

A LICENÇA COMPULSÓRIA DE PATENTES À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO CENÁRIO DE PANDEMIA DO COVID-19

THE COMPULSORY PATENT LICENSE FROM THE POINT OF VIEW OF THE LAW AND ECONOMIC CONSIDERING THE COVID-19'S SCENARIO

Bruno Fediuk de Castro*
Gilberto Bomfim**
Luiz Alberto Blanchet**

*Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR/PR).
Bacharel em Direito (Centro Universitário Curitiba, UniCuritiba/PR).
E-mail: bfc.adv@gmail.com.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0947-8142>.

**Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR/PR).
Bacharel em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR/PR).
E-mail: g_bomfim@hotmail.com.
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-0141-7620>.

***Doutor em Direito (Universidade Federal do Paraná, UFPR/PR).
Mestre em Direito (Universidade Federal do Paraná, UFPR/PR).
Bacharel em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR/PR).
E-mail: blanchet@blanchet.adv.br.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1163-0342>.

Como citar: BLANCHET, Luiz Alberto; BOMFIM, Gilberto; CASTRO, Bruno Fediuk de. A licença compulsória de patentes à luz da análise econômica do direito no cenário de pandemia do COVID-19. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 1, p. 149-163, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p149. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Em meio à pandemia do COVID-19, as pesquisas para produzir medicamentos que possam controlar os efeitos do vírus ganharam destaque. Neste cenário, a licença compulsória de patentes foi objeto de debate na Assembleia da Organização Mundial da Saúde, resultando na orientação para que os países aprovassem a licença compulsória de futuros medicamentos e vacinas. Os Estados Unidos da América foram contrários a orientação, afirmando que este posicionamento enviaria uma mensagem errada para aqueles que estão pesquisando para desenvolver referidos produtos. O artigo utiliza o método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental para explicar o cabimento da decretação da licença compulsória de patentes por interesse público no Brasil. O problema enfrentado no artigo é se, à luz da Análise Econômica do Direito, é possível afirmar que os agentes econômicos são desincentivados em suas pesquisas e trabalhos na persecução de invenções para combater o COVID-19 pela existência e possibilidade de aplicação da licença compulsória. Conclui-se que os agentes são incentivados indiretamente a atuarem de uma forma mais solidária e colaborativa, pois, ainda que os resultados econômicos possam ser menores, outras vantagens são percebidas pelos agentes.

Palavras-Chave: Propriedade industrial. Licença compulsória. Análise econômica do direito. Incentivos. Solidarismo.

Abstract: During the effects of the COVID-19 Pandemic, the research to produce drugs that can control the impact of the virus and a vaccine to create immunity are gaining prominence. In this scenario, compulsory patent licensing was the subject of debate at the Assembly of the World Health Organization, which resulted in guidance for countries to approve compulsory licensing of future vaccines and medicines. The United States of America opposed this guidance, stating that this positioning would send the wrong message to those researching to develop such products. The method is hypothetical-deductive, and the technique is bibliographic and documentary research. The research core is to explain the appropriateness of decreeing compulsory licenses of patents for public interest in Brazil, verifying if this norm is a disincentive for business development in extreme situations, as in the COVID-19 Pandemic, in the light of the Economic Analysis of Law. The outcome is that the agents are indirectly encouraged to act in a more supportive way cause, even though the financial results may be lower, the agents perceive other advantages.

Keywords: Industrial property. Compulsory license. Law and economics. Incentives. Solidarism.

INTRODUÇÃO

A *propriedade intelectual* visa garantir aos titulares de qualquer produção do intelecto o direito de usufruir, ainda que por certo período, de recompensa por sua própria criação. Como o conjunto de regras voltadas a proteção de bens imateriais e incorpóreos, que surgem como resultado da capacidade inventiva de seu autor, a propriedade intelectual abrange duas grandes áreas: o direito autoral e a propriedade industrial.

O *direito autoral* visa dar proteção aos direitos do autor, assim como daqueles a ele ligados, cuidando de obras artísticas e literárias, programas de computador, domínios na internet e cultura imaterial e é regulado pelas Leis 9.609/98 e 9.610/98. Por outro lado, a *propriedade industrial* é o ramo do direito que visa a assegurar proteção legal das invenções industriais; das marcas (sejam elas de produto, de serviço, sejam de certificação e coletivas); patentes, desenho industrial, indicações geográficas e proteção de cultivares e é regulada pela Lei 9.279/96 (LPI).

Para a proteção da propriedade industrial, o Estado instituiu a *patente* e o *registro*, por meio dos quais o empresário titular terá o direito de explorar com exclusividade o objeto de sua criação, cabendo ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) a concessão da propriedade Industrial, devendo ainda zelar por sua proteção e fiscalização.

A patente, objeto central do deste artigo, tem como objeto de proteção (i) a invenção ou (ii) o modelo de utilidade. Toda vez que alguém projeta algo antes desconhecido, estará produzindo uma invenção. Por outro lado, quando alguém cria desenvolve um novo formato ou disposição do qual resulte melhores condições de uso ou fabricação de algo já existente, se estar-se-á diante de um modelo de utilidade.

Ao longo do prazo de duração da patente é proibida a exploração industrial do seu objeto por qualquer terceiro sem a autorização do seu titular. Desse modo, finalizado o prazo de duração da patente, seja ela invenção ou modelo de utilidade, passam estas ao domínio público.

Pode-se dizer que a proteção dada ao autor pelo sistema de patentes se justifica por razões de economia (melhor forma de retribuir o esforço do inventor), de técnica (contribuição para o aumento do conhecimento) e de desenvolvimento econômico e tecnológico. Tais razões demonstram que o sistema não existe apenas no interesse do inventor, mas no interesse de toda a sociedade. Nesse sentido, além de conceder direitos ao inventor, a concessão da patente também impõe deveres, limitações e contrapartidas de seu titular. Entre as limitações se encontra a chamada licença compulsória, aplicável em situações de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, em que o titular da patente está obrigado a licenciar terceiros na exploração da invenção ou modelo de utilidade (BRASIL, 1996).

No final do ano de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recebeu informações sobre casos de “pneumonia” provenientes da região de Wuhan, província de Hubei, localizada na China. Era o início daquilo que viria a se tornar uma pandemia. A multiplicação de casos seguiu ao redor do mundo atingindo diversos países de todo o globo, afetando não apenas a saúde das pessoas, mas também os mercados e alterando a rotina de bilhões de pessoas, o que tem mobilizado

investimentos em pesquisas e negociações logísticas para produção e distribuição de vacinas.

O problema que o artigo pretende enfrentar é se, à luz da Análise Econômica do Direito, é possível afirmar que os agentes econômicos são desincentivados em suas pesquisas e trabalhos na persecução de invenções para combater o COVID-19 pela existência e possibilidade de aplicação da licença compulsória.

Para a consecução do objetivo geral de verificar se os agentes econômicos percebem a licença compulsória como um incentivo negativo para trabalharem e desenvolverem uma solução para o Coronavírus, bem como dos objetivos específicos de compreender a funcionalidade dos incentivos para a Análise Econômica do Direito e análise da possibilidade de os agentes serem estimulados à agirem de uma forma mais solidária em tempos de crise, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, o procedimento de pesquisa monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O artigo está estruturado da seguinte forma: O capítulo 1 apresenta uma contextualização sobre o que é propriedade industrial e quais as hipóteses em que a legislação brasileira permite a decretação de licença compulsória de uma patente. No capítulo 2 são apresentados os conceitos de análise econômico do direito e a importância dos incentivos, destacando a capacidade que os incentivos possuem de fazer com que os indivíduos adaptem suas ações. No capítulo 3 é feita uma análise se, à luz da análise econômica do direito, a existência do regramento da licença compulsória é um desincentivo ao empreendedorismo, bem como se possui outros alcances, como por exemplo incentivar que os agentes sejam mais solidários em tempos de crise, utilizando-se o exemplo da pandemia do COVID-19.

1 A PROPRIEDADE INDUSTRIAL E A LICENÇA COMPULSÓRIA DE PATENTES NO BRASIL

O processo de invenção é uma das mais importantes fontes de inovações que possibilitam o desenvolvimento da sociedade. Pode-se dizer que, sem as invenções, a sociedade não estaria tão evoluída, bem como não estaria no mesmo estágio de desenvolvimento, especialmente, econômico. Nas atividades econômicas em geral, a arte da invenção é essencial para o desenvolvimento. De acordo com Tomazette (2018), sem as invenções a economia não teria expandido de igual modo, motivo pelo qual as invenções devem ser consideradas uma grande fonte de desenvolvimento e de benefícios para a sociedade.

Para fins de desenvolvimento, tanto as invenções quanto as descobertas devem ser incentivadas, pois representam avanços e benefícios para a sociedade. Há de se destacar, no entanto, que nas invenções a atuação humana é mais determinante, é o trabalho humano que cria a invenção, ele não apenas reconhece situação já existente, ele desenvolve, cria, algo novo. Vale dizer, essa invenção é um bem imaterial, ela não se confunde com a representação material do produto ou processo inventado, mas sim representa o conjunto de ideias que possibilitou que se chegasse a um determinado bem material (TOMAZETTE, 2018).

Não é aceitável que a invenção seja objeto de apropriação física, isto porque, tal situação seria extremamente desestimulante ao processo de desenvolvimento, na medida em que o inventor veria seu esforço não recompensado adequadamente, considerando que qualquer um poderia repetir a ideia que teve seu propósito trabalhado arduamente pelo inventor sem envolver uma recompensa justa. Para afastar esse risco, foi essencial criar um sistema que protegesse as invenções, que é o sistema de patentes (TOMAZETTE, 2018).

Ao direito cabe estabelecer a tutela de proteção para estes bens, criando-se um registro da propriedade industrial, do qual resulta o privilégio. Este registro, segundo Rubens Requião (2012, p.185), é a base da tutela legal oferecida pelo Estado aos titulares dos direitos sobre tais bens incorpóreos. A patente é um título legal, o qual concede ao seu titular o direito utilizar uma invenção por tempo e em território predeterminados. A principal função de uma patente é proporcionar ao seu detentor uma proteção de sua invenção. Graças a esta proteção, uma invenção patenteada não pode ser comercialmente fabricada, utilizada, distribuída ou vendida sem o devido e prévio consentimento de seu titular. Trata-se a patente de um reconhecimento formal concedido pelo Estado, podendo essa invenção ser de um produto ou de um processo (PRESTES, 2018).

Nos termos estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil (“CRFB”), o sistema de patentes nacional garante ao inventor o direito de utilização da invenção de forma exclusiva por determinado período¹. Tomazette (2018) ensina que assim garante-se ao inventor um privilégio temporário sobre a invenção, durante este período há então um monopólio da utilização da invenção. Considerou-se esse o melhor modo para incentivar a atividade inventiva e recompensar o trabalho do inventor².

No que diz respeito à proteção das invenções e em especial das patentes, é importante salientar que devem ser respeitadas não apenas as legislações nacionais, mas também os acordos e tratados internacionais, aos quais muitos países são signatários, como é o caso do Tratado de Cooperação em Patentes de 1978, que surgiu durante a Convenção de Paris. O principal objetivo deste Tratado é racionalizar os procedimentos de solicitação, busca e exame de patentes, além da divulgação de informações técnicas nela constantes (PRESTES, 2018).

Denota-se que a natureza jurídica das patentes está vinculada aos direitos sobre as criações intelectuais, como direitos de propriedade, pois fundadas no direito de usar, gozar e dispor dos bens, bem como o direito de reavê-los daquele que injustamente esteja o utilizando. Diante destas características, vale dizer que podem ser impostas às patentes uma série de restrições, por exemplo, aquelas decorrentes do instituto da desapropriação.

Os titulares de patentes, assim como os titulares de outras propriedades, possuem não apenas direitos, mas também deveres. Dada a importância das invenções para o desenvolvimento da sociedade, a patente possui uma importante função social. Durante a exploração da patente, o seu titular pode exercer seus direitos diretamente ou realizar cessões à terceiros, podendo estas

1 Há previsão legal do direito de autor no art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX da Constituição da República Federativa do Brasil.

2 No sistema infraconstitucional brasileiro, a proteção da patente é regulada pela Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Propriedade Industrial ou LPI).

cessões serem realizadas à título oneroso ou gratuito.

A cessão de uma patente e a sua licença voluntária são atos de vontade que decorrem dos direitos assegurados ao titular, não podendo, no entanto, serem exercidos de forma abusiva.

Assim como a proteção aos direitos de patente deve ser observada, o exercício abusivo dos direitos não pode ser tolerado, pois não representaria a exploração adequada e justa da patente, que é um interesse de toda a sociedade e não apenas do seu titular. É justamente neste sentido que, em casos de exercício abusivo dos direitos decorrentes da patente, é possível a concessão de uma licença compulsória da patente, situação na qual o titular da patente será compelido a permitir o uso da invenção por outrem (TOMAZETTE, 2018). A legislação prevê ainda que a prática de abuso do poder econômico também enseja a concessão de licença compulsória (BRASIL, 1996)³.

Ainda com relação à função social da patente, tem-se que em contrapartida aos direitos garantidos ao titular, há um dever primordial, qual seja, o dever de explorá-la de modo a atender às necessidades do mercado interno. Caso o titular não cumpra com esse dever, independentemente do motivo, este poderá ser obrigado a permitir o uso da invenção por outrem, o que também ocorre por meio da licença compulsória.

Desta feita, apresenta-se como motivo para a licença compulsória a falta de exploração integral do invento no país, nos casos em que seja viável sua exploração econômica⁴. A falta de fabricação ou a fabricação insuficiente do produto, ou ainda a falta de uso do processo patentado, representam abuso por parte do titular da patente, ensejando a concessão da licença compulsória (TOMAZETTE, 2018).

Percebe-se que, ainda que esteja explorando economicamente a sua invenção, é imposto ao titular da patente a obrigação de atender às necessidades do mercado. Sendo a disponibilização insatisfatória para atender às demandas, pode também restar configurado o abuso, com ensejo da concessão de licença compulsória.

Também autoriza a concessão de licença compulsória o abuso pelo titular que impossibilita ou dificulta a exploração de outra patente (artigo 70 da LPI). Nesse caso, exige-se prova cumulativa da dependência da patente em relação a outra, da superioridade da patente dependente, que apresenta progresso técnico substancial em relação à anterior e da intransigência do titular da dependida em realizar uma negociação justa (TOMAZETTE, 2018).

Situação também bastante comum vivenciada em tempos de crise, também é prevista a concessão de licença compulsória a situação de emergência nacional ou o interesse público declarado pelo Poder Executivo federal (artigo 71 da LPI). No entanto, nesta situação não poderá haver a decretação da licença compulsória se o seu titular e/ou seus licenciados forem capazes de atender a necessidades decorrentes da emergência ou do interesse público (TOMAZETTE, 2018).

Ainda que não seja objeto do presente estudo aprofundar nos procedimentos para concessão da licença compulsória, importante salientar que o ônus da prova será do requerente da licença nos casos de abuso dos direitos patentários e/ou no caso de abuso do poder econômico, enquanto

³ Artigo 68, caput, da Lei de Propriedade Industrial.

⁴ É certo que ninguém pode ser obrigado a explorar algo que seja inviável economicamente, neste sentido é feita a ressalva de que a inviabilidade econômica da exploração desconfigura o abuso (TOMAZETTE, 2018).

nos casos de falta de exploração, o ônus da prova será do titular da patente (TOMAZETTE, 2018).

Deferida a licença compulsória, que nunca terá caráter exclusivo, o licenciado terá um ano para iniciar sua exploração, admitindo-se a interrupção da exploração por igual período (artigo 74 da LPI). Não obedecido esse prazo para o início da exploração, ou extrapolado o prazo de interrupção, o titular da patente pode requerer a cassação da licença. Vale ressaltar que a licença compulsória será sempre remunerada e nunca extinguirá o núcleo do direito do titular.

2 OS INCENTIVOS SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito tem por objetivo empregar os diversos ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e a abrangência do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação das normas jurídicas, especialmente com relação às suas consequências (GICO JUNIOR, 2011, p. 18-19).

Considera-se que a Análise Econômica do Direito propõe como fundamento principal o alcance de maior previsibilidade e segurança para as relações jurídicas. Para tanto, emprega os princípios que operam na ótica do mercado, com objetivo de tornar seu funcionamento adequado para a lógica do ordenamento jurídico. Desta feita, as relações jurídicas deveriam agregar as noções de maximização, eficiência e equilíbrio (PORTILHO; SANT'ANNA, 2018, p. 362).

Partindo destas premissas, a Análise Econômica do Direito analisa o fenômeno jurídico à luz de suas consequências, sendo considerado um movimento filiado ao consequencialismo, nesta abordagem, acredita-se que as regras às quais a sociedade se submete devem ser elaboradas, aplicadas e alteradas com base em suas consequências no mundo real, e não estritamente por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos (GICO JUNIOR, 2011, p. 19).

Os métodos da teoria microeconômica compõem pilares para a fundamentação dos estudos da Análise Econômica do Direito. À medida que os agentes econômicos, colocados diante da necessidade de tomar uma decisão, seja esta econômica, social ou cultural, acabam por comparar custos e benefícios, sopesados de acordo com as preferências dos agentes e as informações disponíveis naquele momento, que podem resultar de todas as alternativas possíveis. Desta feita, a análise de custo-benefício pondera o resultado futuro da decisão e não necessariamente o que desencadeou a necessidade de que esta fosse tomada (PORTILHO; SANT'ANNA, 2018, p. 359).

Ao defender um aproveitamento de eficiência às normas legais, a Análise Econômica do Direito procura solucionar duas questões fundamentais: A primeira é de qual maneira as normas jurídicas afetam os comportamentos dos indivíduos e das instituições; e a segunda é, tendo como ponto de observação medidas de bem-estar social estritamente estabelecidas, quais seriam as melhores normas e de qual maneira seria possível realizar comparações entre os institutos jurídicos para alcançar esse resultado mais eficiente (PORTILHO; SANT'ANNA, 2018, p. 359).

Segundo a Teoria Econômica Clássica, os indivíduos sempre procuram maximizar seus benefícios, realizando desta forma escolhas que diminuam os custos e aumentem, ou melhorem,

os seus benefícios perante as restrições que enfrentam, considerando que os desejos são ilimitados e os bens econômicos limitados.

Nesse processo de decisão, os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, assim, incorrendo uma alteração na estrutura de incentivos, esses indivíduos podem mudar sua conduta e realizar outra escolha. Destaca-se que cada indivíduo, diante de sua personalidade e condição poderá responder de uma forma diferente para os mesmos incentivos oferecidos (GICO JUNIOR, 2011, p. 22). Vale dizer que, à medida que o ambiente é modificado, o indivíduo adapta seu comportamento de forma a tirar proveito, ou seja, os agentes respondem aos incentivos. Ao reagir à mudança das circunstâncias, o indivíduo busca extrair aquilo que entende ser o melhor para ele (MACKAAYS; ROSSEAU, 2015, p. 31).

Os indivíduos escolhem com base nas condições do ambiente que os cerca, sopesando as diversas variáveis que afetam os custos e benefícios de cada uma das possíveis escolhas. Para Thaler e Sustein (2009, p. 28), eventos recentes ocorridos com o indivíduo causam impacto no comportamento, principalmente atrelado ao risco e a tomada de precauções. A análise econômica do fenômeno jurídico parte da premissa de que, ao se deparar com pluralidade de opções (duas ou mais) de atuação, ou mais de uma conduta possível, o agente econômico (homem racional) inevitavelmente irá levar em consideração a relação custo-benefício entre as alternativas possíveis, optando pela que melhor atender aos seus interesses (BITTENCOURT, 2011, p. 29).

No que tange à escolha racional, deve-se ter em mente que o agente econômico, diante da possibilidade de uma escolha, se depara com o seguinte binômio: desejos ilimitados *vs* recursos escassos. Assim, a escolha racional atuará no sentido de encontrar a alternativa que melhor atenda os interesses envolvidos, isto é, aplicando a maximização da utilidade e gerando a ideia de incentivo ou desincentivo a determinadas condutas (PORTILHO; SANT'ANNA, 2018, p. 363).

Ressalta-se que o pressuposto de maximização racional é instrumental, servindo para formular hipóteses e construir teorias que possibilitem simplificar, compreender e prever a conduta humana. A pesquisa em Direito e Economia Positivo não defende que dentro de cada indivíduo viva um *homo oeconomicus*, tampouco busca provar que o comportamento dos indivíduos seja decorrência de alguma faculdade específica da mente humana ou de propensão inata (SALAMA, 2017, p. 29).

Na sociedade existem incentivos para que as pessoas façam ou deixem de fazer certas coisas. Os indivíduos, como agentes econômicos, comportam-se racionalmente ao escolher a alternativa mais conveniente entre as que estão ao seu alcance, reagindo a estímulos positivos e negativos. É preciso alinhar a aplicação dos incentivos para que as ações dos indivíduos, movidos por seus interesses individuais, conduzam à melhor situação possível (ACCIARRI, 2014, p. 37).

Entende-se que as escolhas podem ser modificadas em função de um elemento exterior à relação que existem entre o indivíduo e o bem que vai satisfazer sua necessidade. A lógica então é que, se o custo de determinada opção, seja esse custo financeiro ou não, aumenta ou se agrava, aqueles indivíduos afetados escolherão com menor frequência essa opção (MACKAAYS; ROSSEAU, 2015, p. 31).

Exemplificando a situação, Bruno Salama (2008, p. 18) elucida a questão com uma alteração da lei, que torne, por exemplo, mais célere e eficaz a execução de garantias em determinada espécie de contrato. Esta alteração pode ocasionar a diminuição da quebra dos pactos contratuais. Isto porque, se determinada condição contratual será rapidamente executada em juízo, o custo para o indivíduo agir oportunisticamente aumenta, fazendo com que a procura por tal comportamento caia. É a lógica dos incentivos, ação e reação. Caso os indivíduos não respondessem a incentivos, o Direito seria de pouca ou nenhuma utilidade. Isto porque todos continuariam a se comportar da mesma forma e a criação de regras seria uma perda de tempo (GICO JUNIOR, 2011, p. 21-23).

As leis são comandos de autoridade que impõem custos e benefícios aos participantes de uma transação na economia e que sofrem incentivos (positivos ou negativos) no processo de seu cumprimento. Quanto maior for a certeza de uma punição para quando haja um caso de comportamento contrário à lei, maior influência a norma terá sobre a decisão a ser tomada pelo indivíduo (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 13).

O Direito converte-se em um conjunto de incentivos e guias que encaminha a conduta dos indivíduos para a consecução do fim específico que deve perseguir o direito, qual seja, a eficiência econômica (ALVAREZ, 2006, p. 57). Utilizando a premissa de que a demanda (procura) diminui quando o preço aumenta, os consumidores irão adquirir menor quantidade de um bem quando seu preço subir e aumentarão o consumo quando o preço cair. Os produtores, ao contrário, produzirão uma maior quantidade de produtos que aumentarão o preço de mercado e produzirão menor quantidade quando seu preço diminuir no mercado.

A escolha racional consiste em fazer a melhor opção para satisfazer os desejos do indivíduo. Dessa forma, de acordo com as restrições que são impostas, o agente poderá alterar suas escolhas. Nestas análises, as restrições podem ser entendidas como incentivos que levam o agente econômico fazer uma ou outra determinada escolha (RODRIGUES, 2007, p. 14).

O incentivo proporcionado pelo sistema de patentes é possibilitar que, a partir desse direito de exclusão, o titular da patente possa, ao menos em tese, praticar um preço-prêmio em troca de determinada invenção, isto é, um preço superior ao que seria cobrado em um ambiente de perfeito equilíbrio competitivo — no caso, um preço muito superior ao seu custo marginal.

3 A LICENÇA COMPULSÓRIA COMO (DES)INCENTIVO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO OU INCENTIVO AO SOLIDARISMO

A possibilidade de aplicação da licença compulsória sobre futuras vacinas e/ou tratamentos para o COVID-19, antes mesmo do assunto ser tratado em assembleia pela Organização Mundial da Saúde (OMS), já vinha sendo discutido e tratado por governantes e estudiosos do tema.

Em que pese a recusa dos Estados Unidos da América em concordar e aderir com todos os termos, foi aprovada em assembleia uma resolução pelos Estados-membros da OMS (WHO, 2020), apoiando facilitações ao acesso para os países de futuras vacinas e/ou tratamentos para

o COVID-19, com fundamento na Declaração de Doha da Organização Mundial de Comércio, aumentou-se a possibilidade de – caso necessário – países com menor poder aquisitivo decretem a licença compulsória sobre estes produtos.

Ao recusarem a proposta, em nota oficial apresentada à OMS, os representantes dos Estados Unidos da América afirmaram que a resolução enviaria a mensagem errada para pesquisadores e empreendedores, os quais serão essenciais na busca por soluções científicas que o mundo está precisando (GENEVA, 2020).

Ainda que não tenham especificamente citado uma ponderação de análise comportamental baseada na Análise Econômica do Direito, fica evidente que a preocupação suscitada está aflita com as instituições e aos incentivos aos quais os agentes econômicos estão sujeitos. Mas será que o argumento faz sentido? Há um desestímulo aos empreendedores com a possibilidade de aplicação de licença compulsória em caso de descoberta de uma vacina e/ou tratamentos para o COVID-19?

Importante lembrar que alguns países, muito em razão das condições trazidas pela Declaração de Doha da Organização Mundial de Comércio, já haviam implementado em seus ordenamentos jurídicos pátrios a possibilidade de licença compulsória, como é o caso do Brasil, que, inclusive, já decretou licença compulsória da patente do medicamento Efavirenz, para o tratamento da Aids, de titularidade do laboratório Merck, por incapacidade do governo em realizar o pagamento devido ao excesso de royalties cobrados pelo titular (ZUCOLOTO; MIRANDA; PORTO, 2020, p. 11).

Ademais, neste ano, alguns países, observando as normas estabelecidas nos acordos internacionais, promoveram alterações em suas legislações e/ou aprovaram dispositivos legais para permitir ou facilitar a adoção de licenciamento compulsório, como é o caso do Canadá⁵, da Alemanha, Equador e Chile.

No Brasil, apesar de já existir disposição legislativa a respeito, também foram apresentadas algumas medidas sob a justificativa de “facilitar” e “agilizar” o processo de aplicação da licença compulsória. Neste sentido, foram propostos no fim de março e início de abril de 2020 três Projetos de Lei (PL 1.184/20, PL 1.320/20 e PL 1.462/20), que criam disposições legais acerca da licença compulsória por emergência nacional ou interesse público, bem como medidas para facilitar o acesso às tecnologias e produtos que sejam necessários para combater o COVID-19.

Destaca-se que, embora acordos internacionais e legislações nacionais contemplem a possibilidade da concessão de licenças compulsórias e alguns países já tenham caminhado nessa direção, a situação vivenciada em decorrência do COVID-19 impõe a necessidade de soluções de caráter global, inclusive no âmbito da propriedade industrial (ZUCOLOTO; MIRANDA; PORTO, 2020, p. 13). É justamente neste sentido que a OMS buscou centralizar as orientações aos países.

Sobre o argumento de ser um desincentivo aos pesquisadores, pela Análise Econômica do Direito e teoria comportamental, em uma análise isolada e puramente econômica, considerando que os agentes econômicos tendem a maximizar os seus retornos, parece acertado o argumento levantado pelo governo americano de que poderia estar sendo criada uma barreira ao desenvolvimento.

⁵ Para maiores detalhes ver: Chile (2020); Canada (2020); Musmann (2020); Simmons & Simmons (2020).

No entanto, é preciso considerar que pesquisas científicas possuem outros objetivos e interesses além dos econômicos. É evidente que as indústrias farmacêuticas estão visando lucros com suas pesquisas, é a recompensa pelo trabalho, normal em qualquer atividade comercial. Mas uma pesquisa também pode envolver outros interesses não econômicos.

Um pesquisador que trabalha na persecução de uma vacina contra determinada doença após um ente querido ter sido acamado pela doença possui motivações que não são econômicas. Assim como, a satisfação pessoal pela descoberta e o reconhecimento decorrente do trabalho também pode ser um incentivo determinante para os pesquisadores, por exemplo, a possibilidade de ser laureado com o Prêmio Nobel de Fisiologia ou Medicina pode ser uma motivação não financeira bastante considerável.

Do ponto de vista econômico, percebe-se que, ainda que em ambos os exemplos citados não haja uma motivação econômica – persecução direta por lucro – os resultados econômicos devem chegar indiretamente, o que significa dizer que ainda que o principal incentivo não seja o econômico, o agente econômico poderá ser beneficiado economicamente de forma indireta. Cumpre lembrar ainda que, em que pese a possibilidade de decretação da licença compulsória, o inventor recebe pagamentos pelo uso de sua patente (ainda que inferiores àqueles que poderia tentar praticar em um mercado de livre comércio e concorrência).

Diante deste cenário, percebe-se que, à luz da Análise Econômica do Direito, há outros incentivos que podem garantir com que os pesquisadores sejam motivados a continuarem as suas pesquisas, mesmo diante da possibilidade de decretação de uma licença compulsória sobre suas patentes. Assim, não parece ser a licença compulsória um desincentivo capaz de desestimular as pesquisas relacionadas aos produtos para combater o Coronavírus.

Outro ponto que pode ser discutido é quanto ao solidarismo em tempos de crise. Logo após a manifestação de que não iria ratificar o conteúdo integral da resolução da OMS, representantes do governo dos Estados Unidos também afirmaram que o acesso aos produtos para combater o Coronavírus poderia ocorrer por meio de mecanismos voluntários, tais como parcerias e doações.

Por certo que o solidarismo é importante e ganha destaque no contexto da pandemia. Neste sentido empresas e instituições, voluntariamente concederam gratuitamente seus direitos de patentes em razão da urgência colocada pela pandemia. Por exemplo, a Medtronic optou por abrir o código-fonte, design e especificações de fabricação dos respiradores médicos Puritan Bennett 560 (“PB 560”) para a produção de qualquer de seus concorrentes. A empresa também firmou uma parceria com a fabricante taiwanesa de eletrônicos, Foxconn, para produzir em cooperação e acelerar a produção dos respiradores (JORDAN; WEISPFENNING, 2020).

A AbbVie, detentora de patente para o medicamento Kaletra, de utilização antirretroviral, foi demandada pelo governo de Israel para licenciamento compulsório da droga que parecia sugerir certa eficácia no tratamento do COVID-19. A empresa então afirmou que após conversas com o governo de Israel, iria tomar todos os passos para remover potenciais barreiras às fontes alternativas de oferta, incluindo oferecer ao público a propriedade intelectual atinente à droga (ABBVIE, 2020).

Mas o cenário não é somente de ações solidárias e colaborativas, exemplo disso é que o governo dos Estados Unidos da América fez uma acusação de que hackers de Pequim estariam tentando subtrair segredos industriais relacionados ao COVID-19 de pesquisadores norte-americanos. Outro exemplo é a disputa entre a Fortress Investment Group LLC que processou a Biomerieux sob a alegação de a segunda estaria utilizando patentes de sua titularidade (PRABHALA; HOEN, 2020).

Percebe-se que o solidarismo apresenta enormes avanços no combate ao Coronavírus, mas os interesses econômicos, ao menos na maioria dos casos, acabam prevalecendo, fazendo com que seja necessária uma intervenção dos Estados para proteger aqueles mais vulneráveis. Em uma escala global, verifica-se a necessidade dos países mais desenvolvidos de sopesarem as dificuldades dos países com dificuldades econômicas de terem acesso aos medicamentos necessários.

CONCLUSÃO

Diante do cenário de crise, tanto na economia como um todo quanto especificamente no setor da saúde, faz-se necessário que os governantes analisem se as estruturas administrativas e estatais estão aptas para dar o suporte necessário para a população e se as instituições são suficientes para que a sociedade não apenas aguente os impactos que serão ocasionados, mas também são capazes de possibilitar a retomada econômica no período pós crise.

Considerando os aspectos comportamentais dos agentes econômicos, à luz da Análise Econômica do Direito, verifica-se que os agentes econômicos tendem a responder aos incentivos que lhe são apresentados, sendo que cada agente pode responder de uma forma diferente a um mesmo incentivo, tendo em vista que também são consideradas outras particularidades.

Em uma sociedade que se desenvolveu à base de invenções e inovações, a proteção aos direitos dos inventores é essencial para garantir a continuidade do desenvolvimento, ao passo de que não proteger e não garantir o direito de que os titulares de referido direito explorem comercialmente suas invenções poderia ser um grande desincentivo. A proteção e o incentivo são garantidos por meio da patenteabilidade das invenções.

A existência da licença compulsória serve para regular o mercado, que não pode e não deve tolerar abusos por parte dos titulares de patentes, bem como para garantir que o Estado possa promover assistência e exercer seu papel de regulação e garantia de direitos fundamentais dos cidadãos.

Em um cenário de crise sanitária, ainda que possa ser argumentado um contrassenso entre apoiar o desenvolvimento econômico por meio de atividades inventivas e defender a legitimidade e importância da existência do mecanismo da licença compulsória, considerando que há outros incentivos envolvidos na persecução das atividades de pesquisa além dos econômicos, não parece ser suficiente a existência da previsão de licença compulsória para desincentivar grandes pesquisadores e indústrias farmacêuticas em realizarem trabalhos para produzir vacinas e demais produtos para

o tratamento ao Coronavírus.

Por fim, destaca-se a importância do solidarismo para a superação de eventos de crise como os vivenciados em razão do COVID-19, principalmente em ações altruístas das empresas. No entanto, ainda que as ações solidárias sejam importantes e façam bastante diferença, a persecução dos interesses econômicos ainda prevalece em muitos casos, o que faz com que seja necessária uma intervenção dos Estados para proteger aqueles mais vulneráveis, além de contrabalancear os interesses econômicos, incentivando os empreendedores a seguirem com seus projetos, buscando uma harmonização do sistema econômico e social, bem como preservando o desenvolvimento da sociedade.

REFERÊNCIAS

ABBVIE drops patent rights for Kaletra antiviral treatment. **Financial Times**, Washington, [2022]. Disponível em: <https://www.ft.com/content/5a7a9658-6d1f-11ea-89df-41bea055720b>. Acesso em: 24 maio 2021.

ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALVAREZ. Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 27-37.

BRASIL, Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 134, n. 93, p. 1, 15 maio 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm Acesso em: 26 maio 2021.

CANADA. Department of Justice. **COVID-19 emergency reponse act**. Ottawa: Justice Laws Website, 2020. Disponível em: https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/AnnualStatutes/2020_5/page-1.html. Acesso em: 24 maio 2021.

CHILE. Cámara de Diputadas y Diputados. **Sala de sesiones**. Santiago: Cámara de Diputadas y Diputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.cl/legislacion/sala_sesiones/votacion_detalle.aspx?prmIdVotacion=32753. Acesso em: 24 maio 2021.

GENEVA. International Organizations. **U.S. explanation of position “covid-19 response” resolution**. Geneva: U. S. Mission to International Organization in Geneva, 2020. Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2020/05/19/explanation-of-position-covid-19-response-resolution/>. Acesso em: 7 dez. 2022.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-25.

JORDAN, John; WEISPFENNING, Ryan. **Medtronic shares ventilation design specifications to accelerate efforts to increase global ventilator production**. Dublin: Medtronic, 2020.

Disponível em: <https://news.medtronic.com/2020-03-30-Medtronic-Shares-Ventilation-Design-Specifications-to-Accelerate-Efforts-to-Increase-Global-Ventilator-Production/>. Acesso em: 24 maio 2021.

MACKAAYS, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MUSMANN, Thomas. German government plans possibilities to limit patents in view of corona pandemic. In: KLUWER LAW INTERNATIONAL. **Kluwer Patent Blog**. Alphen aan den Rijn, 24 mar. 2020. Disponível em: <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/03/24/german-government-plans-possibilities-to-limit-patents-in-view-of-corona-pandemic/>. Acesso em: 24 maio 2021.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Análise econômica do direito e propriedade intelectual: a contribuição de Posner & Landes. **Revista Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 355-379, jan./abr. 2018.

PRABHALA, Achal; HOEN, Ellen 't. We'll find a treatment for coronavirus: but drug companies will decide who gets it. **The Guardian**, London, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,eua-rejeitam-decisao-da-oms-que-abre-caminho-para-quebra-de-patentes-de-produtos-contr-o-virus,70003307635> Acesso em: 24 maio 2021.

PRESTES, Duarte. **Propriedade intelectual**. Porto Alegre: SAGAH, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595023239/>. Acesso em: 9 jun. 2020.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**. Coimbra: Almedina, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2017.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 1-37, 2008.

SIMMONS & SIMMONS. **COVID-19: impact of federal government measures on patents**. [S. l.]: Simmons & Simmons, 2020. Disponível em: <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ck8epe5lz15530950814ve5e1/covid-19-impact-of-federal-government-measures-on-patents>. Acesso em: 24 maio 2021.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nugde: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609154/>. Acesso em: 9 jun. 2020

WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Covid-19 Response**. [S. l.]: OMS, Disponível em: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA73/A73_CONF1Rev1-en.pdf. Acesso em: 25 maio 2021.

ZUCOLOTO, Graziela; MIRANDA, Pedro; PORTO, Patrícia. **A propriedade industrial pode limitar o combate à pandemia?**. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200507_nt_diset_n_61.pdf. Acesso em: 24 maio 2021.

Como citar: BLANCHET, Luiz Alberto; BOMFIM, Gilberto; CASTRO, Bruno Fediuk de. Licença compulsória de patentes à luz da análise econômica do direito no cenário de pandemia do COVID-19. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 149-163, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p149. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 15/12/2020

Aceito em: 28/11/2022