

PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL: POR UM SISTEMA EFETIVO DE FORTALECIMENTO DAS PATENTES

THIAGO ZANETTI KÜLLINGER*

RESUMO

O presente trabalho baseia-se na realização de uma análise crítica sobre o tema patentes de medicamentos, observando como o tema vem sendo abordado pela doutrina e como ele vem sendo aplicado empiricamente. Outrossim, verificar quais são os casos em que a lei prevê a licença compulsória e, assim buscar um meio alternativo a este instituto, isto é, buscar um ponto de equilíbrio, para que não se “quebre a patente de um medicamento” e, mesmo assim, se consiga assegurar a todos os cidadãos brasileiros o acesso aos medicamentos necessários para o tratamento do vírus HIV e câncer.

Palavras-chave: Licença Compulsória. Quebra de Patente de Medicamentos. Juízo de proporcionalidade. Desenvolvimento tecnológico. Interesse Público.

*Fecha de recepción: 10 de Agosto de 2012
Fecha de aceptación: 11 de Octubre de 2012*

* Faculdade de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis. Brasil. Porto Alegre/RS.

PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN BRASIL: POR UN SISTEMA EFICAZ QUE PERMITA EL FORTALECIMIENTO DE LAS PATENTES

RESUMEN

El presente trabajo esta basado en la realización de una análisis critico sobre el tema de patentes de medicamentos, observando como el tema viene siendo tratado por la doctrina y cómo esta siendo aplicado empíricamente. Igualmente se propone verificar cuáles son los casos en que la ley impone el permiso compulsorio y, así encontrar un medio alternativo a este instituto, esto es, buscar un punto de equilibrio, para que no se quiebre la patente de un medicamento y, así mismo se consiga asegurar a todos los ciudadanos, brasileros el acceso a los medicamentos necesarios para el tratamiento del virus HIV (CIDA) y el cáncer.

Palabras clave: *Permiso compulsorio; quiebra de patente de medicamentos; juicio de proporcionalidad; desarrollo tecnológico; enteres público.*

INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION IN BRAZIL: FOR AN EFFECTIVE SYSTEM OF PATENT STRENGTHENING

ABSTRACT

This paper in based on the achievement of a critical analysis on the issue of medicine patents, observing how the subject has been approached by the doctrine and how it has been empirically applied. Also it will be study the legal cases where the law provides for compulsory licensing and seeks for an alternative, in which it is necessary to find balance, so as not to “break a medicine patent” in a way that ensures Brazilians access to needed medicines for the treatment of HIV and cancer.

Key words: *Compulsory License, “Break a medicine patent, Proportionality judgment, Technological development, and Public interest.*

1. INTRODUÇÃO

A proposta aqui defendida será de estabelecer um ponto de equilíbrio¹ na coexistência das patentes de medicamentos do HIV e câncer e o fornecimento de medicamentos a todos os cidadãos brasileiros. Porém, para chegarmos neste ponto de equilíbrio, se faz necessário dissecar o problema, delineando quais são os bens fundamentais em conflito, quais são as possibilidades de solução e de que modo pode-se solucioná-lo.

Importa saber quais normas do ordenamento serão atendidas e quais serão restringidas, para determinar se no caso ora em análise, os meios empregados são constitucionais e legítimos.

O problema que se vislumbra é atingir o fim: fornecimento a um amplo número de indivíduos, dos medicamentos para o tratamento do HIV e câncer. A questão aqui é encontrar o melhor meio para se atingir esse fim. E, é exatamente na busca deste meio capaz de solucionar o fim que se encontra a grande complexidade do caso. Note-se que, além da própria complexidade do caso, existe uma série de elementos interconectados de sumo importância para o caso. O principal deles é que estes medicamentos são produzidos apenas nos Estados Unidos da América e ou na Europa, isto é, o Brasil não produz estes medicamentos. Sendo assim qual é a forma menos dispendiosa de adquirir estes medicamentos, sem incorrer num desincentivo ao desenvolvimento dessas tecnologias?

Nesse sentido, o presente trabalho analisará o meio atualmente utilizado pelo governo brasileiro e defendido pela doutrina majoritária para fornecimento desses medicamentos, que é a licença compulsória em situação de emergência nacional ou de interesse público. E, além disso, propor-se-á um meio alternativo, que consiste na redução da carga tributária. Visando assim, restringir em menor grau os direitos individuais, assegurar o desenvolvimento tecnológico dos medicamentos e assegurar o acesso aos medicamentos pelos cidadãos a um custo acessível.

Em suma, descrição do problema que se pretende analisar através deste estudo, confrontando, de um lado, as finalidades públicas (no caso específico, a promoção do direito à saúde) que os governos estão incumbidos de atingir, e,

1. A busca pelo equilíbrio do entre bem estar social e econômico esta expressa no art. 7 do acordo TRIPS.

de outro, os direitos atingidos pelo uso da licença compulsória como forma de satisfazer as necessidades coletivas – em particular, o direito de propriedade e a correlata proteção do direito à propriedade intelectual. Está análise será executada em duas partes: primeiro, examinado-se o direito de propriedade em geral, pela perspectiva de sua positivação constitucional no direito brasileiro, examinado-se também sua extensão no intuito de reconhecer, no seu núcleo, a necessária proteção dos direitos do inventor e privilégios que compõem a noção de propriedade intelectual. Segundo, examinam-se as condições necessárias – do ponto de vista da Constituição e do Estado de Direito nela instituídos – para que sejam válidas e legítimas as restrições governamentais ao direito fundamental de propriedade. Ainda neste ponto, sugere-se o teste de verificação das medidas concretas que o governo brasileiro está implementado em detrimento das patentes instituídas sobre medicamentos, para concluir, ao final, se as políticas adotadas correspondem à exigência de proteção e efetividade dos direitos que a Constituição consagra como sendo fundamentais e contribuem, efetivamente, para a inovação e desenvolvimento tecnológicos, tão necessários a uma nação emergente como o Brasil.

2. DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE COMO FUNDAMENTO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

O direito de propriedade está reconhecido na Constituição Federal de 1988, presente no Título II deste diploma, o qual trata dos direitos e garantias fundamentais -- artigo 5º, incisos XXII, XXVIII, alíneas “a” e “b”, e XXIV.

O inciso XXIX do artigo 5º da Constituição Federal, nas lições de Di Blasi “assegura um tratamento adequado aos autores de invenções industriais, concedendo aos mesmos um privilégio temporário para a utilização dessas criações de forma exclusiva”².

O direito de propriedade, assim como os demais direitos fundamentais, não é um direito absoluto; mas nem por isso pode ser relativizado por qualquer forma ou por qualquer motivo. O direito de propriedade foi reconhecido no Estado Moderno como um direito multifacetário implicado pela própria dignidade do indivíduo e propulsor da economia e do desenvolvimento. Tanto é assim, que as Constituições, de um modo geral, ao autorizarem o Estado a praticarem restrição ao direito de propriedade, o fazem em caráter excepcional e mediante o preenchimento de condições materiais e formais. Isso pode ser observado,

2. DI BLASI, GABRIEL. **A propriedade Industrial, os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 44.

por exemplo, no que diz respeito à limitação tributária³ do Estado frente ao indivíduo e no que se refere à relação da propriedade e a sua função social⁴.

O caráter de fundamentalidade deste direito impõe que as restrições sejam realizadas segundo os procedimentos formais exigidos na Constituição e com o dever de observância de outros valores fundamentais correlatos. Dessa forma, vem se posicionando o Supremo Tribunal Federal frente aos incisos XXII e XXIII do art. 5º “legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria CR”⁵.

Sendo assim, o mesmo se pode dizer do direito à propriedade intelectual, cuja restrição, manifestada através da licença compulsória das patentes, deve estrita observância às formalidades legais, bem como, uma vez que se encontre em conflito com outro direito fundamental deverá submeter-se a critério de proporcionalidade (que será objeto de análise adiante) que permeia todo o processo de restrição a direitos fundamentais.

2.1. Crítica à valoração do direito de propriedade intelectual

A propriedade é um direito fundamental e, por isso deve ser tratado como tal. Astrid Heringer em seu artigo, “Patentes de medicamentos: aspectos jurídicos e sociais”, ao abordar o tema das patentes de medicamentos relacionado à saúde, o faz de forma díspar, pois ela enaltece o direito à saúde ao conjugar todo arcabouço constitucional relacionado, bem como correlacionando-o com os direitos afins⁶. Porém, ao retratar o direito de propriedade intelectual, aborda-o como se fosse mera norma infraconstitucional, fazendo uma única alusão à lei da propriedade intelectual nº 9279/96⁷ Com isso, a autora parte de uma premissa

3. Artigo 5º, inciso XXII e Artigo 150, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

4. Artigo 5º, inciso XXIII; Artigo 170, inciso III; Artigo 182, §2º e §4º; Artigo 183; Artigo 184; Artigo 185, § único e Artigo 186 da Constituição Federal de 1988.

5. (ADI 2.213-MC, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 23-4-2004.) **No mesmo sentido:** MS 25.284, Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgamento em 17-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010. (grifou-se).

6. HERINGER, ASTRID. Patentes de medicamentos: aspecto Jurídicos e sociais. In ANNONI, DANIELLE (Org.). **Direitos humanos e poder econômico: conflitos e alianças**. Curitiba: Juruá, 2009. p.325 e 326, “o direito à proteção ao meio ambiente, direito à educação à moradia, direito ao saneamento, direito ao bem-estar social, direito ao trabalho e à saúde no trabalho, direito à proteção da família, direito à seguridade social, direito à saúde física e psíquica, direito a morrer dignamente, direito de informação sobre o estado de saúde e nutrição, direito a não ter fome, direito à assistência social e direito de acesso aos serviços médicos”.

7. Idem,.. p.309.

hierárquica-formal que está equivocada, pois confere ao direito à saúde uma primazia “prima facie” que ele não tem. Deste modo, ignora-se que o direito de propriedade também é um direito fundamental e que a lei 9.279/96 decorre diretamente do artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal/88. Portanto, o direito de propriedade é um direito fundamental, que deve ter sua relevância reconhecida pelo tempo de lutas e conquistas adquiridas ao longo da história.

Não se pode, hoje em dia, esquecer o quão árduo foi aos nossos antepassados conquistar o direito de propriedade, afinal como disse Von Ihering “*ao gozo e à paz desfrutada por um indivíduo corresponde o trabalho e a luta de outro*”⁸.

O tema, apresenta-se num conflito de direitos fundamentais, com característica distintas; porém, dotados da mesma fundamentabilidade. As notas distintivas desses direitos residem na geração e na dimensão. Primeiro, quanto à geração. O direito de propriedade constitui direito fundamental de primeira geração e o direito à saúde é um direito fundamental de segunda geração. Segundo, quanto à dimensão, o direito de propriedade possui uma dimensão negativa, ou seja, tem o fito de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, enquanto o direito à saúde possui dimensão positiva, isto é, o Estado tem o dever de propiciar um comportamento ativo na realização da justiça social e do bem-estar social.

Além disso, parece metodologicamente inadequado conferir uma primazia abstrata a qualquer dos direitos fundamentais previstos na Constituição, sejam eles sociais ou individuais. Isso porque, em caso de choque entre esses direitos em face de uma dada situação concreta, a preponderância de um ou outro será determinada após – e somente após – um processo racional de ponderação, orientado por diversos postulados e princípios hermenêuticos, consoante será demonstrado na parte final deste trabalho.

2.2. Regime jurídico do direito de propriedade intelectual

O direito de propriedade intelectual teve como seu germen “A Convenção da União de Paris”, que atuava de forma administrativa, por meio de um secretariado, regulando o mercado de patentes. O problema enfrentado pela CUP, foi que ela não padronizava e nem buscava padronizar as normas relativas às patentes nos regimes internos dos países, bem como não obrigava a proteção de áreas específicas do conhecimento, ou seja, os membros da CUP eram livres

8. Ihering, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983, p. 17.

para decidir sobre suas leis e, sobre quais objetos iriam incidir a proteção patentária e sobre o período de duração dessa proteção⁹. Sendo assim, a CUP foi substituída pela Organização Mundial da Propriedade intelectual-OMPI/ WIPO, que também atuava de forma administrativa; contudo, adotando uma postura mais ativa que a CUP¹⁰.

Com o passar dos tempos, a realidade econômica mundial foi se alterando, tendo como substancial alteração, o período pós segunda guerra mundial. Momento no qual os países necessitavam estabelecer novas relações comerciais (relações econômicas internacionais). Neste momento, surgindo o GATT, com caráter provisório, o qual tinha como objetivo restringir as práticas protecionistas adotada pelos países e ao mesmo tempo incentivá-los a adotarem o modelo liberal. Mas para que isso fosse possível, passou-se a uma série de rodadas de negociação, com objetivo de desenvolver um sistema de regulamentação para as relações internacionais. A oitava rodada, conhecida como rodada uruguaia deu origem a OMC também denominada de GATT/94/WTO¹¹, estabelecendo um sistema de regulamentação mais refinado; porém, neste entretanto já se elaborava o TRIPS. Um ano após a entrada em vigor da OMC, o acordo TRIPS atingiu seu auge, trazendo consigo um aperfeiçoamento das normas e sistemas de propriedade intelectual, bem como suprimiu o sistema de proteção da OMPI¹². O TRIPS passou a ser o principal acordo de propriedade intelectual, possuindo uma característica, ainda não observada nos outros acordos, o fato de poder aplicar sanções comerciais aos países signatários¹³.

Assim, atualmente, as normas relacionadas a patentes estão alocadas (no tempo e espaço), na Constituição Federal do Brasil de 1988, na Lei nº 9.279/96 e no acordo TRIPS.

Estabelecendo que as invenções devam visar o bem estar da nação, bem como que o privilégio de patente só poderá ser concedido aos inventos que preencher os quatro requisitos: novidade; atividade inventiva; utilidade industrial, bem como a não proibição de ser patenteada pela legislação nacional.

9. GUISE, MÔNICA STEFFEN. **Comércio internacional, patentes e saúde pública**. 2 reimpressão, Curitiba: Juruá, 2009, pp. 26 e 27.
10. DI BLASI, GABRIEL. **A propriedade Industrial, os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 64.
11. FIGUEIREDO, LEONARDO VIZEU. **Direito econômico internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 103 a 105.
12. DI BLASI, GABRIEL. **A propriedade Industrial, os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 221 e 222.
13. Idem, p. 190 e 191.

Cumprе ressaltar que os países membros do TRIPS, não podem, em suas leis nacionais, restringir a abrangência das patentes auferida por ele¹⁴. Por fim, com base na conjugação da Constituição Federal de 1988, da Lei nº 9.279/96 e do acordo TRIPS, fica claro que os medicamentos são passíveis de receber o privilégio de patente.

A celeuma existente sobre o tema aloca-se na Lei nº 9.279/96, respectivamente nos seus artigos 68 a 74, os quais têm o condão de retirar o privilégio do uso monopolizado da patente, por meio da licença compulsória. A licença compulsória permite o que vulgarmente se denomina por “quebra das patentes”, nos casos de: exploração abusiva; abuso de poder econômico, decorrente de decisão administrativa ou judicial; não exploração econômica de uma patente de forma a não atender as exigências do mercado; inviabilidade ou dificuldade na exploração da patente; situação de emergência nacional ou de interesse público declarado pelo Poder Executivo Federal.

Os casos passíveis de licenciamento compulsório, num panorama geral, possuem critérios intersubjetivamente controláveis, exceto o caso de emergência nacional ou de interesse público declarado pelo Poder Executivo Federal, situado no artigo 71 combinado com artigo 43, inciso III, da Lei nº 9.279/96, pois tal critério é altamente subjetivo, o que corresponde a uma grande insegurança jurídica, que por sua vez, poderá gerar um desincentivo ao investimento em pesquisa e desenvolvimento na área dos fármacos.

2.3. Como se atingir o bem comum da saúde pública

O direito de patente vai além de uma garantia individual (não que isso seja a fonte da justificativa da concessão da patente, afinal os direitos individuais devem ser resguardados), mas o que se quer demonstrar é o que direito à concessão de patente alça reflexos que transcendem à esfera individual.

Outro reflexo interessante, abordado por Di Blasi, é o da economia, afinal como ele diz “a invenção proporciona um benefício à sociedade, sendo justo que o inventor lucre com o seu trabalho”¹⁵. Tal frase é muito interessante, pois ao se discutir sobre patentes de medicamentos, está se falando de indústrias dirigidas para esse fim e não de um indivíduo isolado. O interessante nessa assertiva é que trabalha com a ideia de que o inventor lucre com o seu trabalho. Note-se

14. Idem, p. 217 a 224.

15. DI BLASI, GABRIEL. A propriedade Industrial, os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 44.

que é consenso entre os juristas de direito empresarial, o entendimento de que nem todo mundo que visa o lucro é empresário, mas que todo o empresário visa o lucro¹⁶, isto é, a indústria só irá investir se puder lucrar, pois é atividade essencial da empresa a busca pelo lucro. Neste mesmo sentido, Di Blasi leciona “É lógico que, sem retribuição, os inventores manterão suas idéias em segredo e os empresários não se arriscarão a investir em algo novo se não houver a expectativa do lucro”¹⁷.

Após se demonstrar as razões de existir um instituto de patentes, torna-se necessário responder a uma pergunta. Pergunta essa, muito bem elaborada por Di Blasi: “Então como conciliar os interesses dessas duas entidades - a que detém a tecnologia com a que necessita da tecnologia?”. Nesta mesma linha, Di Blasi diz que: “na fórmula conciliadora é onde reside a grande filosofia da patente”¹⁸.

Alguns juristas acreditam que o meio de conciliar o bem-estar social se dê por meio da licença compulsória dos medicamentos, emergência nacional e interesse público, como é o caso de Mônica Steffen, que defende que ao mesmo tempo em que as patentes criam incentivos para a inovação elas prejudicam a sociedade. Pois, para ela, as patentes geram abuso por parte de quem as detêm, e “a partir desta lógica, no âmbito da saúde pública as patentes podem ser um dos principais motivos que inibem o acesso a medicamentos”.

Não se discorda da autora que a patente deva sofrer o licenciamento compulsória se seu detentor abusar do direito; contudo, se discorda no que tange as patentes serem o motivo da inibição ao acesso de medicamentos, pois conforme o exposto anteriormente, compreende-se que graças ao sistema de patentes, vislumbra-se o grande número de empresas investindo no campo de pesquisa e desenvolvimento dos medicamentos. Afinal se não fosse o privilégio de patentes, as empresas provavelmente não investiriam neste mercado, pois optariam por um mercado mais seguro e lucrativo.

No que se refere à utilização da licença compulsória com base na emergência nacional e interesse público, Mônica Steffen argumenta que nesses

-
16. DUARTE, RONNIE PREUSS; ALVES, JONES FIGUEIRÊDO. **Teoria da empresa**: à luz do novo código civil brasileiro. São Paulo: Método, 2004, pp. 93 a 102.
LIPPERT, MARCIA MALLMANN. **A empresa no Código Civil**: elemento de unificação do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 122.
 17. DI BLASI, GABRIEL. **A propriedade Industrial, os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 45.
 18. Idem, p. 45.

casos o interesse público deverá prevalecer nestes casos “*não há uma correção de abuso ou adequação à finalidade do direito, mas sim uma prevalência do público pelo privado*”¹⁹.

Note-se aqui, é onde reside o fundamento do presente trabalho. Afinal, não discorda-se de nenhuma das outras formas de licença compulsória, pois compreende-se que o empresário deva realmente sofrer as sanções necessárias caso cometa algum abuso. O que não parece certo é exatamente essa forma de licenciamento compulsório, pois ela não apresenta parâmetros justificáveis, bem como não se pode aceitar o entendimento da autora de que devemos prevalecer aleatoriamente o interesse público sobre o privado, pois se concebermos essa ideia estaremos aderindo ao ideário utilitarista do inglês Jeremy Bentham (1748-1832), o qual não nos parece o melhor modelo filosófico a ser seguido, pois a sua teoria da máxima felicidade corresponde ao desrespeito aos direitos individuais.

Acredita-se que a licença compulsória como medida de evitar abusos por parte dos empresários se faz necessário. Pois, como vimos, todos os empresários visam o lucro e, isso não é um problema, o problema é quando eles fazem qualquer coisa para obter esse lucro.

Para tal entendimento vejamos o comportamento das grandes corporações, ao longo da história. As preocupações destes grupos não se demonstraram atreladas às mazelas da humanidade. Muito pelo contrário, pois estes grupos apresentaram-se liderados por seres misantropos, conforme alguns casos tratados na obra *Justiça* do professor de Harvard – Michael J. Sandel: primeiro caso: *Grimshaw v. Ford Motor Company*²⁰: Nos anos de 1970 a Ford lançou o automóvel, Ford pinto, tratava-se de um dos utilitários compacto mais vendidos nos EUA; contudo, seu tanque de combustível era suscetível de explosão em caso de colisão traseira. Em virtude disso muitas pessoas morreram e outras tantas ficaram seriamente queimadas. Ocorre que a Ford sabia do problema, mas os seus executivos, haviam realizado um estudo e, concluíram que o custo judicial a ser pago a título de indenizações, por morte ou queimaduras, era muito aquém dos valores a serem gastos como *recall*. E, por isso optaram por não realizar o *recall*.

Segundo caso: O Estudo da Companhia Philip Morris²¹, sobre os benefícios para as finanças da nação, oriundos do câncer de pulmão, ocasionado pelo

19. BARBOSA, 2003, APUD GUISE, MÓNICA STEFFEN. **Comércio internacional, patentes e saúde pública**. 2 reimpressão, Curitiba: Juruá, 2009, p. 527. (grifou-se).

20. SANDEL, MICHAEL. **Justiça**. 4. Ed. Rio de Janeiro: editora Civilização brasileira, 2011, p. 57 e 58.

21. Idem, p. 56.

uso do cigarro: A Companhia Philip Morris, é uma empresa tabagista, que atua na República Tcheca. Os governantes da República Tcheca, preocupados com os malefícios causados à saúde pelo tabagismo, bem como os crescentes custos médicos hospitalares em virtude do uso do tabaco, optaram por elevar a tributação do cigarro, afim de conter o uso do cigarro por seus cidadãos. Frente a esta situação a Philip Morris, realizou uma análise do custo-benefício para o orçamento da República Tcheca, demonstrando que o Estado lucra mais do que perde em virtude do fumo. “O motivo: embora os fumantes, em vida, imponham altos custos médicos ao orçamento, eles morrem cedo e, assim, poupam o governo de consideráveis somas tratamentos de saúde, pensões e abrigo para idosos”²². Sendo assim, para Philip Morris a morte prematura dos fumantes traria uma vantagem econômica para o orçamento da República Tcheca.

Note-se que em todos os casos, a única preocupação das companhias era o lucro. Depreende-se assim, que para os grandes grupos societários, tudo se justificava pelo lucro. Ou seja, a pedra angular do pensamento corporativo é o lucro. No caso da Companhia Philip Morris, a justificativa para que seu produto causasse câncer de pulmão, era de que o Estado gastaria menos. Para a Ford Motor, não importava o fato de as pessoas morrerem ou ficarem seriamente feridas, sua única e exclusiva, preocupação era quanto custaria para eles realizar ou não *recall*.

Frente ao modo de pensar do empresário, surgem outros questionamentos. Isto é, como se fará para estimular os empresários a buscar a cura de uma doença. Afinal, uma vez descoberta a cura da doença, essa será erradicada, ou seja, em certo lapso temporal a fonte de lucro desse empresário, oriunda do medicamento, secará. Por sua vez, os medicamentos que auxiliam no tratamento de uma doença são altamente lucrativos em longo prazo, pois sempre terão um consumidor, necessitando deles para dar continuidade em seu tratamento. Sendo assim, enquanto houver doença, haverá lucro. Com base nesse modo de agir, encontramos o pensamento zetética empírico²³ que deve embeber a dogmática da proteção das patentes.

Neste esteio, a proteção da patente e a garantia do lucro do empresário devem ser garantidas, ou seja, o empresário deve ter segurança para investir, pois para que ele abra mão da alta lucratividade com o tratamento das doenças e invista

22. Idem, p. 56.

23. FERRAZ JÚNIOR, TERCIO SAMPAIO. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 5. ed.

na cura das mesmas ele precisa ter garantia de que vai lucrar. E, tal incentivo se dá em virtude de um sistema de patentes rígido, pois só assim se fomentará a concorrência entre as empresas, afinal sem essa segurança, qual empresário investirá para que outros lucrem as suas custas. Segundo Bernard Remiche “*a patente, de estorvo à concorrência, passou a ter estatuto de ferramenta para a concorrência e a competitividade mundial*”²⁴.

Sendo assim, a posição do Estado deve ser de controle e apoio a esses grupos empresariais e não de confronto. Controle no sentido de não permitir que esses grupos empresariais cometam abusos. E, apoio no sentido de estimular esses grupos empresariais a inovar a tecnologia, com base na teoria do encorajamento de Machlup, citada por Bernard Remiche²⁵, “*que coloca em primeiro plano o interesse da sociedade e considera que a proteção do inventor, embutida na patente, é um dos meios que leva ao progresso técnico e econômico*”. Bem como, pode-se reduzir os custos dos medicamentos importados com a redução das alíquotas de impostos de importação. Assim promovendo-se bem estar social e econômico.

Trata-se aqui de admitirmos que as grandes corporações são um mal necessário. Afinal, se não forem elas, quem é que vai desenvolver e produzir os medicamentos? Alguns diriam os Estados. Mas isso não parece uma boa opção. Veja-se os Estados da antiga União Soviética, que financiaram as pesquisas e custos das invenções. Os resultados deles foram muito inferiores aos resultados adquiridos em desenvolvimento e pesquisa dos países que deixaram essa atribuição nas mãos do setor privado²⁶. Como aqui se sustenta, a licença compulsória também não se apresenta como uma boa forma resolver o problema do acesso a medicamentos. Sendo assim, acredita-se que a melhor forma de assegurar o acesso aos medicamentos seja através de uma maior proteção ao sistema de patente, combinada com uma redução na taxa tributária. Com fito de comprovar que este é o melhor meio, é necessária uma exposição dos meios disponíveis para o atingimento do fim, submetendo-os ao juízo de proporcionalidade.

24. REMICHE, BERNARD. Revolução tecnológica, globalização e direito das patentes. in VARELLA, MARCELO DIAS (Org.). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 84.

25. *Idem*, p. 78.

26. HERINGER, ASTRID. Patentes de medicamentos: aspecto Jurídicos e sociais. In ANNONI, DANIELLE (Org.). **Direitos humanos e poder econômico: conflitos e alianças**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 311.

3. AS RESTRIÇÕES APLICADAS AO DIREITO DE PATENTE DE MEDICAMENTOS À LUZ DO SISTEMA CONSTITUCIONAL

A Carta Magna 1988 perfaz-se numa Constituição composta por regras e princípios; razão pela qual se faz mister delinear a função dos princípios e das regras, antes mesmo de se analisar a Constituição em si. Nas lições de Humberto Ávila, em sua obra “Teoria dos Princípios” os princípios são normas “cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.²⁷; ao passo que as regras são normas “cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição e a construção conceitual dos fatos”²⁸. Sendo assim Humberto Ávila, leciona que o sistema não pode ser composto unicamente por regras ou princípios, mas sim, que seja composto pelo convívio de regras e princípios em harmonia e sem hierarquia entre si. Afinal “Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e outra sem a uma.”²⁹.

Necessário se faz saber como a Constituição deve ser interpretada. Em razão disto, usa-se como paradigma as lições do Ministro Eros Grau³⁰, em sua obra “A ordem econômica na Constituição de 1988”, segundo as quais devemos evitar uma leitura parcial das normas aplicáveis a um caso, devendo-se sempre analisar todo o corpo constitucional. Como diz em sua célebre frase: “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”, bem como cita nessa mesma obra, as lições de Canotilho³¹, sustentando que “a Constituição deve sempre ser interpretada como um todo”. Sendo assim, resta claro que a boa hermenêutica exige que se faça uma interpretação³² da Constituição por inteiro.

27. ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed., ampl., atual. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 78 e 79.

28. Idem, p. 78.

29. Idem, p.120 e 121.

30. GRAU, EROS ROBERTO. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica). 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 164.

31. APUD GRAU, EROS ROBERTO. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica). 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 164.

32. “Interpretação conforme a Constituição: técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição”. (**ADI 3.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-4-2004, Plenário, DJ de 28-5-2004.**).

O Preâmbulo da Carta Magna funciona como a apresentação do conteúdo constitucional, como bem disse a Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da ADI nº 2.649. Sendo assim, devemos compreender que o preâmbulo da Constituição Federal adquire valor jurídico quando analisado em conjunto com outras normas, não possuindo normatividade per se. No Título I da Carta Magna estão alocados os princípios fundamentais da Constituição. Da leitura destes dispositivos podemos depreender que o artigo 1º define os fundamentos do Estado Democrático de Direito; o artigo 2º trata da harmonização dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo o artigo 3º estabelece os objetivos fundamentais da república federativa. Não sendo estes os únicos objetivos, mas os essenciais no sentido de que todos os demais objetivos da Constituição Federal devem tê-los como parâmetro; e o artigo 4º edifica a postura do Brasil frente à ordem internacional, onde os direitos humanos devam prevalecer.

Vive-se, atualmente, um oxímoro entre os princípios axiológicos da Carta Magna e a realidade brasileira. Como vimos anteriormente, os primados constitucionais almejam um Estado solidário. Com base nesses fundamentos, torna-se possível realizar o quadro comparativo pretendido. Façamos, então, o entrecruzamento dos dispositivos legais com os seguintes dados: De acordo com o ranking do PIB mundial, do ano de 2010, realizado pelo Banco Mundial³³, o Brasil ocupava a 7º posição; em contrapartida, no ranking de desenvolvimento humano IDH, realizado pelo PNUD³⁴ – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, no ano de 2010, o Brasil ocupava a 73º posição. Esses números são paradoxais porque indicam que o Brasil produz bastante, mas não investe seus recursos de modo suficiente para a implementação de melhorias na qualidade de vida da população. Cumpre, ainda, que edifiquemos uma análise comparativa, jogando com os dados fornecidos por ambos os rankings – com fito de demonstrar-se a incongruência existente entre o sentido de justiça intrínseco na Carta Magna e a realidade brasileira - O Brasil possuía o PIB superior ao do Canadá, Holanda e outros países desenvolvidos; contudo, encontrava-se com seu IDH atrás de Trinidad e Tobago, Panamá e outros países subdesenvolvidos de PIB baixíssimo. O que se tornava aterrador nisso tudo é que Trinidad e Tobago possuía a 98ª colocação no ranking do PIB mundial; contudo, colocava-se na 59ª colocação do IDH. Canadá, por sua vez, possuía a 10ª colocação no ranking do PIB mundial; contudo, colocava-se na 8ª colocação do IDH.

33. The World Bank. **PIB classificação**. Disponível em: <http://translate.googleusercontent.com/translate_c?hl=ptBR&langpair=en|pt&rurl=translate.google.com.br&u=http://data.worldbank.org/data-catalog/GDP-ranking-table&usg=ALkJrhiN11XE-IFTmvuTMG6lddUGi6TxXw>. Acesso em: 15 mai. 2012.

34. Disponível em: http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=3600&lay=pde#.

A pergunta que resta é: como pode o Brasil possuir abissal diferença entre seu PIB e seu IDH e essa ser uma crescente? Quais os axiomas que nossos governantes estão realmente preservando?

Outra incongruência latente no que se refere à saúde, é que o Brasil possui um dos maiores modelos públicos com acesso universal à saúde, contudo o SUS sofre com falta de financiamento que impede que as medidas propostas se consolidem³⁵.

Leonardo Vizeu em suas lições sobre direito econômico internacional, mostra-nos que a dissociação entre o crescimento econômico e o desenvolvimento social não é um problema único do Brasil e sim de algumas Nações³⁶.

Frente a esse movimento de crescimento do PIB e queda no IDH, cabe analisar o discurso de Jonh F. Kennedy³⁷, na Universidade do Kansas, em 18 de março de 1968:

[...] o PIB não garante a saúde de nossas crianças, a qualidade de sua educação ou a alegria de suas brincadeiras. Não inclui a beleza de nossa poesia ou a solidez de nossos casamentos, a inteligência de nossos debates públicos ou a integridade das autoridades de nossos talentos. Ele não mensura nosso talento ou nossa coragem, nossa sabedoria ou nosso aprendizado, nossa compaixão ou nossa devoção a nosso país.

Feita esta explanação, a dúvida que paira é, será que o problema está no custo dos medicamentos ou na má administração do governo? Para tentar responder a esta pergunta, primeiramente, faz-se mister compreender porque as pessoas

-
35. “Mesmo com a alta carga tributária de 35,13% em relação ao PIB e a arrecadação de impostos ultrapassando a marca de R\$1,5 trilhão em 2011, o Brasil continua não aplicando de forma adequada os valores arrecadados em serviços públicos à população, para a melhoria da qualidade de vida. É o que revela o “Estudo sobre Carga Tributária/PIB X IDH” concluído pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT. Pelo segundo ano consecutivo, o Brasil aparece na última posição entre os 30 países que registram maior carga tributária em todo o mundo.” METAANÁLISE. **Brasil apresenta os piores resultados em retorno de serviços públicos.** Disponível em: <http://www.metaanalise.com.br/inteligenciademercado/index.php?option=com_content&view=article&id=6334:brasil-apresenta-os-piores-resultados-em-retorno-de-servicos-publicos&catid=5:analise-setorial&Itemid=356>. Acesso em: 15 mai. 2012.
36. FIGUEIREDO, LEONARDO VIZEU. **Direito econômico internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.154.
37. JONH F. KENNEDY APUD SANDEL, MICHAEL. **Justiça**. 4. Ed. Rio de Janeiro: editora Civilização brasileira, 2011, pp. 323 e 324.

transmitem um parcela razoavelmente considerável de seus proventos, a título de tributos, para o Estado. Os cidadãos fazem isso imbuídos da concepção do contrato social de Locke e Rousseau, de que o Estado irá lhes resguardar os direitos fundamentais. Sendo assim, cumpre ao Estado envidar esforços para garantir a máxima efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados, neste caso, saúde e propriedade são os direitos fundamentais que estão em jogo. Contudo, para que seja possível assegurar a coexistência desses direitos e, assim, a força normativa da constituição³⁸, deve-se observar os Postulados da Unidade e da Coerência. Segundo, Ana Paula Ávila, o Postulado da Unidade se perfaz no “*exame de outras normas e das várias conexões e relações de dependência que, entre elas, se estabelecem; daí a exigência de que se considere o sistema unitariamente como condição de interpretação*”.³⁹ E, o Postulado da coerência, por sua vez, estabelece a compreensão da relação das normas tanto do ponto de vista formal quanto do material⁴⁰.

Com base nas lições de Ana Paula Ávila, pode-se depreender que o sistema jurídico é uno, ou seja, não basta que se analise as normas “*in natura*” e isoladamente, deve-se analisá-las dentro do contexto jurídico, isto é, todas as conexões e desdobramentos existentes entre elas, bem como deve-se analisar de que forma elas vem sendo aplicadas e interpretadas.

Por isso, ao se falar em licença compulsória de patentes de medicamentos, se faz necessário definir quais são os direitos fundamentais colidentes e posteriormente ver de que forma eles se relacionam.

Os direitos fundamentais colidentes são o direito de propriedade e o direito à saúde, sendo este direito diretamente imbricado com o direito a vida. As notas distintivas desses direitos residem na geração e na dimensão dos direitos fundamentais colidentes. Segundo classificação tradicionalmente aceita da doutrina, o direito de propriedade constitui direito fundamental de primeira geração, ao passo que o direito à saúde trata-se de direito fundamental de segunda geração. O direito de propriedade possui uma dimensão negativa, ou seja, tem o fito de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual. Ao passo que o direito

38. HESSE, KONRAD. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991

39. ÁVILA, ANA PAULA OLIVEIRA. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009, p.139.

40. ÁVILA, ANA PAULA OLIVEIRA. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009, pp. 139 e 140.

à saúde possui dimensão positiva⁴¹, isto é, o Estado tem o dever de propiciar um comportamento ativo na realização da justiça social e do bem-estar social.

Portanto, primeiramente se faz mister compreender o âmago (âmbito de proteção) dos direitos fundamentais colidentes, direito de propriedade e direito a saúde. E, logo após, mostrar que ambos não são direitos incompatíveis, mas sim direitos dependentes entre si. Há que se salientar, por isso, que as diferentes dimensões e natureza desses direitos fundamentais não são um elemento definitivo, especialmente porque, muitas vezes, a preservação de um direito pode significar o meio de realização do outro. No caso aqui examinado, a própria garantia da propriedade intelectual pode ser uma forma de assegurar a inovação tecnológica na área da saúde e facilitar a promoção deste fim pelo Estado. Daí a importância em se analisar a diversidade de meios aptos para a promoção dos fins estatais e quais as normas constitucionais que orientam a escolha entre eles, dentro dos critérios de unidade e coerência.

Ambos os direitos encontram-se insertos no artigo 5º da Constituição Federal, previsto no Título II da Carta Magna o direito à vida, em sentido lato, não atendo-se apenas ao significado de estar vivo, mas sim de gozar da vida em sua plenitude, bem como o direito de propriedade e expressamente o direito de propriedade sobre os inventos industriais. Sendo assim, estamos diante de direitos de mesmo patamar hierárquico, afinal ambos são normas fundamentais asseguradas constitucionalmente no Título dos direitos e garantias individuais.

3.1. Do direito fundamental a saúde- previsão constitucional do direito a saúde

A Constituição Federal prevê, no capítulo dos direitos sociais, especificamente no artigo 6º, o direito à saúde; porém o direito à saúde é corolário inexorável do direito à vida, que como visto anteriormente, está previsto no no artigo 5º, caput, da Carta Magna. Estes direitos por sua vez estão interligados ao “sobreprincípio”⁴² da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.⁴³

41. “Os direito sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”. SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 285.
42. Os “sobre princípios” situam-se no nível das normas objeto de aplicação e atuam sobre outras normas, porém está atuação esta restrita ao âmbito semântico e axiológico[...]”(grifou-se) ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed., ampl., atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 124 e ss.
43. STJ, 1. T, AgRG no Resp 1002335/RS, REL. Min. Luiz Fux, Dje 22/09/2008

Neste sentido, cabe mencionar o estudo realizado pela professora Ana Paula de Barcellos, que relaciona o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana e o dever do Estado em garantir o mínimo existencial, isto é, educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça⁴⁴.

O direito à saúde, é tido como um direito de sumo relevância para a Carta Magna, afinal, tal direito possui previsão exclusiva, no artigo 196, segundo o qual *“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”*.

Ainda sobre o artigo 196⁴⁵, cumpre dizer que este é norma definidora de direito subjetivo, pois garante o direito à saúde, bem como estipulou o dever jurídico do Estado⁴⁶, que enseja a exigibilidade de prestações positivas do Estado, não podendo se caracterizar como uma norma programática⁴⁷. Dessa forma, o disposto no art. 196 enuncia direito subjetivo do indivíduo, ao qual correspondente um dever jurídico estatal. Conforme a classificação do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, trata-se de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

4. INSTRUMENTO DA PONDERAÇÃO: A NATUREZA JURÍDICA DA PROPORCIONALIDADE

O presente trabalho, ao realizar a análise de proporcionalidade, utilizará como paradigma a obra *“Teoria dos Princípios”*, de Humberto Ávila, obra que tem

44. BARCELLOS, ANA PAULA. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

45. **“A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não “qualquer tratamento”, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento”**. STJ, 2. T, RMS 17903/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ 20/09/2004, p. 215. (grifou-se).

46. *“Matéria que envolve direitos e garantias fundamentais do ser humano, como o direito à vida e à saúde, assegurados de forma incondicional na Constituição da República, sobre os quais não pode prevalecer o interesse financeiro do Estado”*. TRF4, 3. T, AC 200171050025414/RS, Rel. Des. Federal Silvia Maria Gonçalves Goraieb, DJ 26/11/2003, p. 607.

47. *“O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”*. STF, 2. T, RE-AgR 271286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000, p. 00101.

sido considerada um referencial sobre o assunto no plano nacional e também internacional, bem como é amplamente citada e utilizada nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Dessa arte, antes de se analisar a proporcionalidade em si, cumpre primeiro estabelecer o que se entende por postulado e assim depois analisar a proporcionalidade. Salienta-se, por oportuno que a concepção de postulado é ampla, sendo assim, resumidamente, cumpre dizer que os postulados dividem-se em postulados hermenêuticos e postulados normativos.

4.1. Postulado normativos

Nas lições de Humberto Ávila, “*A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de postulados*”⁴⁸.

Neste esteio, Humberto Ávila situa a alocação dos postulados no ordenamento jurídico, bem como distingue normas e metanormas, conceito aceito pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁹.

Ao delimitar-se os bens constitucionais em colisão com a propriedade intelectual, fez-se a distinção entre regras e princípios; interessante se faz agora distinguir as regras e os princípios dos postulados.

Os postulados não se confundem com as regras e os princípios. Os postulados são diferentes das normas (princípios e das regras). Sendo assim, passa-se a delinear sucintamente as diferenças entre as normas e as metanormas, relacionando-se algumas diferenças abordadas por Humberto Ávila, sendo elas quanto ao: a) objeto: “*Os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras*”⁵⁰, isto é, eles “*servem de parâmetros para a realização de outras normas*”⁵¹. Ao passo que as normas “*servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins*”⁵²; b) nível: as normas são objeto de aplicação e as

48. ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed., ampl., atual. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 133 e 134

49. STF, Tribunal Pleno, MC na **ADI- 855-2 PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 1.7.1993, DJU 1.10.1993. – tribunal pleno**. Neste julgado o Ministro Eros Grau definiu a proporcionalidade como método e não como norma, nas fls. 151 a 153.

50. ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. ed., ampl., atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 149.

51. Idem, p. 149.

52. Idem, p. 149.

metanormas orientam a aplicação das normas⁵³; c) destinatários: As normas e as metanormas não possuem os mesmos destinatários. As normas (princípios e regras) são primariamente dirigidos ao poder público e aos cidadãos⁵⁴; ao passo que as metanormas (postulados) “*são frontalmente dirigidas ao intérprete do Direito*”⁵⁵. d) relacionamento com outras normas: As metanormas e as normas não se relacionam da mesma forma, “*os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras)*”⁵⁶ ao passo que os “*postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas*”.⁵⁷

Entende-se então, por postulado da proporcionalidade, como uma meta norma a serviço da solução dos conflitos entre direitos fundamentais, porém restá-nos agora saber como aplicar este juízo.

4.2. Operando com a proporcionalidade

Das lições de Humberto Ávila, podemos compreender que o postulado da proporcionalidade serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público. Contudo esse controle deve obedecer a alguns critérios de funcionamento, pois este não se dá de forma irrestrita. Antes mesmo de se começar a análise da proporcionalidade pelo seu caráter trifásico, se faz mister, verificar a existência duma relação entre meio e fim, ambos, concretos, ligados por uma relação de casualidade, sendo este elemento “*sine qua non*” para se dar prosseguimento à análise do juízo de proporcionalidade em seu caráter trifásico.⁵⁸

Enquadrando-se o entendimento teórico do juízo de proporcionalidade ao caso concreto, observa-se que se tem um fim concreto “*um estado desejado de coisas*”⁵⁹ que é a ampliação do acesso a medicamentos do vírus HIV e câncer. E, tem-se os meios concretos para atingir esse fim: primeiro, o meio atualmente utilizado, a licença compulsória de medicamentos; segundo, o meio proposto, que é a redução da carga tributária relacionada a estes medicamentos. Note-se

53. Idem, p. 134.

54. Idem, p. 134

55. Idem, p. 134.

56. Idem, p. 134.

57. Idem, p. 134.

58. Idem, pp. 174 a 176.

59. Idem, p.175.

que a primeira etapa para que se faça o juízo de proporcionalidade se manifestou completa, pois se tem o fim concreto e dois meios concretos disponíveis para realizá-lo. Cumpre agora, passar-se a análise trifásica da proporcionalidade, com fito de saber qual dos meios existentes cumpre melhor o fim.

4.2.1 Do exame de adequação: neste ponto analisa-se se os meios possuem a capacidade de realizar o fim:

- a) **Meio atualmente utilizado: licença compulsória:** Conforme o artigo 71 da Lei n° 9.279/96, regulamentada pelo Decreto n° 3.201/99 e o artigo 31 do TRIPs, é permitido que se realize a licença compulsória das patentes de medicamentos em caso de interesse público e emergência nacional.⁶⁰

O licenciamento compulsório não representa a perda da patente, mas sim sua flexibilização, bem como incumbe o “*licenciado ao pagamento de royalties ao titular da patente*”⁶¹. Sendo assim, caso seja concedida a licença compulsória, o seu detentor poderá continuar explorando a patente, porém sem o signo do monopólio, bem como receberá “royalties” por ter a sua patente explorada por terceiro.

- b) **Meio alternativo: redução da carga tributária:** O meio alternativo, consiste na redução da carga tributária dos medicamentos do vírus HIV e câncer, com fito de garantir o seu acesso, sem que para isso se mitigue o direito de propriedade.

Esse meio alternativo é o mesmo defendido pela ONU. A ONU reconhece importância à licença compulsória; contudo, em seu informativo “utilizando as flexibilidades do Acordo TRIPs para melhorar o acesso ao tratamento do HIV/VIH”⁶² a ONU deixa claro que o instituto da licença compulsória conduz

60. DI BLASI, GABRIEL. **A propriedade Industrial, os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 273.

61. SANTOS, MANOEL PEREIRA E JABUR, WILSON PINHEIRO (Orgs.). **Propriedade intelectual**. São Paulo: Saraiva Editora, 2007. p.130.

62. UNADIS. **Utilizando as flexibilidades do Acordo TRIPs para melhorar o acesso ao Tratamento do HIV/VIH**. Disponível em: <<http://www.unaids.org.br/documentos/Utilizando%20as%20flexibilidades%20do%20Acordo%20TRIPs%20para%20melhorar%20o%20acesso%20ao%20Tratamento%20do%20HIV.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2012.
“Embora o enfoque deste informativo seja as flexibilidades do Acordo TRIPs, é importante que os países explorem todos os mecanismos disponíveis para reduzir os preços dos medicamentos, inclusive utilizando informações sobre o mercado para negociar preços mais baixos com as indústrias farmacêuticas, reduzindo as tarifas e impostos de importação, além de aumentar as

a um desincentivo por parte dos laboratórios produtores de medicamentos, bem como que antes de se utilizar da licença compulsória é importante que os países apostem em meios alternativos para assegurar o acesso aos medicamentos do HIV. Note-se que o informativo é taxativo ao dizer que é importante buscar-se outros meios, menos agressivos, isto é, meios mais suaves.

O Brasil possui uma alta carga tributária, incidente sobre os medicamentos, são cobrados diretamente dos mesmo, os seguintes tributos: Importação de Importação (II); Imposto Sobre produtos Industrializados (IPI), Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS). E as contribuições sociais do PIS/ COFINS. Não obstante a possibilidade de recair outros tributos sobre os medicamentos.

A redução da carga tributária pode chegar a zero⁶³, isto é, evitando uma isenção, e mesmo assim assegurando a entrada dos medicamentos sem sofrer tributação, ou seja, os medicamentos entram no Brasil sem custos.

Juízo de adequação dos meios existentes: Ambos os meios promovem o fim, isto é, diminuem o custo do produto e garantem aos cidadãos maior acesso aos medicamentos para o tratamento do vírus HIV e câncer. Por mais que a licença compulsória mitigue o direito de propriedade ela não o aniquila, sendo assim, os dois meios demonstram-se aptos a realizar o fim.

4.2.2. Necessidade

Deve-se aqui verificar se existe um meio alternativo ao meio escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo. E, se este meio é capaz de promover igualmente o fim, porém restringindo em menor intensidade os direitos fundamentais colidentes⁶⁴.

O exame de necessidade corresponde a uma dupla análise; primeiro, se o meio alternativo irá promover da mesma forma o fim, como o meio que se está empregando. E, segundo, qual dos meios é o menos restritivo aos direitos fundamentais que estão em conflito.

economias de escala e o poder de barganha por meio de licitações e negociações de preços feitas de forma conjunta. Por exemplo, em 2002 a Organização dos Estados do Caribe Oriental economizou aproximadamente 44% por meio de licitações conjuntas, quando comparado aos preços que os países pagaram individualmente”, pág. 5. (Kerry & Lee 2007)”.

63. ÁVILA, ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA. **Curso de direito tributário**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 383.

64. *Idem*, p. 182.

O meio ora proposto, passa com tranquilidade pelo primeiro filtro do juízo de necessidade. Afinal, o meio redução tributária não enfrenta problemas para alcançar o fim, acesso aos medicamentos, da mesma forma que a licença compulsória.

A grande questão reside no segundo filtro do juízo de necessidade onde se analisa qual meio é o menos restritivo aos direitos fundamentais colidentes. E, é exatamente neste filtro que o meio alternativo sobrepuja o meio utilizado. Pois a redução da carga tributária não oferece ranhura alguma direito fundamental da propriedade da mesma forma que não lesa o direito fundamental a vida, muito pelo contrário, pois além de tudo fomenta o desenvolvimento tecnológico na área da saúde. Ao passo que o meio utilizado, a licença compulsória, reduz em demasia o direito de propriedade, bem como não assegura de forma integral o direito a saúde, pois como expõe Di Blasi, as licenças compulsórias das patentes de medicamentos com objetivo de baixar os preços dos medicamentos “*não irão resolver os problemas inerentes a esse setor, pois as chances do outro laboratório majorar seus preços para a fabricação do referido medicamento são consideráveis*”⁶⁵

4.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito

A pergunta que se faz nesse momento é se as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio. Trata-se de um exame de alta complexidade, bem como consiste em uma avaliação subjetiva. Humberto Ávila leciona que “*normalmente um meio é adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão*”.⁶⁶

É nesta parte do exame trifásico do postulado da proporcionalidade que se realiza “*a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais*”⁶⁷.

O meio alternativo passou pela análise de necessidade, demonstrando-se ser o meio menos gravoso, cumpre, agora, analisar se a vantagem alcançada por esse meio corresponde à desvantagem causada por ele.

65. DI BLASI, GABRIEL. **A propriedade Industrial, os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, págs. 21 e 22.

66. ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed., ampl., atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 185.

67. Idem, p. 185.

Sendo assim, cumpre fazer algumas análises pertinentes. Primeiro, as verbas oriundas da arrecadação dos impostos vão para o caixa único, isto é, servem para cobrir os custos da União, Estados e Municípios. Note-se que a efetivação das políticas de saúde adquiriu reconhecimento jurisprudencial, como sendo de responsabilidade solidária e passiva deste Entes (União, Estado e Município). Segundo, a Constituição Federal prevê em seu artigo 150, inciso IV, alínea “d”, imunidade tributária aos livros. Tal previsão constitucional existe com escopo de garantir o direito fundamental da educação, isto é, o constituinte originário, acredita que a desvantagem da arrecadação com os livros seja menor do que a vantagem auferida pela educação, da mesma o Supremo Tribunal Federal, através da súmula 657, se posicionou ampliando essa imunidade tributária abrangendo-a aos papéis fotográficos necessários para publicação de jornais e periódicos.

Dessa forma, pode-se concluir que os livros estão para educação assim como os medicamentos estão para saúde, ou seja, se a desvantagem obtida pela não arrecadação dos tributos dos livros se apresenta menos que a vantagem da efetivação do direito fundamental a saúde. Da mesma forma, podemos entender que a desvantagem auferida pela não arrecadação tributária com os medicamentos seja inferior a vantagem obtida com o fortalecimento da efetivação do direito fundamental da vida. Bem como se é obrigação solidária de todos entes federados efetivar a saúde, nem um deles sairá perdendo com a não arrecadação dos tributos que venham à assegurar a saúde.

As vantagens oriundas da redução do imposto de importação nestes moldes mostram-se muito superiores a desvantagem de diminuir a arrecadação, afinal se estará promovendo a saúde, fomentando o desenvolvimento tecnológico e preservando o direito fundamental da propriedade privada.

5. CONCLUSÃO

A proposta defendida foi de estabelecer um ponto de equilíbrio para que seja possível a coexistência das patentes de medicamentos e o acesso aos medicamentos a todos os cidadãos brasileiros. Bem como, resguardar ao máximo o núcleo essencial dos direitos fundamentais em conflito.

Os casos passíveis de licenciamento compulsório, num panorama geral, possuem critérios intersubjetivamente controláveis, exceto o caso de emergência nacional ou de interesse público declarado pelo Poder Executivo Federal, pois tal critério é altamente subjetivo, o que corresponde a uma grande insegurança jurídica, que por sua vez, poderá gerar um desincentivo ao investimento em pesquisa e desenvolvimento na área dos fármacos.

O modo de solucionar o conflito se dá pela utilização do juízo de proporcionalidade, pois este é o instrumento adequado para solucionar o conflito existente entre meio e fim, que atinge direitos fundamentais colidentes.

Viu-se que o meio utilizado é a licença compulsória e, por isso buscou-se um meio alternativo, sendo ele a redução da carga tributária, meio este não escolhido aleatoriamente, mas sim retirado de um informativo da ONU e adaptado ao direito brasileiro.

Sendo assim, submetendo-se os meios ao juízo de proporcionalidade o meio alternativo demonstrou-se como sendo o melhor meio para se atingir fim saúde pública – acesso a um maior número de indivíduos dos medicamentos HIV e câncer.

REFERÊNCIA

- ÁVILA, ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA. Curso de direito tributário. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011
- ÁVILA, ANA PAULA OLIVEIRA. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009.
- ÁVILA, HUMBERTO. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed., ampl., atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARCELLOS, ANA PAULA. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BRASIL, Internacional Indicadores de Desenvolvimento Humano. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&langpair=en%7Cpt&u=http://hdr.undp.org/en/statistics/>>. Acesso em: 15 mai. 2012.
- DI BLASI, GABRIEL. A propriedade Industrial, os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010
- DUARTE, RONNIE PREUSS; ALVES, JONES FIGUEIRÊDO. Teoria da empresa: à luz do novo código civil brasileiro. São Paulo: Método, 2004.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FIGUEIREDO, LEONARDO VIZEU. Direito econômico internacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GRAU, EROS ROBERTO. A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica). 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

- GUISE, MÓNICA STEFFEN. Comércio internacional, patentes e saúde pública. 2 reimpressão, Curitiba: Juruá, 2009.
- HERINGER, ASTRID. Patentes de medicamentos: aspecto Jurídicos e sociais. In, ANNONI, Danielle (Org.). Direitos humanos e poder econômico: conflitos e alianças. Curitiba: Juruá, 2009.
- HESSE, KONRAD. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=3600&lay=pde#.
- IHERING, RUDOLF VON. A luta pelo direito. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.
- LIPPERT, MARCIA MALLMANN. A empresa no Código Civil: elemento de unificação do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.122.
- REMICHE, BERNARD. Revolução tecnológica, globalização e direito das patentes. In VARELLA, MARCELO DIAS (Org.). Propriedade intelectual e desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005.
- SANDEL, MICHAEL. Justiça. 4. Ed. Rio de Janeiro: editora Civilização brasileira, 2011. SANTOS, Manoel Pereira e JABUR, Wilson Pinheiro (Orgs.). Propriedade intelectual. São Paulo: Saraiva Editora, 2007.
- SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- THE WORLD BANK. PIB classificação. Disponível em: <http://translate.googleus.ercontent.com/translate_c?hl=ptBR&langpair=en|pt&rurl=translate.google.com.br&u=http://data.worldbank.org/data-catalog/GDP-ranking-table&usg=ALkJrhN11XE-IFTmvuTMG6lddUGi6TxXw>. Acesso em: 15 mai. 2012.
- UNADIS. Utilizando as flexibilidades do Acordo TRIPS para melhorar o acesso ao Tratamento do HIV/VIH. Disponível em: <<http://www.unaids.org.br/documentos/Utilizando%20as%20flexibilidade%20do%20Acordo%20TRIPS%20para%20melhorar%20o%20acesso%20ao%20Tratamento%20do%20HIV.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2012.