

AS PATENTES FARMACÊUTICAS E OS DIREITOS HUMANOS

Pharmaceutical Patents and Human Rights

Pedro Marcos Nunes Barbosa¹

SUMÁRIO. 1) Introdução; 2) Equilíbrio e propriedade Intelectual; 3) O direito de patentes nas constituições da república; 4) A natureza internacionalizada da propriedade intelectual; 5) A questão farmacêutica e as patentes que lidam com a vida humana; 6) Alguns direitos humanos contrapostos; 7) Conclusão; 8) Bibliografia.

RESUMO. O presente trabalho tem como escopo uma análise entre a tutela ao direito de propriedade industrial quando este conflita com outros valores constitucionalmente relevantes, tais como o direito de acesso e o direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVE. Patentes farmacêuticas, Direitos Humanos, Natureza Jurídica dos Direitos de Propriedade Industrial, Abuso do Direito, Direito de Acesso à Saúde, SUS, Evolução Legislativa, Aspectos Constitucionais do Direito de Propriedade.

ABSTRACT. This paper has the objective of analyzing the protection of intellectual property in cases of violation of constitutional values, such as health issues.

KEY WORDS. Pharmaceutical patents, Human Rights, Nature of Intellectual Property Rights, Misuse of IP Rights, Access to Health, Legislative Development, Constitutional Aspects of Property Rights.

1) INTRODUÇÃO

Na presente exposição tangenciaremos alguns dos aspectos fulcrais da propriedade intelectual, e, em especial, sua vinculação e efeitos perante os direitos humanos.

¹ Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, especialista em Propriedade Intelectual pela PUC-RIO, cursou extensão em filosofia na Faculdade São Bento. Coordena a Pós-Graduação em Propriedade Intelectual da PUC-RIO onde leciona Conflitos Internacionais em Propriedade Intelectual. Professor de Direito Civil e Propriedade Intelectual da Graduação da PUC-RIO. pedromarcos@nbb.com.br

Nessa premissa, tangenciaremos as peculiaridades basilares da proteção aos direitos evanescentes e sua crescente demanda de tutela. Com tal perspectiva, visaremos uma análise crítica de tendências hodiernas expansionistas, sem contrapartida, na carência de um *justo meio*, bem como a irradiação de tais efeitos pela limitação ao direito de acesso à dignidade através da saúde.

Por último, cuidaremos de demonstrar a carência de equilíbrio na relação Estado, sociedade, e titular, pendendo – hoje – a balança em prol do direito de propriedade ao revés de outros valores constitucionais fundamentais (e fundacionais) de suprema importância.

2) EQUILÍBRIO E PROPRIEDADE INTELECTUAL²

Dentro da concepção de que a adequada conservação de um sinalagma perante “criador e criatura” se mostra mais frágil perante direitos incidentes sobre bens imateriais, a tutela à propriedade intelectual é decorrente de séculos de avanços tecnológicos, científicos, e artísticos.

“A aceleração do processo informacional e o desenvolvimento da economia industrial passaram a exigir, desde o Renascimento, a criação de uma nova categoria de direitos de propriedade. Tal se deu, essencialmente, a partir do momento em que a tecnologia passou a permitir a reprodução em série de produtos a serem comercializados: além da propriedade sobre o produto, a economia passou reconhecer direitos exclusivos sobre a idéia de produção ou mais precisamente, sobre a idéia que permite a reprodução de um produto”³.

Portanto, numa operação de chancela estatal para albergar aqueles que *criavam*, tutelou-se o ato de inovar para que fosse estimulado ao desenvolvimento. Os *checks and balances* funcionariam apenas quando

² O presente capítulo e os três subseqüentes, agora substancialmente alterados e acrescidos, foram submetidos à publicação na revista Estado, Direito e Sociedade, da PUC-RIO, ainda no prelo (provável número 35, 2010).

³ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 15.

houvesse algum tipo de intervenção jurídica na qual fosse instrumentalizada uma forma de – um possível – retorno econômico ao titular.

A proteção da propriedade intelectual nasce como uma forma de premiar⁴ o espírito humano produtivo, e, em contrapartida, exigiu-se a divulgação de tais tecnologias para, ao fim do privilégio, todos poderem dele gozar⁵.

A presença da intervenção estatal incide sobre o *market failure*, pois, deixado “à liberdade do mercado, o investimento na criação do bem intelectual seria imediatamente dissipado pela liberdade da cópia⁶”.

Há aqueles, inclusive, que enxergam os valores patrimoniais dos direitos evanescentes como um bem imanente, de cunho natural. Em tal perspectiva, Bobbio faz pertinente citação de Thomas Paine: “São direitos naturais os que cabem ao homem em virtude de sua existência. A esse gênero pertencem todos os direitos intelectuais, ou direitos da mente⁷”.

Contudo, não podemos conceber a propriedade intelectual como um direito natural, posto que proveniente de uma ficção⁸, de um artifício criado e mantido pelo Estado. Se compararmos com outros direitos tidos como naturais, tal visão fica ainda mais absurda.

Nenhum paralelo - por sinal – pode ser vislumbrado entre – *verba gratia* – o direito *natural* de Antígona enterrar seu irmão contra o voluntarismo creontiano, e o resguardo de interesses patrimonialistas privados.

⁴ “Com efeito, a intenção do acordo TRIPs e da legislação nacional é clara, consistindo em não premiar uma pessoa física e/ou jurídica que não tenha a capacidade ou o esforço criativo para obtenção de uma invenção. Pois, a patente se tornaria um bem intangível vulgar e ilimitado, descaracterizando o seu sentido de concessão do bem pelo Estado por tempo limitado, prejudicando o “trade off” entre o benefício público e o privado. A invenção teria um monopólio privado indefinido, prejudicando o Brasil e os países em desenvolvimento de terem acesso público aos novos conhecimentos” in Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Dês. Messod Azulay, AC 2005.51.01.507811-1, DJ 30.09.2009.

⁵ Tal feito é cristalinamente observado no parágrafo único do artigo 24 do revogado Código de Propriedade Industrial, cuja lógica jurídica permanece, nesse aspecto, inalterada pela Lei 9.279/96: “Extinto o privilégio, o objeto da patente cairá em domínio público”.

⁶ *Op cite*, Barbosa, p. 88.

⁷ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2004. Tradução de: L’età dei Diritti, p. 82.

⁸ “Pois que a criação da Propriedade Intelectual é – completa e exclusivamente – uma elaboração da lei, que não resulta de qualquer direito imanente, anterior a tal legislação” in, Barbosa, p.88.

“Outro impressionante argumento de Thomas Jefferson quanto à inexistência de um direito natural egoístico e exclusivo às criações intelectuais é de que o elemento de partida da criação intelectual é sempre o repositório precedente, cultural é técnico da humanidade”⁹.

Não obstante, muitas críticas advêm do posicionamento da tutela à propriedade imaterial patrimonial no rol dos direitos fundamentais da constituição federal no artigo 5º, XXVII e XXIX.

Nesse sentido observa José Afonso da Silva: *“O dispositivo que a define e assegura está entre os dos direitos individuais, sem razão plausível para isso, pois evidentemente não tem natureza de direito fundamental do homem. Caberia entre as normas da ordem econômica”¹⁰.*

Não obstante, *“esses direitos aí reconhecidos, são importantes para a estrutura econômica sobre a qual se ergue nossa Constituição. É indiscutível exagero, porém, incluí-los no rol dos direitos fundamentais”¹¹.*

Ainda mais estapafúrdia foi a previsão desse gênero de tutela no rol da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo XXVII¹², numa demonstração nítida do *“lobby”, rectius*, de uma ótica patrimonialista predominante de então¹³.

Novamente tal categorização não ficou imune à pena crítica da doutrina: *“Nota-se naqueles Pactos uma distorção, muito própria da contratação internacional de hoje. Consiste em fazer incluir neles matérias que substancialmente não têm já que ver com os direitos humanos, mas que os países mais influentes conseguem fazer introduzir, para obter uma proteção*

⁹ *Op cite*, Barbosa, p. 92.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª Edição, 1992, p. 250.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 7ª Edição, 1978, p. 288.

¹² *“Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”.*

¹³ Nossa Carta Constitucional também não ficou livre de tais *“males”*: *“Os anseios de participação, represados à força nas duas décadas anteriores, fizeram da constituinte uma apoteose cívica, marcada, todavia, por interesses e paixões”* in BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2009, p. 41.

*reforçada para os seus interesses. Assim acontece também no que respeita aos direitos autorais*¹⁴.

No entanto, para uma hermenêutica constitucionalizada da questão, poder-se-ia interpretar o dispositivo da Declaração Universal como focada a garantir a gama de direitos morais provenientes da propriedade intelectual, e não, primordialmente, à seara patrimonial de tais valores.

Portanto, temos hoje a propriedade intelectual com um ramo do direito cuja maior parte se irradia sobre valores patrimoniais¹⁵, não naturais, e, em que pese sua colocação no rol dos direitos fundamentais, tratam-se de direitos peculiares à ordem econômica, estipulados como uma *justa* troca entre titular, Estado e sociedade.

Numa perspectiva crítica, a doutrina aventa as vicissitudes legislativas históricas pertinentes à seara aqui discutida: *“Na história da humanidade, a cultura sempre foi um bem comum, todavia torna-se cada vez mais cerceada. O endurecimento da legislação sobre propriedade intelectual bloqueia o avanço de tecnologia do mundo. A função social da propriedade demanda o uso compartilhado de tecnologia para que os ganhos da sociedade de informação não estejam concentrados em poucas nações”*¹⁶.

No que concerne o presente trabalho, aparenta haver cristalino desequilíbrio entre pólos opostos caracterizados pelos titulares e não titulares dos direitos de patente, o que catalisaria uma instabilidade iníqua capaz, até mesmo, de resultar numa quebra de paradigmas.

“A estabilidade constitucional provém deste equilíbrio entre opostos. Com certa elasticidade, a Constituição sustenta esta tensão dialética, fonte constante de mudanças sociais e políticas. Se uma variação mais significativa na situação de fato afeta o ponto de equilíbrio entre aquelas forças, rompe-se o

¹⁴ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Fundamento do direito autoral como direito exclusivo*, manuscrito, 2007.

¹⁵ Não se está aqui a minorar a parcela dos valores morais atinentes como o direito à autoria (da invenção ou da obra expressiva), mas apenas a enfatizar na natureza jurídica prevalecente.

¹⁶ ROSENVALD, Nelson. e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 6ª Edição, 2009, p. 230 - 231.

esquema normativo em vigor, que precisa, então, ser recomposto, em menor ou maior extensão”¹⁷.

3) O DIREITO DE PATENTES NAS CONSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA

Como uma espécie do gênero propriedade industrial, o privilégio de invenção foi estipulado na ordem constitucional desde 1824 que, em seu artigo 179, XXVI, previa: “Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação”.

Em todas as ordens constitucionais posteriores, a patente de invenção foi prevista como um direito de exclusiva, sendo certo que sua natureza jurídica jamais foi cristalizada¹⁸.

Desde sua primeira previsão nacional no Alvará de 1809, até a atual ordem constitucional, a patente já foi tida como:

ALVARÁ DE 1809

“Privilégio Exclusivo”

CARTA DE 1824

“Propriedade ou Remuneração”

CARTA DE 1891

“Privilégio temporário” ou “prêmio razoável”

CARTA DE 1934

“Privilégio temporário” ou “justo prêmio”

CARTA DE 1967 E 1988

“Privilégio temporário”

Outra interpretação é dada pelo legislador ordinário na Lei 9.279/96, em seu artigo 6º, posto que, indo além da conceituação constitucional, estipulou o direito de patente como se propriedade fosse¹⁹.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2009, p. 51.

¹⁸ Tal fato pode ser observado pela variação dos conceitos nas previsões das Cartas Magnas, em nítida demonstração de vicissitude institucional.

¹⁹ O trecho em seguida é uma adaptação ampliada do que já tivemos oportunidade de defender em: “A proteção dos dados de testes sigilosos submetidos à regulação estatal”, Rio de Janeiro:

Nosso ordenamento jurídico é recheado de institutos que não equivalem às equivocadas nomenclaturas, erroneamente conceituadas pelo legislador²⁰.

Tais manifestações claudicantes de texto normativo, por vezes, são previstas na positivação das normas jurídicas, como *verba gratia* dispõe o Código Tributário Nacional: “**A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei**”²¹.

Temos que a patente não concede propriedade ao titular, pois, como bem alerta a doutrina: “*Não obstante, o simples fato de empregar a lei a expressão propriedade nem sempre autoriza a concluir que seja essa a natureza que atribui ao direito imaterial, não só porque a denominação pode ser usada sem intenção de definir o direito, como também porque a ciência jurídica evolui e a concepção legal hoje adotada podem, amanhã, ser tida como errônea, passando-se a considerar inexata e desapropriada a denominação da lei*”²².

Num simples confronto do artigo 1.228 do Código civil junto ao artigo 42 da Lei 9.279/96, temos que a Lei de Propriedade Industrial concede direitos bem mais restritivos do que aqueles conferidos na forma clássica do direito real de propriedade. Não há – necessariamente – o direito de usar ou gozar, mas há o dever de fazê-lo²³, sob pena de incidir uma licença compulsória²⁴, e, até, a caducidade.

Lúmen Júris, Revista Criação, Ano 1, Número II, junho de 2009; Revista da EMARF Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 12º Volume, agosto 2009.

²⁰ Comumente o legislador denominou de prescrição a inércia característica à decadência, e vice-versa.

²¹ Artigo 4º, da Lei 5.172 de 1966, grifos nossos.

²² CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. São Paulo: Saraiva, 1946, Vol I, p. 90.

²³ Trechos extraídos da obra *A Proteção dos Dados de Testes Sigilosos Submetidos à Regulação Estatal*. Revista Criação. II ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213-254, BARBOSA, Pedro Marcos Nunes Barbosa.

²⁴ Nessa toada permita-se remissão a BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Uma abordagem propedêutica ao licenciamento compulsório de patentes farmacêuticas*. In *Propriedade Intelectual, Inovação, Tecnologia e Bioenergia*. PLAZA, Charlene Maria C. de Avila e alii. Goiás: Editora PUC Goiás, 2009, Vol II, p. 157 – 166.

Assim, temos que a patente se aproximaria do conceito de concessão monopolista²⁵, como, v.g, o fornecimento de energia: “*A concessão de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio da qual a prestação de um serviço publico é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos*”²⁶.

Em viés similar, um julgado recente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região bem registrou: “*vê-se que o direito de propriedade industrial consiste em privilégio temporário de uso*”²⁷.

No entanto, parte majoritária da doutrina e da jurisprudência vislumbram as patentes como uma espécie do gênero propriedade²⁸.

Neste diapasão, os juristas apontam: “*Não existe, assim, uma única propriedade, não existe uma noção rígida, definida de propriedade. Isto significa que não é mais possível discorrer acerca da unidade do domínio; não é possível sustentar que a propriedade é conceito unitário, síntese de quaisquer poderes de gozo e disposição; que não há propriedade se não existem aqueles poderes; que se existem aqueles poderes, existe propriedade, que se falta um só daqueles poderes é de duvidar da existência do direito de propriedade. A verdade é que hoje não existe mais a unidade do domínio, em boa parte é conhecimento preciso – não só dos interpretes mas também do legislador – que existe uma pluralidade de domínios*”²⁹.

Dentro da visão predominante, um dos lastros de sua estrutura é o exercício observando a função social: “*O direito de propriedade, que se*

²⁵ Não sendo, em si, um monopólio, conforme precioso precedente do Supremo Tribunal Federal, ADI 2.847-2, Min. Eros Grau, julgado em 05.08.2008.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pg.501.

²⁷ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, J.C. Márcia Helena Nunes, AC 2004.51.01525105-9, Julgado em 09 de setembro de 2008.

²⁸ Vide Pontes de Miranda - *Tratado de direito privado – parte especial*. São Paulo: RT, 1983, Tomo XVI, 4ª edição, 2ª Tiragem, p. 193, e precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, AI 2008.02.01.000078-7, Des. Messod Azulay Neto, publicado no DJ do dia 18.03.2008.

²⁹ CORTIANO, Eroulths Junior. *O Discurso Jurídico da Propriedade seus Rupturas: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro; Editora Renovar, 2002, p. 160.

*assegura em toda sua plenitude, para que possa seu titular dispor da coisa livremente, fruindo-a a seu bel-prazer ou alienando quando lhe aprouver, sofre restrições advindas do respeito a direitos alheios ou fundados no próprio interesse coletivo, em face dos princípios jurídicos que transforma a propriedade numa função social*³⁰.

Portanto, o *“que caracteriza a patente como uma forma de uso social da propriedade é o fato de que é um direito limitado por sua função: ele existe enquanto socialmente útil*”³¹.

Se há severas críticas a visão do privilégio de invenção como direito de propriedade, também há aqueles que consignam a inexistência de um modelo único do instituto, sendo o mesmo grande gênero de muitas espécies.

“Nesse passo, os interesses da coletividade, dos não-proprietários, em vez de conflitarem externamente com os do proprietário, reproduzindo a lógica liberal dos direitos subjetivos, passam a integrar o perfil interno da propriedade e determinam, do ponto de vista estrutural, o surgimento de deveres positivos e negativos a cargo do proprietário, ao lado das tradicionais faculdade de gozar, fruir e dispor. Nessa esteira, surge, cada vez mais forte, dentro dessa perspectiva funcional, a tendência de estruturar o direito de propriedade, relativo a bens essenciais, não mais para excluir os não-proprietários de seu uso, mas para garantir-lhes o acesso”³².

Reconhece-se, portanto, um novo enfoque desta gama de direitos, pois a *“multiplicidade de propriedades não pode apenas ser encarada pelo ângulo objetivo, com base em características do bem apropriado (móvel, imóvel, urbano, produção), mas principalmente pelo viés subjetivo de quem exerce a titularidade. Esta é a melhor forma de repersonalização do direito de propriedade*”³³.

³⁰ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível de nº 2001.001.14417, julgado em 27 de novembro de 2001.

³¹ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pg. 499.

³² RENTERIA, Pablo Valdemar. e DANTAS, Marcus. *Verbetes de Propriedade* in BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 668.

³³ ROSENVALD, Nelson. e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 6ª Edição, 2009, p. 235.

Tais interesses são maximizados quando temos uma patente cujo escopo engloba tecnologia que pode incidir sobre a vida humana, como ocorre no setor farmacêutico, não podendo nos olvidar que “*a balança deverá pender de modo mais acentuado para a tutela dos não proprietários nas questões que envolvam meio ambiente, **saúde**, e controle sobre investimentos industriais*”³⁴.

Será exatamente a adequada ponderação de interesses, entre titular e os não titulares, que o direito deve ser erguido para o *justo meio*.

No capítulo a seguir, verificaremos como a estipulação de paradigmas “universais” da propriedade intelectual interferem em peculiaridades locais, trazendo situações iníquas possivelmente violadoras de direitos humanos.

4) A NATUREZA INTERNACIONALIZADA DOS DIREITOS EVANESCENTES

Um dos campos do direito cuja base mínima ergueu-se de forma uniforme é a propriedade intelectual. Tratados internacionais³⁵ foram convencionados de modo a minorar – em certos casos extirpar – a autonomia intra-nacional para elaboração das normas peculiares à matéria.

Nesse sentido, o “*objetivo da unificação é reduzir ou eliminar o quanto for possível e desejável as discrepâncias entre os sistemas jurídicos dos vários países através da gradativa substituição por princípios e regras jurídicas comuns*”³⁶”

Assim, padrões conceituais e institucionais foram erguidos a despeito das características de cada ordenamento, numa verdadeira operação do que a mitologia grega computaria como *leito de Procusto*.

Mutatis mutandí, as diferenças entre padrões nacionais de tutela, valores, peculiares aos Direitos Humanos também pode ser observado no que é peculiar à propriedade intelectual.

³⁴ ROSENVALD e FARIAS, p. 235.

³⁵ Em especial se faz necessário registrar o Acordo TRIPS, anexo 4º, do GATT, e a Convenção União de Paris, ambos internalizados na forma do Decreto 1.355-94 e Decreto 75.572-75, respectivamente.

³⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da. A nova filiação: O biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da Parentabilidade-Filiação e os efeitos jurídicos da reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 195.

Numa seara tão importante, a necessidade de um direito *cosmopolita* exsurge como premissa imperativa à evolução, posto que: “no pensamento social contemporâneo, encontramos a tentativa de identificar os direitos humanos fundamentais como sendo uma “norma mínima” das instituições políticas, aplicável a todos os estados que integram uma sociedade dos povos politicamente justa”³⁷.

Já numa perspectiva aristotélica, a imposição de um parâmetro que não comporta visões locais pode gerar sérios problemas à normatividade: “É bem possível, portanto, que coletâneas de Leis e de constituições possam ser úteis aos estudantes capazes de manuseá-las criticamente e julgando que medidas são valiosas ou o contrário, e que tipo de instituições se ajustam a que tipo de características nacionais”³⁸.

No Brasil, *verba gratia*, adotou-se sem grandes ressalvas os padrões dos países desenvolvidos no que tange a tutela dos privilégios de invenção, inclusive em setores onde a política – histórica – nacional sempre foi de amparar a não proteção.

Em hipóteses como a área farmacêutica, desde 1971, o legislador nacional, no uso de sua soberania, entendeu como prudente a não tutela como forma de ampliar o acesso à tecnologia essencial à vida humana.

As vetustas razões de política pública não foram alteradas, mas as concessões negociais internacionais *coagiram* os países em desenvolvimento a aceitarem os padrões alienígenas como aqueles convenientes à ordem interna³⁹.

³⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?, p. 289.

³⁸ ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. Editora Edipro. São Paulo, 2007, p. 318.

³⁹ “developing country Parties to GATT understood (or were led to understand) in the meantime that a future Agreement on the TRIPS would protect them against unilateral sanctions by developed country partners because of their failure to protect the intellectual property rights of developed countries’ citizens” in CARVALHO, Nuno Pires de. The TRIPS regime of patent rights. Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 30.

Muito longe do multiculturalismo que reprime, a uniformidade imposta - dos moldes proprietários do direito do privilégio de invenção - em nada serviu em prol do desenvolvimento dos “países não titulares” de patentes⁴⁰.

No campo dos direitos humanos, o direito de *propriedade* – gênero - foi elencado no rol da DUDH, em especial nos artigos XVII, na perspectiva em que não apenas o direito “DE” propriedade fosse observado (que é tutelado na ordem constitucional interna pelo artigo 5º, XXII), mas também – e principalmente – o direito “À” propriedade (perspectiva proveniente, também, na CRFB no artigo 5º *caput*).

Na visão civil-constitucional no que é pertinente a diferença entre o direito “de” e o direito “ao” acesso, vale averbar que “os direitos existem para serem exercidos e não apenas conservados”⁴¹.

Tal orientação é focada não apenas na tutela aos valores já consagrados historicamente (artigo XVII, 2), mas como um poder-dever dos Estados em assegurar acesso à propriedade mínima, para que ao sujeito de direito fosse permitido ter dignidade.

Um dos problemas observados *in limine* é a possível contraposição entre direitos peculiares à mesma Declaração, como o direito de propriedade e os direitos à vida (Artigo III), dignidade (Artigo I), e não discriminação – leia-se acesso - em virtude de riqueza (Artigo II).

5) A QUESTÃO FARMACÊUTICA E AS PATENTES QUE LIDAM COM A VIDA HUMANA

Erigido sob a premissa de estimular o desenvolvimento tecnológico, a chancela Estatal sob forma de privilégio exclusivo estabeleceu na legislação ordinária os critérios mínimos para a configuração da patente.

Os requisitos⁴² previstos no artigo 8º da Lei 9.279/96 comportam a exigência da novidade⁴³, atividade inventiva⁴⁴ e aplicação industrial⁴⁵, deixando

⁴⁰ Aqui se faz remissão ao fato de que no Brasil, mais de 50% dos privilégios de invenção concedidos pelo INPI têm como destinatários pessoas jurídicas não nacionais.

⁴¹ ROSENVALD, Nelson. e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 6ª Edição, 2009, p. 94.

um rastro verdadeiramente amplo para o que os particulares irão desenvolver enquanto objeto de tutela.

Contudo, em tempos recentes, a contribuição por parte dos chancelados tem sido de menor monta, sempre na busca de inovar o mínimo suficiente para angariar o *status* de patente.

De olho nas brechas deixadas pelo legislador que claudicou ao não estabelecer parâmetros proporcionais de amplitude de tutela, uma pequena ou grande invenção recebem a mesma força e tempo de exclusividade.

O Constituinte em diversas oportunidades⁴⁶ reservou abrangências distintas aos fatos e fatores diferenciais como uma premissa que observa o princípio aristotélico da igualdade⁴⁷.

⁴² Além de passarem do rol dos proibitivos do artigo 11 e 18 do mesmo diploma legal.

⁴³ “A novidade absoluta requer um efeito técnico sobremaneira distinto daquilo já existente no estado da arte” Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Seção Especializada, Des. Maria Helena Cisne, EI em AC 2001.51.01.536605-6, DJ 11.02.2009.

⁴⁴ ⁴⁴ “A atividade inventiva necessária ao deferimento do registro de patente é constatada se o avanço tecnológico apresentado pela invenção representa solução a problema técnico existente na área de sua destinação, bem como se essa solução é contrária às atividades normais na mesma área técnica, de modo que um especialista no assunto não a adotaria”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Des. André Fontes, AC 2004.51.01.513998-3, DJ 02.07.2008.

⁴⁵ ⁴⁵ “Releva notar que a proteção constitucional de concessão do direito temporário de exclusividade ao titular de uma patente, inserta no inciso XXIX do art. 5º da Lei Maior, só se justifica para retribuir pesados investimentos relativos à novidade, à atividade inventiva, a par da utilização industrial, pelo que já não se pode sustentar uma concessão de tal natureza se a matéria já se encontrava no estado da técnica e qualquer técnico da área poderia ter chegado às mesmas conclusões de utilização dos componentes da mesma fórmula objeto de proteção de patentes anteriores”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, JC. Márcia Helena Nunes, AC 2004.51.01.525105-9, DJ 30.09.2008.

⁴⁶ Na seara do direito tributário, *verba gratia*, estabeleceu a seletividade em produtos essenciais para impostos como o IPI, bem como a progressividade ao imposto de renda, que variará de acordo com a capacidade contributiva.

⁴⁷ “E haverá a mesma igualdade entre as porções tal como entre os indivíduos, uma vez que a proporção entre as porções será igual à proporção entre os indivíduos, pois não sendo as pessoas iguais, não terão porções iguais – é quando os iguais detêm ou recebem porções desiguais, ou indivíduos desiguais [detêm ou recebem] porções iguais que surgem conflitos queixas” in Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. Editora Edipro. São Paulo, 2007, p. 152. CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, 3ª Edição, tradução por CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes, P. 18, bem ressalta: “Assim, a exigência de <<ordem>> resulta directamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar <<consequentemente>> os valores encontrados, <<pensando-os, até ao fim>>, em todas as conseqüências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais,-ou, por outras palavras: estão adstritos a proceder com adequação”.

Não parece respeitar os axiomas da proporcionalidade e razoabilidade a fôrma única que enquadra 20 (vinte) anos de exclusividade para uma invenção que cure o câncer, e outra que sirva de chassi a uma motocicleta⁴⁸.

Mas, no entanto, o legislador ordinário se viu manietado por obrigações internacionais advindas com o Acordo TRIPs, o que acabou por minar a aplicação de um regime diferenciado sem majorar prazos patentários⁴⁹.

Outro grave problema é o do re-uso de *conceitos* conhecidos para “requestrar” privilégios⁵⁰. Tal orientação opera com o princípio da legalidade, segundo o qual – para os particulares – o que não é vedado é permitido.

Tal viés vem, contudo, sendo corriqueiramente combalido pela adequada doutrina civilista, pois a *“licitude é, efetivamente, condição necessária, mas não condição suficiente, só por si, para justificar o reconhecimento pelo direito. Para obter este, a causa deve corresponder a uma necessidade duradoura da vida de apreciação interpretativa da jurisprudência – é competente para avaliar quanto à sua idoneidade para justificar, positivamente, a sua tutela”*⁵¹.

A leitura adequada do preceito *“qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável”*⁵², pode e deve ser realizada tendo em vista um elevado critério do que será atividade inventiva⁵³.

⁴⁸ O artigo 40 da Lei 9.279/96, em atenção ao artigo 33 do Acordo TRIPs, Decreto 1.355/94.

⁴⁹ É juridicamente possível estabelecer um regime progressivo, mas não o é para minorar o prazo mínimo de 20 anos. O Acordo Trips permitiu discricionariedade após o piso mínimo de duas décadas.

⁵⁰ *“Das matérias referentes à propriedade industrial a patente de medicamentos é das mais controversas, por permitir uma série de estratégias muito mais conceituais, do que inovadoras. Ou seja, a criatividade, no caso, fica por conta do desenvolvimento de estratégias conhecidas como “life cycle” management ou “evergreening”, que consistem no prolongamento de tempo do privilégio mediante a obtenção de múltiplas patentes, com base em diferentes atributos de um mesmo produto, visando a impedir, p. ex. a entrada de genéricos no mercado”*. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Dês. Messod Azulay, AC 2005.51.01.507811-1, DJ 30.09.2009.

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. et ali. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Rio de Janeiro: Renovar, Vol II, 2006, p. 13.

⁵² Artigo 27, 1, do Acordo TRIPs, Decreto 1.355-94.

⁵³ Dessa forma, só aquele segundo uso que realmente trouxesse um benefício homérico à sociedade, e fosse absolutamente díspar do efeito da invenção original é que poderia, talvez, constituir objeto de tutela. Como diz o preclaro Denis Barbosa, apenas se “água com canela” virar pólvora.

In casu, patentes farmacêuticas são constantemente objeto de *segundos usos*, patentes de formulação, patentes de seleção, em que pouca ou nenhuma contribuição foi de fato trazida à sociedade, em nítido caráter de fraude à Lei, e acabam por obstar o direito de acesso à saúde que melhor seria satisfeito pela concorrência (artigo 170 da CRFB).

Nas palavras da culta magistrada Flávia Heine: “a *patente de segundo uso*, admitida por países desenvolvidos como os Estados Unidos, a meu ver não se coaduna com o sistema brasileiro, diante da expressa vedação legal de se patentear uma descoberta, caso em que se enquadra a *patente de segundo uso*, eis que não se trata de um novo produto ou novo processo, pois tanto o princípio ativo como a composição de fármaco já são conhecidos. Ademais, a ampliação do escopo patentário e, por conseguinte, o privilégio de algo que sequer é um invento ou um novo processo, não me parecem condizentes com as políticas de saúde pública, tão caras ao Brasil enquanto país em desenvolvimento”⁵⁴.

Aliás, o “segundo uso de princípios ativos já conhecidos, novas formulações de medicamentos em uso etc, são subterfúgios usados para obter novas patentes sobre velhas moléculas e assim, mediante táticas de modificação de registros, conseguir a manutenção da exclusividade de mercado e dos preços de monopólio de medicamentos (...) Não [se pode] esquecer que a descoberta de um novo uso para um medicamento não estimula a inovação, e adia, em contra-partida, a concorrência no mercado com prejuízos para a produção e difusão do conhecimento”⁵⁵.

Não somente discutíveis pelo prognóstico da razoabilidade, as patentes farmacêuticas podem significar em inegável óbice ao direito à vida, tendo em vista os altos preços praticados por alguns fármacos, visto que não havendo concorrência o titular pode – abusando de seu direito – estipular valores inalcançáveis. Para ilustrar, trazemos alguns exemplos à baila:

⁵⁴ Seção Judiciária Federal do Rio de Janeiro, 39ª Vara Federal, Sentença na Ação Ordinária de nº 2004.51.01.530033-2, DJ 04.07.2007.

⁵⁵ Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Dês. Messod Azulay, AC 2005.51.01.507811-1, DJ 30.09.2009. Não se está aqui a negar a existência de doutrina que entende de forma diversa. No entanto, não nos parece ser ela guiada pelo interesse público primário.

Patente de Invenção 1101036-3, relativa ao medicamento “Alimta”, no mercado ao custo de R\$7.227,24, utilizado no tratamento de câncer de pulmão⁵⁶.

Patente de Invenção 1100012-0, incidente sobre o anti-psicótico “Zyprexa”, cujo custo da caixa com 28 comprimidos de 10mg, é de R\$679,37⁵⁷.

Patente de Invenção 1100090-2, cujo medicamento TRACLEER trata de Hipertensão Arterial Pulmonar, ao custo de R\$15.528,30⁵⁸.

Patente de Invenção 1100238-7, cuida da doença ACROMEGALIA a caixa contendo 30 mg, injetável, custa em média R\$7.410,33⁵⁹, no DF.

No Brasil o SUS (Sistema Único de Saúde) provém de disposição constitucional (artigo 196, e 198, § 1º), e outorga o dever dos entes federativos em prover acesso à saúde – em especial – àqueles que dela não gozariam por ausência de recursos pecuniários.

Mas tal interferência estatal incide em grassos dispêndios orçamentários, uma vez que *“Estudos recentes têm enfatizado o também a concretização desses direitos depende de gastos públicos. De fato, a garantia da liberdade e da segurança implica a manutenção e um custoso aparato estatal”*⁶⁰.

Mesmo com uma homérica dotação orçamentária destinada a concretização do direito de acesso à saúde, sabe-se ser impossível uma oferta

⁵⁶ Informação obtida no sítio: http://www.consultaremedios.com.br/cr.php?uf=RJ&tp=nome&or=&nome=alimta#Scene_1, acessado em 11.03.2010, às 16:05.

⁵⁷ Informação obtida no sítio: <http://www.consultaremedios.com.br/cr.php?uf=SP&nome=zyprexa&substancia=>, acessado em 11.03.2010, às 16:07.

⁵⁸ Informação obtida no sítio: <http://www.consultaremedios.com.br/cr.php?uf=RJ&tp=nome&or=&nome=tracleer>, acessado no dia 11.03.2010, às 16:05.

⁵⁹ <http://www.consultaremedios.com.br/cr.php?uf=DF&nome=sandostatin&substancia=>, acessado em 27.10.2008.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2009, p. 103.

completa e irrestrita de tal direito a uma gama populacional que – hoje – atinge quase 193 milhões de brasileiros⁶¹.

Por sinal, diante de tal empecilho fático-econômico, desenvolveu-se – *rectius* importou-se d'alhures – a doutrina da reserva do possível⁶² que merece – pela pertinência – o registro: “Os limites econômicos derivam de fato de que certas prestações não de situar-se dentro da “reserva do possível”, das disponibilidades do erário. Atente-se bem para esta questão delicada: a ausência da prestação será sempre inconstitucional e sancionável; mas determinar se ela é plenamente satisfatória é tarefa árdua, muitas vezes, e impossível outras tantas. Existem, igualmente, fronteiras políticas. Tome-se, como exemplo, a determinação da melhor medida de caráter médico-preventivo, dentre as diversas existentes, para conter uma epidemia. Salvo casos extremos de inércia ou manifesta inadequação das providências tomadas, esta será uma decisão que resvala para a discricionariedade dos poderes públicos e, pois, insindicável em via jurisdicional”⁶³.

Desta forma, não obstante todo o esforço estatal, inclusive nos poucos exemplos elencados *supra*, um contingente populacional substancial não será acobertado pelo “manto” do SUS.

Por outro lado, o “com o império da teoria utilitarista [que, de certa forma, ilumina a doutrina da reserva do possível], *haveria o massacre de qualquer forma de expressão da vontade da minoria*”⁶⁴.

Tais parcelas de seres humanos se vêem relegados, na prática, de tutela jurídica, pois “*ser sujeito de direito tem correspondido a ser*

⁶¹ Dado obtido no sítio: <http://www.ibge.gov.br/home/>, acessado no dia 11.03.2010 às 16:10.

⁶² No presente trabalho não será aprofundada a séria – e merecedora – crítica a gigantesca importância dada a “reserva do possível”, muitas vezes em detrimento de valores constitucionais mais relevantes, como a dignidade da pessoa humana e direito à saúde. Parece-nos uma clara abordagem peculiar à análise econômica do direito muito bem combatida pela doutrina italiana: “*Tal perspectiva, prescindindo da credibilidade dos resultados aplicativos, é criticável em si como metodologia, pela sua unilateralidade e pela substancial função individualista, materialista e conservadora certamente em contraste com a legalidade constitucional: o mercado não é critério autônomo de legitimidade*” in PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 101.

⁶³ BARROSO, op cite, p. 105.

⁶⁴ BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Editora Renovar, 2002, p. 21.

*eventualmente sujeito de direito. A susceptibilidade de tal titularidade não tem implicado concreção, efetividade*⁶⁵.

Em conflito, destarte, portentosos direitos humanos: o direito do proprietário titular da patente farmacêutica VS. O direito à vida, dignidade, e não discriminação daquele que não dispõe de capacidade econômica para adquirir o caríssimo fármaco⁶⁶.

6) ALGUNS DIREITOS HUMANOS CONTRAPOSTOS

Conforme a narrativa de BOBBIO, *“os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas*⁶⁷.

Fato é que, por não compor um rol fechado de valores, os direitos humanos careceriam de uma “atualização” da hermenêutica para compreenderem, hoje, um nicho de necessidades também “humanas”. Nesse diapasão ressalta BOBBIO: *“os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos mesmos, das transformações técnicas, etc*⁶⁸.

Se o direito à saúde através de uma “mitigação” dos direitos de propriedade não é, hoje, uma realidade pacífica, cremos ser este um ponto

⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro; 2003, p. 35.

⁶⁶ Fazemos uso das sábias palavras de Norberto BOBBIO quanto a fundamentação de tais direitos, agora, num perspectiva conflitante, não convergente: *“Entre os direitos compreendidos na própria Declaração, há pretensões muito divertidas entre si e, o que é pior, até mesmo incompatíveis. Portanto, as razões que valem para sustentar umas não valem para sustentar outras. Nesse caso, não se deveria falar de fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem, de diversos fundamentos conforme o direito cujas boas razões se deseja defender”*, p. 19.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos. Apresentação de Celso Lafer*. Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2004. Tradução de: L’età dei Diritti, p. 5.

⁶⁸ BOBBIO, op cite, p. 18.

essencial ao desenvolvimento do núcleo, dos *standards* dos direitos humanos nesta senda⁶⁹.

O princípio de tutela à propriedade pode - e deve - ser revisitado tendo em vista a necessidade de sua legitimação, além de sua legitimidade⁷⁰. Não existe perspectiva que compreenda como justa a exclusão do acesso de bens essenciais, apenas tendo em vista desigualdades pecuniárias entre destinatários.

Hodiernamente há a compreensão de que “*se o direito de propriedade deve ser individual, o seu exercício deve ser social*”⁷¹, e, portanto, haveria uma garantia do direito ao mínimo existencial à saúde, à vida, tal qual ocorre com os bens de família⁷².

Subscrevemos a visão segundo a qual o rol do artigo 43 da Lei 9.279/96 (que consagra as “exceções” ao direito de opor patente) é meramente enumerativa; e, para a satisfação de um núcleo de direitos indisponíveis como a saúde pública e a dignidade da pessoa humana, tal como as exigências da Lei 1060/50, deveria ser estabelecido - na ponderação casuística entre princípios - uma inoponibilidade da patente àqueles que não podem pagar por seu objeto⁷³, e sejam excluídos do programa de acesso pelo SUS.

⁶⁹ BOBBIO, op cite: o mestre italiano ressalta o crescimento do rol como uma perspectiva de evolução nos direitos humanos: “*Não existe atualmente nenhuma carta de direitos, para darmos um exemplo convincente, que não reconheça o direito à instrução - crescente, de resto, de sociedade para sociedade -, primeiro elementar, depois secundária, e pouco a pouco até mesmo universitária*”, p. 69.

⁷⁰ O critério de *fairness* aqui se aproxima daquele em DWORKIN: “*É dessa forma que se pode afirmar, ainda, que a integridade pertence àquele momento prévio à formulação de outros princípios de caráter fundamental, como é o caso da justiça, da equidade (fairness), da legitimidade e do devido e do processo legal. Atua, por conseguinte, como um princípio de razoabilidade de outros princípios, que se inserirão de forma expressa ou tácita no ordenamento constitucional*” in BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Editora Renovar, 2002, p. 77.

⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 66.

⁷² “*Aponta-se que a garantia de um patrimônio mínimo, a exemplo do que ocorre com o denominado “bem da família”, não afeta direta e necessariamente o direito material de crédito propriamente dito, mas sim retira bem (ou bens) da órbita da executoriedade. Trata-se, por assim dizer, de uma causa elisiva, que não impugna a regra segundo o qual o patrimônio (leia-se, pois, patrimônio disponível) do devedor é a garantia do credor*” in FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 67.

⁷³ Este parágrafo, bem como os três subseqüentes, foram parcialmente reproduzidos de obra denominada “Teoria dos Bens e a essencialidade dos medicamentos” remetida à publicação na Revista de Pós-Graduação da Universidade Federal de Sergipe, no prelo (provável publicação até junho de 2010).

Tal medida não prejudicaria em demasia o dono da patente, mesmo porque a pessoa em questão não faz parte de sua clientela, mas carece – imediatamente – do acesso a tecnologia.

Certamente tal solução não agrada os amantes da economia enquanto fonte “influente” das normas, mas a “*proteção dos direitos por vezes requer decisões que do ponto de vista da economia são ineficientes*”⁷⁴.

Se o direito de patente não significa, em si, qualquer abuso, seu exercício monopolístico de modo a ultrajar preços é um avilte à sociedade, carecendo de coibição pelo Estado, ou ponderação casuística pela inaplicabilidade pelo Poder Judiciário.

A proposta de inoponibilidade aqui realizada não significaria em afastamento do direito humano previsto no artigo XVII, e prevalência absoluta daqueles previstos nos artigos II (gozar de direitos e liberdades, sem distinção de “riqueza), III (vida), V (tratamento “degradante” por falta de acesso ao tratamento previsto na tecnologia patenteada), VII (igualdade material superando à formal), XXV (direito a um padrão de vida capaz de assegurar saúde), todos da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷⁵. No entanto, significaria uma leitura focando a equidade, a isonomia material perante uma desigualdade fática.

Para tanto, Alexy averbou que: para “*promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar desigualdade jurídica. De outro lado, é também verdade que, em razão da diversidade fática entre as pessoas, a igualdade*

⁷⁴ in PERLINGIERI, Pietro Luigi. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 106.

⁷⁵ A doutrina dos direitos humanos debate com fervor a questão da legitimação no tocante ao acesso à saúde: “*Segundo o autor, a assistência médica pertence à esfera da necessidade individual e comunitária. Sendo uma necessidade, deve ser distribuída para todos os membros da comunidade. É por todos considerada uma necessidade essencial. Dessa forma, considerações sobre riqueza, nascimento ou algo semelhante são externas à esfera das necessidades e sua intromissão nesse campo constitui uma injustiça. Nos Estados Unidos, a assistência médica é injusta porque se alocam recursos comuns em projetos de cura e prevenção de doenças e, fazendo isso, facilitam-se a cura e a prevenção, sobretudo, entre os ricos. Essa discriminação reflete uma perda dupla: não apenas os pobres ficam mais doentes, com mais frequência, como também são considerados cidadãos de segunda classe. Por conseguinte, pelo fato de a assistência à saúde poder ser adquirida privadamente, como resultado, passa a estar desigualmente disponível para ricos e pobres*” in BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Editora Renovar, 2002, p. 128.

*jurídica sempre faz com que algumas desigualdades fáticas sejam mantidas e, freqüentemente, acentuadas*⁷⁶.

Para o caso em tela nem se faz necessária a promoção de uma desigualdade jurídica, mas tão somente a aplicação adequada de uma hermenêutica legal, constitucional, dos Direitos Humanos.

“Ao indivíduo necessitado de medicamentos, não lhe cabe escolha senão buscar formas de aquisição possíveis, seja por ato de aquisição privada (adquirindo o medicamento) ou por meio da assistência pública, já que ao Estado cabe o dever de assistência à saúde, Mas, não restando possibilidades por uma dessas duas formas de aquisição, o indivíduo sofrerá os efeitos da carência de um bem indispensável para sua integridade enquanto ser humano.

*No debate a respeito da fundamentação de direitos humanos não se estabelece consenso entre as diferentes culturas a respeito de um “mínimo conjunto de direitos” considerados “fundamentalmente humanos”, mas nenhuma delas negaria status de direito constitutivo da dignidade humana ao uso de um medicamento para tratamento de doença grave*⁷⁷.

Destarte, há nítido vínculo entre a efetividade dos direitos humanos e a propriedade intelectual, no que é pertinente às patentes farmacêuticas, resultando na necessidade de uma hermenêutica conciliadora entre preceitos tão antagônicos.

7) CONCLUSÃO

A essencialidade dos bens atingidos por uma patente farmacêutica constitui a razão principal para que o ordenamento destine soluções diferenciadas, perante destinatários diferenciados.

Não se pode ignorar que o direito à saúde, na qualidade de direito fundamental⁷⁸, *“não se encontra sujeita, em princípio, a uma lógica do tipo ‘tudo*

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, tradução de Virgílio Afonso da Silva, p. 417.

⁷⁷ PRONER, Carol. *Propriedade intelectual e direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 344 e 345.

⁷⁸ Para parte da doutrina, direito social.

ou nada”, mas, certamente podemos exigir “*uma ponderação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial*”⁷⁹.

Esse importante conceito aberto “mínimo existencial” coincidirá, muitas vezes, com o *standard* básico dos direitos humanos contrapostos entre titular, e não titulares.

A inoponibilidade parcial, temporária, de um direito de propriedade sobre aqueles que, de modo algum, atravanquem o lucro comercial dos titulares, não importa em minoração das garantias do dono da patente. Pelo contrário, nutre a eficácia social adequada a ambos os institutos (saúde e propriedade intelectual), evitando o abuso de um direito abstrato indiferente às necessidades humanas.

8) BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, tradução de Virgílio Afonso da Silva.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. Editora Edipro. São Paulo, 2007.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Fundamento do direito autoral como direito exclusivo*, manuscrito, 2007.

BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Editora Renovar, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *A Proteção dos Dados de Testes Sigilosos Submetidos à Regulação Estatal*. Revista Criação. II ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Uma abordagem propedêutica ao licenciamento compulsório de patentes farmacêuticas*. In *Propriedade*

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*. p 141.

Intelectual, Inovação, Tecnologia e Bioenergia. PLAZA, Charlene Maria C. de Avila e alii. Goiás: Editora PUC Goiás, 2009, Vol II.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2004. Tradução de: L'età dei Diritti.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1824.

_____ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____ Lei 5.772/71.

_____ Lei 9.279/96.

_____ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

_____ Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, 3ª Edição, tradução por CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes.

CARVALHO, Nuno Pires de. *The TRIPS regime of patent rights*. Hague: Kluwer Law International, 2002.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. São Paulo: Saraiva, 1946, Vol I.

CORTIANO, Eroulths Junior. *O Discurso Jurídico da Propriedade seus Rupturas: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro; Editora Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

_____. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 7ª Edição, 1978.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da. *A nova filiação: O biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da Parentabilidade-Filiação e os efeitos jurídicos da reprodução Assistida Heteróloga*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

Direito Contratual

contemporâneo: A função social do contrato.. In TEPEDINO, Gustavo José Mendes. e FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – parte especial*. São Paulo: RT, 1983, Tomo XVI, 4ª edição, 2ª Tiragem.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PRONER, Carol. *Propriedade intelectual e direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.

RENERIA, Pablo Valdemar. e **DANTAS**, Marcus. *Verbetes de Propriedade* in **BARRETO**, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROSEVALD, Nelson. e **FARIAS**, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 6ª Edição, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª Edição, 1992.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. et ali. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Rio de Janeiro: Renovar, Vol II, 2006.