

A NATUREZA NÃO FUNDAMENTAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E AS VIOLAÇÕES AO DIREITO À SAÚDE

THE NON-FUNDAMENTAL NATURE OF INTELLECTUAL PROPERTY AND THE VIOLATIONS TO RIGHT TO HEALTH

VICTOR JUGO TEJERINA VELÁZQUEZ¹

ANTONIO RICARDO SURITA DOS SANTOS²

RESUMO

O direito fundamental à saúde tem sido fortemente restringido pela atual sistemática da propriedade intelectual, sob o argumento de se tratar, também, de um direito fundamental. Sob o ponto de vista material ou substancial, a propriedade intelectual não pode ser aceita como um direito fundamental, como já se posicionou a Organização das Nações Unidas (Observação n. 17), por exemplo. O direito à saúde tem íntima relação com a dignidade da pessoa humana, constituindo-se num elemento essencial para o exercício de diversas liberdades públicas. A atual situação social e econômica da população brasileira e a dificuldade de acesso aos itens básicos de saúde não permitem o uso abusivo do atual sistema de propriedade intelectual. A concepção não fundamental da propriedade intelectual é um dos primeiros passos para a garantia de que o direito fundamental à saúde não seja indevidamente restringido.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Propriedade Intelectual. Direitos fundamentais. Direito fundamental à saúde. Acesso aos medicamentos.

¹ Advogado. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Idealizador e fundador de Cadernos de Direito e da Revista Discente Interinstitucional. Professor, Fundador e ex-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMEP. Coordenador do NEDAEPI. Professor horista no Centro Adventista (UNASP). (tejerina@unimep.br).

² Advogado, Procurador Municipal, Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep), Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil pela UNIMEP, Pós-Graduado (extensões) em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito (EPD/SP) e graduado em Ciências Jurídicas pela Unimep. (ricardo.surita@yahoo.com.br).

ABSTRACT

The fundamental right to health has been severely restricted by the current system of intellectual property, under the argument that it is also a fundamental right. From the point of view of material or substantial, intellectual property can not be accepted as a fundamental right, like United Nation has positioned itself, for example (Observation n. 17). The right to health is closely related to the dignity of the human person, which constitutes a essential element for the exercise of many civil liberties. The current social and economic situation of the population and the difficulty of access to basic health items do not allow abuse of the current intellectual property system. The concept that intellectual property is not fundamental is one of the first steps to ensuring that the fundamental right to health care is not unduly restricted.

Keywords: Dignity of the human person. Intellectual Property. Fundamental rights. Fundamental right to health. Access to medicines.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto analisar a natureza jurídica da propriedade intelectual e do direito à saúde, como o acesso aos medicamentos essenciais.

O acesso aos medicamentos pode ser considerado como parte do direito fundamental à dignidade da pessoa humana, à vida e à saúde e, claro, da solidariedade. Por outro lado, o Estado tem encontrado dificuldades para adotar as políticas públicas necessárias para garantir à população todos os medicamentos demandados, especialmente pelas limitações orçamentárias e pela existência de outras demandas sociais.

Há que considerar que o estado da ciência, os avanços biotecnológicos têm trazido riscos para a saúde humana, cuja responsabilidade seria inimaginável, há alguns anos, atribuir à coletividade a título de solidariedade nacional. Na França (RTD, 2003), uma lei, n. 1.577 de 30-12-2002 sobre responsabilidade médica, veio modificar outra de 04-03-2002 “relativa aos direitos dos enfermos e à qualidade do sistema de saúde”. Informa-se que pela pressão dos assegurados das profissões da saúde tem se chegado à redução do campo da indenização que lhes incumbe.

Foi criado um novo caso de indenização pela lei com fundamento na *solidariedade nacional*, excluindo a responsabilidade do profissional médico. Um acidente médico, uma afecção iatrogênica ou uma infecção hospitalar abriria direito à reparação dos prejuízos dos pacientes a título de solidariedade nacional, pois, são diretamente imputáveis a atos de

prevenção, de diagnóstico ou de cuidados (prevenção) e que poderiam ou teriam levado o paciente a situações anormais aos olhos do estado atual da ciência da saúde como da evolução previsível destes e que representariam um caráter de gravidade fixada pelas normas sanitárias.

A solidariedade nacional foi assim claramente utilizada para jogar papel substitutivo porque não se trata de responsabilidade individual de um profissional da saúde. Os casos de responsabilidade a título de solidariedade nacional são:

- a) os danos resultantes de infecções hospitalares nos estabelecimentos, serviços ou órgãos mencionados correspondente ao um nível de incapacidade superior a 25% determinado com referência às tabelas mencionadas no II do mesmo artigo, como também as mortes provocadas por infecções hospitalares;
- b) os danos resultantes da intervenção, no caso de circunstâncias excepcionais de um profissional de um estabelecimento, serviço ou órgão em face do campo da sua atividade de prevenção, de diagnóstico ou de cuidado (prevenção).

O exercício abusivo da propriedade intelectual tem sido um obstáculo ao direito à saúde e na questão do acesso aos medicamentos, pois envolve poderosos interesses comerciais e a titularidade exclusiva sobre tecnologias e novos conhecimentos, normalmente utilizada como elemento de restrição à produção desses medicamentos diretamente pelo Estado e por outros particulares.

Neste trabalho procurou-se não só delimitar e conceituar a propriedade intelectual, como também identificar sua interferência negativa no direito à saúde, especialmente em relação à população desprovida de recursos econômicos necessários.

O tema é de suma importância jurídica, social e econômica no atual cenário brasileiro e mundial, envolvendo direitos fundamentais à vida, à saúde e à dignidade de milhões de brasileiros e de bilhões de pessoas no mundo, políticas sociais estatais altamente onerosas e questões comerciais internacionais relacionadas com a propriedade intelectual, que movimentam bilhões de dólares anualmente.

1 SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em seu art. 1º, III, a Constituição Federal (BRASIL, 1993) prevê que a dignidade da

pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil e do próprio Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana tem íntima ligação com o mínimo existencial (ALEXY, 2001, p. 505), constituindo-se num núcleo invulnerável (SARLET, 2006, p. 572), ou seja, num direito fundamental que não pode ser destruído ou restringido, inclusive por determinadas maiorias parlamentares.

Apesar da ideia de dignidade da pessoa humana ser de fácil compreensão abstrata, sua conceituação é muito difícil, por envolver diversas facetas como bem ressaltam Tejerina Velázquez e Gonzalez (2012, p. 89): "O conceito dos direitos humanos é difícil de ser apreendido nas suas múltiplas facetas: político, ideológico, filosófico e jurídico, pois a cada uma dessas dimensões correspondem discursos específicos em aparência inconciliáveis, pois se situam em planos diferentes".

Moraes (2004, p. 52) conceitua a dignidade da pessoa humana:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.

Comparato (2011) entende que a dignidade da pessoa impõe que o ser humano seja tratado como um fim em si mesmo, não como um mero instrumento para a obtenção de resultados não que visem a própria felicidade da humanidade:

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas do fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. (p. 34)
[...]

Por outro lado, a ideia de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si mesma implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia constitui a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social, tal como enunciados nos artigos XVIII a XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos. (p. 37)

Para Taiar (2009, p. 235) a "dignidade humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do ser humano desde o direito à vida".

Por sua vez, Barongeno (2009, p. 24) declara que "todas essas concepções trazem em comum o desenvolvimento da ideia de que a pessoa não se perde no todo do *corpus* social, mas é, individualmente, dotada de direitos - direitos subjetivos".

Canotilho (2003, p. 416) entende que o "processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos".

Lenza (2012, p. 962 e 963) expressa que são características dos direitos fundamentais a historicidade (evolução e consolidação histórica), universalidade (destinam-se, indiscriminadamente, a todos os seres humanos), irrenunciabilidade (o que pode ocorrer é o seu não exercício, não sua renúncia), inalienabilidade (são indisponíveis) e imprescritibilidade (não se perde pelo decurso do tempo).

Observando a pluralidade de concepções sobre os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana e o seu caráter indivisível, histórico, universal e interdependente, Piovesan (2003, p. 80 e 81), entende que a Declaração dos Direitos do Homem de 1948 é o maior marco dos direitos humanos:

Considerando a historicidade destes direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta a uma pluralidade de significados. Tendo em vista tal pluralidade, destaca-se neste estudo a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos, ... O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana. No dizer de Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial.

É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.

Neste sentido, em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos. Introduz ela a concepção

contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

É mesma opinião de Fábio Konder Comparato (2011, p. 68):

Ao emergir da Segunda Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana.

É preciso se observar que a doutrina vem distinguindo os conceitos de "direitos do homem" e de "direito fundamental", apesar da frequência com que são utilizadas como sinônimos:

As expressões "direitos do homem" e "direitos fundamentais" são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza do homem e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2003, p. 393)

Todavia, a distinção entre "direitos humanos" e "direitos fundamentais" vem gerando vários problemas na própria defesa da dignidade da pessoa humana (nos seus diferentes aspectos).

A necessidade de incorporação de determinados direitos humanos à esfera interna de cada país (ou seja, a "conversão" de direitos humanos em direitos fundamentais), apesar do seu conteúdo pedagógico e da maior segurança jurídica (garantia de atuação do Poder Judiciário, por exemplo), pode resultar tanto na criação de falsos direitos humanos pelos Estados quanto na supressão de determinados direitos humanos fundamentais (COMPARATO, 2011, pp. 70 a 73).

Além de tudo isso, os Estados ainda encontram enormes dificuldades em efetivar inúmeros direitos humanos e direitos fundamentais, como a questão do acesso aos

medicamentos.

As restrições ao acesso de medicamentos decorrentes do exercício da propriedade intelectual tem influência nos direitos humanos fundamentais à vida e à saúde.

Como se pode observar, a dignidade da pessoa humana deve estar no centro das atenções dos Estados e da comunidade internacional: o conflito entre determinados princípios ou regras relacionadas com a propriedade deve ser sempre decidida ou interpretada em benefício da citada dignidade humana.

A noção de direitos fundamentais também tem relação com a ideia de mínimo existencial, que apesar de não poder ser definido matematicamente e sem se observar a realidade de cada sociedade e de cada país, Sarlet (2006, p. 572) expressa:

Neste contexto, há que se enfatizar que o mínimo existencial - compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto, saudável) tem sido identificado - por muitos - como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.

A elevadíssima importância dos direitos fundamentais e seu "status" constitucional acarretam a impossibilidade de que sejam abolidas ou reduzidas sensivelmente por uma maioria parlamentar simples - diferentemente do que pode ocorrer com outros direitos "ordinários" -, como bem salienta Robert Alexy (2011, p. 446):

Uma possível perspectiva ou ideia-guia seria um conceito geral e formal de direitos fundamentais, que pode ser expresso da seguinte forma: direitos fundamentais são posições tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.

A ideia de que o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana é invulnerável - verdadeira cláusula pétrea - é endossada por Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 562), que afirma que tal núcleo essencial sequer pode sofrer limitações:

Isso não significa, por elementar, que se possa falar em proteção absoluta dos direitos fundamentais (sociais, ou não) contra alterações constitucionais, já que, em princípio, não podem ser tratados como absolutamente infensos a qualquer limitação. A exemplo do que ocorre em termos de proteção contra as restrições legislativas de direitos fundamentais em termos gerais, apenas o núcleo essencial dos princípios e direitos fundamentais integrantes do rol das "cláusulas pétreas" encontra-se salvaguardado (no sentido "blindado") contra uma atuação do poder de reforma constitucional.

Apesar da coerência jurídica, da evolução histórica dos direitos humanos e da atual estrutura constitucional, a imutabilidade do núcleo dos direitos fundamentais individuais ainda encontra resistências, sob o argumento de tal imutabilidade violaria o princípio democrático, a vontade da maioria, como bem salientam Alexy (2011, p. 446 e 447), Sarlet (2006, p. 562) e Queiroz (2006, p. 206).

Numa leitura apressada, seria possível imaginar um conflito entre os direitos fundamentais, cujo núcleo essencial não permite alterações por maiorias parlamentares, e o princípio democrático, caracterizado pelo poder político que as maiorias parlamentares têm de alterar determinados regramentos e determinadas políticas sociais.

Esse mesmo questionamento "democrático" acaba se estendendo à atuação do Poder Judiciário (não composta diretamente por voto popular), que vem garantindo os direitos fundamentais e restringindo a liberdade da maioria parlamentar (composta por votação popular) nessa sensível área, como bem detectou Robert Alexy (2011, p. 447).

Porém, essa tensão deixa de existir dentro de uma concepção material da democracia, que exige uma igualdade substancial (não meramente formal), pois não se deve aceitar um Estado Democrático de Direito formado por cidadãos ignorantes, doentes e miseráveis.

Canotilho (2010, p. 19) é esclarecedor sobre a importância dos direitos fundamentais sociais para a democracia:

A articulação da socialidade com a democraticidade torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da polis. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um *processo* ou *procedimento justo de participação política* se existir uma *justiça distributiva* no plano dos bens sociais. A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais.

Não se pode olvidar que o verdadeiro Estado Democrático de Direito deve sempre buscar a igualdade substancial entre os indivíduos, propiciando a participação efetiva de todos os indivíduos (não apenas de alguns) no debate político através da adoção de todas as medidas adequadas e necessárias para colocar os seus cidadãos acima do patamar mínimo existencial, não mais bastando a mera igualdade formal.

Aceitar a igualdade formal como único critério democrático será aceitar que pessoas miseráveis, famintas, doentes e analfabetas tenham idêntica necessidade das pessoas abastadas frente ao Estado, bem como tenham igual capacidade de escolha dos destinos do Estado.

Essa é a importância dos direitos sociais fundamentais e da dignidade da pessoa humana: perseguir, sem descanso, a igualdade material entre os indivíduos.

Portanto, Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 24) afirma que a "declaração de um conteúdo essencial destina-se, sim, ao legislador ordinário, pois é esse que, em sua tarefa de concretizador dos direitos fundamentais, deve atentar àquilo que a constituição chama de 'conteúdo essencial'".

Cristina Queiroz (2006, p. 206) também expressa que um dos papéis da Constituição é garantir que determinados direitos fundamentais, principalmente seus núcleos, não sejam afetados ou destruídos por processos políticos conduzidos por maiorias:

A função básica da Constituição é retirar certas decisões ao processo político, isto é, colocar os direitos acima das decisões da maioria. fazendo do *sistema dos direitos fundamentais* o critério último de validade de toda a ordem jurídica.

Ofende a dignidade da pessoa humana a omissão e a inércia do Estado em providenciar os medicamentos necessários para combate de doenças como AIDS, Câncer, Hipertensão e Diabetes, especialmente para pessoas que não têm condições econômicas para adquirir os medicamentos respectivos.

O exercício de diversas liberdades individuais pressupõe que a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à saúde sejam respeitados e garantidos pelo Estado, pois o indivíduo somente conseguirá cumprir seu papel social e melhorar sua situação social e econômica se a sua vida e a sua saúde tiverem sido preservadas.

2 A SITUAÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL DA POPULAÇÃO BRASILEIRA

Globalização em Solidariedade

A globalização, por um lado levanta inquietantes interrogações e esperanças por outro, como Ercílio Antonio Denny já tinha apontado anteriormente (2002, p. 125-134). O pensador reconhece que é uma missão entregue ao homem de hoje, um fenômeno que deve ser conhecido e orientado e que traz uma série de problemas como: a) pobreza, exclusão e conflitos sociais; b) o empobrecimento dos recursos naturais, que causa a instabilidade social, econômica e política, c) a emergência humanitária, os direitos econômicos sociais e culturais e a crise de cooperação; traz também o desafio de criar estratégias de superação através de uma ordem solidária e democrática. Desafio que deve levar em conta que a "mundialização"

do comércio, da tecnologia, das comunicações, da economia e das finanças, conduziu a um impasse fundamental da governabilidade do mundo, baseado até agora no governo dos Estados-nacionais e sobre organizações governamentais interestatais, crise de governabilidade que se mostra multifacética e deficitária, pois provoca um déficit: a) social, b) de segurança, c) ecológico e d) de natureza burocrática (DENNY, 2002, p. 125-128).

Em Denny (2002), o estudo das causas profundas dos conflitos, especialmente nos países subdesenvolvidos, indica que estas se enraízam principalmente na desigualdade horizontal entre grupos relevantes da população, ou seja, desigualdade de participação política; nos recursos econômicos, como terra, água e minerais; nos rendimentos e nas possibilidades de trabalho; na situação social, como acesso aos serviços básicos como escola, saúde, moradia; migração de massas de população através do mundo inteiro e confronto com as políticas restritivas dos países tradicionalmente acolhedores de imigração (DENNY, 2002, p. 127). O fenômeno conduziu também à globalização dos problemas ecológicos, tais como os efeitos globais negativos sobre o clima da terra, a diminuição da camada de ozônio, a redução de recursos vitais do mundo, como florestas, recursos de água...(DENNY, 2002, p. 129).

Também em Denny está claro que um aspecto particularmente alarmante do déficit ambiental é o fenômeno da desertificação, causado pela complexa interação entre os fatores físicos, biológicos, sociais, culturais e políticos (2002, p. 130). O problema determinante, de fundo, dirá Denny, é cultural, espiritual e ético. Se a esse déficit adiciona-se o da falta de participação democrática da população, diminuindo o vínculo estável entre Estado, território, população e riqueza, a globalização coloca em risco e em crise o sentido e função dos Estados nacionais. (DENNY, 2002, p 131).

Do ponto de vista jurídico e levando em conta os direitos fundamentais dos cidadãos, o poder biotecnológico sem controle, dos mercados livres, a ideologia que reduz ao Estado a nada ou quase nada, obriga ao Direito a esforços na linha da universalização de tais direitos ou pelo menos a sua consagração internacional, a necessidade de aprofundamento jurídico, a perseguição incessante de sistemas mais perfeitos de garantias, isso para evitar que esse amplo catálogo de direitos fundamentais não se torne mera declaração.

Para compreender adequadamente a problemática enfrentada no presente artigo, é preciso visualizar a situação econômica e social da população brasileira.

No Brasil, até o final de 2011, metade da população brasileira - aproximadamente 105 milhões - sobreviveu com renda mensal inferior ao salário mínimo nacional vigente (PORTAL G1, 2011c), sendo que 16,2 milhões de brasileiros viveram abaixo da linha da miséria, ou seja, receberam menos de R\$ 70,00 por mês (MAGALHÃES, 2011, p. A7).

Ainda segundo dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apurou-se que mais de 11 milhões de brasileiros moram em favelas e em ocupações irregulares (PORTAL G1, 2012).

Ademais, o Brasil sequer está entre os 80 melhores países segundo o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH (PORTAL TERRA, 2011).

O Brasil é um país que ainda precisa se desenvolver, apesar dos índices econômicos o apontarem como possuidor do sexto maior Produto Interno Bruto (PIB) mundial, ultrapassando o Reino Unido e ficando atrás apenas dos EUA, China, Japão, Alemanha e França (PORTAL G1, 2011a).

Apesar de ter tomado o posto do Reino Unido como sexto maior PIB mundial, o PIB anual *per capita* brasileiro - aproximadamente US\$ 12.000 - sequer chega à 1/3 do PIB anual *per capita* dos britânicos - aproximadamente US\$ 40.000 - (PORTAL G1, 2011b) e à metade dos espanhóis - aproximadamente US\$ 25.000 - (FOLHA DE SÃO PAULO, 2011, p. A2).

Na área educacional, a média de escolaridade brasileira, de 7,2 anos, sequer se aproxima da média francesa, de 10,6 anos (FOLHA DE SÃO PAULO, 2011, p. A2).

Tal dado parece ter relação íntima com a quantidade de crianças e adolescentes abaixo de 14 anos que já trabalham (ilegalmente, diga-se de passagem): aproximadamente 1 milhão, segundo dados oficiais (GOIS; MATHEUS MAGENTA, 2011, p. A4).

Tais dados inegavelmente demonstram que o Brasil, apesar de não poder ser considerado um Estado pobre, ainda não pode ser considerado plenamente desenvolvido ou em estágio avançado de desenvolvimento, salientando que a maior parte da sua população não consegue gozar dos benefícios da riqueza brasileira e mundial.

A atual situação da população brasileira, como se pode observar, não permite o uso abusivo da propriedade intelectual, restringido elementos básicos relacionados com a saúde pública, como os medicamentos, por exemplo.

3 SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Antes de se discutir o impacto da propriedade intelectual no acesso aos medicamentos essenciais, também é importante conceituá-la, entender sua atual estrutura e observar a sua evolução histórica.

Uma das principais características da propriedade intelectual envolve a possibilidade de que o titular de determinado conhecimento ou tecnologia possa mantê-los e explorá-los de

forma exclusiva, podendo inclusive exigir a aplicação de sanções àqueles que violarem esse seu direito exclusivo.

Até mesmo a mitologia grega já havia abordado a problemática dessa questão quando relata que, durante a criação do homem, o titã Prometeu acabou roubando uma poderosa (e exclusiva) tecnologia dos deuses olímpicos para dá-la aos homens: o fogo (NOGUEIRA, 2011, p. 11 e 12).

Por ter rompido a exclusividade dos deuses e fornecido uma tecnologia tão poderosa aos homens - que possibilitou inegavelmente uma grande melhoria na sua qualidade vida, como o poder de que os alimentos fossem cozinhados, o frio amenizado, a noite iluminada, os animais predadores afastados e ferramentas fabricadas - Prometeu foi condenado a viver acorrentado e ter seu fígado - órgão com grande capacidade de regeneração - dilacerado diariamente por uma águia.

Nos dias atuais, o problema de fundo envolvendo a propriedade intelectual permanece praticamente intacto.

Até onde é possível manter a exclusividade de determinado conhecimento frente à necessidade imediata da coletividade?

O conhecimento deve servir prioritariamente à melhoria da condição de vida da humanidade ou deve sempre prevalecer os interesses econômicos do titular da propriedade intelectual?

Tais questionamentos se aplicam ao tema dos medicamentos, pois a propriedade intelectual tem tido impacto direto e profundo na formulação das políticas públicas de saúde e na própria aquisição das novas tecnologias de medicamentos.

Victor Hugo Tejerina Velázquez (2012a, p. 168) salienta que as transformações tecnológicas, a globalização e a estrutura da sociedade de informação têm intensificado o problema da apropriação do conhecimento por propriedade intelectual nas últimas décadas:

Nas últimas três ou quatro décadas, vivenciamos a passagem à era da sociedade de informação, as transformações tecnológicas vertiginosas, a globalização, a polarização da economia e as rápidas mudanças urbanas. Nesse período, intensifica-se a política mundial de apropriação do conhecimento por propriedade intelectual. A proclamação de que a economia se regula pelas regras de mercado deixou de existir há muito tempo, como Keynes havia advertido, mas a persistente política de redução do Estado a seu papel mínimo e a especulação financeira levaram o mundo, em 2008, a uma crise de inéditas consequências.

A contraposição entre as poderosas forças econômicas que detém a maioria esmagadora das propriedades intelectuais e as demandas urgentes dos países menos

desenvolvidos tem tornado a discussão sobre a propriedade intelectual ainda mais árdua.

A concepção de direito de propriedade intelectual é feita por Welber Barral e Luiz Otávio Pimentel:

Os direitos de propriedade intelectual são instrumentos que permitem uma posição jurídica (titularidade) e uma posição econômica (exclusividade). A proteção jurídica tende a garantir, ao seu titular, a recuperação de seus investimentos na pesquisa e desenvolvimento (P&D) tecnológico, que podem ser públicos ou privados, diretos ou indiretos. Garante também uma posição econômica privilegiada e lícita nos mercados regionais ou nacional, para uma empresa em concorrência com outra, ao permitir a exclusividade de processo industrial, de comercialização de um produto ou serviço, de seu signo distintivo, de obra literária, artística ou científica. (2006, p. 11 e 12)

Para Silveira (2011, p. 83) "os direitos sobre certos bens incorpóreos ou imateriais constituem direitos reais e são objeto de um ramo do direito chamado de *propriedade intelectual*".

A ideia geral sobre a propriedade intelectual também é dada por William M. Landes e Richard A. Posner (2003, p. 1):

Por "propriedade intelectual" nós queremos dizer ideias, invenção, descobertas, símbolos, imagens, obras expressivas (verbal, visual, musical, teatral), ou, em resumo, qualquer produto humano potencialmente suscetível de avaliação (amplamente, "informação") que tenha existência separada de uma personalidade física única, sendo ou não um produto que já tenha sido efetivamente "transformada em propriedade", isto é, submetida ao regime legal dos direitos da propriedade.³
(tradução livre)

Diante desse conceito, não é difícil perceber o impacto econômico na ideia de propriedade intelectual, tornando a sua concepção jurídica ainda mais árdua.

A grande abrangência da ideia de propriedade intelectual tem beneficiado os seus titulares, pelo fato destes titulares/proprietários receberem idêntico tratamento jurídico independentemente de explorarem, por exemplo, o comércio de celulares e automóveis ou de medicamentos e alimentos.

4 A NATUREZA NÃO FUNDAMENTAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

³ By "intellectual property" we mean ideas, invention, discoveries, symbols, images, expressive works (verbal, visual, musical, theatrical), or, in short any potentially valuable human product (broadly, "information") that has a existence separable from a unique physical embodiment, whether or not the product has actually been

Não são poucos os autores que rejeitam a caracterização da propriedade industrial como um direito fundamental, apesar da tradição constitucional brasileira de atribuir à propriedade intelectual um "status especial" (TEJERINA VELÁZQUEZ, 2012b e COMPARATO, 2012).

José Afonso da Silva (1994, p. 251) sequer entendeu o motivo de a propriedade industrial ter sido elencada no rol dos direitos individuais da Constituição Federal:

8. Propriedade de inventos, de marcas de indústrias e de nome de empresas

O dispositivo que a define e assegura está entre os direitos individuais, sem razão plausível para isso, pois evidentemente não tem natureza de direito fundamental do homem. Caberia entre as normas da ordem econômica.

A própria ONU (UNITED NATIONS, 2006, p. 2) já se posicionou contrariamente ao caráter fundamental da propriedade intelectual através da sua Observação n. 17:

2. En contraste con los derechos humanos, los derechos de propiedad intelectual son generalmente de índole temporal y es posible revocarlos, autorizar su ejercicio o cederlos a terceros. Mientras que en la mayoría de los sistemas de propiedad intelectual los derechos de propiedad intelectual, a menudo con excepción de los derechos morales, pueden ser transmitidos y son de alcance y duración limitados y susceptibles de transacción, enmienda e incluso renuncia, los derechos humanos son la expresión imperecedera de un título fundamental de la persona humana. Mientras que el derecho humano a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de las producciones científicas, literarias o artísticas propias protege la vinculación personal entre los autores y sus creaciones y entre los pueblos, comunidades y otros grupos y su patrimonio cultural colectivo, así como los intereses materiales básicos necesarios para que contribuyan, como mínimo, a un nivel de vida adecuado, los regímenes de propiedad intelectual protegen principalmente los intereses e inversiones comerciales y empresariales. Además, el alcance de la protección de los intereses morales y materiales del autor prevista en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 no coincide necesariamente con lo que se denomina derechos de propiedad intelectual en la legislación nacional o en los acuerdos internacionales.

Mister repetir que a temporalidade, a revogabilidade e a possibilidade de cessão de direitos intelectuais acabam afastando seu caráter fundamental.

Porém, é preciso salientar que apesar de ter se posicionado, em regra, contra o caráter fundamental da propriedade intelectual, a ONU entendeu, de forma excepcional, que era possível proteger o direito da pessoa física que realmente seja autor de obra científica, literária ou artística:

"propertized", that is, brought under a legal regime of property rights.

7. El Comité considera que sólo el "autor", lo que significa el creador -ya sea hombre o mujer, individuo o grupo - de producciones científicas, literarias o artísticas como, por ejemplo, escritores, artistas e inventores, entre otros, se puede beneficiar de la protección que ofrece el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15. Ello deriva del empleo de las palabras "toda persona", "le" y "autora", que indican que los redactores de ese artículo al parecer daban por sentado que los autores de producciones científicas, literarias o artísticas eran personas físicas, sin darse cuenta en ese momento de que también podía tratarse de grupos. En los regímenes de protección de los tratados internacionales vigentes, las personas jurídicas son también titulares de derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, como ya se ha señalado, debido a su diferente carácter, sus derechos no están protegidos en el plano de los derechos humanos.
(UNITED NATIONS, 2006, p. 4 e 5)

Para a ONU, a propriedade intelectual possuída pela pessoa jurídica não pode ser protegida por direitos especiais, ou seja, não podem ser considerados como um direito fundamental.

Aliás, Victor Hugo Tejerina Velázquez (2012b) precisamente declara que "permanece contemporâneo o questionamento de Proudhon: que método seguiram os legisladores franceses para colocar a propriedade entre os direitos naturais e imprescritíveis do homem? E a resposta coerente: Nenhum".

Juridicamente, a não caracterização da propriedade intelectual como um direito fundamental torna ainda mais simples a percepção de que não é possível bloquear o acesso das pessoas necessitadas aos medicamentos (um direito fundamental), deixando-as morrerem pelo simples argumento de que não puderam retribuir economicamente os titulares das patentes.

Parece claro que entre um direito não fundamental, a propriedade industrial (patentes), e um direito fundamental, a dignidade da pessoa humana, este prevalecerá, não se podendo privilegiar os interesses econômicos em detrimento do direito à vida e à saúde.

Na esfera interna, a presença do Estado brasileiro é essencial para a garantia do direito individual aos medicamentos através das adequadas prestações sociais positivas, pois apesar de ser considerado poderoso economicamente, é composto por milhões de pobres e miseráveis que sequer tem condições de adquirir os remédios necessários por eles próprios.

Assim, sempre se observando que é inadmissível que uma pessoa morra ou sofra demasiadamente pela falta de um determinado medicamento por carência de recursos financeiros ou por abusos dos titulares de patentes, o escopo deste trabalho será demonstrar a necessidade e a urgência de que profundas mudanças sejam realizadas nos regramentos da

propriedade intelectual de medicamentos e de que um ponto de equilíbrio entre os interesses envolvidos (dos ricos que querem ser recompensados economicamente pela sua propriedade intelectual e dos pobres que querem ter acesso aos medicamentos já disponíveis no mercado) seja atingido.

O uso abusivo da propriedade intelectual de medicamentos, como os preços arbitrários e irracionais cobrados pelos titulares patentários, deve ser uma das principais preocupações dos estados, principalmente daqueles em ainda se encontram em estágio de desenvolvimento.

Parece interessante ressaltar a conclusão da Comissão sobre Direito de Propriedade Intelectual, Inovação e Saúde da OMS feita em 2006: (WORLD TRADE ORGANIZATION; WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION; WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2013, p. 21):

Os direitos de propriedade intelectual desempenham um importante papel no estímulo da inovação de produtos de assistência médica em países onde a capacidade tecnológica e financeira já existe e em relação aos produtos para os quais há mercados lucrativos. Todavia, o fato de que a patente pode ser obtida contribui em nada, ou pouco, para a inovação se o mercado é muito pequeno ou a capacidade científica e tecnológica é inadequada. Onde a maioria dos consumidores de produtos de saúde é pobre, como são a grande maioria nos países em desenvolvimento, os custos monopolísticos associados com as patentes podem limitar a acessibilidade dos próprios produtos de assistência médica patenteados que são demandados pela população pobre na ausência de outras medidas para reduzir os preços ou aumentar os recursos.⁴

É fácil perceber que a atual sistemática da propriedade intelectual pouco tem contribuído para a garantia do direito à saúde dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

Fábio Konder Comparato (2012) também tece fortes críticas sobre o caráter fundamental da propriedade, sustentando a possibilidade de determinada propriedade privada ser desapropriada sem qualquer indenização pelo Estado:

Até hoje, na doutrina e na jurisprudência, tanto aqui quanto alhures, conseguimos entender que a propriedade só é direito fundamental quando diz respeito a bens indispensáveis a uma vida digna por parte do seu titular. Fora dessa hipótese, e notadamente quando a propriedade envolve um poder

⁴ *Intellectual property rights have an important role to play in stimulating innovation in health-care products in countries where financial and technological capacities exist, and in relation to products for which there are profitable markets. However, the fact that a patent can be obtained may contribute nothing or little to innovation if the market is too small or scientific and technological capability inadequate. Where most consumers of health products are poor, as are the great majority in developing countries, the monopoly costs associated with patents can limit the affordability of patented health-care products required by poor people in the absence of other measures to reduce prices or increase funding.*

sobre outras pessoas – como é o caso, por exemplo, da propriedade do pacote acionário de controle de uma empresa – ela é um direito comum. Em consequência, nessa hipótese, não deve ser aplicada, na desapropriação, a garantia estabelecida no art.5º, XXIV da Constituição Federal, segundo a qual, o Estado deve pagar ao desapropriado uma “justa e prévia indenização em dinheiro”.

A ideia de Fábio Konder Comparato de que a propriedade privada somente pode ser observada como um direito fundamental quando se relacionar ao mínimo existencial, ou seja, somente quanto aos "bens indispensáveis a uma vida digna" é, no mínimo, interessante.

Mesmo os argumentos teóricos favoráveis à proteção absoluta da propriedade intelectual, como a justa recompensa (reconhecimento social pelo esforço individual), a possibilidade de expansão do conhecimento público (as novas tecnologias e conhecimentos propiciam o progresso humano) e o estímulo à inovação (incentivo econômico ao pesquisador), ao investimento (os financiamentos de projetos são estimulados pela possibilidade de lucro) e ao desenvolvimento, vem sendo desvirtuados (PRONER, 2007).

Rogério Cezar de Cerqueira Leite (2011a, p. A3), membro do Conselho de Ciência e Tecnologia da República, é claro e contundente nas críticas contra o atual sistema de patentes:

Na década de 1970, os EUA, com o auxílio de alguns países europeus, patrocinaram uma violenta campanha mundial em favor da adoção, pelos países em desenvolvimento, de legislações patentárias que incluíssem medicamentos e alimentos que, até então, por serem itens considerados essenciais para a sobrevivência, eram excluídos.

[...]

Como se consagra, pelo menos do ponto de vista dos EUA, o conceito de que a patente é unicamente um mecanismo de estímulo à produção e não mais estímulo à inovação nem retribuição.

Cai por terra qualquer conceito de justiça, de moral, de direito. Com que cara vão ficar os apoucados que chamaram de "pirataria" a defesa de interesses nacionais diante dos excessos contidos na legislação patentária imposta ao Brasil pelos EUA (ditada em Washington pelo Departamento de Comércio daquele país a dois eméritos ministros brasileiros durante o governo Collor).

Nessa forma, o princípio pragmático que orienta a legislação patentária americana é mais um incentivo à espionagem industrial do que à inovação. E não há dúvidas de que logo será seguido o exemplo dos EUA pelos países que ainda insistem na fórmula que diz que o privilégio é de quem inventa.

Ora se o registro de uma patente serve apenas ao interesse do Estado em promover a produção de um bem pela concessão de reserva de mercado, então essa concessão deve ser avaliada caso a caso. Deve deixar de ser um direito do proponente, a quem atualmente basta seguir certas regras burocráticas.

E seria, pois, desejável que incluísse uma planilha de custos para que preços possam ser estabelecidos, sem que haja prejuízos para o cidadão. Como também deve a duração do monopólio ser negociada.

Não devemos esquecer o que foi verificado pela Comissão Churchill do Senado americano, ou seja, que 95% dos registros de patentes no México, Brasil e Argentina serviam para impedir a produção, não para incentivá-la.

Rogério Cezar de Cerqueira Leite (2011b, p. A3) destaca que “de fato, a patente tem sido usada antes para impedir a produção de um bem do que para realizá-la” e que é “óbvio, portanto, que ter um mesmo rígido período de monopólio de 20 anos serve principalmente para retardar a evolução tecnológica e recheiar os bolsos dos advogados, burocratas e outros parasitas do tráfico patentário”.

Finalmente, Andréa Koury Menescal (2007, p. 477 e 478) salienta a extrema necessidade de que a proteção da propriedade intelectual deixe de ser vista como um fim em si mesmo e que a realidade de cada país seja considerada:

A proteção da propriedade intelectual não pode ser vista como um fim em si mesma, nem deve ser vista assim a harmonização das leis de propriedade intelectual que levem a padrões de proteção mais elevados em todos os países, independentemente de seus graus de desenvolvimento.

O papel da propriedade intelectual e seu impacto no desenvolvimento deve ser cuidadosamente avaliado caso a caso. A proteção da PI é um instrumento de políticas cuja operação pode, na prática real, produzir tanto benefícios quanto custos, que podem variar de acordo com o grau de desenvolvimento de um país. Necessita-se, portanto, empreender ações que garantam, em todos os países, que os custos da proteção da PI não ultrapassem seus benefícios.

5 AS RESTRIÇÕES AO DIREITO À SAÚDE

Amartya Sen (2000, apud BITTAR; ALMEIDA, 2012, p. 550) entende que o direito à saúde não pode ser dissociada das liberdades substantivas:

O adulto que não dispõe de recursos para receber tratamento médico para uma doença que o aflige não só é vítima da morbidez evitável e da morte possivelmente escapável, como também pode ter negada a liberdade para realizar várias coisas - para si mesmo e para outros - que ele pode desejar como ser humano responsável.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, somente em 2007 e 2009, a administração pública brasileira gastou 11 bilhões de reais com a distribuição de medicamentos à população (IBGE, 2012a e 2012b).

Em relação à movimentação do Poder Judiciário com a questão, somente o governo federal gastou, apenas em 2012, mais de 339 milhões de reais com o fornecimento de

medicamentos decorrentes de decisões judiciais (NUBLAT, 2012).

Ainda não existem dados exatos de quanto o Distrito Federal, os estados e os milhares de municípios gastam com medicamentos em decorrência de decisões judiciais, mas é possível projetar que os valores também sejam milionários.

Há que se observar, também, que existem aproximadamente 350 milhões de portadores de diabetes no mundo, cerca de 8 milhões de mortes por AIDS anualmente (PRONER, 2007, p. 345) e mais de 10 milhões de pessoas sem acesso aos medicamentos para combate ao HIV/AIDS (ORGANIZAÇÃO MÉDICOS SEM FRONTEIRAS, 2011c).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) assegura, por exemplo, que aproximadamente 350 milhões de pessoas no mundo possuem diabetes (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2011).

Vizzoto (2010, p. 145) relembra que as grandes corporações farmacêuticas têm tido uma participação pífia no combate às doenças dos países em desenvolvimento, visto que 95% dos recursos financeiros investidos no desenvolvimento de novos medicamentos vêm de instituições filantrópicas e de instituições públicas.

Vizzotto (2010, p. 145) salienta que muitas doenças, como Malária, Doença de Chagas, Leishmaniose Visceral e Doença do Sono, que geram milhares de mortes diariamente, sequer geram interesse das grandes corporações farmacêuticas, pelo seu mercado consumidor não ser atraente financeiramente.

A fragilidade da posição dos Estados menos desenvolvidos na área de medicamentos é analisada por Peter Drahos (2007, p. 509):

"ou os mercados regulamentados fracassam na distribuição de medicamentos para doenças que afligem as populações empobrecidas materialmente ou os medicamentos gerados pelos mercados regulamentados - os quais são também importantes para a saúde das populações pobres - ficam além de seu alcance".

Uma das principais pretensões dos direitos sociais é garantir que ninguém se encontre abaixo do mínimo existencial e que todos possam gozar de uma vida digna, não mais bastando que as normas constitucionais que prevejam direitos individuais fundamentais sejam apenas consideradas programáticas e sem qualquer efeito imediato.

A extrema valorização da propriedade intelectual vem impedindo a difusão do próprio conhecimento e das tecnologias relacionadas com a esfera de medicamentos, afetando a saúde de milhões, ou até mesmo de bilhões, de pessoas com a criação de uma série de obstáculos à sua distribuição, na maioria das vezes por motivos meramente econômicos.

Na área medicamentosa, os efeitos restritivos da propriedade intelectual são devastadores, abusando de uma das regras básicas do mercado: a lei da oferta e da procura.

Restringindo a oferta e exercendo a atividade em situação de monopólio, os detentores da propriedade intelectual acabam por manipular as regras econômicas mais básicas: 1- a oferta (produção) é controlada unilateralmente (ausência de efetiva concorrência); 2- a procura (demanda) será sempre constante, visto que, por exemplo, os portadores de HIV/AIDS e de diabetes não têm opção de adquirir ou não tal produto/medicamento.

Há que se observar que a atual sistemática da propriedade intelectual propicia, pela possibilidade de restrição da difusão do conhecimento, o surgimento de determinados monopólios e de práticas anticompetitivas.

O recente caso da interrupção da produção do medicamento Asparaginase Elspar (destinado ao combate da Leucemia Linfóide AG em crianças) pela única fabricante (regime de monopólio territorial) no Brasil é emblemático: a saúde deixada em segundo plano por questões meramente comerciais (PORTAL G1, 2013).

Os efeitos negativos dos abusos nas patentes de medicamentos são relatados pela Organização *Médicos sem Fronteiras*, que vem realizando “Campanha de Acesso a Medicamentos Essenciais” (ORGANIZAÇÃO MÉDICOS SEM FRONTEIRAS, 2011a), ressaltando a crise no acesso de medicamentos pelo abuso no uso dos direitos patentários:

A crise do acesso aos medicamentos

As patentes podem ter um impacto dramático no acesso aos medicamentos quando elas são utilizadas para impedir a concorrência. Uma empresa de medicamentos que detém patentes de um medicamento tem o direito de impedir que outros produzam tal produto e, por isso, podem artificialmente estabelecer preços muito altos. Quando uma empresa está vendendo CDs ou brinquedos, isto pode não adquirir grande importância. Mas quando tratamentos que podem salvar vidas dos que vivem com doenças, como HIV/Aids e câncer, se tornam caros demais para estas pessoas, as consequências podem ser – e são – devastadoras. Nos países em desenvolvimento, onde as pessoas pagam por seus medicamentos com sua própria renda e poucos são os que têm planos ou seguros de saúde, o preço alto cobrado pelos medicamentos se torna uma questão de vida e morte. (ORGANIZAÇÃO MÉDICOS SEM FRONTEIRAS, 2011b)

Nesse sentido, Carol Proner (2007, p. 344) é enfática sobre a essencialidade do medicamento para a humanidade e sobre a necessidade de uma regulamentação diferenciada:

Suas formas de existência e disponibilidade na sociedade – criação, descoberta, pesquisa, fabricação, modificação, distribuição, venda, extinção – não deveriam ser regulamentadas da mesma forma que se regulamentam outros produtos. O medicamento difere de uma mercadoria ou de um serviço

de consumo tradicional, cuja aquisição constitui-se em ato de liberdade e eventual possibilidade de cada qual.

Ao indivíduo necessitado de medicamentos, não lhe cabe escolha senão buscar formas de aquisição possíveis, seja por ato de aquisição privada (adquirindo 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.

As práticas anticoncorrenciais e a formação de monopólios e de cartéis possibilitam que os preços dos medicamentos não sejam definidos com base nos custos de produção (incluindo os de pesquisa) e em padrões aceitáveis e racionais de lucro, visto que eles são definidos pelos próprios titulares patentários, não pelo mercado.

É sempre importante lembrar que a própria pesquisa de medicamentos não leva em conta a demanda populacional, apenas os mercados econômicos potenciais, resultando no negligenciamento de doenças típicas de países em menor grau de desenvolvimento.

A exclusividade na exploração da respectiva propriedade, com impactos negativos concorrenciais, especialmente na área de medicamentos, acaba gerando distorções econômicas favoráveis aos respectivos titulares, em detrimento daqueles que necessitam de tais remédios para manter sua vida e sua saúde.

A fixação de preços de medicamentos através de distorções das simples regras de mercado, diante da essencialidade desse produto, gera, assim, odiosas distorções, pois não se pode dizer que o consumidor tem a liberdade de adquirir, ou não, determinado medicamento essencial para a sua vida, tampouco que há efetiva concorrência neste segmento (formação de monopólios e restrição à difusão do conhecimento):

As relações de oferta e demanda, no caso de produtos no combate a doenças, estão viciadas pelo elemento “necessidade”. Como já visto, a “essencialidade” do consumo de determinados medicamentos por uma população enferma altera qualquer suposto equilíbrio de concorrência. Somando-se esse vício a outro ainda maior, o do monopólio de “fatia de mercado” por poucas empresas, escancara-se algo completamente alheio a qualquer teoria econômica de fundamento liberal original (PRONER, 2007, p. 349).

Armando Zanin Neto (2012, p. 22) não tem dúvidas:

Os interesses privados do criador garantidos pela propriedade intelectual não podem impedir que os Estados implementem obrigações internacionais decorrentes de acordos buscando dar garantia aos seres humanos em relação aos direitos à alimentação, saúde e educação, bem como aos direitos à cultura e ao desfrute dos progressos científicos, compreendidos sob uma

ótica coletivista e de interesse público.

Essencial, portanto, que as restrições ao direito fundamental à saúde decorrentes da propriedade intelectual sejam imediatamente superadas, garantindo a dignidade de milhões de brasileiros necessitados.

Deve reiterar-se com HESSE (1995, p. 63-64), depois da crise de 2008 que, “ao legislador do Direito Privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em Direito imediatamente vinculante para os participantes em uma relação jurídico-privada.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual situação econômica e social da população brasileira demanda maior atenção nas questões relacionadas com o direito à saúde e com a dignidade da pessoa humana.

Um dos maiores problemas na área da saúde tem relação direta com a propriedade intelectual, que não poucas vezes, principalmente nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, tem sido utilizado de forma abusiva.

É inegável que a atual sistemática da propriedade intelectual na área da saúde, inclusive sobre medicamentos, necessita ser reanalisado e profundamente reformado, para que um ponto de equilíbrio entre o conteúdo econômico decorrente desse bem intangível e a demanda humana seja encontrado.

É preciso observar que a propriedade intelectual, não sendo um direito fundamental, não pode restringir o direito fundamental à saúde, sob pena de violação, direta ou indiretamente, da dignidade da pessoa humana.

Não se pode admitir que pessoas sofram ou morram somente pelo mau uso da propriedade intelectual.

Dá que, “ao legislador do Direito Privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em Direito imediatamente vinculante para os participantes em uma relação jurídico-privada”.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. SP: Malheiros. 2011.
- BARONGENO, Maria Cristina de Luca. **Direitos Humanos Sociais: necessidade de positivação das regras de interpretação?** SP. 2009. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-06072011-093810/pt-br.php>>. Acesso em 15 de abril de 2013.
- BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (orgs.). **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. Florianópolis: Boiteux. 2007.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 10ª ed. SP: Atlas. 2012.
- BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Brasília: **Diário Oficial da União**. 15 de maio de 1996.
- CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Borchia (coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. SP: Saraiva. 2010.
- CERQUEIRA LEITE, Rogério Cezar de. Patentes, pirataria e servilismo. **Folha de São Paulo**. SP, 7 de novembro de 2011(a), p. A3.
- _____. A patente e suas vítimas. **Folha de São Paulo**. SP, 2 de dezembro de 2011(b), p. A3.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Capitalismo: Civilização e Poder**. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2012/02/09/capitalismo-civilizacao-e-poder-artigo-de-fabio-konder-comparato>>. Acesso em 02 de junho de 2012.
- _____. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed., rev. e atual. SP: Saraiva. 2011.
- DENNY, Ercilio Antonio. **Interpretar e Agir**. Vol. 1. Capivari: Opinião, 2002.
- DRAHOS, Peter. **Propriedade Intelectual e Mercados Farmacêuticos: Uma Abordagem de Governança Nodal**. In: RODRIGUES JR., Edson Beas; POLIDO, Fabrício (org.). **Propriedade Intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios**. RJ: Elsevier. 2007.
- FOLHA DE SÃO PAULO. **Editorial: Meio do caminho**. SP, 28 de dezembro de 2011, p. A2.
- FRANÇA. RTD, **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Janvier – Mars/2003. Paris: Dalloz, 2003.

GOIS, Antônio; MATHEUS MAGENTA, Luiza Bandeira. Brasil ainda tem 1 milhão de crianças que trabalham. **Folha de São Paulo**. SP, 28 de dezembro de 2011, p. A4.

HESSE, Herman. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Cadernos Cívitas. Madrid: Cívitas, 1995.

IBGE. **Consumo de bens e serviços de saúde chega a 8,8% do PIB**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2070>. Acesso em 20 de novembro de 2012(a).

_____. **Consumo na saúde representou 8,4% do PIB em 2007**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1514&id_pagina=1>. Acesso em 20 de novembro de 2012(b).

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. EUA: Harvard University. 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16a. ed. rev. atual. e ampl. SP: Saraiva. 2012.

MAGALHÃES. João Carlos. Bolsa Família tem aumento recorde no 1º ano de Dilma. **Folha de São Paulo**. SP, 31 de dezembro de 2011, p. A7.

MENESCAL, Andréa Koury. Mudando os tortos caminhos da OMPI? A agenda para o desenvolvimento em perspectiva histórica. In: RODRIGUES JR., Edson Beas; POLIDO, Fabrício (org.). **Propriedade Intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios**. RJ: Elsevier. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16a. ed. SP: Atlas. 2004.

NOGUEIRA, Salvador. **Mitologia: Lendas**. vol. 3. SP: Editora Abril. 2011.

NUBLAT, Johanna. **SUS tem despesa recorde com ações judiciais**. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=13453>. Acesso em 13 de dezembro de 2012.

ORGANIZAÇÃO MÉDICOS SEM FRONTEIRAS. **Campanha de acesso a medicamentos essenciais**. Disponível em: <<http://www.msf.org.br/conteudo/38/campanha-de-acesso-a-medicamentos-essenciais>>. Acesso em 6 de novembro de 2011 (a).

_____. **O impacto das patentes no acesso a medicamentos**. Disponível em: <<http://www.msf.org.br/conteudo/123/o-impacto-das-patentes-no-acesso>>. Acesso em 06 de novembro de 2011 (b).

_____. **10 milhões sem tratamento de HIV. Não há desculpas!** Disponível em: <<http://www.msf.org.br/conteudo/158/10-milhoes-sem-tratamento-de-hiv-nao-ha-desculpas/>>. Acesso em 22 de setembro de 2011(c).

PIOVESAN, Flávia. **Proteção internacional dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas.** In: Revista de Direito Internacional e Econômico. ano 1, n. 2. Instituto Nacional do Contencioso Econômico. 2003.

PORTAL G1. **Laboratório vai parar de vender medicamento para tratamento de crianças com leucemia.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/videos/t/edicoes/v/laboratorio-vai-parar-de-vender-medicamento-para-tratamento-de-criancas-com-leucemia/2352289/>>. Acesso em 17 de janeiro de 2013.

_____. **Brasil tem 11,4 milhões morando em favelas e ocupações diz IBGE.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/12/brasil-tem-114-milhoes-morando-em-favelas-e-ocupacoes-diz-ibge.html>>. Acesso em 02 de junho de 2012.

_____. **Ascensão para a 6ª economia foi 'presente de natal' para Dilma, diz jornal.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/12/ascensao-para-6a-economia-foi-presente-de-natal-para-dilma-diz-jornal.html>>. Acesso em 30 de dezembro de 2011(a).

_____. **Economia brasileira ultrapassa a da Grã-Bretanha e é a 6ª do mundo.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2011/12/economia-brasileira-ultrapassa-da-gra-bretanha-e-e-6-do-mundo.html>>. Acesso em 30 de dezembro de 2011(b).

_____. **Metade dos brasileiros vive com R\$ 375 por mês, aponta Censo 2010.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2011/11/metade-dos-brasileiros-vive-com-r-375-por-mes-aponta-censo-2010.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2011(c).

PORTAL TERRA. **Apesar de avanços, Brasil continua em baixa em índices globais.** Disponível em: <http://economia.terra.com.br/noticias/noticia.aspx?idnoticia=201112281004_BBB_80657449>. Acesso em 28 de dezembro de 2011.

PRONER, Carol. **Propriedade Intelectual e Direitos Humanos: Sistema Internacional de Patentes e Direito ao Desenvolvimento.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2007.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais.** Coimbra: Coimbra Editora. 2006.

RTD. **Revue Trimestrielle de Droit Civil,** Janvier – Mars/2003. Paris: Dalloz, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, "Mínimo Existencial" e Direito Privado: Breves Notas sobre Alguns Aspectos da Possível Eficácia dos Direitos Sociais nas Relações entre Particulares.** In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: Homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** RJ: Renovar. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9ª ed., rev. SP: Malheiros. 1994.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia.** 2ª ed. SP: Malheiros. 2011.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual: Propriedade Industrial, Direito de Autor, Software, Cultivares, Nome Empresarial.** 4ª ed. rev. e ampl. Barueri: Manole. 2011.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania em face à efetização da proteção internacional dos Direitos Humanos**. SP. 2009. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-133818/pt-br.php>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo. **Propriedade Imobiliária e Mobiliária: Sistemas de Transmissão - A Tradição no Direito Brasileiro e no Direito Comparado**. Curitiba: Juruá. 2012(a).

_____. Direitos da Propriedade Intelectual e Direitos do Homem: Acta viola direitos fundamentais? In: Kim, Richard Pae et alii (coord.). **Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos**. São Paulo: Verbatim. 2012 (b). p. 249-273.

TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo; GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. **Direitos Humanos, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. Curitiba: Juruá. 2012.

UNITED NATIONS. **Observación General n. 17**. Suíça: Organização das Nações Unidas. 12 de janeiro de 2006.

VIZZOTTO, Alberto. **A Função Social das Patentes Sobre Medicamentos**. SP: LCTE Editora. 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Diabetes Programme**. Disponível em: <<http://www.who.int/diabetes/en/>>. Acesso em 04 de outubro de 2011.

WORLD TRADE ORGANIZATION; WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION; WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Promoting Access to Medical Technologies and Innovation: Intersections Between Public Health, Intellectual Property and Trade**. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/pantiwhowipowtoweb13_e.pdf>. Acesso em 12 de fevereiro de 2013.

ZANIN NETO, Armando. **Propriedade Intelectual e Direitos Humanos: A Inovação Tecnológica Pode Favorecer o Desenvolvimento do Brasil?** Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/docs/15062011_101329_armandozaninneto.pdf>. Acesso em 3 de setembro de 2012.