma Declaração reafirma que qualquer medida limitadora da propriedade intangível deve ser compensada. Dotada de valor retórico, e não normativo, a Declaração de Doha reconhece que patentes podem configurar um obstáculo ao acesso a medicamentos em países em desenvolvimento. Entretanto, por certo que inexiste acesso algum a medicamentos que ainda não existem, e que, sem o estímulo da concessão das patentes de invenção, provavelmente nunca haverão de ser desenvolvidos.

Conforme NUNO PIRES CARVALHO, a esse respeito:

"Países pobres têm sérios problemas de acesso a produtos farmacêuticos (e a quaisquer outros produtos), porque eles não têm condições de comprá-los, mas todos os países (tanto os ricos quanto os pobres) têm um problema ainda mais sério que é a falta de acesso a drogas que ainda não existem – por exemplo, a segunda geração de drogas anti-HIV. Alguns comentaristas desinformados e negociadores de países em desenvolvimento podem entender que patentes impedem o acesso a produtos farmacêuticos existentes. Eles estão errados, evidentemente, como explicado acima. Eles também ignoram o fato de que sem patentes produtos farmacêuticos que ainda não existem provavelmente nunca existirão." <sup>52</sup>

A Declaração de Doha, em seu valor meramente político, desencadeou discussões a respeito do papel das patentes que protegem medicamentos no Brasil. Foi nessa mesma

---

<sup>51</sup> O Acordo TRIPs foi , internalizado no Brasil através da edição do Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que recepcionou o Acordo através da promulgação da Ata Final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de Negociações Multilaterais do GATT.

<sup>52</sup> CARVALHO, Nuno Pires. The TRIPs Regime of Patent Rights. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005, pp. 146-7.

época em que se instaurou amplo debate acerca das licenças compulsórias dos medicamentos que compõem o coquetel do tratamento da AIDS.

O que não se via era que a Declaração, ao reafirmar os direitos dos Países-Membros de conceder licenças compulsórias em vista de problemas de saúde pública, nada mais fez do que – desnecessariamente, eis que norma cogente – reafirmar o comando legal do art. 71 da Lei 9.279/96, que determina expressamente que:

"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."

O art. 71 é ainda regulamentado pelo Decreto 3.201, de 06/10/99, que dispõe sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional. Além disso, o Decreto ainda foi expandido pelo Decreto 4.830, de 4/09/03, para tornar possível a importação de produtos protegidos por patentes sem necessidade de que tal produto tenha sido colocado no mercado diretamente pelo seu titular ou com seu consentimento.

Portanto, as recomendações da Declaração de Doha sempre se encontraram implementadas em nosso ordenamento jurídico, que dispõe de mecanismos próprios de flexibilização dos direitos de patentes.

O aparente conflito entre o acesso a medicamentos e o direito conferido por uma patente de medicamento deve ser analisado caso-a-caso. Não pode prosperar o argumento de que o acesso a medicamentos é vedado pelo direito conferido por patentes de invenção. Esse entendimento inverte os valores, que, a bem da verdade, são convergentes. É do interesse do Estado estimular as patentes de invenção de medicamentos, em prol da saúde pública.

Não obstante, é recorrente, principalmente por parte da Administração, o argumento de que se deve negar a um inventor o direito à obtenção de uma patente tendo em vista o art. 196 da Constituição Federal, que determina que <sup>53</sup>:

"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."

Vejamos os equívocos a que pode levar a interpretação precipitada do enunciado normativo supra com os direitos insertos no art. 5º, XXIX da Constituição:

Embora não seja caracterizada como norma unicamente programática, eis que o art. 196 prevê uma garantia ao direito à saúde, tal direito se cumpre através de prestações do Estado, concretizadas por políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos. Assim, o art. 196 enseja a exigibilidade de prestações positivas do Estado, assim como enseja o direito subjetivo negativo de exigir do Estado que se abstenha de praticar atos incompatíveis com o dispositivo constitucional <sup>54</sup>.

O direito de acesso à saúde, portanto, comporta um sem-número de medidas, positivas e negativas, a encargo do Estado, para que se confira eficácia ao art. 196.

O art. 5º, XXIX, por sua vez, determina que o interesse social é uma das finalidades das patentes de invenção. Ora, é do interesse social o acesso a medicamentos inovadores, que proporcionam a melhoria da qualidade de vida e, por vezes, a chance de sobrevivência dos pacientes. As garantias asseguradas através de uma patente de invenção estimulam a busca constante por novas terapias para o tratamento de moléstias.

---

<sup>53</sup> Veja-se, neste sentido, inúmeros pareceres emitidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que, ao negar a anuência prévia de que fala o art. 229-C da Lei 9.279/96, conforme alterada pela Lei 10.196/01, a pedidos de patentes de medicamentos, menciona que o medicamento não pode ser objeto de patente tendo em vista o art. 196 da Constituição Federal.

Neste passo, certamente que o acesso a medicamentos do art. 196 vai ao encontro do objetivo insculpido no art. 5º, XXIX, eis que o acesso a medicamentos inovadores beneficia a saúde pública. O viés público do art. 5º, XXIX converge para a mesma finalidade do art. 196.

São bastante restritas as hipóteses de colisão de patentes de invenção com o acesso à saúde propugnada pelo art. 196 da Carta Maior. Para cada ato de um titular de patente que eventualmente obstaculize o acesso a medicamentos, há um remédio legal que lhe corresponda.

Um dos argumentos contrários às patentes de medicamentos refere-se aos preços praticados pelos seus titulares. Contudo, na hipótese de o titular de uma patente de medicamento exercer seus direitos de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, como aumento abusivo e injustificado do preço do medicamento objeto da patente, o art. 68 da Lei 9.279/96 provê o remédio legal, ao determinar expressamente que, nessa hipótese, o titular da patente estará sujeito a licenciamento compulsório, além de todas as medidas previstas na Lei 8884/94.

A demanda por medicamentos torna-se maior ou menor, conforme a enfermidade e as opções terapêuticas disponíveis. Assim, um único fabricante de medicamento objeto de patente, por vezes, pode não ser capaz de suprir a demanda da população. Mesmo para esta hipótese, há remédio legal contido no art. 70, II, da Lei 9.279/96, que prevê a possibilidade de licenciamento compulsório de patente cujo objeto não pode ser satisfatoriamente comercializado pelo seu titular.

Finalmente, em casos de iminente perigo público, como, por exemplo, a ameaça de bioterrorismo, deve o titular de uma patente de medicamento atender à demanda. Caso

---

<sup>54</sup> BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 116-7.



contrário, poderá ter sua patente de invenção licenciada compulsoriamente, nos termos do art. 71 da Lei 9.279/96.

Esse seria o caso do medicamento Cipro (ciprofloxacina), a única opção terapêutica contra a bactéria Antraz, que em setembro de 2001 aterrorizou os Estados Unidos da América ante a ameaça de bioterrorismo <sup>55</sup>.

Assim, em casos em que acesso à saúde colidiria em tese com direitos oriundos de patentes, o Legislativo tratou de ponderar na própria legislação infraconstitucional os mecanismos para alcançar os fins propugnados pelo art. 196, através de mecanismos próprios <sup>56</sup>.

## 8. CONCLUSÃO

A opção política da Assembléia Constituinte, como representante legítima do povo, de assegurar direitos aos inventores através do art. 5º, XXIX, deve ser compreendida como reconhecimento da importância das inovações para a sociedade.

A cláusula constitucional – finalística por definição - é sui generis por comportar as dimensões de direito público-privado, em que o direito individual assegurado ao inventor propicia a finalidade do art. 5º, XXIX, qual seja, o bem comum, consubstanciado no interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Deve-se interpretar e aplicar o direito inserto no dispositivo constitucional tendo em mente que o seu núcleo essencial reside no quão importantes são os inventos industriais

---

<sup>55</sup> Após os eventos de bioterrorismo ocorridos em setembro de 2001, em que cartas anônimas contendo a bactéria Antrax foram enviadas a senadores norte-americanos, o então Secretário de Saúde Tommy Thomson afirmou serem necessárias 1.2 bilhões de pílulas do medicamento Cipro, comercializado pela Bayer, titular da respectiva patente. Em outubro do mesmo ano, a Bayer firmou acordo com o governo norte-americano para fornecimento de Cipro por preço mais baixo do que vinha praticando no mercado. O acordo evitou que a ameaça do governo de licença compulsória do medicamento se concretizasse.

<sup>56</sup> Vale lembrar que postulado da proibição de excesso, como um dos elementos da ponderação, não permite a supressão total do direito de um inventor obter uma patente em prol do art. 196. Essa interpretação radical e sem fundamento importa discricionariedade e transgride o sistema de patentes.

para uma sociedade. Suprimir-se o direito individual do inventor em prol de um suposto interesse público é contraditório e irracional. Isto porque o direito individual do inventor tem como um de seus fundamentos, justamente, o interesse público.

Uma interpretação racional da cláusula constitucional deve, portanto, ser despida dos antigos preconceitos contra os privilégios de invenção, e partir do pressuposto de que os direitos assegurados ao inventor são o veículo propiciador do bem-estar da sociedade e do desenvolvimento, econômico e tecnológico do País.

A aplicação da técnica da ponderação previne que o Judiciário e o Executivo, através de suas agências reguladoras, suprimam os direitos oriundos de patentes de invenção e esvaziem o conteúdo axiológico do dispositivo constitucional.

Através dos exemplos de situações em que o direito de patentes é confrontado com a livre concorrência e direito de acesso à saúde, o que se propôs foi demonstrar que, teoricamente, tais colisões não existem. Evidentemente que a análise deve ser realizada caso-a-caso. Porém, em tese, não prospera o entendimento de que privilégios de invenção vedam a livre concorrência e o acesso aos medicamentos, tendo em vista que o art. 5º, XXIX foi concebido em prol, também, dos bens almejados pelos arts. 170, IV e 196 da Constituição. Os dispositivos ditos em colisão, na verdade, convergem para a busca do bem público. O art. 5º, XXIX, portanto, está integrado, aglutinado, aos objetivos próprios dos arts. 170, IV e 196.

Sendo a proteção aos inventos industriais uma opção política do povo, “destinatário e autor do seu próprio Direito”<sup>57</sup>, é vedado ao Judiciário e ao Executivo (através dos órgãos da Administração Pública), restringir ou suprimir os direitos dos inventores sem se levar a cabo um sopesamento dos valores em questão para a correta interpretação-aplicação dos enunciados normativos ditos em conflito.

---

<sup>57</sup> BINENBOJM, Gustavo, Ob. cit., p. 115.

Não se pode ignorar a força normativa da Constituição, que, sendo soberana, deve ser considerada e utilizada como filtro quando da edição de atos administrativos e decisões judiciais. Assim, os direitos assegurados aos inventores à obtenção das respectivas patentes, devem ser respeitados e interpretados à luz da Constituição, sob pena de se cometer desmandos e discricionariedades, em detrimento da sociedade e do desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Não cabe, portanto, ao operador do direito, seja o Poder Executivo, seja o Poder Judiciário, substituir pela sua própria orientação política, aquela que foi adotada pelo Constituinte, no art. 5º, XXIX, da Constituição e, a fortiori, pelo Legislador.

\* \* \*