

# CONCESSÃO DE PATENTES À INDÚSTRIA FARMACÊUTICA: ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

*PATENT GRANT TO PHARMACEUTICAL INDUSTRY: BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHT TO PROPERTY AND ITS SOCIAL FUNCTION*

**Luis Felipe Miranda Ramos**

## RESUMO

Este artigo objetiva verificar em que medida as patentes concedidas à indústria farmacêutica, para a proteção de medicamentos, atendem a função social da propriedade intelectual. Procura-se, comparar os benefícios trazidos à sociedade e às indústrias farmacêuticas pelas patentes de medicamentos, e analisar a possibilidade de aplicação das medidas de salvaguarda disponíveis na legislação brasileira, em caso de não cumprimento da função social das referidas patentes.

## Palavras-chave

Direitos fundamentais, propriedade intelectual, patentes, função social.

## ABSTRACT

*This paper's objective is to verify in what measure patents granted to pharmaceutical industry, to protect medicines, are in attendance of intellectual property social function. It attempts to compare the benefits brought to society and to pharmaceutical industries by medicine patents, and to analyze the possibility of application of safeguard measures available in Brazilian law, in case of non-achievement of social function by the reported patents.*

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA) e em Administração pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Gestão de Negócios pela UNIFRA. Especializando em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogado.

lifelipe.sm@gmail.com

**Marcos Pascotto Palermo**

Bacharel em Direito pela UNIFRA e em Ciências Sociais pela UFSM. Especialista em Direito Internacional e Mestrando em Direito pela UFRGS. Mestrando em Ciências Sociais pela UFSM. Professor Auxiliar da UNIFRA.

marcosppalermo@yahoo.com.br

## Keywords

*Fundamental rights, intellectual property, patents, social function.*

## Introdução

A propriedade intelectual é um benefício temporário concedido pelo Estado aos inventores para que possam explorar a invenção. Em contrapartida, devem revelar os detalhes da invenção, no intuito de que toda a sociedade possa se beneficiar dela.

Entretanto, a propriedade intelectual é apenas um ramo do direito de propriedade definido no art. 5º, XXII da Constituição Federal, e como tal, deve atender a função social da propriedade, também elencada como preceito constitucional, no inciso XXIII do mesmo artigo 5º.

Neste contexto, é importante verificar se as patentes concedidas às indústrias farmacêuticas para a proteção de medicamentos atendem sua função social e, em caso negativo, estudar os mecanismos legais de salvaguarda que autorizem a utilização da invenção patenteada, em especial, os previstos na legislação brasileira.

Através do presente trabalho, busca-se verificar se, pelo atual modelo de concessão de proteção às criações intelectuais, em especial no caso das patentes, tem sido observado o requisito de atendimento à função social da propriedade intelectual. Neste trabalho, toma-se como parâmetro de observação as patentes concedidas à indústria farmacêutica para a proteção de medicamentos.

Atualmente discute-se a pertinência do modelo de concessão de proteções à propriedade intelectual vigente, em especial às patentes, tendo em vista críticas de que o sistema atual não tem alcançado seu objetivo primordial, qual seja, incentivar as criações intelectuais, mediante a concessão de um benefício temporário de exploração das invenções. Após o término do prazo deste benefício, a invenção entraria em domínio público, favorecendo a sociedade. Assim, sua finalidade, desde seu surgimento, era contribuir para a evolução da humanidade por meio do compartilhamento do conhecimento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a exigir, para a concessão de proteção à propriedade intelectual, que a mesma cumpra com sua função social, definida constitucionalmente como sendo “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (art. 5º, XXIX, *in fine*).

Ou seja, o conflito dos interesses públicos com os privados se estabelece no momento em que o Estado confere determinada proteção à propriedade intelectual, garantindo um direito de propriedade ao particular e, ao mesmo tempo, criando requisitos e restrições à obtenção e ao exercício desse direito de propriedade em atenção aos interesses públicos contidos nos mandamentos constitucionais.

Entretanto, a Carta Política também trouxe em seu bojo o reconhecimento de que a saúde é um direito fundamental do ser humano, ligado à vida. E nesse sentido, deve ser observado, em cada caso concreto, o princípio constitucional que deverá prevalecer: a propriedade privada ou a vida. Além disso, mediante a adesão do Brasil a tratados internacionais sobre a matéria, como o Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS faz-se necessária sua adaptação a tais regras.

Procura-se verificar se as patentes concedidas à indústria farmacêutica para a proteção de medicamentos tem atendido sua função social e, em caso negativo, a possibilidade de aplicação de regras de salvaguarda previstas no direito internacional, como por exemplo, o licenciamento compulsório de tais invenções. Demonstra-se aí a interdisciplinariedade do seu tema.

Encontra-se motivação social, tendo em vista a relevância atual do tema, pois em diversos fóruns está sendo discutida uma possível revisão do sistema de proteção à propriedade intelectual, que já não se mostra tão eficiente perante as novas tecnologias, além de não conseguir cumprir com seus objetivos de estimular o avanço da sociedade. Tal tema compõe-se de matéria que transcende o ordenamento jurídico interno de um Estado, causando efeitos em um nível internacional, pois cada vez mais as fronteiras físicas estão sendo ignoradas pelos avanços tecnológicos, que aproximam os povos, integrando-os em um mercado regido por normas próprias. Ainda, mais recentemente, tais normas tem apresentado um caráter supranacional, sendo definidas em órgãos multiestatais, como por exemplo, a Organização das Nações Unidas e a Organização Mundial do Comércio.

Assim sendo, passa-se à análise de aspectos históricos para, em seguida, comentar-se sobre as

medidas de salvaguarda que relativizam o direito da propriedade intelectual, objetivando a função social.

## 1. Histórico e função social da propriedade privada

A origem do termo “propriedade” deriva do vocábulo latino “*proprietas*”; de “*proprius*”, significando a qualidade do que é próprio. Volney Silva<sup>1</sup> acrescenta que tal qualidade quer dizer que algo “pertence a alguém por direito e que, ao mesmo tempo, pode fazer uso do bem, objeto do citado direito, da forma que melhor lhe convier”. Já Fontes<sup>2</sup> define propriedade como “poder jurídico de uma pessoa sobre uma coisa”.

Historicamente, verifica-se o surgimento, em primeiro lugar, de uma noção de propriedade coletiva, considerada como bem comum de todos, para só então, avançar-se a uma propriedade individualizada, de caráter absoluto. Atualmente, a noção de propriedade é relativizada, pois a mesma deve atender sua função social, embora continue assegurada individualmente<sup>3</sup>.

A noção de propriedade privada remonta a períodos históricos antigos, não sendo clara a sua origem, mas havendo um consenso de que se trata de um direito natural<sup>4</sup> do ser humano. Para Vol-

ney Silva<sup>5</sup> “quando se faz referência à propriedade exsurge, de pronto, a ideia de algo que não apenas está, naturalmente, sob o domínio de alguém, mas que, na atualidade, deve estar juridicamente protegido, tal a sua importância no contexto social”.

Para Bobbio<sup>6</sup>, quando interpreta a obra de Emanuel Kant, diferenciando o direito privado do direito público, afirma que o primeiro é inerente ao estado de natureza, no qual as relações jurídicas atuam entre indivíduos isolados, não havendo uma autoridade superior; já o segundo é próprio do estado civil, no qual existe a figura do Estado, atuando como autoridade superior aos indivíduos nas relações jurídicas.

Neste sentido, Bobbio<sup>7</sup> afirma que no estado de natureza, é possível a existência de *posse*, mas somente de maneira provisória, existindo *posseção* peremptória somente no estado civil. Ou seja, para a aquisição permanente de alguma coisa, deve-se constituir o Estado; de maneira contrária, só será possível a aquisição provisória da coisa.

No mesmo sentido, Hobbes<sup>8</sup> afirma que “a introdução da *propriedade* é um efeito do Estado, que nada pode fazer a não ser por intermédio da pessoa que o representa, ela só pode ser um ato do soberano, e consiste em leis que só podem ser feitas por quem tiver o poder soberano” [grifo no original].

Mendes<sup>9</sup> diz que “a vida, a possibilidade de ir e vir, a manifestação de opinião e a possibilidade de reunião pertencem à natureza do ser humano. Ao contrário, é a ordem jurídica que converte o simples *ter em propriedade* (...)” [grifos no original]. Somente através da normatização, da positivação de normas relativas ao direito de propriedade é que a proteção constitucional deste direito adquire sentido.

241-242).

1 SILVA, Wolney Zamenhorf de Oliveira. Propriedade em face da ordem constitucional brasileira. *Cadernos de Direito Constitucional e ciência política*. São Paulo. N; 25, out.dez. 1998, p. 119.

2 FONTES, André R. C. Limitações constitucionais ao direito de propriedade. IN TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

3 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009

4 Direito natural ou jusnaturalismo é uma doutrina jurídica que defende que o direito positivo deve ser objeto de uma valoração que tem como referência um sistema superior de normas ou de princípios (direito ideal) que lhe condicionam a validade. Nesse sentido, a legislação vigente será considerada válida apenas na medida em que suas prescrições correspondam às exigências de um ideal de justiça. Por isso, para a doutrina do Direito Natural, direito é direito justo (validado por um ideal de justiça). Ou seja, seu pressuposto fundamental reside no fato de que a legislação de um país (Direito Positivo) somente será válida quando respeitar os direitos naturais inatos dos homens, que o constitui por meio de um contrato social em que manifestou a sua vontade (contratualismo). Em contrapartida, para o Positivismo Jurídico a validade do direito independe da validade de uma norma ou princípio de justiça (superior às normas vigentes). Ao contrário, para o Positivismo Jurídico, o direito vale, mesmo que seja injusto (BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, 2006, p.

5 SILVA, Wolney Zamenhorf de Oliveira. Propriedade em face da ordem constitucional brasileira. *Cadernos de Direito Constitucional e ciência política*. São Paulo. N; 25, out.dez. 1998, p. 119

6 BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2a. ed., São Paulo: Mandarim, 2000, p. 138.

7 BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2a. ed., São Paulo: Mandarim, 2000, p. 140.

8 HOBBS, Thomas. *Leviatã. ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997 (Coleção Os Pensadores), p.196

9 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 466.

Com isso, tem-se que, com a disciplina constitucional do direito de propriedade, o legislador fica impedido de abolir tal garantia, conforme sua discricionariedade. Ainda, nos dizeres de Mendes:

Como essa categoria de direito fundamental apresenta-se, a um só tempo, como garantia institucional e como **direito subjetivo**, confia-se ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do *direito regulado*. Fala-se, nesses casos, de *regulação* ou de *conformação* em lugar de *restrição*. [grifos do autor]<sup>10</sup>

Para Pontes de Miranda<sup>11</sup> “ao legislador só se impede acabar, como tal e em geral, com o *instituto jurídico*, com o direito de propriedade” [grifos no original].

Tratando-se da origem do instituto, as primeiras regulamentações do direito de propriedade remontam ao Código de Hamurabi, datado de 2300 a.C., aproximadamente, tratando da compra e venda de bens, móveis e imóveis<sup>12</sup>.

Entretanto, Coulanges<sup>13</sup>, afirma que o direito de propriedade surgiu, primeiramente, com a religião, para só depois ser garantido mediante leis. O mesmo autor informa que algumas “raças”<sup>14</sup> jamais estabeleceram a propriedade privada em suas sociedades. Outras a estabeleceram, apesar de muito tempo e muitas dificuldades. Coulanges informa que “constituía, com efeito, um problema crucial à origem das sociedades saber se o indivíduo podia se apropriar do solo e estabelecer um liame tão forte entre seu ser e uma porção de terra a ponto de poder afirmar: ‘Esta terra é minha, esta terra é como uma parte de mim’”<sup>15</sup>.

Já entre os gregos e romanos, as relações particulares eram regidas por uma ideia de sociedade gentílica, ou seja, conforme Engels<sup>16</sup> eram grupos de consanguíneos (gens) que se vangloriavam

10 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*.

São Paulo: Saraiva, 2009, p. 466

11 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda n. 1, de 1969. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974, Tomo V, p. 396/

12 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 659.

13 COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Bauru: Edipro, 2009, p. 59..

14 À luz da biologia e da antropologia da atualidade, o termo mais apropriado seria grupos étnicos.

15 COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Bauru: Edipro, 2009, p. 54..

16 ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002, p. 88.

de constituir uma descendência comum e que estavam unidos por certas instituições sociais e religiosas, formando uma comunidade particular. Nesse contexto, estes povos consideravam a “propriedade” como algo comum àquele grupo, pertencente à totalidade dos cidadãos. Entretanto, através de um desenvolvimento da estrutura social, ocorreu uma evolução do conceito de propriedade – a sociedade gentílica cede em face da instituição da família, e com isso, a propriedade privada surge também como inerente à família<sup>17</sup>.

Durante a Idade Média, onde vigorava o regime do feudalismo, em que a sociedade era dividida em estamentos, ao invés de classes sociais, vigorava um regime jurídico em que diferentes senhores feudais eram simultaneamente possuidores de titularidade sobre as terras, em um sistema ligado através da suserania e vassalagem. Ainda, em última análise, o rei era o maior senhor feudal, razão pela qual podia exigir tributos sobre a terra<sup>18</sup>. Em 1215, com a expedição da *Magna Charta Libertatum*, tida como um dos primeiros documentos de proteção dos direitos contra o Estado<sup>19</sup>, tem-se, além da proteção quanto à liberdade de locomoção, uma preocupação com a garantia da propriedade das terras.

Bastos<sup>20</sup> ensina que nos Estados com maior influência de uma doutrina individualista (predominantemente liberais), o direito de propriedade erige-se num dos direitos fundamentais do homem, ao lado da liberdade e da segurança. Ainda acrescenta este autor:

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 assim encara a propriedade, é dizer: entre os direitos naturais imediatamente após a liberdade, antes da segurança e da resistência à opressão. No seu art. 12 ela dispõe que a propriedade é um ‘direito inviolável e sagrado.

No entanto, é na Idade Moderna que se dá maior importância ao direito de propriedade, como resultado do período de grandes navegações e descobertas de novas terras, que apresentam implicações diretas no âmbito do instituto da propriedade. “Ademais, com a revolução industrial,

17 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 660.

18 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 660.

19 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 661.

20 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª. Atual. São Paulo: Saraiva, 1998, 207..

e o triunfo do capitalismo, enfatiza-se a propriedade privada (além da liberdade de iniciativa)<sup>21</sup>.

Ribeiro<sup>22</sup>, quando estuda a obra de Thomas Hobbes, acrescenta que, durante a Idade Média, “a propriedade era um direito limitado, porque havia inúmeros costumes e obrigações que a controlavam”. Cita como exemplo, a impossibilidade de um senhor de terras impedir o pobre de colher frutos na proporção necessária para sua subsistência, ou expulsar um servo ligado à gleba, no intuito de dar outro uso à terra.

Segue o autor informando que, durante os tempos modernos, “o proprietário adquire o direito não só ao *uso* do bem e a seus *frutos* (que somam-se na palavra *usufruto*), como também ao *abuso*: isto é, o direito de alienar o bem, de destruí-lo, vendê-lo ou dá-lo”<sup>23</sup> (grifo do autor). Nesse sentido, Ribeiro<sup>24</sup> interpreta Hobbes afirmando que o conforto, em grande parte, deve-se à propriedade, sendo este o motivo pelo qual a sociedade burguesa estabelece a autonomia do proprietário para fazer com seu bem o que bem entenda.

Entretanto, até mesmo esta autonomia pretendida pela burguesia da Idade Moderna encontra limitações, pois todas as terras e bens estão controlados pelo soberano, visto que “a propriedade que um súdito tem em suas terras consiste no direito de excluir todos os outros súditos do uso dessas terras, mas não de excluir o soberano, quer este seja uma assembléia ou um monarca”<sup>25</sup>.

Considerando este controle exercido pelo soberano sobre as terras, tem-se que cabe a ele a discricção da distribuição da terra, atribuindo a todos os homens uma porção. Isso se dá conforme o que ele, e não conforme o que qualquer súdito, ou qualquer número deles, considerar compatível com a equidade e com o bem comum<sup>26</sup>. Ainda, a

respeito da motivação dos atos do soberano, Hobbes acrescenta que,

Dado que o soberano quer dizer o Estado (cuja pessoa ele representa), se entende que nada faz que não seja em vista da paz e segurança comuns, essa distribuição das terras deve ser entendida como realizada em vista do mesmo. Em consequência, qualquer distribuição que se faça em prejuízo dessa paz e dessa segurança é contrária à vontade de todos os súditos, que confiaram a paz e a segurança de suas vidas à discricção e consciência do soberano, e assim essa distribuição deve, pela vontade de cada um deles, ser considerada nula..

No entanto, a distribuição feita em desacordo com a vontade dos súditos não os autoriza a se rebelarem contra o soberano, pois os súditos o autorizaram todas as suas ações, ao atribuírem-lhe o poder soberano.

Hobbes ainda justifica a manutenção do poder do soberano para distribuir as terras do país ou para decidir com quais lugares e quais mercadorias os súditos estão autorizados a negociar com o estrangeiro. Isso ocorre sob a alegação de que, deixados estes assuntos à discricção das pessoas privadas, elas poderiam, movidas pela ânsia de lucro, fornecer ao inimigo meios de prejudicar o Estado, ou elas mesmas causar tal prejuízo, importando mercadorias nocivas ou inúteis.

Desta forma, compete “ao Estado (quer dizer, apenas ao soberano) aprovar ou desaprovar tanto os lugares como os objetos do tráfico exterior”<sup>27</sup>.

Em 1690, ao publicar sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo”, John Locke apresenta uma visão diferente de Hobbes acerca da propriedade, entendendo que, já no estado de natureza, os homens eram dotados de razão e desfrutavam da propriedade que designava simultaneamente a vida, a liberdade e os bens como direitos naturais do ser humano<sup>28</sup>.

Para Locke, o direito à propriedade seria natural e anterior à sociedade civil, mas não inato. Sua origem residiria na relação concreta entre o homem e as coisas, através do processo de trabalho. Mello<sup>29</sup> apresenta desta forma o entendimento

27 HOBBS, Thomas. *Leviatã. ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997 (Coleção Os Pensadores), p. 198.

28 Apud MELLO, Leonel Itaussu Almeida. “John Locke e o individualismo liberal”. In WEFFORT, Francisco C; (Org.) *Os clássicos da política*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 85

29 Apud MELLO, Leonel Itaussu Almeida. “John Locke e o individualismo liberal”. In WEFFORT, Francisco C; (Org.) *Os*

21 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 661.

22 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª. Atual. São Paulo: Saraiva, 1998., 72

23 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª. Atual. São Paulo: Saraiva, 1998., 72

24 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª. Atual. São Paulo: Saraiva, 1998., 72

25 HOBBS, Thomas. *Leviatã. ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997 (Coleção Os Pensadores), p. 196.

26 HOBBS, Thomas. *Leviatã. ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997 (Coleção Os Pensadores), p. 196.,



de Locke: “Como a terra fora dada por Deus em comum a todos os homens, ao incorporar seu trabalho à matéria bruta que se encontrava em estado natural o homem tornava-a sua propriedade privada, estabelecendo sobre ela um direito próprio do qual estavam excluídos todos os outros homens.” Locke<sup>30</sup> afirma que “a extensão da terra que um homem lavra, planta, melhora, cultiva e de cujos produtos desfruta, constitui a sua propriedade”.

Entretanto, se o trabalho institui a propriedade, ao mesmo tempo ele a limita, pois o tamanho da propriedade é definido pelo tanto que o indivíduo pode usar com vantagem para a vida pessoal, enquanto que o excedente deve pertencer aos outros indivíduos.

Locke ainda argumenta que com o surgimento do dinheiro, a questão da limitação da propriedade é alterada, pois possibilitou a troca de coisas úteis, mas perecíveis, por algo duradouro, representado pelo ouro e a prata, convencionalmente aceitos pelo homem.

Com o dinheiro surgiu o comércio e também uma nova forma de aquisição da propriedade, além do trabalho, representada pela compra. Conforme Mello<sup>31</sup>: “o uso da moeda levou, finalmente, à concentração da riqueza e à distribuição desigual dos bens entre os homens”. Para Locke, esse foi o processo que determinou a passagem da propriedade limitada, baseada no trabalho, à propriedade ilimitada, fundada na acumulação possibilitada pelo advento do dinheiro.

Em 1755, com a publicação do “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, Jean-Jacques Rousseau apresenta uma tese sobre a origem da sociedade civil baseada no surgimento da propriedade, que, através de uma evolução conceitual resultou no término do estado de natureza:

[...] essa idéia de propriedade, dependendo de muitas idéias anteriores que só poderiam ter nascido sucessivamente, não se formou repentinamente no espírito humano. Foi preciso fazer-se muitos progressos, adquirir-se muita indústria e luzes, transmiti-las e aumentá-las de geração para geração, antes de chegar

*clássicos da política*.. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 85

30 LOCKE, John. *Segundo Tratado do Governo Civil: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. São Paulo: Martins Claret, 2004, 40.

31 MELLO, Leonel Itaussu Almeida. “John Locke e o individualismo liberal”. In WEFFORT, Francisco C; (Org.) *Os clássicos da política*.. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 85

a esse último termo do estado de natureza<sup>32</sup>.

Para Rousseau, a propriedade surge do emprego da mão-de-obra do homem sobre a natureza, de forma a apropriar-se do resultado de seu trabalho, de forma contínua.

Durante o século XX, o conceito de propriedade sofreu profunda alteração. Mendes<sup>33</sup>, ao interpretar a obra de Konrad Hesse, afirma que “a base da subsistência e do poder de autodeterminação do homem moderno não é mais a propriedade privada em sentido tradicional, mas o próprio trabalho e o sistema previdenciário e assistencial instituído e gerido pelo Estado”. Com isso, tem-se uma desvinculação gradual do conceito constitucional de direito de propriedade, de seu conteúdo eminentemente civilístico.

Tal mudança na função da propriedade acarretou no abandono da identificação entre o conceito civilístico e o conceito constitucional de propriedade, passando a ser essencial para sua definição a “utilidade privada” do direito patrimonial para o indivíduo, isto é, a relação desse direito patrimonial com o titular<sup>34</sup>. Ainda conforme o autor:

Essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só à propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente, às demais relações de índole patrimonial. Vê-se que esse conceito constitucional de propriedade contempla as hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, direitos de patentes e marcas, etc.

Na Constituição Federal de 1988, o termo “propriedade” abrange um conceito mais amplo do que somente os bens móveis ou imóveis. Nesse sentido, leciona Celso Bastos<sup>35</sup>:

O conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele de que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da Lei Maior tornou-se necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica.

32 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997 (Coleção Os Pensadores), p. 87

33 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direitos Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 467.

34 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direitos Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 468..

35 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, 207.

Assim, embora a definição constante da legislação civil integre o conceito de propriedade, é certo que a garantia constitucional da propriedade abrange também outros valores patrimoniais. Isso se deu porque com o desenvolvimento da civilização os bens de interesse para o homem não se limitam aos bens corpóreos<sup>36</sup>. Para Bastos<sup>37</sup>: “o processo cultural deu lugar ao surgimento de uma série de criações humanas cuja expressão econômica muitas vezes excede ao valor do bem corpóreo”. Exemplo disso é a exploração de uma patente industrial, que pode reverter em valores muito superiores aos decorrentes da mera acumulação de bens exclusivamente materiais.

Assim, considerando-se que a propriedade se tornou o anteparo constitucional entre o domínio privado e o público, tem-se neste ponto a essência da proteção constitucional: impedir que o Estado, por medida genérica ou abstrata, evite a apropriação particular dos bens econômicos ou, já tendo esta ocorrido, venha a sacrificá-la mediante um processo de confisco<sup>38</sup>.

Nas situações em que ocorrer lesão de bens por outros particulares, a legislação ordinária é suficiente para coibir tais abusos. Com isso, vê-se que a proteção constitucional da propriedade resulta em uma limitação da esfera do Estado no campo econômico, ainda que não de forma absoluta, já que a própria tributação, assim como a desapropriação, são maneiras de apropriação estatal de bens privados, mas desde que utilizados na forma constitucional.

Entretanto, ao mesmo passo que a Carta Política de 1998 garante a propriedade privada como um direito fundamental do indivíduo, ela condiciona, em seu art. 5º, XXIII, a sua manutenção enquanto observada a função social da propriedade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de

36 Bens corpóreos são aqueles que têm existência material, perceptível pelos nossos sentidos, como os bens móveis (livros, jóias, etc.) e imóveis (terrenos, etc.) em geral (GAGLIANO, 2010, p. 306). Já os bens incorpóreos são aqueles que só tem existência em face da atividade intelectual e inventiva do homem, não tendo existência concreta. Sua proteção deriva de normas legais. Os bens incorpóreos são juridicamente representados pelos direitos reais, pelas obrigações e pelos direitos autorais (DINIZ, 2007, p. 323).

37 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, 208.

38 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, 208..

qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

A Constituição francesa de 1791, que resumia as realizações da Revolução, instituiu, em seu título primeiro, artigo 3º, “a inviolabilidade da propriedade ou a justa e prévia indenização daquela de que a necessidade pública, legalmente comprovada, exija o sacrifício”.

Duguit<sup>39</sup>, afirma que tal noção insculpida na Constituição francesa de 1791 não analisa o fundamento ou missão social da propriedade, tendo como base apenas os benefícios que tal instituto assegura a seu titular. Desta forma, os constituintes franceses garantiam seus privilégios, visto ser a imensa maioria deles proprietários. Acrescenta o autor que “sua preocupação constante é a de colocar a propriedade sob a salvaguarda das Declarações de direitos e das Constituições, e de afirmar assim que o direito de propriedade se impõe ao respeito do próprio legislador”<sup>40</sup>.

Ainda conforme Duguit,

A propriedade implica, para todo detentor de uma riqueza, a obrigação de empregá-la em crescer a riqueza social, e, mercê dela, a interdependência social. Só ele pode aumentar a riqueza geral, fazendo valer a que ele detém. Se faz, pois, socialmente obrigado a cumprir aquele dever, a realizar a tarefa que a ele incumbe em relação aos bens que detenha, e não pode ser socialmente protegido se não a cumprir, e só na medida em que a cumprir<sup>41</sup>.

A Constituição Federal brasileira de 1988 elenca diversos comandos normativos relacionados ao direito da propriedade, podendo ser citados como exemplo os artigos 5º, XXIV a XXX; 170, II e III; 176 a 178; 182 a 186; 191 e 222<sup>42</sup>. Entretanto, a mais relevante referência ao direito de propriedade, essencial para sua correta compreensão, contudo, encontra-se no já citado inciso XXIII do artigo 5º.

Para Silva<sup>43</sup>, “esse conjunto de normas constitu-

39 Apud TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.662.

40 Apud TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 663.

41 Apud TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 663.

42 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 72

43 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 72

cionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada como um direito individual, nem como instituição do direito privado. Ou seja, não se pode mais considerar a propriedade em seu caráter clássico puramente individualista, devendo haver uma compatibilização entre os preceitos constitucionais.

## 2. Evolução histórica do direito da propriedade intelectual

A definição de propriedade intelectual, dada pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), aproxima-se de um conceito oriundo da concepção de Josef Kohler e Edmond Picard, ainda no século XIX, como ensina Barbosa.<sup>44</sup> Assim, como relembra o autor citado, para a OMPI, por propriedade intelectual entende-se

[...] a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, literário e científico

Observa-se que a Convenção da OMPI, mostra um conteúdo bastante amplo, e abrangente do conceito em questão, não restringindo a propriedade intelectual apenas para fins de direitos autorais, como era a definição convencional existente num passado próximo.

Da mesma forma o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, conhecido pela sigla inglesa TRIPS, estabelece amplo espectro de categorias para aquilo que define por propriedade intelectual, pois em seu art.1º. 2 abarca direitos de autor (*copyright*) e conexos, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, patentes topografias de circuitos integrados, proteção de informação confidencial e controle de práticas de concorrência desleal em contratos e licenças. Pode-se dizer que propriedade intelectual, seja o termo genérico, do qual patente seja uma espécie.

44 BARBOSA, Denis Borges. *Limites do direito de patente – Fair Use, exaustão e importação paralela*, 2002. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/103.rtf>>. Acesso em 11 de junho 2010.

A origem da palavra patente vem do século VI, quando se referiam às cartas patentes, no latim *litterae patentes*, que eram as cartas abertas, anunciadas ao público, com o selo do rei que a emitia no seu interior. Eram documentos oficiais nos quais os monarcas conferiam direitos, postos, privilégios ou títulos<sup>45</sup>.

Por patente, contemporaneamente, entende-se um direito imaterial, no qual o Estado permite ao titular o uso da exploração econômica de um processo ou produto material inventado, com exclusividade. Este direito, no entanto, é limitado no tempo de sua duração vigente e legal. Deve-se estabelecer como contrapartida o acesso público aos conhecimentos, que são pontos essenciais de um invento patenteado, após este direito caducar no tempo. Pretende-se, desta forma, premiar o inventor e incentivá-lo a continuar seu trabalho, ao mesmo que em longo prazo repassar este conhecimento específico à sociedade<sup>46</sup>.

A primeira patente oficialmente concedida na história se dá no campo da mecânica, que se considera também o campo clássico das invenções. O conceito de invenção se difere do de invento, na medida em que se concebe invenção como uma criação industrial maior mais específica que invento, ou seja, invento, enquanto termo geral engloba invenção. Invento é a solução técnica encontrada para resolver um problema.

Difere-se a patente do chamado modelo de utilidade, onde este termo se denota aos aperfeiçoamentos, ou melhoramentos em ferramentas, equipamentos ou peças, espécies de “patentes menores”, no qual a Lei brasileira define como objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente uma nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte melhoria funcional no seu uso ou sua fabricação. Estes modelos são reconhecidos como objeto de proteção em diversos países do mundo, tanto desenvolvidos como em desenvolvimento. Os critérios para a concessão do direito de propriedade ao modelo de utilidade são menores,

45 SHIVA, Vandana. *Biodiversidade, Direitos da Propriedade Intelectual e Globalização*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p.

46 BARBOSA, Denis Borges. *Limites do direito de patente – Fair Use, exaustão e importação paralela*, 2002. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/103.rtf>>. Acesso em 11 de junho 2010, p. 335-336



garantindo proteções mais restritas, bem como prazos de proteção e exclusividade menores. No caso do Brasil, uma considerável porção das patentes de seus autores é considerada como modelo de utilidade. O Acordo TRIPS não prevê, contudo, proteção especial para este tipo de invento menor ou melhoramento, deixando, no entanto, aberto a cada Membro a possibilidade de estabelecer um sistema de proteção que os contemple.

A evolução histórica dos direitos de propriedade intelectual subsume a evolução do sistema de patentes. Carraro<sup>47</sup> sintetiza os fatos após pesquisa sobre o assunto, da seguinte forma: A primeira manifestação para registro de propriedade intelectual ocorreu na Idade Antiga, onde os antigos egípcios davam concessão de direito exclusivo para a fabricação de tijolos e papiros, enquanto os fenícios para moagem de trigo e fabricação de tinta púrpura. Por volta de 500 a.C. na cidade de Sybaris, colonizada por gregos no sul da Itália, foi concedida a primeira reserva de direitos para encorajamento de produção artística<sup>48</sup>. Posteriormente, o campo da mecânica foi o pioneiro na concessão de direitos da propriedade intelectual no caso de patentes, ao privilegiar com direito de exclusividade de exploração aos inventores. Entre as referências históricas sobre o assunto, não há consenso sobre a primeira patente ofertada. Alguns se referem à concessão de patentes dada na cidade de Florença em 1421 para dispositivo de transporte de mármore, enquanto outros registram que a primeira patente foi dada ao italiano Antonio Marini, que havia desenvolvido um moinho de trigo que operava com força hidráulica em 1443. Por um prazo de 20 anos, a cidade de Veneza concedeu monopólio de construção para o inventor. Ainda em Veneza no ano de 1474, houve a instituição do chamado Estatuto Veneziano que dava 10 anos de exploração exclusiva aos inventores de novas técnicas e máquinas.

Os registros que datam do século XV, apontam que os governantes ingleses garantiram durante anos o monopólio sobre o processo de produção para o criador de vitrais, sob a condição de que a técnica fosse ensinada aos artesãos ingleses.

47 CARRARO, André. *Propriedade Intelectual e Teoria dos Jogos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005, p.18-19

48 Esta proteção da propriedade intelectual se referia à concessão dada às cozinheiras que desenvolvessem pratos novos, que se distinguissem por sua excelência, para usassem temporariamente de sua invenção com exclusividade.

Na Inglaterra, as patentes foram usadas como meio de proteção para a indústria nascente, neste momento surgiu a instituição das *Letters of Protection* que foram substituídas pelas *Letters of Patent* no século XVI, que também protegiam e incentivam os inventores. Contudo, foi feito mau uso destes instrumentos, quando a Coroa Inglesa passou a premiar a lealdade de alguns com a concessão de patentes, bem como a se utilizar deste mecanismo para a obtenção de receitas. Este desvio de finalidade fez com que o rei Jaime I no século XVII substituísse as *Letters of Patent* pelo Estatuto do Monopólio, que assegurava o direito de patente somente ao inventor. Este estatuto de 1623 viria a influenciar as legislações sobre proteção da propriedade intelectual nos Estados Unidos em 1790 e, na França, em 1791.

A partir do fenômeno da industrialização e da ascensão do capitalismo como modo de produção, ocorridas primeiramente no Ocidente, se verificou uma corrida na tentativa de se estabelecer direitos de propriedade intelectual, que garantissem lucratividade para as indústrias a partir da exclusividade do uso de técnicas, e na busca por melhores tecnologias, em um mundo onde se traçava a economia de mercado e a livre-iniciativa.

Percebia-se que no gozo destes direitos, havia a necessidade de uniformização internacional de suas regras jurídicas, uma vez que a tecnologia descoberta e os produtos dela oriundos atravessariam as fronteiras dos Estados.

Nesse sentido, nos ensina Maristela Basso<sup>49</sup>:

Já no passado, os estudos de Labouyale, Ruffini, Picard, Kohler, Darras, De Bochgrave, assim como os de Marcel Plaisant, Bodenhausen, Stolfi, Pillet et Chabaud, Ladas, revelam que a propriedade intelectual, ontem como hoje, não se limita ao âmbito dos direitos internos. É imprescindível seu estudo à luz do direito internacional, consolidando-se dois tempos: antes e depois da OMC-TRIPS..

As primeiras Convenções, que se referem aos direitos autorais, datam do final do século XIX. Seitenfus, (2003, p. 169) destaca a Convenção de Paris, que foi assinada em 20 de março de 1883, e criou a União de Paris, com a finalidade de proteger brevês, modelos e desenhos industriais, além de marcas. A forma escolhida, para esta proteção, dava ao inventor o monopólio de exploração da

49 BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 23.

sua invenção. Em 9 de setembro de 1886, uma convenção cria a União de Berna, que estabelecia entre seus fins, a proteção de obras literárias e artísticas. Ocorre, em 1893, uma fusão com a União de Paris e o estabelecimento de um escritório reunido para a proteção da propriedade intelectual, o BIRPI (*Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*).

Dias<sup>50</sup> observa que desde a Convenção da União de Paris, havia a previsão de efeitos considerados abusivos em decorrência da titularidade das patentes. Os economistas constataram como efeitos inadequados do uso abusivo de direitos a possibilidade de que a patente em desuso constitua uma barreira para novos desenvolvimentos, bem como para a exploração de patentes dependentes. Ainda como efeito nefasto, existe a possibilidade de que o desuso de uma patente ou seu uso inadequado não promova a comercialização de um produto provocando a escassez e o aumento no preço do produto patentado.

O perigo dessas práticas abusivas redundou em um movimento antipatentário na Europa do Século XIX. O mesmo autor lembra que ulteriormente no GATT<sup>51</sup> a atuação de países já desenvolvidos foi beneficiada pela Teoria da Divulgação Tecnológica, que baseada na Teoria do Contrato Social dos séculos XVII e XVIII, em que há a previsão de um contrato entre a sociedade e o inventor da patente, e pela Teoria do Incentivo Econômico que ensejava incentivo ao investimento e desenvolvimento tecnológico.

Os acordos de Paris e de Berna simbolizaram a formação de um direito internacional comum da propriedade intelectual, pois não visavam apenas resolver conflitos e leis, mas estabeleceram um princípio mínimo de proteção para a propriedade intelectual. A importância do estabelecimento das Uniões se dá pelo fato de que são associações estatais, em que o território de abrangência de normas corresponde ao somatório dos territórios dos estados signatários. O *bureau* (secretaria), constituído a partir das Uniões, deu origem a um direito administrativo internacional, ou seja, um marco tanto para o direito internacional público quanto privado<sup>52</sup>.

50 DIAS, José Carlos Vaz e. Licença Compulsória de Patente e o Direito Antitruste. IN: *Revista Brasileira de Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: ABPI: 2001, p. 04

51 Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio.

52 BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade*

A fim de proteger a produção, a Propriedade Industrial aparece na forma de patentes de invenção, modelos de utilidade e modelos de desenhos industriais, que são monopólios legais, que reconhecem o privilégio de uso e exploração exclusiva ao inventor por um prazo determinado, visando encorajar o desenvolvimento da indústria para o bem da comunidade em geral.

O objeto deste trabalho, dentre as diversas modalidades de propriedade já apresentadas, é a propriedade industrial, com ênfase nas patentes concedidas aos medicamentos. Trata-se de uma área regulamentada por legislações internacionais e nacionais, que influenciam o desenvolvimento científico e tecnológico, a produção e o comércio entre empresas, governos e países.

Conforme Tachinardi<sup>53</sup>: “a inovação, que move o setor farmacêutico, necessita, por sua vez, de mecanismos de apropriação para garantir lucros aos detentores do novo conhecimento. A patente, por conseguinte, é um instrumento de apropriação dos mais reivindicados pela indústria de medicamentos, que, através do monopólio temporário por ela concedido, evita o procedimento da cópia desautorizada”.

Já no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, este instituto encontra sua proteção no inciso XXIX do art. 5º da Constituição Federal:

Art. 5º [...]

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;

Dentre as diversas legislações de cada país que se sucederam no campo da obtenção e proteção de patentes, cumpre destacar ainda: a Lei norte-americana de 10 de abril de 1790 e o Alvará do Príncipe Regente do Brasil, Dom João VI, de 28 de abril de 1809<sup>54</sup>.

*Intellectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 109-122.

53 TACHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p.35-36.

54 Alvará de 1809 - “Isenta de direitos as matérias primas do uso das fábricas e concede outros favores aos fabricantes e da navegação nacional”. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/pasta\\_legislacao/alvara\\_28\\_04\\_1809.html](http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/pasta_legislacao/alvara_28_04_1809.html)> Acesso em: 01 de maio de 2010. Apud BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. *Propriedade Industrial & Constituição: as teorias preponderantes e sua interpretação na realidade brasileira*. Proto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21.

Gama Cerqueira<sup>55</sup> aponta o Brasil como o quarto país do mundo a estabelecer uma legislação garantidora dos direitos do inventor, citando como primeiro país a Inglaterra, em 1623, com seu citado *Statute of Monopolies*, seguida pelos Estados Unidos da América, em 1787, que através de sua Constituição delegou ao Congresso competência para legislar sobre a proteção de invenções, e a legislação francesa, já citada (de 1791).

Na Constituição Política do Império do Brasil de 1824, aparece a primeira referência à proteção das invenções nacionais, nos seguintes termos:

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.

(...)

XVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de sofrer pela vulgarização [sic].

Após a Independência nacional e a Proclamação da República, com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a proteção dada pelo Estado aos inventores é aumentada, incluindo a proteção das obras literárias e também das marcas:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos seguintes termos:

(...)

§ 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.

§ 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

§ 27 - A lei assegurará também a proteção das marcas de fábrica.

55 Apud BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. *Propriedade Industrial & Constituição: as teorias preponderantes e sua interpretação na realidade brasileira*. Proto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 22.

Barcellos<sup>56</sup> ressalta que na Constituição de 1891 o foco de proteção está nos autores de inventos, enquanto que no tratamento da proteção das marcas não há esta personificação de direcionamento protetor vinculado. No mesmo sentido assegurou o legislador constituinte de 1934, quando da promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que em seu art. 113, itens 18 e 19, repetiu os termos protetivos expressos no art. 72 da Constituição de 1891.

Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em 1937, não há referência direta à proteção da propriedade intelectual. Entretanto, Gama Cerqueira (apud Barcellos, 2007, p. 24) afirma que a Carta Constitucional de 1937 não aboliu essa garantia, apenas deixou de especificá-la, tendo em vista que tal garantia estaria implícita na proteção conferida pelo art. 122, que assegurava o direito à propriedade.

A Carta Constitucional de 1946, em seu art. 141, parágrafos 17 a 19, volta a fazer referência à proteção da propriedade intelectual, nos mesmo termos da Constituição de 1934 e 1891. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 seguiu o mesmo caminho, expressando em seu art. 150, §§ 24 e 25, proteção no mesmo teor da Carta Política de 1946. E a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 não modificou o art. 150 da Constituição de 1967.

Em 21 de dezembro de 1971 foi sancionada a Lei nº 5.772, que instituiu o Código da Propriedade Industrial brasileiro, além de dar outras providências concernentes à matéria. Entretanto, nesta lei, não havia o reconhecimento de patentes de processos e produtos farmacêuticos, de química fina e de alimentos processados<sup>57</sup>.

Conforme Tachinardi<sup>58</sup>, a exclusão de patenteamento de produtos farmacêuticos foi uma opção de desenvolvimento nacional de forma a proporcionar um crescimento das empresas domésticas que se utilizam do mecanismo da cópia, consequência, aliás, da própria natureza da tecnologia,

56 BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. *Propriedade Industrial & Constituição: as teorias preponderantes e sua interpretação na realidade brasileira*. Proto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 24

57 TACHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 19.

58 TACHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 38

que propicia condições para a cópia, a imitação e a diferenciação de produtos.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a proteção da propriedade intelectual foi ampliada e melhor especificada, como depreende-se do art. 5º, inciso XXIX, já referido. Na Carta Política em vigor atualmente, ocorreu a mudança mais significativa no âmbito da proteção da propriedade intelectual: incluiu-se o objetivo de atender o interesse social e desenvolver tecnológica e economicamente o País.

De acordo com Barcellos<sup>59</sup>,

[...] o contraponto entre os interesses públicos e privados está presente em diversos princípios do Direito inseridos na nossa Carta Magna de 1988, destacando-se que o nosso Estado, fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, necessita para a consecução e o cumprimento de suas funções outorgar/restringir direitos com a finalidade de atender aos interesses sociais e econômicos do País.

Com a edição, em 1996, da Lei nº 9.279, conhecida como Código de Propriedade Intelectual, publicada no Diário Oficial da União de 14 de maio de 1996, e começo de vigência um ano após sua publicação, o Brasil passou a conceder patentes à indústria farmacêutica, para a proteção dos medicamentos descobertos ou inventados. Esta norma legal foi resultado da adesão do país ao Acordo TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* – Acordo relativo aos aspectos do direito da propriedade intelectual relacionados ao comércio – ADPIC, da tradução em português), ocorrida em 1994 com a assinatura do tratado constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC), e internalizada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

O Acordo TRIPS é um tratado internacional, integrante do conjunto de acordos assinados em 1994, que colocaram termo na Rodada Uruguai de negociações multilaterais, e criaram a Organização Mundial do Comércio. Este tratado estabelece os padrões mínimos de proteção à propriedade intelectual que os países membros da OMC devem observar em suas legislações nacionais.

Um dos objetivos do Acordo TRIPS é promover a inovação tecnológica e a transferência e difusão

59 BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. Propriedade Industrial & Constituição: as teorias preponderantes e sua interpretação na realidade brasileira. Proto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 18.

de tecnologia, pois obriga o requerente da patente a revelar sua invenção, no momento da concessão, de modo claro e fácil, de forma que qualquer técnico habilitado possa reproduzi-la. De acordo com Grangeiro *et al.*<sup>60</sup>,

[...] Durante um bom tempo, apenas o detentor da patente vai poder produzi-lo, mas sua fórmula e o modo de sua fabricação devem ficar sob o domínio público – como forma de garantir o compartilhamento do conhecimento e permitir a evolução da ciência e da Humanidade. Esta é a contribuição do inventor para a sociedade.

### 3. Propriedade intelectual e a aplicação de medidas de salvaguarda

Propriedade intelectual, marcas e patentes são temas cada vez mais presentes no cotidiano. Envolvem não só o direito de empresas e organizações sobre inventos e bens em geral, mas também o acesso a produtos inovadores que podem melhorar a qualidade de vida da população. Trata-se de uma área regulamentada por legislações internacionais e nacionais, que influenciam o desenvolvimento científico e tecnológico, a produção e o comércio entre empresas, governos e países.

Paulo Roberto de Almeida<sup>61</sup> explica que,

[...] a principal característica do sistema internacional de proteção à propriedade intelectual é, provavelmente, a de que não existe, pelo menos até agora, um verdadeiro sistema internacional de proteção à propriedade intelectual. Essa afirmação pode parecer contraditória, em face da tradição secular representada pelos regimes de Berna e de Paris e de todo o arcabouço jurídico existente no nível dos Estados e de alguns espaços econômicos comuns (Europa). Na verdade, coexistem – se superpõem, se repetem ou se contradizem – regimes distintos de proteção aos direitos de propriedade intelectual, geograficamente delimitados e nacional ou regionalmente caracterizados, não se conformando, assim, um conjunto organizado e coerente de elementos estruturados e inter-relacionados em suas diversas partes, que responderia à definição de sistema.

Italiani<sup>62</sup>, define propriedade intelectual como uma expressão genérica, correspondendo ao di-

60 GRANGEIRO, Alexandre et al. *Propriedade intelectual, patentes & acesso universal a medicamentos*. Imprensa: São Paulo, Grupo de Incentivo à Vida, 2006, p. 17.

61 Apud TACHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, 63-64.

62 ITALIANI, Fernando. *Marketing farmacêutico*. Rio de Janeiro: Qualimark Edit., 2006, p. 5

reito de apropriação que o homem pode ter sobre suas criações, obras e produções do intelecto, talento e engenho, dividindo-se em duas grandes áreas: direito do autor e propriedade industrial.

O direito autoral, *copyright*, fornece proteção aos trabalhos artísticos, literários, fotográficos e cinematográficos, bem como aos programas de computador (*softwares*). Já a propriedade industrial é um nome coletivo para um conjunto de direitos relacionados com as atividades industriais ou comerciais do indivíduo ou companhia.

A discussão acerca da concessão de patentes aos medicamentos é alimentada pelo fato de que, através da estipulação de um privilégio de exploração ao inventor do medicamento acarreta-se uma ausência de concorrência, e aumento dos preços praticados. Consequentemente, torna-se cada vez mais difícil o acesso da população aos medicamentos, o que põe em risco a saúde e a vida de milhões de pessoas em todo o mundo. Por este motivo, é importante ampliar a discussão sobre propriedade intelectual, patentes e direito ao acesso aos medicamentos.

Entretanto, Tachinardi<sup>63</sup> alerta que por trás do discurso de que o objetivo dos direitos de propriedade intelectual é o incentivo à invenção,

[...] existe o real objetivo econômico de permitir a apropriação financeira do conhecimento científico, um bem público, intangível, mas que gera vantagens comparativas e aumenta a competitividade dos países, além de lhes permitir a penetração nos mercados e o seu controle e reduzir as incertezas associadas à inovação, ao grau de obsolescência dos produtos .

Desta forma, o sistema de propriedade intelectual é um regime de apropriação que pode ser mais ou menos abrangente, mais ou menos rígido, dependendo dos países.

Nesse sentido, em relação à propriedade intelectual de medicamentos, tem-se falado que o sistema de patentes em vigor traz prejuízos para a saúde e a vida das pessoas, especialmente nos países em desenvolvimento. A imposição de preços elevados e a falta de transferência de tecnologia representam abusos e caracterizam violação de direitos concedidos pelo sistema de patentes. Esse sistema inadequado, somado ao poder econômico do setor farmacêutico, impede o acesso

63 TACHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Paz e Terra., 1993. p. 66.

aos medicamentos e coloca em xeque a legitimidade do atual modelo. Como exemplo destas distorções, Grangeiro et. al<sup>64</sup> afirmam que,

[...] no ano de 1998 o medicamento Zoloft, usado para tratar sintomas de depressão, era vendido no Brasil a US\$ 1,29 (tabletes de 50 mg), enquanto que na Espanha o preço ficava em US\$ 0,80. O Claritin, indicado para o tratamento de alergias, custava no Brasil US\$ 0,59 (tabletes de 10 mg) e na Espanha US\$ 0,23. Os preços desses remédios na Espanha, um país rico, eram mais baixos.

Simon e Kotler, ao trabalharem com o biossetor, dentro do qual se encontra a indústria farmacêutica, relatam que este segmento já responde por mais de um terço do PIB mundial. “Somente nos EUA, a dimensão das indústrias envolvidas situa-se entre US\$ 400 bilhões no setor químico e US\$ 800 bilhões no setor alimentício e mais de US\$ 1 trilhão no ramo de biomateriais”<sup>65</sup>. Com isso, percebe-se a importância e o poder de barganha e *lobby* que tais indústrias possuem sobre os formuladores de normas legais e tratados internacionais, em defesa de seus interesses.

Reforçando essa ideia, Italiani<sup>66</sup>, informa que, de acordo com estimativas da Organização Mundial de Saúde – OMS, em torno de 2 bilhões de pessoas (aproximadamente um terço da população mundial), ainda não tem acesso a medicamentos essenciais. Destaca que mais de 10 milhões de vidas poderiam ser salvas anualmente até 2015, se as populações pudessem usufruir de diversos tratamentos já existentes, em especial de saúde materno-infantil, de doenças infecciosas e doenças não-transmissíveis. No caso do HIV/AIDS, em particular, os anti-retrovirais estão disponíveis para apenas 300 mil dos cerca de 6 milhões de doentes que necessitam de tratamento, ou seja, 0,5% da população atingida.

O mesmo autor continua, ainda, dizendo que “os gastos *per capita* com produtos farmacêuticos também variam muito. Nos países ricos, o valor ultrapassa os US\$ 400, enquanto nos países mais pobres não chega a US\$ 4”<sup>67</sup>.

64 GRANGEIRO, Alexandre et al. *Propriedade intelectual, patentes & acesso universal a medicamentos*. Imprensa: São Paulo, Grupo de Incentivo à Vida, 2006, p.19.

65 KOTLER, Philip; SIMON, Françoise. *Construção de Biomarcas Globais: Levando a Biotecnologia ao Mercado*. Bookman Companhia, 1ª edição, 2004, p. 19-20.

66 ITALIANI, Fernando. *Marketing farmacêutico*. Rio de Janeiro: Qualimark Edit., 2006, p. 2

67 ITALIANI, Fernando. *Marketing farmacêutico*. Rio de Janeiro: Qualimark Edit., 2006, p. 2



Conforme Tachinardi<sup>68</sup>, aos países desenvolvidos interessa a ampliação dos direitos de propriedade intelectual, em escala global, pois assim garantiriam incentivos à inovação, além de servir de barreira defensiva contra a imitação no exterior de tecnologias desenvolvidas nacionalmente em seus mercados. Por outro lado, os países em desenvolvimento receiam que, desta maneira, surja uma nova modalidade de protecionismo tecnológico.

A partir do início das concessões de patentes de medicamentos, em maus usos das próprias garantias do TRIPS, houve um aumento significativo nos seus preços, visto que a maioria das empresas da indústria farmacêutica, com capacidade para a produção de medicamentos, são multinacionais estrangeiras.

Desta forma, passaram a existir preços abusivos, fazendo com que o acesso aos medicamentos ficasse restrito. Conforme Grangeiro *et al.*<sup>69</sup> “não é por acaso que no Brasil a maioria da população (51%), que tem renda inferior a quatro salários mínimos, consome apenas 16% dos medicamentos”. Italiani<sup>70</sup> complementa estes dados, informando que dentre a parcela mais rica da população brasileira, representando 15% da população que possui renda superior a mais de dez salários mínimos, consomem 48% do total de medicamentos.

Os preços têm, obviamente, relação direta com o acesso da população mundial aos medicamentos. Devido ao monopólio obtido através da patente, que inibe a existência de concorrência, os laboratórios farmacêuticos podem cobrar altos valores por seus produtos, inclusive sem se submeter a controle de preços por parte do governo. Grangeiro *et al.* afirmam que “em regra, os preços dos medicamentos patenteados não tem qualquer relação com seu custo de produção, mas sim com seu valor de mercado”<sup>71</sup>.

68 TACHINARDI, Maria Helena. A guerra das patentes: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade industrial. Rio de Janeiro: Paz e Terra., 1993, p. 66

69 GRANGEIRO, Alexandre *et al.* *Propriedade intelectual, patentes & acesso universal a medicamentos*. Imprensa: São Paulo, Grupo de Incentivo à Vida, 2006, p. 12.

70 ITALIANI, Fernando. *Marketing farmatêucio*. Rio de Janeiro: Qualimark Edit., 2006, p. 2

71 GRANGEIRO, Alexandre *et al.* *Propriedade intelectual, patentes & acesso universal a medicamentos*. Imprensa: São Paulo, Grupo de Incentivo à Vida, 2006, p. 22.

Os mesmos autores<sup>72</sup> apresentam ainda dados relativos à propriedade de patentes no mundo, sendo que a Europa, os Estados Unidos e o Japão são donos de 85% das patentes do mundo, enquanto que no Brasil, 95% das patentes registradas são estrangeiras.

Ainda que se possa alegar serem questionáveis e até refutáveis os argumentos e justificativas em prol da proteção patentária, tanto pelo lado social quando pelo lado técnico-econômico, torna-se cada vez mais realidade a adoção do sistema de patentes pela maioria dos países em desenvolvimento. Isso pode ser atribuído à hegemonia do modelo da economia de mercado, associada à forte pressão política e econômica exercida pelos países mais avançados.

Partindo-se, então, do princípio de que o reconhecimento dos direitos patentários apresenta-se como um fato consumado, ainda que sujeitos a mudanças e adaptações nacionais mas, adotando-se como pressuposto o caráter social dos medicamentos e suas peculiaridades, coloca-se um papel fundamental a ser desempenhado pelo Estado: evitar práticas monopolistas e as consequentes distorções nos preços e na qualidade dos medicamentos, promovendo assim a melhoria da equidade no acesso a tais produtos. Isso, todavia, sem desvalorizar o importante papel da indústria farmacêutica no que se refere à pesquisa e desenvolvimento, à produção e à satisfação das necessidades do mercado em questão<sup>73</sup>.

Da maneira como se apresenta atualmente, o sistema de patentes traz prejuízo para a saúde e a vida das pessoas, especialmente nos países em desenvolvimento. Dentre os abusos que ocorrem, destaca-se a imposição de preços elevados e a falta de transferência de tecnologia, que caracterizam violação de direitos concedidos pelo sistema de patentes. Assim, esse sistema inadequado, somado ao poder econômico do setor farmacêutico, impede o acesso aos medicamentos e coloca em xeque a legitimidade do atual modelo.

Entretanto, o mesmo Acordo TRIPS que pode causar transtornos pelas regras de concessão de patentes, apresenta, de forma genérica em seu

72 GRANGEIRO, Alexandre *et al.* *Propriedade intelectual, patentes & acesso universal a medicamentos*. Imprensa: São Paulo, Grupo de Incentivo à Vida, 2006, p. 17.

73 ITALIANI, Fernando. *Marketing farmatêucio*. Rio de Janeiro: Qualimark Edit., 2006, p. 7.

artigo 30<sup>74</sup>, exceções ao direito concedido de proteção da propriedade intelectual.

Através do referido artigo, os países membros da OMC podem prever em suas legislações nacionais e fazer uso de instrumentos excepcionais, em situações em que ficar evidenciado o abuso no direito de propriedade. Dentre estes instrumentos, destacam-se a exceção bolar, a importação paralela e o licenciamento dos direitos de propriedade intelectual.

A exceção bolar é uma permissão para que terceiros, que não o titular da patente, se capacitem previamente até por meio da realização de testes para produzir o medicamento patenteado, quando sua patente expirar. Esta é uma forma de acelerar o processo de registro do medicamento genérico ainda sob a vigência da patente.

Conforme Grangeiro *et al.*<sup>75</sup> “este instrumento é estratégico, pois, na prática, favorece a negociação de preços com as empresas farmacêuticas, além de assegurar a produção do medicamento após a decretação da licença compulsória”. Apesar de não constar originalmente na Lei da Propriedade Intelectual, esse mecanismo foi inserido no art. 43, VII, da Lei de Patentes brasileira através da Lei n° 10.196/01<sup>76</sup>.

Uma das possibilidades de utilização deste mecanismo é em situação de realização de estudos e pesquisas para verificar a toxicidade de determinado medicamento, visando, até, impedir o registro sanitário do produto, caso comprovado poder causar danos à saúde. Não é possível que o titular da patente se utilize de seu direito de exclusividade para evitar que terceiros interessados questionem a toxicidade de determinado produto.

74 Artigo 30 – Exceções aos Direitos Conferidos: Os Membros poderão conceder exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que elas não conflitem de forma não razoável com sua exploração normal e não prejudiquem de forma não razoável os interesses legítimos de seu titular, levando em conta os interesses legítimos de terceiros.

75 GRANGEIRO, Alexandre *et al. Propriedade intelectual, patentes & acesso universal a medicamentos*. Imprensa: São Paulo, Grupo de Incentivo à Vida, 2006, p. 24.

76 Art. 43. (...) VII – aos atos praticados por terceiros não autorizados, relacionados à invenção protegida por patente, destinados exclusivamente à produção de informações, dados e resultados de testes, visando à obtenção do registro de comercialização, no Brasil ou em outro país, para a exploração e comercialização do produto objeto da patente, após a expiração dos prazos estipulados no art. 40. (Incluído pela Lei n° 10.196, de 2001)

Outro mecanismo a ser analisado, a importação paralela, é previsto no art. 68, § 4° da Lei 9.279/96. A importação paralela possibilita ao País comprar medicamentos patenteados de outros países que tenham um preço menor. Conforme Sousa e Silva<sup>77</sup>, por importação paralela se entende “a importação realizada à margem do circuito oficial de distribuição de um produto. Ou seja, efetuada por um terceiro independente do fabricante dos produtos e dos seus distribuidores”.

Conforme Barbosa<sup>78</sup> “quando o próprio titular ou seu licenciado não fabricam ou usam o processo localmente, o terceiro interessado simplesmente pode importar, sem solicitar qualquer licença ao INPI”. As importações paralelas regem-se pelo princípio do esgotamento internacional de direitos.

Como resume Maristela Basso:

Se o produto comercializado pela primeira vez pelo titular do direito de propriedade intelectual, ou com seu consentimento, em qualquer lugar do mundo, estarão livres as importações e posteriores vendas paralelas deste produto no Estado importador em que a marca, tenha sido registrada<sup>79</sup>.

Lilla<sup>80</sup> relata que são exemplos de países em desenvolvimento que se utilizam do mecanismo, Argentina, Tailândia e África do Sul. Isto se dá pela ausência de tecnologia para a feitura de medicamentos, aliada a questões como de epidemia, como é o caso do que ocorre com a AIDS na África do Sul. Quanto aos Membros desenvolvidos do TRIPS, a União Europeia permite a importação paralela entre os países do bloco, mas veda as mesmas para outros países que não os seus. Mesmo os Estados Unidos, já tentaram se valer do mecanis-

77 SOUSA E SILVA, Pedro. *O esgotamento do direito e as importações paralelas: desenvolvimentos recentes da jurisprudência comunitária e nacional*. P. 3. Disponível em <<http://www.apdi.pt/APDI/DOCTRINA/O%20esgotamento%20do%20direito%20e%20as%20importa%C3%A7%C3%B5es%20paralelas.pdf>> Acesso em: 11 jun. 2010.

78 BARBOSA, Denis Borges. *Limites do direito de patente – Fair Usage, exaustão e importação paralela*. 2002. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/103.rtf>> Acesso em: 11 jun. 2010.

79 BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 181.

80 LILLA, Paulo Eduardo. Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do Acordo TRIPS-OMC: Implicações concorrenciais. Disponível em: <<http://www.socejur.com.br/artigos/IBRAC.doc>> Acesso em: 7 maio 2007.

mo para Canadá e México mas a discussão parou no Congresso.

O Código de Propriedade Intelectual brasileiro prevê ainda o licenciamento dos direitos de propriedade intelectual, através de dois mecanismos: o licenciamento voluntário e o licenciamento compulsório. Através do licenciamento voluntário, previsto no art. 61 da Lei nº 9.279/96, o titular da patente poderá negociar amigavelmente a transferência de tecnologia, do "know-how", a assistência técnica e a utilização da sua propriedade por terceiros, mediante o pagamento de royalties, a serem obtidos de forma consensual entre ambas as partes.

O licenciamento compulsório, também denominado "Licença Compulsória," diz respeito às situações em que os direitos de propriedade intelectual poderão ser utilizados por terceiros sem o consentimento do seu titular, com vistas a coibir o exercício abusivo do privilégio. Neste caso, o TRIPS, em seu artigo 31, aponta cinco justificativas possíveis para a adoção dessa medida, a saber: (i) recusa do titular da patente em negociar a autorização do uso dos direitos de propriedade intelectual por terceiros; (ii) casos de emergência ou extrema urgência; (iii) práticas anti-competitivas; (iv) uso não comercial e (v) existência de patentes dependentes. Apesar de ser uma utilização do privilégio sem o consentimento do titular da patente, o licenciado deverá da mesma forma pagar *royalties* pela utilização da invenção, ainda que reduzidos.

No ordenamento jurídico brasileiro, o licenciamento compulsório está previsto nos artigos 68 à 74 da lei de Propriedade Industrial nº 9.279/96, alguns dos quais foram posteriormente regulamentados pelos Decretos nº 3.201/99 e Decreto nº 4.830/03, visando esclarecer a sua aplicação em casos específicos.

Os arts. 68 e 70 da Lei nº 9.279/96 apresentam as situações ensejadoras da licença compulsória, quais seja: (a) emergência nacional ou interesse público; (b) abusos do titular da patente (abuso de direito patentário ou abuso de poder econômico); (c) falta de exploração do invento no Brasil após três anos da concessão da patente, quando for economicamente viável sua exploração; (d) o detentor da patente não conseguir atender às demandas de mercado; e (e) haver dependência de

uma patente em relação a outra e os inventores não chegarem a um acordo.

Segundo a legislação brasileira, emergência nacional "é o iminente perigo público, ainda que apenas em parte do território nacional". Já interesse público são "os fatos relacionados, dentre outros, à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como aqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou socioeconômico do País" (§§ 1º e 2º do art. 2º do Decreto nº 3.201/99).

Por estes conceitos, pode-se inferir que os altos preços dos medicamentos, que põem em risco o acesso dos cidadãos ao tratamento ou comprometem os recursos governamentais, inviabilizando outras ações relevantes para a saúde da população, são exemplos de justificativas para a decretação, por parte do Poder Executivo Federal, do licenciamento compulsório.

Somente ao término da situação de emergência nacional ou de interesse público, a licença compulsória deverá ser extinta pela autoridade competente, voltando o "dono" da patente a explorar com exclusividade sua invenção.

Em 14 de novembro de 2001, o Conselho Geral da OMC aprovou uma resolução referente ao parágrafo 6º da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública<sup>81</sup>, o qual versa sobre a possibilidade da emissão de licenciamento compulsório para fins de atendimento das demandas de países de menor desenvolvimento relativo e países em desenvolvimento que detivessem pouca ou nenhuma capacidade tecnológica para a fabricação de medicamentos essenciais. No entanto, de acordo com documento do próprio Ministério da Saúde, para que o Brasil possa usufruir deste mecanismo, é necessário que este seja internalizado na legislação nacional<sup>82</sup>.

Dos mecanismos de salvaguarda previstos na le-

81 "6. Nós reconhecemos que os Membros da OMC que não possuem capacidade produtiva ou possuem capacidade insuficiente no setor farmacêutico podem enfrentar dificuldades na utilização efetiva da licença compulsória prevista no Acordo TRIPS. Recomendamos ao Conselho do TRIPS que encontre uma rápida solução para este problema e reporte ao Conselho Geral antes do final de 2012."

82 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Coordenação Nacional de DST e Aids. *A sustentabilidade do acesso universal a antiretrovirais no Brasil*. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br>> Acesso em 25 nov. 2009.

gislação brasileira, em conformidade com o Acordo TRIPS, somente o instituto da licença compulsória foi utilizado formalmente, e em apenas um caso: o licenciamento das patentes nº 1100250-6 e 9608839-7, referentes ao medicamento antiretroviral Efavirenz, utilizado no coquetel anti-AIDS disponibilizado no âmbito do Programa Nacional de DST/AIDS, regulamentado pela Lei 9.313, de 13 de novembro de 1996.

Conforme Rodrigues e Soler<sup>83</sup> o Efavirenz é o medicamento mais custo-efetivo para o tratamento da AIDS, sendo consumido por 40% dos portadores do vírus no Brasil. Em 2007, através da portaria MS/GM 886/2007 teve início o processo de licenciamento compulsório do medicamento, que na época custava aos cofres públicos US\$ 1,59 por comprimido de 600mg.

Nas rodadas de negociação realizadas com o laboratório farmacêutico detentor dos direitos de propriedade intelectual do Efavirenz, a proposta do Brasil era de que o laboratório praticasse o mesmo preço pago pela Tailândia — US\$ 0,65 por comprimido —, 136% menor do que o valor na época pago pelo Brasil<sup>84</sup>. Para cada país, os laboratórios farmacêuticos estabelecem um preço de mercado, justificado pelo poder aquisitivo e as riquezas de cada nação.

Entretanto, o laboratório ofereceu somente um desconto de 30% sobre o valor do comprimido, proposta esta que foi considerada insatisfatória pelo governo brasileiro, que recebeu propostas de laboratórios internacionais oferecendo a versão genérica do medicamento por US\$ 0,45.

Em 4 de maio de 2007 foi publicado o Decreto 6.108, que concedeu licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao Efavirenz. Através desta licença o Ministério da Saúde ficou autorizado a importar versões genéricas do medicamento, produzidas por laboratórios pré-qualificados pela Organização Mundial da Saúde. Ainda, conforme o art. 3º do Decreto 6.108/07, o laboratório detentor das patentes licenciadas teria a obrigação de “disponibilizar

ao Ministério da Saúde todas as informações necessárias e suficientes à efetiva reprodução dos objetos protegidos, devendo a União assegurar a proteção cabível dessas informações contra a concorrência desleal e práticas comerciais desonestas”.

De acordo com Rodrigues e Soler<sup>85</sup>, inicialmente foram importadas versões genéricas do medicamento fabricadas por laboratórios da Índia, tendo os primeiros lotes chegado ao Brasil em julho de 2007, assegurando, assim, o abastecimento do antirretroviral até o começo da produção nacional. Em 2009, o laboratório oficial Farmanguinhos, administrado pela Fundação Oswaldo Cruz iniciou a fabricação do Efavirenz.

Conforme o Decreto 6.108/07, o Brasil repassa ao laboratório titular da patente licenciada *royalties* no montante de 1,5% do valor da aquisição ou do custo do medicamento produzido e acabado pelo Ministério da Saúde.

A compra da versão genérica do efavirenz permitiu uma redução de 71,35% no custo anual do tratamento de pacientes que usam o comprimido de 600 mg. No caso dos pacientes que usam a versão em cápsula de 200 mg, a redução foi de 65,6%. No total, estima-se uma redução de US\$ 30,6 milhões nos gastos com esse medicamento<sup>86</sup>. Relatam ainda que, dentre as diversas razões que justificaram a decisão de licenciar o Efavirenz, destacam-se: (i) a saúde é um direito humano fundamental, nos termos do artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, e do artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966, incorporado ao ordenamento jurídico nacional pelo decreto 591, de 6 de julho de 1992, que prevê o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.; (ii) a saúde é, nos termos do artigo 196 da Constituição de 1988, um dever do Estado e um direito de todos, 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

83 RODRIGUES, William C. V., SOLER, Orenzio. Licença compulsória do efavirenz no Brasil em 2007: contextualização. *Revista Panamericana de Salud Publica*. n. 26, p. 553-9, 2009.

84 RODRIGUES, William C. V., SOLER, Orenzio. Licença compulsória do efavirenz no Brasil em 2007: contextualização. *Revista Panamericana de Salud Publica*. n. 26, p. 553-9, 2009.

85 RODRIGUES, William C. V., SOLER, Orenzio. Licença compulsória do efavirenz no Brasil em 2007: contextualização. *Revista Panamericana de Salud Publica*. n. 26, p. 553-9, 2009.

86 RODRIGUES, William C. V., SOLER, Orenzio. Licença compulsória do efavirenz no Brasil em 2007: contextualização. *Revista Panamericana de Salud Publica*. n. 26, p. 553-9, 2009.

para sua promoção, proteção e recuperação.; (iii) a propriedade deve atender à sua função social, e a proteção à propriedade intelectual deve ter em vista o interesse social, de acordo com os incisos XXIII e XXIX do artigo 5º da Constituição Brasileira.

Pelo exposto, percebe-se que os mecanismos de salvaguarda permitidos no âmbito do Acordo TRIPS, e incorporados à legislação brasileira através da Lei 9.279/96 ainda são pouco utilizados em nosso país. Entretanto, na única vez em que se recorreu ao licenciamento compulsório, baseou-se tal decisão na função social da propriedade, observando-se efetivamente o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, conforme determinado pela Carta Magna.

### Conclusão

A nova economia mundial, guiada pelo fenômeno da globalização, pela intensificação do comércio global, pelo surgimento das empresas multinacionais e pela diminuição das fronteiras entre as nações, trouxe novas matérias, preocupações e desafios à comunidade internacional. Esse cenário tem intensificado as relações econômicas internacionais e os fluxos de comércio e investimento entre os países nas últimas décadas, acelerando o processo de globalização.

A questão do acesso da população aos medicamentos é um dos principais problemas enfrentados pelos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, principalmente pela falta de medicamentos a preços acessíveis no mercado. Dessa forma, na medida em que os países em desenvolvimento foram obrigados a garantir proteção a patentes farmacêuticas, surgiram várias preocupações relacionadas à saúde pública, visto que os medicamentos patenteados, uma vez explorados de forma exclusiva pelo titular da patente, resultam em preços mais elevados do que suas versões genéricas, que são fabricadas após o término do prazo da patente, sem direitos de exclusividade.

As empresas farmacêuticas argumentam que regimes rigorosos de proteção patentária aumentam a garantia de que os fluxos de rendimentos irão permitir os necessários e custosos investimentos em pesquisa e desenvolvimento, enquanto que os regimes pouco rigorosos, pelo contrário, reduzem a expectativa de fluxos de rendimento e,

consequentemente, os incentivos para o investimento. Assim, na visão das grandes companhias farmacêuticas, preços elevados e resultados lucrativos são os instrumentos que garantem os incentivos e investimentos em pesquisa e desenvolvimento que resultarão na criação de novos medicamentos.

Por outro lado, os países em desenvolvimento defendem-se dizendo que um número ínfimo de pessoas teria recursos financeiros suficientes para pagar por medicamentos patenteados, enquanto que a grande maioria da população desses países não teria acesso a esses produtos, a exemplo do problema do HIV/AIDS, que afeta milhões de pessoas no mundo inteiro.

Vale lembrar ainda que o problema das condições de acesso a medicamentos essenciais nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos não resulta apenas do uso abusivo de patentes farmacêuticas. Mesmo quando não há abuso do poder econômico, os preços dos medicamentos patenteados são naturalmente superiores aos preços dos não patenteados, já que o titular da patente deve, necessariamente, recuperar os elevados investimentos em pesquisa e desenvolvimento para a criação de novos medicamentos para a população.

Dessa forma, para que o problema seja amplamente solucionado, é extremamente importante a participação das instituições internacionais, já que as questões de saúde pública deixaram de ser, há muito, um problema local para tornar-se global, reconhecido na Organização das Nações Unidas (ONU), na Organização Mundial do Comércio (OMC) e na Organização Mundial da Saúde (OMS). As condições de acesso a medicamentos afetam toda a comunidade internacional, sendo que esta questão é considerada matéria sujeita à proteção humanitária. Foi assim na criação do Fundo Global, pela ONU, e na conferência de Doha, pela OMC. Alcançar esse objetivo é um dos mais importantes desafios da comunidade internacional nesse novo milênio.

No Brasil, especificamente para essa decisão política de licença compulsória para o Efavirenz, as pessoas que vivem com HIV/AIDS terão o acesso ao medicamento garantido nos próximos anos. É importante ressaltar que os ganhos para o Brasil e para o fortalecimento da política nacional



de acesso a medicamentos vão muito além da economia de recursos. Essa política ampliará a credibilidade do governo para negociar preços de outros medicamentos e estimulará o fortalecimento da produção nacional de medicamentos e transferência de tecnologia.

Em tempo, além das alternativas, tanto interna quanto externamente, ao atual sistema de patentes propostas pela sociedade civil dos diferentes países em desenvolvimento, deve-se pensar também em novas possibilidades para desvincular dos preços de bens essenciais o custo de pesquisa e desenvolvimento. Ou seja, é preciso encontrar alternativas que permitam financiar e incentivar a pesquisa orientada para os problemas que afetam principalmente os países em desenvolvimento, e que possam gerar preços acessíveis para as populações que precisem de novas ferramentas de saúde. Os preços altos e os monopólios concedidos pelo Acordo TRIPS são justificados para os investimentos em pesquisa e desenvolvimento de bens essenciais. No entanto, esse sistema já está mostrando seus limites.

Por fim, pode-se inferir que a decisão do governo brasileiro em relação à licença compulsória do Efavirenz parece acertada, encontrando respaldo na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990), que asseguram o acesso aos serviços de saúde e aos medicamentos, compreendidos como um direito de todos e um dever do Estado.

Ainda, recomenda-se uma maior utilização dos mecanismos de salvaguarda já disponíveis na legislação pátria, de forma a facilitar o acesso da sociedade aos medicamentos protegidos pelos direitos de propriedade intelectual e que, especialmente devido a abuso econômico, não estão ao alcance da população necessitada.

## Referências

BARBOSA, Denis Borges. *Limites do direito de patente – Fair Usage, exaustão e importação paralela*. 2002. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/103.rtf>> Acesso em: 11 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. *Propriedade industrial & Constituição: as teorias preponderantes*

e sua interpretação na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

BRASIL. Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a ata final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. *Diário Oficial da União, Brasília, DF*, 31 dez. 1994.

BRASIL. Decreto 3.201, de 6 de outubro de 1999. Dispõe sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público de que trata o art. 71 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. *Diário Oficial da União, Brasília, DF*, 22 dez. 1999.

BRASIL. Decreto 6.108, de 4 de maio de 2007. Concede licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao Efavirenz, para fins de uso público não-comercial. *Diário Oficial da União, Brasília, DF*, 7 mai. 2007.

BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual. *Diário Oficial da União, Brasília, DF*, 15 mai. 1996.

BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria MS/GM 886, de 24 de abril de 2007. Declara de interesse público os direitos de patente sobre o Efavirenz, para fins de concessão de licença compulsória para uso público não-comercial. *Diário Oficial da União, Brasília, DF*, 25 abr. 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Coordenação Nacional de DST e Aids. *A sustentabilidade do acesso universal a antiretrovirais no Brasil*. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br>> Acesso em 25 nov. 2009.

- CARRARO, André. *Propriedade Intelectual e Teoria dos Jogos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Bauru: Edipro, 2009.
- DIAS, José Carlos Vaz e. Licença Compulsória de Patentes e o Direito Antitruste. In: *Revista Brasileira de Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: ABPI: 2001
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva: 2007. v. 1.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Traduzido por Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002. Tradução de: Der Ursprung der Familie, des Privateigentums des Staats.
- FONTES, André R. C. Limitações constitucionais ao direito de propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil – constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FRANÇA. *Constituição Francesa de 1791*. Paris: Assembleia Nationale. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>> Acesso em 07 nov. 2009.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Coleção Os Pensadores)
- GRANGEIRO, Alexandre et al. *Propriedade intelectual, patentes & acesso universal a medicamentos*. Imprensa: São Paulo, Grupo de Incentivo à Vida, 2006.
- ITALIANI, Fernando. *Marketing farmacêutico*. Rio de Janeiro: Qualitymark Edit., 2006.
- KOTLER, Philip; SIMON, Françoise. *Construção de Biomarcas Globais: Levando a Biotecnologia ao Mercado*. Bookman Companhia, 1ª edição, 2004.
- LILLA, Paulo Eduardo. *Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do Acordo TRIPS-OMC: Implicações concorrenciais*. Disponível em: <<http://www.socejur.com.br/artigos/IBRAC.doc>> Acesso em: 7 maio 2007.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.) *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. v. 1.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967: com a Emenda n. 1, de 1969*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974. Tomo V.
- RODRIGUES, William C. V., SOLER, Orenzio. Licença compulsória do efavirenz no Brasil em 2007: contextualização. *Revista Panamerica de Salud Publica*. n. 26, p. 553-9, 2009.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Coleção Os Pensadores)
- SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. Propriedade em face da ordem constitucional brasileira. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, n. 25, p. 120-133, out/dez. 1998.
- SIMON, Françoise; KOTLER, Philip. *A construção de biomarcas globais: levando a biotecnologia ao mercado*. Trad. Bazán Tecnologia e Linguística. Porto Alegre: Bookman, 2004.
- SOUSA E SILVA, Pedro. *O esgotamento do direito e as importações paralelas: desenvolvimentos recentes da jurisprudência comunitária e nacional*. Disponível em <<http://www.apdi.pt/APDI/DOCTRINA/O%20esgotamento%20do%20direito%20e%20as%20importa%C3%A7%C3%B5es%20paralelas.pdf>> Acesso em: 11 jun. 2010.

TACHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.) *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. v. 1.

SHIVA, Vandana. Biodiversidade, Direitos da Propriedade Intelectual e Globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips.doc](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.doc)> Acesso em: 10 jun. 2010.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Declaration on the TRIPS agreement and public health*. Doha, 2001. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_trips\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm)> Acesso em: 10 jun. 2010.