
REFLEXÕES SOBRE A TENSÃO ENTRE SAÚDE E PATENTES NO DIREITO BRASILEIRO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Adriana Roberta Nascimento Cruz
Pós-graduada em Direito Empresarial pela PUC/MG
Pós-graduada em Direito Público da UnB

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 As patentes e a indústria farmacêutica; 2.1 Conceito e características das patentes; 2.2 Aspectos Gerais do tema: saúde e patente; 2.2.1 Do CUP ao TRIPs; 2.2.2 O setor farmacêutico; 2.2.3 O TRIPs em face da saúde pública: a tensão entre monopólio e saúde, a Declaração de Doha e as doenças negligenciadas; 3 Saúde como direito fundamental; 3.1 Direito à saúde na ordem internacional e na Constituição Federal Brasileira de 1988; 3.2 Direito de Propriedade: as patentes; 3.3 Colisão de Direitos Fundamentais: caminhos possíveis – Fundamentabilidade do Direito à saúde; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo demonstrar como o sistema patentário, no que tange aos medicamentos, vem restringindo a proteção à saúde em favor da indústria farmacêutica transnacional. Demonstra-se que essa indústria direciona suas pesquisas para doenças relacionadas com determinado grupo (populações dos países desenvolvidos), negligenciando, muitas vezes, as doenças ditas tropicais que afligem as populações menos favorecidas (de países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento). Demonstra-se, ainda, que os preços elevados praticados por essa indústria funcionam como barreira para o acesso a medicamentos essenciais. Esses fatos revelam que há uma tensão estabelecida entre o direito patentário e o direito à saúde. A partir da constatação de colisão entre direitos fundamentais e, partindo do exame do arcabouço jurídico relativo a ambos os direitos analisados, aponta-se o princípio da proporcionalidade, em sua vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente como um possível método de solução jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Patentes de Medicamentos. Indústria Farmacêutica. Direito Patentário. Direito à Saúde. Colisão. Princípio da Proporcionalidade. Princípio da Proibição da Proteção insuficiente.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate how the patent system, when it comes to drugs, has been restricting the protection of health in favor of the transnational pharmaceutical industry. It is shown that the industry focuses its research on diseases related group (populations of developed countries), neglecting often spoken tropical diseases that afflict disadvantaged populations (less developed countries or developing countries). It is shown also that the high prices charged by the industry serve as a barrier to access to essential medicines. These facts show that there is a tension between the patent law and the right to health. From the observation of a collision between fundamental rights and, from an examination of the legal framework of both the rights analyzed, it points to the principle of proportionality "in its prohibition on the principle of insufficient protection as a possible means of legal remedy.

KEYWORDS: Drug Patents. Pharmaceutical Industry. Patent Law. Right to Health Collision. Principle of Proportionality. Principle of Prohibition of insufficient protection.

INTRODUÇÃO

A epidemia da AIDS colocou em destaque o fato de que milhões de pessoas nos países em desenvolvimento não têm acesso a medicamentos para tratar de doenças ou simplesmente aliviar o sofrimento humano.

Essa constatação, a partir da resposta brasileira para o controle da epidemia, estabeleceu uma forte conexão entre o acesso a medicamentos e a efetivação dos direitos humanos, perpassando pela necessidade de reflexão sobre o sistema patentário vigente¹.

Este artigo, portanto, tem como objetivo apresentar e examinar o sistema de patentes farmacêuticas em face do direito à saúde. A primeira parte do trabalho objetiva apresentar o conceito de patentes, a caracterização do mercado de produtos farmacêuticos e demonstrar a tensão estabelecida entre o direito patentário e o direito à saúde. Na segunda parte, propõe-se análise do princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição da proteção insuficiente, como método possível de solução da tensão estabelecida entre esses direitos fundamentais.

1 AS PATENTES E A INDÚSTRIA FÁRMACÊUTICA

1.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DAS PATENTES

A Constituição Federal dispõe no art. 5º, inciso XXIX, que a lei assegurará aos autores de inventos industriais o privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade de marcas, aos nomes de empresas e outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do País.

A Lei Brasileira sobre patentes (nº 9.279/96), por seu turno, define patente como a proteção que se confere ao titular de uma invenção, que tenha novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.²

1 O Brasil tem enfrentado as pressões da indústria farmacêutica multinacional que, amparada na legislação internacional sobre patentes, pratica preços abusivos para as novas drogas. Na Rodada de negociações de 2001, na OMC, o Brasil defendeu a proposta vitoriosa de que as necessidades emergenciais de uma população se sobrepõem aos direitos de patentes, fato que deu respaldo político e legal no país em suas negociações, levando a significativas reduções de preços de medicamentos. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/data/pages:htm>>. Acesso em: 18.ago. 2009 .

2 A invenção, para ser protegida, deve, nas palavras de Lucas R. Furtado: “a) ser inovadora, isto é, não deve estar compreendida no estado da técnica quando do depósito do pedido, ou seja, não pode ter se tornado acessível ao público antes da data do depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou por qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior; b) resultar de atividade inventiva, de forma que a criação não seja uma decorrência óbvia do estado da técnica para um especialista no assunto e c) ter aplicação industrial, ou seja, a invenção e o modelo de utilidade devem ser suscetíveis de utilização ou reprodução em qualquer tipo de indústria, até mesmo agrícola, extrativa ou de produtos manufaturados.”

Segundo Lucas Rocha Furtado, a patente pode ser entendida como um privilégio temporário concedido pelo Estado a certa pessoa física ou jurídica em virtude da criação de algo novo, que tenha aplicação industrial e seja suscetível de beneficiar a sociedade. Assim, para aquele que detém a patente (o privilégio) trata-se de um direito exclusivo de exploração durante certo período de tempo, para propiciar o ressarcimento de seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento e dos custos de aplicação industrial da sua inovação.³

Já nas palavras de Isabel Vaz, a patente é um documento estabelecido pela Administração Federal⁴, comportando uma descrição da invenção e criando uma situação legal, segundo a qual a invenção patenteada não pode usualmente ser explorada (fabricação, utilização, venda ou exportação), a não ser mediante autorização do titular da patente. Esta proteção tem duração limitada no tempo, variando de 15 a 20 anos.⁵

A concessão do direito de patentes, por sua vez, exige contrapartidas. Dentre elas, destaca-se a revelação ao público do objeto da patente. A descrição do invento ou da criação de maneira completa possibilita o acompanhamento da evolução tecnológica e o alcance de forma rápida do conhecimento já obtido e, via de consequência, o atingimento do mercado com produtos similares, o que se traduz em benefício para a sociedade.⁶

Em linhas gerais, pode-se dizer que a concessão de uma patente assegura ao seu titular uma série de direitos, mas exige-se, na maioria dos países, como contrapartida, a exploração da patente de forma a atender as necessidades de demanda do mercado interno.

Assim, percebe-se que a lógica do sistema de patentes pode ser entendida como um fator de incentivo à pesquisa, com vistas a assegurar o pleno desenvolvimento tecnológico do País, em conformidade com as diretrizes constitucionais.

Confira-se FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Brasília Jurídica, 1999, p. 44.

3 Ibidem, p. 41.

4 No Brasil, o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI é a autarquia federal – integrante da Administração Federal Indireta - competente para análise e concessão das Patentes.

5 VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 429 *apud* SICHEL, Débora Lacs. *Direito Patentário no Brasil. Do Estado Nacional para o Mundo Globalizado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 74.

6 FURTADO, Lucas Rocha. Op. cit., p. 42.

Entretanto, no que tange às patentes de medicamentos para os países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos⁷, essa lógica apresenta-se, muitas vezes, inversa, seja pela dificuldade de acesso a medicamentos essenciais, devido aos elevados preços praticados pelo mercado farmacêutico, seja pela falta de pesquisa direcionada a determinadas doenças (as chamadas doenças negligenciadas).

1.2 ASPECTOS GERAIS DO TEMA: SAÚDE E PATENTE

1.2.1 DA CUP AO TRIPS

No âmbito internacional, pode-se dizer que o primeiro documento de proteção às invenções foi a Convenção da União de Paris - CUP⁸, destinado a facilitar que os nacionais de um país obtivessem proteção em outros países para suas criações intelectuais mediante direitos de propriedade industrial. A convenção não tenta uniformizar leis nacionais, nem condiciona o tratamento nacional à reciprocidade, mas prevê ampla liberdade legislativa para cada país, exigindo-se apenas paridade de tratamento entre nacionais e estrangeiros.⁹ Ademais, não há qualquer disposição em seu texto sobre a obrigatoriedade de proteção de determinada área de conhecimento.¹⁰ Entretanto, a CUP se viu superada, após quase dois séculos regulando as relações entre os países no campo da propriedade industrial, tendo em vista as disposições negociadas pela grande maioria dos países no acordo que deu origem à criação da Organização Mundial do Comércio - OMC, em 1994.¹¹

De fato, há tempos os Estados Unidos da América - EUA demonstravam insatisfação com a CUP, pois consideravam insuficiente a proteção por ela albergada para a propriedade industrial. Assim,

7 No Acordo TRIPS é utilizada a terminologia "países de menor desenvolvimento". Opta-se neste artigo pela denominação "países desenvolvidos, em desenvolvimento e países menos desenvolvidos".

8 No texto, será utilizada a sigla CUP para referir-se à Convenção da União de Paris. A CUP originou-se de um anteprojeto, redigido em uma Conferência realizada em Paris no ano de 1880, e sua aprovação definitiva ocorreu em 6 de março de 1883, entrando em vigor em 7 de julho de 1883. O Brasil foi um dos signatários do acordo. A propósito, conferir SICHEL, Débora. Op.cit., p. 16.

9 "A Convenção de Paris pode creditar sua longevidade e vigor a uma receita simples: possui regras básicas para o cumprimento dos princípios do Tratamento Nacional e de Prioridade. Fora daí, deixa-se aos países-membros uma grande liberdade para legislar, adequando os conceitos de propriedade industrial aos interesses nacionais, ampliando-os e restringindo-os segundo seus objetivos. Com isso, torna-se possível usar a propriedade industrial como política econômica e tecnológicas, com vistas ao desenvolvimento do país e ao bem estar da população." Idem.

10 GUISE, Mônica Steffen. *Comércio Internacional, Patentes e Saúde Pública*. Curitiba: Juruá, 2008, p.27.

11 GONTIJO, Cícero Ivan Ferreira. *Propriedade Industrial do Século XXI. Direitos Desiguais. Principais aspectos da Propriedade Industrial em negociação nos vários foros internacionais. Comentários e Sugestões*. Brasília: Oxfam, 2003, p. 13.

houve intensa manifestação daquele país para transferir para o âmbito do GATT (Acordo Final sobre Tarifas e Comércio) as discussões no sentido de reforçar os mecanismos de proteção aos direitos dos titulares das patentes. A escolha desse foro como mais conveniente aos países desenvolvidos explica-se pelo fato de que os conhecimentos tecnológicos adquiriram, desde a década de 70, um papel fundamental na economia, gerando um movimento de internacionalização do comércio sem precedentes e uma maior conscientização de que muitas tecnologias poderiam ser facilmente copiadas ou falsificadas.

Em função desse cenário internacional, as empresas dos setores atingidos (localizadas especificamente nos EUA e na Europa) pressionaram para exigir maior proteção do direito de propriedade intelectual, para proteger seu acesso ao mercado internacional e para impedir a imitação e falsificação de seus produtos. Somado a este motivo, vários outros explicam a pressão para mudança de foro: (a) o procedimento de solução de controvérsias no âmbito de um acordo multilateral de comércio tornaria as disposições relativas à proteção da propriedade intelectual muito mais coercitivas; (b) a possibilidade de inserir o assunto da propriedade intelectual em um pacote global de negociações tornaria mais fácil a negociação desses direitos e, por fim, (c) no contexto do comércio internacional e do livre-comércio, os países em desenvolvimento exerceriam muito menos poder.¹²

Diante dessa manobra, vários países manifestaram sua discordância, principalmente o Brasil e a Índia, tendo em vista que a proposta apresentada pelos EUA traria grandes transformações às leis vigentes, protegendo muito mais as patentes e não levando em conta a situação de cada país, principalmente daqueles menos desenvolvidos.¹³ Entretanto, diante da enorme pressão de determinados setores empresariais sobre os países industrializados, como por exemplo, do setor de semicondutores, de circuitos integrados e, principalmente do setor químico-farmacêutico, representado pela indústria farmacêutica transnacional, houve a aprovação do TRIPS (Acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) em 1994.¹⁴ Com o acordo, houve a vinculação da propriedade intelectual

12 GUISE, Mônica Steffen. Op. cit., p. 29-30.

13 Brasil e Índia defendiam que a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) era o foro adequado para a discussão da propriedade industrial, por ser a administradora da Convenção de Paris.

14 A rodada do Uruguai foi a mais longa e complexa rodada de negociação no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). Dessa rodada culminou-se na assinatura do Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - TRIPS - e na criação da Organização Mundial do Comércio - OMC. Cf. BERMUDEZ, Jorge; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; CHAVES, Gabriela Chaves. *O Acordo TRIPS da OMC e os desafios para a Saúde Pública*, p. 70. In: BERMUDEZ, Jorge A.Z;

ao comércio internacional, estabelecendo-se um novo tratamento da matéria.

O TRIPS, portanto, trata-se de um acordo que estabelece os padrões mínimos de proteção da propriedade intelectual, em que os países Membros da OMC devem incorporar em suas legislações nacionais¹⁵. Uma das principais alterações introduzidas pelo Acordo TRIPS é a concessão da proteção da propriedade intelectual em todos os campos tecnológicos, inclusive no que concerne aos medicamentos.

No Brasil, as novas regras da propriedade industrial – Lei nº 9.279/96 – foram elaboradas em conformidade com o TRIPS, especificamente no tocante à definição das áreas sujeitas à patenteabilidade.

Anteriormente à edição da Lei de Propriedade Industrial, não havia reconhecimento de concessão de patentes para produtos farmacêuticos. A decisão de deixar de reconhecer patentes de produtos químico-farmacêuticos data de 1945, no final do Governo Vargas. Em 1969, no Governo Costa e Silva, igualmente não se reconheciam patentes com relação a processos¹⁶ nesse setor. Igualmente, essas exclusões foram confirmadas no Governo Médici, em 1971. Assim, como forma de proteção ao direito à saúde, optava-se pelo não patenteamento dos medicamentos, em face da necessidade pública de garantia desses produtos essenciais. Mas, a partir de 1996, os medicamentos passaram

OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; ESHER, Ângela (Orgs.). *Acceso a Medicamentos. Derecho Fundamental. Papel Del Estado*. Rio de Janeiro: ENSP, 2004, p. 69-79. Anote-se que até a assinatura do Acordo TRIPS, o Brasil foi sobretaxado em diversos produtos pelo governo norte-americano – aço, calçados, suco de laranja, têxteis, entre outros, em clara manobra de pressão. Cf. LIMA, Marcos Costa. *Patentes, Bem Público e Justiça Global. Desenvolvimento Desigual na América Latina e Mercosul: Oportunidades em Ciência e Tecnologia*, p. 263. In: ARNOUD, André-Jean (Org). *Globalização e Direito I. Impactos nacionais, regionais e transnacionais*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 253-302.

15 O TRIPS definiu as seguintes regras-padrão mínimas, a serem aceitas por todos os países: a) prazo mínimo de vinte anos para proteção de patentes e de dez para marcas, em todos os setores; b) listagem exclusiva dos titulares, com menção expressa dos direitos em relação a terceiros; c) obrigação de as licenças compulsórias serem não-exclusivas; d) transferência do ônus da prova para o acusado nas ações por contrafação referentes a patentes de processo; obrigação rígida de serem patenteadas todas as invenções, de produtos ou processo, em todos os setores; f) definição da extensão dos direitos das patentes de produto e de processo, ampliando a proteção do processo até o produto a que ele dá origem; g) ainda que permita restrições ao patenteamento de seres vivos, obriga ao de microorganismos, com possíveis reflexos no futuro da agricultura, pecuária e saúde. Cf. e de processo, ampliando a preotodutof) definioçor de semicondutores, de circuitos integrados e, principalmnetmpliando-os e res GONTIJO, Cícero. Op. cit., p. 14 e 25.

16 A Concessão de patentes pode ocorrer sobre o produto ou sobre o processo. Consoante notícia Marcos Costa Lima, o Brasil não reconhecia patentes sobre produtos e, posteriormente, estendeu o não reconhecimento igualmente para os processos. Decisões semelhantes à brasileira ocorreram no Japão, na Itália, na Suíça, no Canadá, o que não implicava em ferir o protocolo da CUP. Cf. LIMA, Marcos Costa. Op. cit., p. 261.

a ser patenteados no Brasil, em cumprimento ao disposto no Acordo TRIPS.

Medicamento é um produto que possibilita o alívio de dores, o salvamento de vidas e integra a implementação de políticas públicas para alcançar adequados níveis de saúde da sociedade. Portanto, eles constituem elemento importante de política sanitária do Estado. Ieda Tatiana Cury afirma serem os medicamentos produtos de primeira necessidade, pois transcendem os direitos civis para alcançar o patamar de coisa pública.¹⁷

O Estado brasileiro tem passado dificuldades para cumprir o programa de fornecimento de medicamentos às camadas populares, bem como para propiciar a toda a população medicamentos a preços mais acessíveis. Essa questão está intrinsecamente ligada ao setor farmacêutico.

1.2.2 O SETOR FARMACÊUTICO

O mercado farmacêutico se caracteriza pela existência de dois tipos de indústria: o primeiro, composto por um pequeno número de empresas de grande porte, transnacionais, as quais dominam quase todo o mercado e promovem grandes investimentos de alto risco e de vultosos lucros¹⁸. O segundo tipo é composto por empresas locais ou nacionais pequenas, com pequeno investimento em tecnologia.

As indústrias farmacêuticas de grande porte têm como países de origem os EUA, o Japão e a Suíça, por exemplo. Esses países defendem com rigor o sistema patentário, pois lhes interessam defender suas indústrias e os mercados já conquistados. Os lucros vultosos obtidos por essas indústrias se explicam pela capacidade de produção de novos medicamentos e no investimento em propaganda desses produtos. Segundo o médico Jorge Bermudez, o setor farmacêutico apresenta-se no mercado sob a forma de oligopólio, que se expressa através da segmentação do mercado por classes terapêuticas. A principal estratégia de competição do setor se dá via diferenciação de produtos. As empresas investem em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), visando gerar inovações que promovam diferenciação de seus produtos. Essa atuação possibilita manter a liderança de mercado, funcionando assim as patentes como garantia do retorno financeiro, retorno este que é propiciado pela inibição da entrada de novos concorrentes e pela

17 CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.113.

18 Idem.

possibilidade de praticar preços elevados. Na visão do especialista, os preços praticados pela indústria farmacêutica podem representar, por sua vez, uma importante barreira de acesso a medicamentos, principalmente nos países de média e baixa renda.¹⁹

Já as indústrias farmacêuticas de pequeno e médio porte produzem os medicamentos genéricos e os licenciados. A concorrência ocorre da mesma maneira que em qualquer outro setor da economia. Essas indústrias se localizam nos ditos países periféricos (menos desenvolvidos e em desenvolvimento), inclusive no Brasil.²⁰

Buscando minimizar os efeitos do Acordo TRIPS e possibilitar um maior acesso aos medicamentos, o Brasil implementou uma determinada política, da qual se destacam três elementos: o Programa de Medicamentos Genéricos (PMG), o registro e acompanhamento de preços e o acesso gratuito e universal a medicamentos pelos portadores do vírus HIV.²¹

Importa aqui destacar que os medicamentos genéricos, por serem insuscetíveis de registro de patente, permitem a prática de preços, em média, 42% menores que os patenteados.²² Há os que afirmam que a implantação e o desenvolvimento dos genéricos ocorreu em face da proteção das patentes de medicamentos, adotada em 1996.²³ Com efeito, os genéricos constituem-se em produtos substitutos, cuja introdução no mercado amplia a possibilidade de escolha dos consumidores e a competição.

Assim, entende-se, de forma geral, que os países tecnologicamente desenvolvidos defendem um rígido sistema patentário, com o fito de beneficiar suas indústrias. Já os menos desenvolvidos defendem um sistema flexibilizado, a fim de atender os interesses nacionais.²⁴ Essa consideração, por conseguinte, permite visualizar um primeiro ponto de tensão entre patentes e saúde.

19 BERMUDEZ, Jorge; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; CHAVES, Gabriela Chaves. Op. cit., p. 70.

20 CURY, Ieda Tatiana. Op. cit., p. 114.

21 Idem.

22 Sobre as vantagens dos genéricos ver CURY, Ieda Tatiana. *A Patente e os Direitos Humanos*, p. 109. In: *Estudos de Direitos Humanos. Ensaios Interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 101-114.

23 Ibidem, p. 116.

24 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política de Patentes e o Direito de Concorrência*, p. 159. In: PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Márcio Iorio (org.). *Política de Patentes em Saúde Humana*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 154-191.

1.2.3 O TRIPS EM FACE DA SAÚDE PÚBLICA: A TENSÃO ENTRE MONOPÓLIO E SAÚDE, A DECLARAÇÃO DE DOHA E AS DOENÇAS NEGLIGENCIADAS

Já, em 1995, começaram os questionamentos relativos ao possível impacto negativo que o Acordo TRIPS poderia ter nas políticas de acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. É fato que o acordo TRIPS foi construído sobre base essencialmente econômica, estando a saúde fora da lógica que o fundamentou.

Nesse contexto, o que se verificou, com o passar dos anos, é que após o estabelecimento do acordo TRIPS houve uma maior concentração do conhecimento e da tecnologia nas grandes corporações, elevação dos preços dos produtos patenteados e, em contrapartida, um menor avanço científico e tecnológico nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, impactando de forma negativa a proteção à saúde.

A questão do acesso a medicamentos só entrou na agenda internacional quando, em 2001, a IV Conferência Ministerial da OMC, em Doha (Catar), discutiu temas relacionados à promoção do desenvolvimento dos países mais pobres. No que se refere à saúde pública, foi aprovada a Declaração Ministerial sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública – conhecida como Declaração de Doha –, que representou uma mudança de paradigma nas relações comerciais internacionais *ao reconhecer que os direitos de propriedade industrial não são absolutos, nem superiores aos outros direitos fundamentais*. Essa declaração reafirmou o direito aos países Membros de interpretar, incorporar e utilizar as flexibilidades e salvaguardas previstas no TRIPS de forma a ampliar as possibilidades de acesso de suas populações aos medicamentos.

No Brasil, a possibilidade da emissão de uma licença compulsória foi inicialmente utilizada como instrumento de pressão no processo de negociação de preços de medicamentos anti-retrovirais (ARVs). Entretanto, somente em maio de 2007, foi utilizada no país a licença compulsória ou como é conhecida vulgarmente “quebra de patentes” para o principal medicamento anti-retroviral utilizado no combate ao vírus da AIDS: o EFAVIRENZ.

Um segundo ponto a evidenciar a tensão estabelecida entre saúde e patentes diz respeito às doenças ditas negligenciadas. As doenças negligenciadas são, em sua maioria, doenças tropicais que afetam milhares de pessoas no mundo. Em geral, as populações

atingidas por essas doenças são pobres. Alguns exemplos são: a leishmaniose, a doença do sono, a malária, a doença de chagas, a dengue, entre outras.²⁵

No que se refere a essas doenças, existe um grande volume de trabalhos científicos que tratam da biologia, da imunologia e da genética dos parasitas causadores de doenças. Entretanto, todo esse conhecimento não se reverte em ferramentas terapêuticas para as pessoas afetadas. Ao contrário, o que se constata é que essas doenças têm sido progressivamente marginalizadas, pelo fato de que, por não oferecerem um retorno lucrativo para a indústria farmacêutica, não se realizam investimentos em pesquisa e desenvolvimento de novos medicamentos.²⁶

A Organização Humanitária Médicos Sem Fronteiras – MSF produziu o documento intitulado “Desequilíbrio Fatal – A crise de Pesquisa e Desenvolvimento de Drogas para Doenças Negligenciadas”²⁷ abordando, de forma contundente, a falta de pesquisa para essas doenças e, via de consequência, o impacto dessa omissão na saúde das populações mais pobres do mundo.

Na Declaração de Doha há, igualmente, explícito reconhecimento da gravidade dos problemas de saúde pública que afligem muitos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, especificamente no tocante aos problemas resultantes de HIV/AIDS, da tuberculose, malária e outras epidemias.

Interessante constatar que, ao menos no contexto brasileiro, tanto a prática de preços elevados a funcionar como barreira ao acesso a medicamentos essenciais, quanto a falta de investimentos em medicamentos para as doenças negligenciadas, estão a evidenciar a tensão entre dois direitos constitucionalmente protegidos – saúde e propriedade. Cabe, portanto, indagar como sopesar estes direitos nos casos concretos. Diante dessa indagação, investiga-se a seguir a tensão entre os direitos aqui analisados.

25 MSF e FIOCRUZ. Disponível em: <http://www.dndi.org.br/português/doenças_negligenciadas.aspx>. Acesso em: 12.set.2008.

26 Idem.

27 MSF, FIOCRUZ e OUTROS. Desequilíbrio Fatal – A crise de Pesquisa e Desenvolvimento de Drogas para Doenças Negligenciadas. Disponível em: <http://www.dndi.org.br/Português/publicações_dndi.aspx>. Acesso em 12.set.2008

2 SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

2.1 DIREITO À SAÚDE NA ORDEM INTERNACIONAL E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A questão da saúde foi percebida de diferentes formas ao longo da Modernidade.²⁸ Inicialmente pensava-se na saúde do ponto de vista da ausência de doenças. Essa visão foi gradativamente substituída pelo entendimento de que saúde consiste também no direito de acesso à cura. Esse viés preventivo surgiu a partir do *Welfare State*.²⁹

De fato, na trajetória histórica dos direitos fundamentais na Modernidade, pode-se divisar duas grandes fases, que correspondem, respectivamente, ao Estado Liberal e ao Estado Social, cada modelo com suas características específicas. Atualmente, fala-se no esgotamento do Estado Social e na emergência de novo paradigma, denominado Estado pós-social³⁰, em que o Estado Democrático de Direito aparece como superação real do Estado social de Direito, o que será abordado mais adiante.³¹

No tocante ao direito à saúde, foi, sobretudo, a partir do séc. XIX e com o surgimento da Revolução Industrial na Europa (especificamente na Inglaterra) que se passou a considerar a saúde pública numa acepção moderna. Antes do séc. XIX, havia, em geral, apenas um senso de

28 Nesse artigo, o período da Modernidade pode ser entendido da forma como define Cristiano Paixão, ou seja, um novo paradigma surgido, sobretudo, a partir dos últimos anos dos Oitocentos, com a fixação de duas premissas fundamentais: a diferenciação funcional e as constituições escritas. Nele se pode conceber uma subdivisão de paradigmas: o do Estado Liberal, o do Estado Social e do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, destaca o autor: "Nos últimos anos dos Oitocentos, a sociedade ocidental havia passado por uma série de transformações tão significativa que a explicação da vigência do direito com fundamento na teoria do jusnaturalismo racional começava a perder a sua capacidade de esclarecimento e persuasão. O aumento do grau de complexidade das relações sociais, a aceleração do devir histórico (a chamada "Era das Revoluções") e a modificação da semântica do tempo (Modernidade, conceito reflexivo, volta-se para um futuro em aberto, impulsionado pela dinâmica do progresso) ensejaram uma substancial alteração na vigência do direito, com a introdução de um movimento inteiramente novo em termos históricos – o constitucionalismo." PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*. p.32. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org). *O novo direito administrativo brasileiro. O Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum 2003. p. 19-50.

29 HERINGER, Astrid. *Patentes e Medicamentos: Aspectos Jurídicos e Sociais*, p.325. In: ANNONI, Danielle (Org). *Direitos Humanos & Poder Econômico. Conflitos e Alianças*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 307-332.

30 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.5.

31 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.48.

responsabilidade comunitário em relação à saúde pública, senso este que remonta às antigas civilizações.³²

Observou-se que nas primeiras décadas do capitalismo industrial um grande número de pessoas era submetido a péssimas condições de trabalho, o que veio a gerar sérios problemas de saúde, inclusive doenças epidêmicas como a cólera. A partir daí, constatou-se a necessidade de intervenção estatal para assegurar condições mínimas de sobrevivência digna do homem, reconhecendo-se assim direitos sociais. Dentre eles, destaca-se o direito à saúde, que passou gradativamente a ser entendido como de natureza pública subjetiva, exigível do Estado.³³

Na ordem internacional, vários documentos tratam desse direito social como um direito humano. Na Organização Mundial da Saúde – OMS³⁴, a saúde foi conceituada como um estado de completo bem estar físico, mental e social e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade. O preâmbulo da Constituição da OMS explicita que *gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, religião, de credo político, de condição econômica ou social*. No preâmbulo, é salientado ainda que os Governos são responsáveis pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.

Outro documento importante é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabelece um padrão de vida, com vistas a assegurar saúde e bem-estar aos indivíduos.³⁵ Essa declaração, contudo, carrega mais uma carga simbólica no tocante à saúde³⁶. Já o Pacto

32 CURY, Ieda Tatiana, 2005, Op. cit., p. 35-36.

33 Ibidem, p. 36-38.

34 Criada em 1948, a OMS trata-se de uma agência especializada da ONU para a saúde e conta com 192 membros, dentre eles o Brasil. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.who.org>. (Consultado em 18.08.08)

35 A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 225.

36 Fábio Konder Comparato comenta que “tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Nessas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Foi por essa razão, aliás, que a Comissão de Direitos Humanos concebeu-a, originalmente, como etapa preliminar à adoção ulterior de um pacto ou tratado internacional sobre o assunto, como lembrado acima. Esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.” Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Op.cit., p. 226- 227.

Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁷ reconhece a saúde como um direito e o estabelecimento de que os Estados deverão adotar medidas para efetivá-lo, sob pena de gerar algum tipo de sanção internacional para aqueles signatários que infringjam as suas disposições. Dessa forma, a idéia-força assentada no Pacto de Direitos Humanos para os direitos econômicos, sociais e culturais é de albergar obrigação de natureza prestacional (dever de proteção do Estado).³⁸

Na América, temos também um documento relevante: a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica³⁹.

Todos esses documentos internacionais evidenciam valores tipicamente desejáveis de um modelo de Estado Social que reconhece o direito à saúde como direito social. Mas afigura-se insuficiente o reconhecimento do direito em si, diante da necessidade de efetivá-lo de forma consistente em cada Estado Nacional.⁴⁰

Vários países adotaram em suas constituições o direito à saúde como um direito fundamental. Por exemplo, destacam-se: Argentina, Paraguai, Uruguai, Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Grécia e França.

37 O Pacto foi adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966 e foi ratificado pelo Brasil em 12.12.91. Ibidem, pág.279.

38 Pode-se dizer que o direito à saúde tem duas dimensões: a negativa, que significa basicamente que, a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros; e a positiva, que se refere ao aspecto prestacional do direito à saúde. Cf. SARLET, Ingo Sarlet. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.direitodoestado.com.br/redal.asp>. (Consultado em 14.08.08)

39 A Conferência de São José da Costa Rica foi aprovada em 22 de novembro de 1969, reproduzindo a maior parte das declarações constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966. Posteriormente, a fim de obter a adesão dos Estados Unidos à Convenção, a Conferência de São José da Costa Rica decidiu deixar para um Protocolo à parte a declaração de direitos econômicos, sociais e culturais. Tal Protocolo foi aprovado na Conferência Interamericana de São Salvador, em 17 de novembro de 1988. Cf. COMPARATO, Fábio Konder, op. cit. p. 367.

40 Para Richard B.Bilder, o movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção de promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, em âmbito mundial BILDER, Richard B. *An overview of international human rights law*. 2ª. Ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992, p. 3-5 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*. Disponível na Internet via WWW.URL: [HTTP://www.defensoria.sp.gov.br/Repositório/31/Documentos/Artigos/00000034-00_FlaviaPiovesan.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/Repositório/31/Documentos/Artigos/00000034-00_FlaviaPiovesan.pdf). (consultado em 23.08.09).

No Brasil, o direito à saúde e seu caráter de direito fundamental e social pode ser extraído da Constituição de 1988. No seu art. 1º, inciso III, a Constituição Federal dispõe que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O art. 3º especifica quais são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles a promoção do bem de todos e a criação de sociedade justa e solidária. O art. 6º prevê direito à saúde como direito social. De forma mais específica, o direito à saúde é tratado no título VIII - Da Ordem Social -, onde são arroladas as diretrizes, normas e políticas essenciais à área da saúde. No art. 196⁴¹, estipula-se a saúde como *um direito de todos e dever do Estado*, devendo ser garantida mediante políticas sociais e econômicas. Assim, a saúde além de ser um direito fundamental é também um dever, porque há obrigação precípua do poder público para efetivá-lo, mediante políticas públicas.

A Constituição brasileira de 1988 consagra os princípios de universalidade e equidade no acesso às ações e serviços de saúde e busca assegurar a cura e a prevenção de doenças por meio de medidas que assegurem a integridade física e mental do ser humano, em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

Denota-se, pois, da própria normatização constitucional do direito à saúde a sua dimensão de um direito fundamental e de direito humano⁴², fundado no princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é conceito constitucional que fundamenta o direito à saúde, enquanto núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro.⁴³

41 Constituição Federal: "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

42 Na acepção lata, não há diferenças substanciais entre as expressões "direitos do homem", "direitos humanos" e "direitos fundamentais". Entretanto, no sentido estrito, essas expressões são empregadas de forma distinta, sendo direitos humanos um termo internacionalista dos direitos fundamentais, ou seja, direitos e liberdades previstos em tratados internacionais. Os direitos fundamentais tratam dos direitos e liberdades garantidos institucionalmente pelo direito positivo do Estado. Cf. CURY, Ieda Tatiana, 2005, Op. cit., p.1.

43 Para Flávia Piovesan "o valor da dignidade humana – imediatamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional. PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*. [on line] Disponível na

Isto quer dizer que o princípio da dignidade humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais, apresentando-se como limite, tanto no sentido de que os Poderes Públicos devem abster-se de atentar contra ele, quanto como um norte para a conduta estatal, na medida em que impõe às autoridades públicas o dever de ação, para a garantia das condições de vida com dignidade⁴⁴.

Por fim, merece ser ressaltado que, a partir de 1988, o Brasil adotou a concepção do Estado Democrático de Direito, exigindo do cidadão intérprete a análise do direito à saúde sob o prisma da justiça social, da garantia da qualidade de vida e da efetiva participação cidadã na implementação das políticas públicas.

2.2 DIREITO À PROPRIEDADE: AS PATENTES

Na Constituição Federal de 1988 existem vários dispositivos que tratam do direito de propriedade. Por exemplo, o art. 5º, incisos XXII e XXXI, CF/88, em que ele é considerado de forma mais ampla⁴⁵, ao contemplar direitos de propriedade, de sucessão, de direito autoral, de direito de propriedade imaterial.

Contudo, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXIII, determina que o direito à propriedade será garantido desde que ele atenda a sua função social. Esse dispositivo enfatiza que toda forma de propriedade deve ser condicionada a esse valor constitucional de função social, inclusive quanto ao direito de propriedade imaterial (invenções, desenhos e marcas de indústria e comércio, nome comercial, indicações geográficas, segredos de fábrica e repressão à concorrência desleal).⁴⁶

O chamado direito de propriedade de inventos, patentes e marcas, por sua vez, encontra-se consagrado no art. 5º, inciso XXIX, da Constituição que estabelece que a lei assegurará aos autores de

Internet via WWW.URL: [HTTP://WWW.defensoria.sp.gov.br/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPiovesan.pdf](http://WWW.defensoria.sp.gov.br/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPiovesan.pdf). (consultado em 23.08.09)

44 Cf. SARMENTO, Daniel. Op., cit., p.89.

45 “O conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele de que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da Lei Maior tornou-se necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica.” BASTO, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: 1989, v. 2, p. 118-119 apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 426.

46 Constituição Federal: “Art. 5º [...] XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.”

inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade de marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, *tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do País*.

Apreende-se que os direitos do inventor são tidos como direitos de propriedade, erigidos ao patamar de direitos fundamentais. Sofrem, contudo, as limitações decorrentes do princípio da função social, consoante consagrado no art. 5º, inciso XXXIII, pois esse dispositivo afastou uma concepção puramente individualista de toda e qualquer forma de propriedade privada, para limitar o seu exercício ao atendimento da função social. Na ordem constitucional, portanto, a propriedade privada vincula-se a sua função social, não sendo garantida de forma absoluta.

Infere-se, ainda, do exposto no inciso XXIX do art. 5º, CF/88, que a existência da propriedade ainda está condicionada ao atendimento dos requisitos de “interesse social e desenvolvimento tecnológico do País”.

Dessa forma, seja na função social da propriedade (acepção genérica), seja no condicionamento constitucional do privilégio patentário ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País (acepção específica), encontram-se para o legislador duas considerações. Por um lado, os limites dos direitos que poderão ser assegurados ao inventor. Por outro lado, os parâmetros de interpretação jurídica na condução das políticas públicas. Nesse contexto, os direitos do inventor não poderão jamais se sobrepor indiscriminadamente aos interesses sociais, que caracterizam, nesse debate, a necessidade de formulação de políticas públicas e a efetivação de ações concretas que propiciem o desenvolvimento tecnológico e econômico.

A própria lei de patentes brasileira, dentro da diretriz traçada constitucionalmente, destaca, em seu artigo 2º, que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial deve efetivar-se na medida do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do país.⁴⁷ Observe-se, mais uma vez, que apesar da polissemia das expressões “interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico do país”⁴⁸, cumpre não só ao legislador, mas também ao intérprete, aliar tais conceitos ao interesse público. Como se vê, a legislação nacional oferece igualmente abertura para interpretações que possibilitem a efetivação do direito à saúde, a partir do cumprimento da cláusula “interesse social”.

47 Lei nº 9.279/96: “Art. 2º. A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerando o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I – a concessão de patentes e de modelo de utilidade; [...]”

48 FURTADO, Lucas Rocha. Op. cit., p.22.

Destaque-se que a legislação patentária brasileira deve adequar-se aos padrões internacionais, a fim de não alijar o Brasil do contexto da economia globalizada. Isto, no entanto, não pode significar o afastamento das diretrizes constitucionais.

O sistema patentário, portanto, não pode privilegiar uma concepção puramente individualista, só merecendo proteção legal e seu efetivo exercício na medida exata de sua função social.

O Acordo TRIPS, no seu artigo 7º, ao traçar seus objetivos, dispõe que a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual *devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem estar social e econômico* e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.⁴⁹

Já o artigo 8º prevê, como princípio, que os membros do Acordo, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, *podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas* e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto no Acordo TRIPS.⁵⁰

Em que pese a complexidade do acordo, há igualmente abertura em seu texto, permitindo leituras que conduzam ao entendimento da primazia do interesse social sobre o individual, em especial quando se cuidar de proteger o direito à saúde das populações dos países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento.

Com efeito, essa abertura já possibilitou, inclusive, a conquista de um importante instrumento político, conhecido como a Declaração de Doha, documento que reafirma o direito dos países Membros da OMC de interpretar, incorporar e utilizar as flexibilidades previstas no Acordo TRIPS. Em suma, a declaração permite que os países tomem medidas para a proteção da saúde pública, ao reconhecê-la, numa dada situação, como valor de maior peso que os interesses comerciais e as patentes.⁵¹ O interesse público, portanto, é igualmente colocado em evidência nesse documento.

49 Ver Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994 que promulgou a Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada do Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. In: SILVEIRA, Newton. *A Propriedade Intelectual e as Novas Leis Autorais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

50 Idem.

51 Grupo de Incentivo à vida (GIV) Grupo pela Vida-SP e Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP). *O que é e como surgiu a Declaração de Doha?* Disponível em: <<http://www.deolhonaspatentes.org.br>>. Acesso em 16.set.2008.

Da análise deste arcabouço jurídico aqui apresentado, conclui-se que a propriedade privada – no caso em tela, a patente, só poderá existir se atender a sua função social e desde que considerados o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico.

3.3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: CAMINHOS POSSÍVEIS E FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE.

Nas situações apresentadas ao longo deste artigo, percebe-se claramente a possibilidade de surgimento de tensões estabelecidas entre os direitos constitucionalmente protegidos, a saber – o direito à saúde e o direito à propriedade. Do ponto de vista jurídico, pode ocorrer aqui, portanto, o que se denominou colisão de direitos fundamentais.

Para o Professor José Carlos Vieira de Andrade, haverá colisão de direitos sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois princípios, valores ou bens em contradição concreta, ou seja, sempre que a esfera de proteção de um determinado direito for constitucionalmente protegida de modo a intersectar a esfera de outro direito protegido e igualmente fundamental e constitucional.⁵²

Nessa perspectiva, o princípio da proporcionalidade é tido como possível método de solução jurídica, quando houver colisão entre princípios fundamentais.

O princípio da proporcionalidade compõe-se não só pela vertente de uma proibição de excesso, que se revela mediante a contrariedade, incongruência, falta de razoabilidade ou inadequação entre os meios e os fins (*Übermassverbot*),⁵³ mas também na vertente de uma proibição de proteção insuficiente ou deficiente (*Untermaßverbot*). Nesse sentido, quando o Estado se omite em concretizar um ato ou política pública para o qual teria o dever de agir ou quando sua atuação revela-se insuficiente para efetivar adequadamente determinado direito ou dever, ocorrerá lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente.⁵⁴

Em recente decisão proferida na Suspensão de Liminar nº 235-0/TO (DJ 4.8.2008) pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da

52 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 220 *apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica De Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p.111.

53 Pode-se aqui citar exemplos específicos compreendidos na área penal e no exercício de poder de polícia da Administração.

54 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 333.

proibição da proteção insuficiente foi utilizado como método de solução para a colisão entre o princípio da separação dos Poderes, concretizado pelo direito do Estado de Tocantins de definir discricionariamente a formulação de políticas públicas voltadas a adolescentes infratores e a proteção constitucional dos direitos dos adolescentes infratores a uma política básica de seu atendimento.

Em uma visão inovadora, ponderou-se que a determinação constitucional de absoluta prioridade na concretização do previsto no art. 227 da Constituição Federal, em razão da alta significação de proteção aos direitos da criança e do adolescente, impõe ao Poder Estatal providências concretas para a efetivação do direito ali albergado, sob pena de possibilitar ao Estado ampla discricionariedade na escolha de suas condutas, impedindo assim a efetivação do direito constitucionalmente protegido.

Nesse mesmo sentido, também pode ser pensado o direito à saúde em face ao direito patentário. Na medida em que o direito à saúde é previsto constitucionalmente como direito de todos *e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas* (art. 196), *no qual as ações e os serviços por ele prestados são considerados de relevância pública* (art. 197). Reside aí a idéia de saúde como política prioritária.

Com efeito, subsume-se dos dispositivos constitucionais apontados a relevância da atuação Estatal na área da saúde, o que impõe ao Poder Estatal o dever de não se eximir da garantia desse direito.

Observe-se, ainda, que o direito à saúde é hoje reconhecido tanto pela doutrina, quanto pelo Poder Judiciário, como um direito humano fundamental, cujas normas constitucionais a ele relativas são de aplicabilidade imediata⁵⁵ e de eficácia plena (art. 5º, §1º, da CF).

Ao comentar o princípio da máxima eficácia, Ingo Sarlet comenta que a norma contida no art. 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, apresenta caráter de norma-princípio, *de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização*, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível.⁵⁶

55 PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas*, p. 253. In: *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Conselho Editorial, 2006, p. 251-264.

56 SARLET, Ingo Sarlet. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.direitodoestado.com.br/redal.asp>. (Consultado em 14.08.08)

Com efeito, o direito à saúde, enquanto direito fundamental, não pode mais ser considerado mero enunciado sem qualquer força normativa, não pode ficar ao alvedrio da vontade estatal, mas deve ser efetivamente concretizado.

Portanto, a atuação estatal que proteja o direito à saúde de forma deficiente ou insuficiente, na análise concreta de cada situação, poderá vir a configurar-se lesiva ao princípio da proibição da proteção insuficiente. Nessa linha de idéias, o Estado não está somente obrigado a agir, a implementar políticas públicas que efetivem o direito à saúde, mas terá que fazê-lo eficientemente.

Anote-se que a observância ao princípio da proibição da proteção insuficiente deve e pode ser exigida por todos os possíveis intérpretes das normas constitucionais.⁵⁷

Observe-se, ainda, que o conceito de relevância pública do direito à saúde, destacado no art. 197 da Constituição Federal e colocado como dever-poder do Estado de proporcioná-los adequadamente, suficientemente à população brasileira, merece ser relacionado ao conceito de interesse público, estabelecido na Lei de Propriedade Industrial, de maneira geral, e especificamente no que se refere às licenças compulsórias.⁵⁸

Celso Campilongo nos assevera que o interesse público ocorrerá nos casos relacionados à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como naqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou socioeconômico do país, ou seja, são de interesse público todos os assuntos que, de alguma forma, relacionam-se com a preservação da dignidade humana.⁵⁹

57 Destaque-se que o princípio da proporcionalidade é viável como parâmetro de controle dos atos estatais. Inclusive há referências explícitas da proporcionalidade no ordenamento jurídico pátrio (Lei n.º 9.784/99). Cf. MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Limites e possibilidades da técnica de ponderação de bens a partir da teoria jusfundamental*. (Curso de especialização SUI JURIS, pós-graduação *lato sensu* em direito, estado e constituição). União Educacional Do Planalto Central – UNIPLAC. Brasília-DF, 2006, p. 61-87.

58 Licença compulsória constitui-se em um importante mecanismo de que o Estado Brasileiro dispõe para fazer com que a propriedade cumpra sua função social. A lei de propriedade industrial define que, em determinados casos, o Poder Público pode, compulsoriamente, licenciar o objeto da patente, retirando do titular o direito conferido e transferindo, dessa forma, o direito de fabricação de determinado produto para outra empresa ou para um laboratório oficial. Os casos de licença compulsória estão previstos no art. 68 e seguintes da Lei n.º 9.279/96. Dá-se quando: a) o titular do direito patentário exercer, de forma abusiva, os direitos decorrentes da patente; 2) a patente for meio para prática de abuso econômico; 3) não houver exploração do objeto da patente, por falta de fabricação ou fabricação incompleta, ou ainda falta de uso integral do processo; a comercialização não satisfizer às necessidades de mercado; nos casos de emergência nacional e interesse público. Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op.cit., p.164.

59 Ibidem, p. 166.

No que tange às patentes de medicamentos, observa-se que as *políticas públicas* devem ser construídas *em face do interesse social*, buscando alcançar o desenvolvimento tecnológico e econômico, em consonância ao disposto no art. 5º, XXIX, da Constituição Federal. Sob esse ângulo, o exercício das atividades industriais - em que se inserem as indústrias farmacêuticas - não tem, nos monopólio das patentes, instrumentos de proteção incondicional, ou seja, tal monopólio não ostenta valor absoluto. Esse postulado constitucional é restringido na medida exata do interesse social.

Nesse sentido, Mônica Guise assevera que, para a consecução de políticas de saúde, é essencial que as novas regulamentações em matéria de propriedade intelectual reconheçam e façam uso de todas as flexibilidades previstas no Acordo TRIPS,⁶⁰ inclusive as licenças compulsórias - mecanismo utilizado para minimizar os efeitos advindos do monopólio da patente, evitar abusos e fazer com que a propriedade cumpra sua função social.⁶¹

Importante o alerta de Ieda Cury no sentido de que qualquer esforço é válido para amenizar o terrível abismo de desigualdades e, dentro do Direito, essa tentativa deve partir do Executivo, com a utilização de mecanismos legais (licença compulsória) ou, ainda, por meio da releitura dos textos constitucionais e infralegais.

Outro ponto a ser destacado é que o direito à saúde, bem como os demais direitos sociais, devem ser garantidos pelo Estado Democrático de Direito, fundado na inclusão social e na cidadania.

O Brasil adotou, a partir da Constituição Federal de 1988, a concepção de ser um Estado Democrático de Direito, o que representa dizer que pretende ser um Estado que garanta a democracia, que privilegie os direitos humanos, os direitos fundamentais e, especificamente, os direitos sociais. O direito brasileiro, conforme a concepção delineada em 1988, assume feições de um sistema mais aberto, criado não só para regular as relações humanas⁶², mas também para promover a transformação social.

60 GUISE, Mônica Steffen. Op.cit., p.136-137.

61 CURY, Ieda Tatiana, 2006, Op.cit., p. 101

62 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário* apud MOREIRA, Nelson Camatta. *Dignidade Humana na Constituição Dirigente de 1988*. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Disponível na Internet via WWW, URL: <http://www.direitodeestado.com.br/redae.asp>. (Consultado em 18.08.09).

Tem-se que a saúde não é dever apenas do Estado, mas da sociedade como um todo. Em outras palavras, não basta apenas um Estado provedor, mas há necessidade da efetiva participação social dos cidadãos, seja na interpretação jurídica, seja na exigência da concretização de políticas públicas. Como afirmado por Daniel Sarmiento, o jogo democrático é incompleto quando se limita às relações estatais. É necessária a participação de outras instâncias, como a família, as empresas, os sindicatos e as associações.⁶³

3 CONCLUSÃO

Frise-se, inicialmente, que não se defende a burla dos direitos patentários e nem se pretende, com este trabalho, esgotar a investigação sobre tema de tamanha importância. Contudo, já se podem tecer algumas considerações:

- a) podem ser evidenciadas tensões entre o direito patentário e o direito à saúde, tanto no que se refere ao acesso a medicamentos essenciais, haja vista a prática de preços elevados decorrente do monopólio, quanto no que se refere à falta de investimento em pesquisa para as doenças ditas negligenciadas;
- b) o direito patentário não se apresenta absoluto, mas ao contrário, sofre limitações, na medida em que sua existência está condicionada ao atendimento de sua função social;
- c) um possível caminho para solucionar a tensão estabelecida entre direito patentário e direito à saúde é o princípio da proporcionalidade, em sua vertente do princípio da proibição da proteção deficiente ou insuficiente, como norteador da atuação estatal, na medida em que as políticas públicas devam ser efetivamente implementadas de forma eficiente e adequada;
- d) no que tange ao direito à saúde, subsume-se do ordenamento jurídico que a atuação estatal se constitui em um dever (necessidade de implementação de políticas públicas, dado o caráter prioritário do direito) e essa relevância deve associar-se ao interesse social previsto na Constituição Federal e na Lei de Patentes;
- e) por fim, ressalte-se que não é só necessária a atuação Estatal para efetivação do direito à saúde, mas há de se dar destaque à

63 SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 321.

dimensão democrático-participativa no âmbito de efetividade desse direito.

REFERÊNCIAS

BERMUDEZ, Jorge. OLIVEIRA, Maria Auxiliadora. CHAVES, Gabriela Costa. *O Acordo Trips e os desafios para a Saúde Pública*, p.70. In: BERMUDEZ, Jorge A.Z.; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; ESHER, Angela. (Orgs). *Acceso a Medicamentos. Derecho Fundamental. Papel Del Estado*. Rio de Janeiro, ENSP, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política de Patentes e o Direito de Concorrência*, p.159. In: PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Márcio Iorio (org.). *Política de Patentes em Saúde Humana*. São Paulo: Atlas, 2001.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde. Evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CURY, Ieda Tatiana. *A Patente e os Direitos Humanos*, p. 109. In: DELGADO, Ana Paula Teixeira; CUNHA Maria de Lourdes da. (Orgs.) *Estudos de Direitos Humanos – Ensaio Interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

GUISE, Mônica Steffen. *Comércio Internacional, Patentes e Saúde Pública*. Curitiba: Juruá, 2008.

HERINGER, Astrid. *Patentes de medicamentos: aspectos jurídicos e sociais*, p. 325. In: ANNONI, Daniela. *Direitos Humanos & Poder Econômico. Conflitos e Alianças*. Curitiba: Juruá, 2007.

LIMA, Marcos Costa. *Patentes, Bem Público e Justiça Global. Desenvolvimento Desigual na América Latina e Mercosul. Oportunidades em Ciência e Tecnologia*, p. 261 e 263. In: ARNAUD, André-Jean. (Org.). *Globalização e Direito I. Impactos nacionais, regionais e transnacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Limites e possibilidades da técnica de ponderação de bens a partir da teoria jusfundamental*. (Curso de especialização SUI JURIS, pós-graduação lato sensu em direito, estado e constituição). União Educacional Do Planalto Central – UNIPLAC. Brasília-DF, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redal.asp>> . Acesso em: 14. ago. 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SICHEL, Débora Lacs. *Direito Patentário no Brasil – Do Estado Nacional para o mundo Globalizado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVEIRA, Newton. *A propriedade Intelectual e as Novas Leis Autorais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

