

Propriedade Intelectual: como esse pensamento fere os direitos fundamentais

Arthur Yannis Candido Soares¹

Carlos Glauber Machado²

Renato Alhadas H. G. Ferreira³

Vitor Lachaga Carvalho Silva⁴

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo compreender a antinomia que ocorre entre os direitos fundamentais e a garantia à propriedade intelectual, tangencialmente aos óbices socioeconômicos desencadeados pelo conflito entre direitos-bases previstos no artigo 5º da Carta Magna. A metodologia utilizada no presente trabalho foi pesquisa bibliográfica e documental. Para tanto, foram utilizados artigos e livros referentes ao tema, como, também, a Lei Maior e o Código Civil. Dessa forma, pode-se concluir, a partir do estudo realizado, que o conceito da propriedade deve estar atrelado à sua escassez, sendo este o conceito libertário que prevalece sobre os argumentos jusnaturalistas e utilitaristas analisados no presente artigo. Ademais, concluiu-se que a proteção feita pela Carta Magna aos direitos à propriedade intelectual são totalmente contrários ao princípio da dignidade humana, infringindo, dessa forma, a liberdade.

¹ Graduando do curso de Direito da Faculdades Integradas Vianna Junior. email: arthuryanis@gmail.com

² Graduando do curso de Direito da Faculdades Integradas Vianna Junior. email: carlosglauber68/@gmail.com

³ Graduando do curso de Direito da Faculdades Integradas Vianna Junior. email: renatoalhadas@hotmail.com

⁴ Graduando do curso de Direito da Faculdades Integradas Vianna Junior. email: vitorlachagacs@gmail.com

INTRODUÇÃO

Vivemos em um Estado preservacionista, no qual a proteção dos direitos fundamentais é o âmago da construção organizatória jurídica, o que está expresso claramente no artigo 5º, que resguarda, por exemplo, direitos como à vida digna, à propriedade, à liberdade, à saúde e à educação.

Contudo, é ostensivo que certos direitos se sobrepõem, isto é, ultrapassam limites intrínsecos a outros, como ocorre no artigo 5º, XXVII, que concerne na preservação do direito à propriedade intelectual e vai de encontro totalmente às garantias asseguradas fundamentalmente na Constituição.

Nesse sentido, a título de ilustração, o monopólio exclusivo da venda de medicamentos controla totalmente o preço de fármacos independentemente do critério da necessidade, dificultando, assim, o acesso pelo contingente de pessoas que dele carecem, bem como o direito autoral sobre qualquer outro produto, fazendo com que um único dono tenha completo controle sobre suas especificidades, até mesmo na definição dos preços.

Na economia política, a propriedade é um acordo resolutorio entre as pessoas para resolver o conflito em relação à escassez material de alguma determinada coisa. Nesse critério, a propriedade intelectual não se configura como propriedade material, já que, por ideias e pensamentos não serem escassos, qualquer um pode acessar tal informação sem, necessariamente, tomar posse de algo que é de outrem.

Nesse contexto, é possível levantar a seguinte questão: é justificável que exista resguarda do Estado em relação a um direito que mitiga outros indefinidamente?

Sendo assim, o objetivo do presente estudo tem como base desenvolver e compreender a antinomia que ocorre entre os direitos fundamentais e a garantia à propriedade intelectual, tangencialmente aos óbices socioeconômicos desencadeados pelo conflito entre direitos-bases constituídos no artigo 5º da Carta Magna. A metodologia utilizada no presente trabalho foi bibliográfica e documental.

Para a sua realização, foram utilizados artigos e livros referentes ao tema, como, também, a lei Maior e o Código Civil.

Além desta introdução, o artigo está estruturado em três seções, que serão detalhadas a seguir.

A primeira seção apresenta o conceito básico de propriedade intelectual e suas vertentes e, posteriormente, demonstra que ela não deveria existir, pois o conceito de propriedade deve estar atrelado à sua escassez.

Já a segunda seção discorre sobre as alternativas que se apresentam à sociedade, como a pirataria e o sistema de cópias, como formas de evasão do sistema de proteção citado, com o objetivo de proporcionar maior igualdade de classes e maior acesso a bens fundamentais. Além disso, é feita uma análise do sistema da propriedade intelectual em relação a medicamentos no cenário brasileiro, visando mostrar a precariedade do sistema em decorrência da proteção de fórmulas químicas e da individualidade de produção de medicamentos.

A terceira seção, por sua vez, apresenta uma análise nos moldes da razoabilidade e da perspectiva histórica, analisando ponto a ponto os meios principiológicos de se analisar a problemática apresentada, tendo como principal objetivo mostrar o conflito existente entre o direito à propriedade intelectual com os outros direitos fundamentais assegurados na Carta Magna.

1 DEFINIÇÃO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL (P.I)

O direito à propriedade intelectual (P.I.) em nosso ordenamento jurídico está previsto na Constituição Federal de 1988 no art. 5º inciso XXVII e XXVIII que dizem, respectivamente:

aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.” e” a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas inclusive nas atividades desportivas. B) o direito de fiscalização do aproveitamento

econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores aos intérpretes e as respectivas representações sindicais e associativas.

Visto que o direito à P.I está no art. 5º, ela é uma cláusula pétrea, ou seja, não pode ser alterada por uma emenda constitucional. Contudo, o objetivo deste artigo será mostrar como esse direito fere outros direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira teve como fundamento para conceituar a propriedade intelectual a definição criada pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI ou WIPO), que, a partir de 1967, se constituiu como órgão autônomo dentro das Nações Unidas. De acordo com Organização Mundial da Propriedade Intelectual (apud ABPI, 2010):

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

Assim, para Kinsella (2010), a P.I pode se manifestar de várias formas, a saber: a primeira está refletida no caso do Direito Autoral, concedido a autores que fizeram um trabalho original, como livros, músicas e filmes. Esse direito dá ao autor a garantia de reproduzir o trabalho e apresentar publicamente sua obra. Para se obter as vantagens legais do direito autoral, ele deve ser registrado; contudo, sua existência não depende de registro, pois o direito autoral passa a existir no momento em que o trabalho é “fixado” em algum objeto, “meio tangível de expressão”, e dura por toda vida do autor.

O segundo tipo de manifestação é a famosa patente, que garante direito de propriedade sobre invenções que desempenham uma função. Nas palavras de Kinsella (2010):

uma ratoeira nova ou melhorada é um exemplo de um artefato que pode ser patenteado. Uma patente garante efetivamente ao inventor um monopólio limitado sobre a manufatura, uso ou venda da invenção. Contudo, uma patente na verdade apenas garante ao patenteado um direito de exclusão (ou seja, prevenir outros de praticar a invenção patenteada); ela não garante efetivamente ao patenteado o direito de usar a invenção patenteada.

Contudo, nem toda invenção pode ser patenteada. A título de exemplo, nos EUA, a Suprema Corte identificou três categorias de conteúdo que não podem ser patenteadas, a saber: (i) leis da natureza; (ii) fenômenos naturais e (iii) ideias abstratas. Além disso, toda patente criada desde 1995 tem validade de 20 anos corridos, contabilizados a partir da data de registro.

Além disso, outro tipo de propriedade intelectual é o Segredo Comercial, uma fórmula, processo ou design confidencial que confere ao detentor certa vantagem competitiva. Um exemplo seria a fórmula da Coca-Cola, que, devido ao segredo comercial, está protegida de “apropriações indevidas”

Outrossim, também é considerado, para o referido autor, o tipo de marca registrada, o que pode ser um design, uma logo, símbolo, nome ou uma frase utilizada para individualizar tal produto e diferenciá-lo de outros semelhantes.

1.1 Teorias sobre a Propriedade Intelectual (P.I)

A princípio, temos o argumento jusnaturalista que afirma que, como todo homem é dono de si, os frutos de seu trabalho também lhe pertencem, englobando não somente as coisas tangíveis, mas, também, as intangíveis, como as ideias.

Porém, para Kinsella (2010), quando começamos a falar de coisas intangíveis, surge um problema, pois o critério que seria utilizado para definir o que seria protegido e o que não será protegido é simplesmente arbitrário. Exemplo: caso as verdades matemáticas, científicas ou até mesmo frases e conceitos filosóficos fossem protegidos por leis de direito autoral, a interação social seria restrita.

O argumento utilitarista, por sua vez, afirma que a lei de proteção à P.I é justificada, pois encoraja os indivíduos a inovarem e a produzirem novas ideias,

sendo eles merecedores de terem uma recompensa por suas invenções. Contudo, para o autor, existem certos problemas com essa afirmação, pois o argumento utilitarista é o que visa ao bem à sociedade, à coletividade. Todavia, o que a lei de P.I acaba fazendo é o oposto do pretendido, pois ela beneficia um grupo restrito de indivíduos em detrimento do coletivo. Além disso, o segundo ponto destacado pelo autor fundamenta-se no caso hipotético de a metade da riqueza dos 1% mais ricos da sociedade ser repartida entre os 10% mais vulneráveis. Neste cenário, ainda que estes estivessem sendo mais beneficiados do que aqueles prejudicados, o remanejamento de bens não seria justo, pois a função da lei em nosso ordenamento jurídico não é a maximização da riqueza e, sim, a justiça, ou seja, “dar a cada um o que é seu”.

Além disso, a criação do monopólio feito pela P.I não incentiva o caráter criativo da produção e, sim, o reduz, pois caso as empresas não tivessem o monopólio, elas sempre teriam que inovar, mas ficam acomodadas com a proteção do Estado (KINSELLA, 2010).

1.2 Conceito de propriedade relacionado à natureza escassa dos bens.

Outro importante assunto a ser tratado neste artigo é entender o porquê do conceito de propriedade estar atrelado à sua escassez.

Para Kinsella (2010), a possibilidade de ocorrerem conflitos quanto a certos bens por parte de múltiplos indivíduos os torna escassos, dando margem ao surgimento de leis, regras éticas para regular seu uso, ou seja, a função da propriedade é prevenir os conflitos. Como observa Hoppe (apud KINSELLA, 2010):

apenas porque existe escassez existe um problema de formular leis morais; apenas se os bens são superabundantes (bens “livres”), nenhum conflito quanto ao uso dos bens é possível e nenhuma coordenação de ação é necessária. Conseqüentemente, disso segue que qualquer ética, corretamente concebida, deve ser formulada como uma teoria da propriedade, ou seja, uma teoria da atribuição de direitos de controle exclusivo sobre meios escassos. Só assim se torna possível evitar conflitos até então inevitáveis e sem solução.

A natureza contém, então, coisas que são economicamente escassas. O uso de um objeto por um indivíduo conflita com o uso do mesmo por outro e vice-versa. Assim, Kinsella (2010, p. 26) traz uma análise muito interessante:

A função dos direitos de propriedade é prevenir conflito interpessoal quanto a recursos escassos, ao alocar posse exclusiva de recursos a indivíduos específicos (donos). Ao cumprir essa função, direitos de propriedade devem ser visíveis e justos. Claramente, para que os indivíduos evitem usar propriedade possuída por outros, limites e direitos de propriedade devem ser objetivos (intersubjetivamente definíveis): eles devem ser visíveis. Por essa razão, direitos de propriedade devem ser objetivos e não ambíguos. Em outras palavras, “boas cercas criam bons vizinhos.

Como observa o autor, os direitos à propriedade devem ser justos além de serem visíveis, pois eles não cumpririam com sua função de prevenir conflitos caso não fossem aceitos como justos por aqueles que são afetados pelas regras, diferentemente do que ocorre com a P.I, pois não são aceitos e nem são vistos como justos.

Então, fica claro que o conceito da propriedade deve estar atrelado à sua escassez, pois ideias não são escassas. Logo, diversos indivíduos podem utilizar a mesma ideia sem que o outro tenha seu pensamento “limitado” ou “restringido”, o que não ocorre com bens materiais, pois é impossível que dois seres utilizem o mesmo objeto ao mesmo tempo. A única motivação para a proteção da propriedade intelectual é a econômica; empresas de grande porte e detentoras de expressivo poder econômico utilizam-se do Estado para proteger seu monopólio com intuito de potencializar seu lucro. Entretanto, tal atitude beneficia uma minoria empresarial e prejudica a maioria da população, restringindo sua liberdade e até mesmo o acesso a medicamentos, que são direitos previstos na Constituição.

2 A CÓPIA E A PIRATARIA COMO UMA FUNÇÃO SOCIAL

O conceito de propriedade intelectual foi altamente modificado durante os anos e se tornou algo banal no meio jurídico contemporâneo, como diz Kinsella (2010):

A lei de direitos autorais, ao passo que ainda não deu origem a muitas aplicações claramente absurdas, também foi muito ampliada pelos tribunais. Originalmente concebida para cobrir trabalhos literários, o conceito foi alargado para que trabalhos “assinados” incluam programas de computador e até mesmo códigos de linguagem e objeto de máquinas, o que é mais análogo à parte de uma máquina, tal como um eixo excêntrico¹, do que a um trabalho literário.

Porém, entre as várias patentes e domínios de marcas que se consideram criadoras únicas e principais dos produtos que vendem, surge a figura da imitação, que é uma característica universal do comportamento humano, que vai desde o uso de frases e maneirismos de pessoas que se admira até a reutilização de temas recorrentes em músicas, de imagens consagradas em pinturas famosas, de obras literárias e até de filmes da Disney. Dessa forma, a imitação faz parte do processo de mercado, colaborando para a sociedade de uma maneira bem incisiva. Sobre o assunto, Kirkpatrick (2009) diz:

Da mesma maneira, a imitação também é parte normal do processo competitivo de mercados em crescimento. Conforme as vendas de um determinado produto inovador aumentam, competidores entrarão no mercado com suas próprias e mais baratas versões deste mesmo produto.

Assim, para o referido autor, se o produto inovador já se encontra patenteado, as marcas concorrentes possuem duas opções: fazer pequenas mudanças “inside”, ou seja, no mecanismo do produto e no design para requerer uma patente própria, ou ela cria sua própria versão mais barata e simples. Com isso, após um tempo, a competição aumenta, as marcas melhoram a qualidade dos produtos, e,

consequentemente, ocorre a queda dos preços. Por isso, ao se analisar de forma sociológica o fenômeno, torna-se evidente que esse ato proporciona uma maior paridade entre as classes sociais, o que traz produtos com preços mais acessíveis e qualidade superior, valorizando, assim, o direito fundamental de igualdade assegurado pela Carta Magna. De acordo com Kirkpatrick (2009):

Já as falsificações são produtos pirateados. Como eles geralmente são bem mais baratos que o original, eles tendem a ser mais atraentes para um segmento do mercado mais sensível a preços.

Diante disso, para o autor, a pirataria entra como uma importante função de mercado, incentivando as empresas a evoluir, e, com isso, precisamos lembrar que, na maioria das vezes, o consumidor de produtos pirateados não dispõe da renda necessária para a compra do produto original. Olhando por essa perspectiva, fica claro que não é razoável esperar que um trabalhador disponha de mais do que 20% de seu salário para a compra de uma única mídia original, por exemplo.

Nesse debate, para Rodrigues (2016), o argumento que privilegia o acesso ao consumo para uma camada mais fragilizada da população acaba por suprimir a perspectiva jurídica do problema. Logo, as iniciativas do governo buscam tornar mais acessíveis os produtos de caráter cultural, como livros, músicas e filmes.

Além disso, os compradores de produtos piratas provavelmente não são fregueses regulares do produto original - seja porque, muitas vezes, a condição financeira deles não o permite, ou não querem pagar o preço mais alto. Nesse caso, qual a mensagem que está sendo enviada ao criador do produto original? Ou ele deve diminuir o preço do novo produto, ou ele deve produzir uma versão mais barata – ou, ainda, ser o primeiro a explorar uma nova tecnologia, algo que o cinema e a indústria fonográfica escolheram não fazer. Nessa perspectiva, as atitudes tomadas por esses mercadores, ao invés de melhorarem seus produtos, preferem entrar com processo judicial contra seus competidores, ou seja, escolhem o caminho mais fácil (KIRKPATRICK, 2009).

2.1 A natureza da propriedade intelectual e as violações ao direito à saúde

Para Velázquez (2012), não se pode manter o conhecimento restrito apenas para o detentor da Propriedade Intelectual em detrimento do coletivo, principalmente no que diz respeito aos medicamentos, pois essa garantia tem tido um impacto direto nas políticas públicas de saúde e na própria busca para novas tecnologias de medicamentos. Logo, para o referido autor:

uma das principais pretensões dos direitos sociais é garantir que ninguém se encontre abaixo do mínimo existencial e que todos possam gozar de uma vida digna, não mais bastando que as normas constitucionais que prevejam direitos individuais fundamentais sejam apenas consideradas programáticas e sem qualquer efeito imediato (VELÁZQUEZ, 2012).

Visto isso, a extrema carga de valor sobre o princípio da propriedade intelectual vem impedindo a difusão do próprio conhecimento e das tecnologias relacionadas à esfera de medicamentos, afetando, assim, a saúde de milhões de pessoas com a criação de uma série de obstáculos à sua distribuição, na maior parte das vezes por motivos estritamente econômicos (VELÁZQUEZ, 2012).

Dessa forma, na área de medicamentos, os efeitos restritivos da propriedade intelectual são absurdos, violadores de uma das regras básicas do mercado: a lei da oferta e da procura. Assim, para Velázquez (2012):

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

As práticas anticoncorrenciais e a formação de monopólios e de cartéis possibilitam que os preços dos medicamentos não sejam definidos com base nos custos de produção (incluindo os de pesquisa) e em padrões aceitáveis e racionais

de lucro, visto que eles são definidos pelos próprios titulares das patentes, e não pelo mercado. (VELAZQUEZ, 2012)

Logo, devido à política de medicamentos genéricos, os antirretrovirais (ARVs), seja de primeira ou segunda linha, estão tendo seus preços reduzidos para tratar o HIV. Entretanto, os ARVs mais novos continuam extremamente caros de acordo com o relatório anual Untangling the Web Of ARR Price Reductions, divulgado pela Organização Humanitária Internacional de acordo com o documento “Médico sem Fronteiras” (MSF) (2013).

Além disso, para Jennifer Cohn, diretora médica da Campanha de Acesso a Medicamentos do MSF, é bom que os preços dos principais medicamentos para HIV continuem a cair à medida que mais empresas de genéricos competem pelo mercado, embora os novos medicamentos ainda sejam muito caros. Cohn (apud MSF, 2013) expõe que:

MSF e outros provedores de cuidados precisam de novos tratamentos para pessoas que já esgotaram todas as outras opções, mas as patentes mantêm os preços fora de alcance. Nós precisamos também estar atentos à entrada de novos e melhores medicamentos no mercado nos próximos anos, já que vamos precisar deles rapidamente. A questão do custo está longe de ser resolvida.

Entretanto, o documento citado mostra que, a despeito das reduções, os que mais sofrem devido aos elevados preços são sempre os mais pobres. Em certos países, o preço pago pelos remédios chega a ser 15 vezes mais alto do que nos países mais desenvolvidos.

Como afirma Arax Bozadjin (apud MSF, 2013), farmacêutico de HIV da campanha de acesso a medicamentos de MSF:

Hoje, não há opções de genéricos com a qualidade garantida para a maioria dos novos medicamentos para HIV. Os preços em países de renda per capita média também são uma grande preocupação. Os termos dos acordos para as licenças voluntárias existentes não são bons o suficiente; na maioria deles não constam termos orientados pelas demandas da saúde pública e a maioria dos países de renda

média são excluídos, o que limita seu tão necessário acesso aos regimes de tratamento.

2.2 A experiência brasileira no conflito entre direito à saúde e à propriedade intelectual

Para o ilustríssimo autor Chaves (2008), no caso da saúde, o “Movimento Sanitário” - originado na década de 1970 e composto, inicialmente, por profissionais e estudantes de saúde - teve papel fundamental no reconhecimento constitucional de que “saúde é direito de todo cidadão e dever do Estado” (artigo 196, Constituição Federal), fornecendo as bases fundamentais para a construção de um sistema público de saúde. A partir de então, apresentou-se o desafio de desenvolver um sistema público de saúde obedecendo a princípios fundamentais, como a universalidade, a integralidade e a igualdade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência - sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. Porém, um dos grandes empecilhos para o provimento correto de medicamentos é a propriedade intelectual, responsável por elevar os preços e prejudicar a competição entre fármacos e fórmulas químicas.

Assim, para Vieira (2008), o Brasil não aproveitou o período de transição de dez anos que foi dado pela OMC para reconhecer patentes na área de medicamentos. Esse período foi oferecido aos países em desenvolvimento que não reconheciam patentes nessa área. Uma das principais vantagens desse período seria permitir o fortalecimento dos laboratórios nacionais para enfrentar a concorrência com as empresas transnacionais de medicamentos que demandam recursos intensivos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D). O Brasil, por sua vez, utilizou o período de transição por menos de dois anos, tendo alterado sua lei em 1996, com aplicação a partir de maio de 1997. Desde então, para Vieira (2008):

diferentes desafios surgiram para a manutenção da política de acesso universal a medicamentos. O maior desses desafios foi o aumento no custo do tratamento devido à utilização de novos medicamentos sujeitos à proteção patentearia e não produzidos

nacionalmente. Esses novos medicamentos foram sendo recomendados pelo consenso terapêutico para substituir ou complementar protocolos de tratamento anteriores. Além disso, houve também um aumento do número de pacientes em tratamento.

Dessa forma, para Cassier (2007), a ação de copiar medicamentos, realizada não só por laboratórios brasileiros, mas, também, indianos produtores de genéricos, foi assunto de intensa controvérsia internacional. O Brasil foi acusado de “pirataria”, mesmo quando copiar era legal, uma vez que reproduzia medicamentos sem pagar os custos de R&D (sigla de Research and Development), ou seja, de Pesquisa e Desenvolvimento envolvidos em sua criação.

Porém, para o citado autor, fica claro observar uma certa continuidade entre cópias farmacêuticas e inovação. Nos laboratórios, copiar necessariamente leva à inovação de várias maneiras. A primeira é a chamada inovação incremental, que emana diretamente da própria atividade de copiar: produtores de genéricos melhoram as rotas de síntese ou fórmulas dos medicamentos que copiam. Essas modificações podem levar a patentes relacionadas a aperfeiçoamentos (fórmulas) ou são mantidas em segredo (novas rotas de síntese). A segunda é uma inovação mais radical, que pode levar ao desenvolvimento de novos medicamentos, seja por meio da combinação de várias moléculas existentes, seja por descobertas de novas propriedades nas moléculas polimorfas da molécula copiada, ou da identificação de novas famílias de medicamentos antirretrovirais.

As melhoras tecnológicas ou novos modelos descobertos pelos produtores de genéricos brasileiros beneficiam-se da nova lei de propriedade intelectual no que diz respeito à patenteação de processo e produtos farmacêuticos. Embora a lei de patentes de 1996 sirva para proteger invenções de novas moléculas, ela exclui a possibilidade de copiar as novas gerações de antirretrovirais e tratamentos que incluam essas novas moléculas patenteadas, fazendo com que, gradualmente, o mercado de cópia de medicamentos diminua. Logo, essa medida faz com os preços dos medicamentos aumente bruscamente no decorrer dos anos, dificultando o acesso a esses remédios (CASSIER, 2007).

Assim, para o referido autor, a experiência brasileira de copiar medicamentos contra HIV/Aids ilustra uma série de questões. Primeiro, enfatiza o status excepcional de medicamentos em relação à propriedade intelectual. Considerados bens públicos, os medicamentos podiam ser copiados livremente no Brasil até 1996. Em 1996, poucos meses depois da nova lei de propriedade intelectual ter sido sancionada, um decreto presidencial proclamou o acesso livre universal aos medicamentos para portadores de HIV/Aids. Para pôr em prática essa política, o governo mobilizou laboratórios farmacêuticos públicos para produzirem medicamentos genéricos. Esses objetivos de saúde pública entraram em conflito com o status patenteável de novas gerações de medicamentos antirretrovirais, quando os preços das novas moléculas pesaram muito no orçamento do Ministério da Saúde. Logo, fica claro o erro em impor o direito de patente em cima de medicamentos, ainda mais em remédios muito utilizados e necessários para a população como um todo e de alto custo.

3 A PROPRIEDADE INTELECTUAL É GERADA POR RECOMPENSA MATERIAL?

Embora nossa sociedade tenha assistido a um longo debate sobre a propriedade privada nos últimos dois séculos, muito pouco tem sido discutido sobre esse peculiar traço da propriedade. Mas o caso da propriedade intelectual é diferente, e seus teóricos sabiam disso desde o princípio.

Segundo Ortellado (2002), a legislação sobre a propriedade intelectual tem origem na Inglaterra, numa lei de 1710; porém, foi nos Estados Unidos que ela foi teorizada e consolidada pelos “pais fundadores da nação”. Ortellado afirma, também, que, desde a sua criação, a legislação americana já possuía o conhecimento sobre a propriedade privada, a qual engloba o tipo de propriedade abarcado neste artigo. Dessa forma, o autor afirma que os legisladores já protegiam a propriedade expressamente e diferenciavam a propriedade, e deixavam de

proteger esse direito. A seguir, um trecho de uma carta de Thomas Jefferson (apud ORTELLADO, 2002), um dos pais fundadores:

Se a natureza produziu uma coisa menos suscetível de propriedade exclusiva que todas as outras, essa coisa é a ação do poder de pensar que chamamos de ideia, que um indivíduo pode possuir com exclusividade apenas se mantém para si mesmo. Mas, no momento em que a divulga, ela é forçosamente possuída por todo mundo e aquele que a recebe não consegue se desembaraçar dela. Seu caráter peculiar também é que ninguém a possui de menos, porque todos os outros a possuem integralmente. Aquele que recebe uma ideia de mim, recebe instrução para si sem que haja diminuição da minha, da mesma forma que quem acende um lampião no meu, recebe luz sem que a minha seja apagada.

Dessa forma, Thomas Jefferson deixa claro que não há motivo para transformar ideias em propriedade; no entanto, o mesmo autor cita novamente Thomas Jefferson, lembrando da necessidade de se estimular a criação de invenções “para o bem do público”, e esse estímulo – para ele – só poderia ser a recompensa (com bens materiais) ao “criador”. As ideias, justamente porque têm a característica de, uma vez expressas, serem assimiladas por todos que a recebem, devem ser especialmente protegidas, para que seus criadores não fiquem desestimulados de criá-las e expressá-las. Aquele que cria uma ideia deve ter o direito sobre ela, de forma que toda a vez que alguém a utilize ou a receba, ele tenha uma recompensa material. O autor de um livro deve receber os direitos autorais pela publicação, e o inventor, o direito pelo uso da patente. Assim, diz a Constituição Americana (1787):

O Congresso deve ter o poder de promover o progresso das ciências e das artes úteis assegurando aos autores e inventores, por um período limitado, o direito exclusivo aos seus escritos e descobertas.

Dessa forma, para Ortellado (2002), com o direito exclusivo às suas criações, os autores e inventores podem explorar comercialmente as suas ideias e conseguir

a justa recompensa pelo seu esforço e talento. A recompensa é o estímulo para que o criador produza ainda mais e a sociedade progrida em direção ao bem comum.

Ademais, para o autor, o fato de homens talentosos, como Thomas Jefferson e Benjamin Franklin, não se sentirem estimulados pelo retorno material por suas “descobertas” sempre foi levado em conta em discussões acerca da propriedade intelectual, e levantou, ainda, um questionamento: será que a falta de perspectiva de recompensa material, em algum momento, impediu que os gênios da arte se dedicassem à música, à pintura ou à literatura? Muitos artistas morreram antes de atingir sucesso financeiro por seus trabalhos, como Rembrandt, Van Gogh e Gauguin; todos morreram na pobreza e sem reconhecimento, por exemplo. O ponto a ser abordado é: será que a criação de materiais, objetos ou ideias visam apenas a fins de retorno financeiro? E ainda mais: poderia a criação, seja do que for, contribuir para o bem coletivo e anônimo, que é a cultura humana, sem ter usufruído e incorporado, antes, a rica e generosa contribuição dos outros artistas, contemporâneos e do passado? E se achamos que é preciso um estímulo material, além da vaidade pessoal e da vontade de contribuir para o bem comum, não seria possível, então, desenvolver um sistema público de recompensa para os inventores?

3.1 Propriedade intelectual direito à patente versus direito constitucional à saúde

Muito do que se diz a respeito da propriedade intelectual na sociedade contemporânea está ligado, estritamente, ao mal uso da monopolização das ideias, como as patentes sobre os remédios e as invenções que são avanços extremos para a humanidade como um todo. Tal reflexão é trazida neste artigo: se, em virtude da autoria de uma ideia (não escassa), é possível violar garantias dadas ao ser humano pela lei.

O legislador, ao elaborar um texto normativo, restringe o rol de possibilidades acerca dele, excluindo todas as outras alternativas para as quais poderia ou não defender, de outra forma, o mesmo direito e até ressaltar um direito em razão de

outro. Desse modo, é evidente que, ao escolher o direito à autoria em seus parágrafos 27 e 28, ele deixa de escolher tutelar direitos opostos, tais como o bem social e afins.

A saúde é um exemplo claro e límpido de tal exclusão, protegida pelo Estado. Margaret de Oliveira Valle dos Santos (2000) aponta claramente que um dos fatores que limitam a oferta e disponibilidade dos remédios para a população é consequência do seu processo de desenvolvimento, que é orientado para maximizar os lucros das empresas fabricantes, em regra detentoras de suas patentes, e não para prover as necessidades essenciais da sociedade em geral.

Essa situação é mais dramática nos países em desenvolvimento, cujas condições econômicas não lhes permitem proteger a maioria dos direitos sociais, obrigando grande parte de sua população a viver em condições de extrema pobreza, sem a possibilidade de usufruir os direitos fundamentais de moradia, alimentação, emprego e saúde. Não consegue o Estado, nesses países periféricos, como o Brasil, proteger, a rigor, a dignidade de seu cidadão; assim sendo, no caso do direito à saúde, direito de todos reconhecido como dever do Estado, que deveria ser prestado por um sistema público de saúde eficiente e de qualidade (SANTOS, 2000).

Para Ava Garcia Catta Preta (2014), a premissa de que é garantido ao inventor a exploração com exclusividade do objeto (ideia) protegido gera um problema quando confrontada com a Constituição Federal, porque são garantias constitucionais tanto o direito à livre concorrência quanto o direito de exclusividade sobre a propriedade industrial. Cabe, então, aos aplicadores da norma balancearem sua decisão de modo a que um direito não venha a violar o outro.

Ante essa problemática, Paranaguá (apud PRETA, 2014, P.19 - 20), mostra uma solução ao caracterizar a proteção à propriedade intelectual como uma exceção à regra da livre concorrência, que deve ser concedida de forma ponderada, tendo como referência os princípios da razoabilidade e da sua função social.

Para aferir se, de fato, a função social da propriedade industrial está sendo cumprida, é preciso verificar se a “recompensa aos inovadores e os potenciais

incentivos à inovação compensam os custos da criação de ilhas de monopólios jurídicos e se há perspectivas de benefícios para os países em desenvolvimento”.

Ao deparar com a garantia constitucional à saúde, é comum as pessoas fazerem uma remissão imediata a situações práticas relacionadas ao fornecimento de serviços de saúde pública ou até ao tratamento que os hospitais e as clínicas particulares devem ter perante o cidadão. Em que pese a extrema importância desses temas, acaba-se por deixar de lado a questão da falta de medicamentos no mercado, bem como seus preços exorbitantes e que, muitas vezes, a causa desses problemas é, justamente, a existência de patentes sobre medicamentos ou até mesmo sobre determinados princípios ativos. É precisamente sobre essa problemática envolvendo as patentes farmacêuticas *versus* o direito constitucional fundamental à saúde e as possíveis soluções que são objetos de análise.

Assim, Ava Garcia Catta Preta (2014) cita Patrícia de Carvalho quando aponta que tanto o direito à saúde quanto o direito à propriedade industrial estão situados no mesmo patamar; porém, na realidade, o que acontece é que o direito individual à propriedade industrial, no caso das patentes farmacêuticas, deve ser mitigado de forma a priorizar os direitos sociais.

O que acontece majoritariamente na doutrina é que, justamente por ser um direito fundamental que abarca objetivos sociais, é necessário que o mesmo prevaleça em relação aos demais, até mesmo porque, segundo análise do jurista italiano Luigi Ferrajoli (apud CANÁRIO,2013), a Constituição é responsável não apenas por limitar poderes, mas, também, assegurar os direitos fundamentais à vida. Portanto, a partir dessa noção, dever-se-á assegurar que ela garanta aos cidadãos os direitos fundamentais, até mesmo quando entrem em choque com a propriedade intelectual

3.2 Princípio da proporcionalidade aplicado à propriedade intelectual

Para Eros Grau (2014), a proporcionalidade e razoabilidade são pautas de aplicação de direito, meios pelos quais a doutrina e a jurisprudência usam como

remédio para ousar corrigir o legislador, ou seja, o princípio tem sido usado com transgressão do sistema jurídico para mudar caracteres primordiais de direitos assegurados quando o legislador, de certa forma deu luz ao mesmo.

Para Cavalcante Filho (2010), por meio desse princípio, é possível analisar a legitimidade das restrições a direitos fundamentais, para verificar se respeitam a justa medida, a proporção entre causa e efeito, entre meio e fim.

Segundo o referido autor, assim como a maior parte doutrinária, o princípio da proporcionalidade se divide em três elementos, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, Calvacante Filho (2010) discorre:

Em suma: o princípio da proporcionalidade diz respeito à compatibilidade quantitativa entre meios e fins, ou seja, permite a análise da equivalência de quantidade entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência, vedando atos que, apesar de se utilizarem dos meios corretos, abusam na quantificação destes. Não sem razão, é também chamado de "princípio da proibição do excesso". E, na feliz formulação de Jellinek, corresponde à máxima de que "não se abatem pardais com tiros de canhão". Por outro lado, a proporcionalidade significa não só a necessidade de limitar a restrição de direitos fundamentais (proporcionalidade em sentido negativo), como também a obrigação do Estado de proteger de forma eficiente os bens jurídicos mais caros à sociedade (proporcionalidade positiva)."

Então, para analisar o caso em que a propriedade intelectual é incluída, é necessário se perguntar: o meio escolhido é o mais adequado para o fim pretendido? Há outros meios menos lesivos para alcançar tal finalidade? A vantagem dos fins supera as desvantagens dos meios?

A juíza Suzana de Toledo Barros (2003) afirma quanto à adequação: "o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?". Aplicando-se ao devido contexto do tema abordado, assegurar propriedade de ideias é o meio mais adequado para a finalidade? E o tema que mais reverbera é o exemplificado anteriormente, no qual a indústria farmacológica tem o monopólio das ideias e

inventos em razão do direito fundamental presente no artigo 6º bem como no artigo 196:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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 sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL,1988).

É, portanto, inegável que haja conflito entre os dois direitos, e conforme visto primeiramente como critério da proporcionalidade, os meios onde o direito à universalização e à igualdade no tocante à saúde são negados para a finalidade de se manter a autoria de um invento. Dessa forma, a nossa constituição garantidora de direitos e protetora das coletividades deixa que, em razão de autoria de ideias, se dificulte ou até bloqueie o acesso à saúde, direito essencial para a humanidade.

O segundo critério citado na doutrina é a necessidade: existem meios menos danosos para se atingir o objetivo? Um meio alternativo a tal utilidade protegida constitucionalmente, por exemplo, é dar a autoria quando não se trata de um meio que interfira nos bens sociais, assim protegendo o direito do autor e lhe garantindo direitos como o da saúde e os dos avanços para o bem da humanidade. Como visto anteriormente, de forma alguma, diminui-se o número de invenções somente por causa da recompensa material, ou seja, mesmo que se desvalesse da proteção da autoria, ainda haveria inventos e, portanto, justificando um meio menos danoso em relação ao empregado atualmente.

E, por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito: “Na Proporcionalidade em sentido estrito, objetiva-se a solução mais interessante no caso em concreto, isto é, a que projetará mais benefícios do que malefícios. Desta forma, em regra, para Marini (2007), a violação da privacidade de um ser humano para atender a curiosidade alheia geraria mais prejuízos do que benefícios, de modo que não deveria ser autorizada a publicação de tais fotos.”

Não obstante é de se confirmar que, ao se privar o direito autoral, por consequência, se beneficiará mais a coletividade do que prejudicará o indivíduo quando à luz da Constituição Federal. Assim, se conclui que, mediante interpretação de princípios em conflito na Constituição, é fácil identificar que é necessária a mudança.

Por fim, é visível que a resguarda do Estado em relação ao direito à propriedade intelectual é incompatível com a própria Carta, infringindo direitos fundamentais descritos nos artigos 3º e 5º da Constituição Federal, ou seja, o direito à igualdade, à dignidade da pessoa humana, direito à liberdade. A proteção à propriedade intelectual é, portanto, inadequada, e denota que o Estado sucumbe a influências socioeconômicas.

CONCLUSÃO

O conceito constitucional da propriedade intelectual (P.I.), que teve como fundamento a resolução da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI ou WIPO), garante a todos o direito de usufruírem de sua invenção ou criação sem que alguém a copie ou a roube. As formas da P.I. se manifestam, como Segredo Comercial, Marca Registrada, Patente e Direito Autoral.

As defesas para a existência da propriedade intelectual são as jusnaturalistas e as utilitárias. A primeira é a que afirma que todo homem é dono daquilo que produz por meio do seu próprio esforço, e deve ser protegido. Entretanto, esse raciocínio é totalmente arbitrário, pois somente algumas criações podem ser protegidas. Como exemplo, uma forma física não pode ser protegida, mas uma fórmula química de algum remédio pode ser tutelada, ficando claro, dessa forma, o caráter arbitrário desse raciocínio. Embora a lei deva valer igualmente para todos, isso não é o que ocorre, pois somente algumas criações são protegidas, e outras não.

Já o argumento utilitarista alega que esta proteção é benéfica, pois incentiva a criação, a inovação. Porém, esse argumento é falho, tendo em vista que, quando uma empresa tem a tutela do Estado, ela se vê acomodada, e não sente a necessidade de inovar, pois não terá com quem competir. Na verdade, o que incentiva a inovação é justamente a competição; e havendo essa proteção à propriedade intelectual, não existiria a possibilidade de a competição ocorrer.

É visível, assim, que o conceito de propriedade intelectual deve estar atrelado à sua escassez, pois não é possível mensurar e proteger ideias tendo em vista que várias pessoas podem usufruir do mesmo raciocínio, sem interferirem uns nos outros, o que não ocorre com bens materiais tangíveis e visíveis.

Dessa forma, fica claro que a proteção do direito à propriedade intelectual interfere diretamente no campo social, econômico e político. Assim, a proteção dessas ideias e produtos reduzem a competitividade, ou seja, ocorrem aumentos no preço quando só há um produtor e somente um idealizador da ideia. Desse modo, mesmo havendo a pirataria e cópia como alternativas para sair dessa individualização, trazendo consigo preços mais baixos, os que mais sofrem com preços mais altos são sempre os mais pobres. Logo, é visível o conflito e a quebra do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana ao se assegurar esse “direito” na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

CARSON, Kevin. Como a “Propriedade Intelectual” Impede a Competição, [S. l.], 2017. Disponível em: <https://anarcocapitalismo.com.br/2017/01/16/como-a-propriedade-intelectual-impede-a-competicao-2/>. Acesso em: 9 set. 2019.

CASSIER, Maurice; CORREA, Marilena. Propriedade intelectual e saúde pública: a cópia de medicamentos contra HIV/Aids realizada por laboratórios farmacêuticos brasileiros públicos e privados. [S. l.], v. 1, n. 1, 2007. DOI <https://doi.org/10.29397/reciis.v1i1.887>. Disponível em: <https://homologacao-reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/887>. Acesso em: 9 set. 2019

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. [s. l.], 2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joa_o_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 18 nov. 2019

CHAVES, Gabriela Costa; VIEIRA, Marcela Fogaça; REIS, Renata. Acesso a medicamentos e propriedade intelectual no Brasil: reflexões e estratégias da sociedade civil. Sur, Rev. int. direitos human. São Paulo, v. 5, n. 8, p. 170-198, June 2008 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100009&lng=en&nrm=iso>. access on 15 Nov. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452008000100009>.

CANÁRIO, Pedro. Constituição brasileira é das mais avançadas do mundo. terceira geração, CONJUR, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-16/constituicao-brasileira-avancadas-mundo-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 20 nov. 2019.

DOS SANTOS, Margaret de Oliveira Valle. Direito Patentário e Redução de Preço de Remédios no Brasil. [S. l.], 23 mar. 2000. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/9/fom-entomercantil_203.pdf. Acesso em: 17 nov. 2019.

ENGSTRÖM, Christian. As leis de direitos autorais são uma ameaça à liberdade, [S. l.], 2009. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=328>. Acesso em: 9 set. 2019.

Estados Unidos. Constituição (1787). Constituição dos Estados Unidos da América.

GRAU, Eros Roberto. POR QUE TENHO MEDO DOS JUÍZES: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. [S. l.]: Malheiros Editores, 2014. 163 p. ISBN 978-85-392-0196-9.

KINSELLA, Norman Stephan. Contra a propriedade intelectual. Tradução: Rafael Hotz. 1. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. ISBN 978-85-62816-08-6.

KIRKPATRICK, Jerry. A pirataria como uma função de mercado, [S. l.], 2009. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=86>. Acesso em: 9 set. 2019.

MARINI, Bruno. O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo. [S. l.], 1 abr. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9708/o-principio-da-proporcionalidade-como-instrumento-de-protexao-do-cidadao-e-da-sociedade-frente-ao-autoritarismo>. Acesso em: 22 nov. 2019.

MARINO, Aline Marques. O princípio da razoabilidade e o método de interpretação conforme a Constituição. [S. l.], 9 set. 2014. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/alinemarino/artigos/o-principio-da-razoabilidade-e-o-metodo-de-interpretacao-conforme-a-constituicao-795>. Acesso em: 17 nov. 2019.

MÉDICO SEM FRONTEIRAS (MSF). Medicamentos para HIV ficam mais baratos, mas patentes mantêm novos remédios inacessíveis. [S. l.], p. 1, 2 jul. 2013. Disponível em: <https://www.msf.org.br/noticias/medicamentos-para-hiv-ficam-mais-baratos-mas-patentes-mantem-novos-remedios-inacessiveis>. Acesso em: 30 out. 2019.

RODRIGUES, Lucas de Oliveira. Pirataria e o acesso ao consumo. [s. l.], 2016. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/a-pirataria-crime.htm>. Acesso em: 9 nov. 2019.

ORTELLADO, Pablo. POR QUE SOMOS CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL?. [S. l.], 27 abr. 2002. Disponível em: <http://commons.cc/antropi/wp-content/uploads/2013/02/porque-somos-contra-PI.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (APBI). O que é a Propriedade Intelectual?., [s. l.], 2010. Disponível em: <https://abpi.org.br/blog/o-que-e-propriedade-intelectual/>. Acesso em: 14 nov. 2019.

PRETA, Ava Garcia Catta. PATENTES FARMACÊUTICAS: In: A mitigação do direito à propriedade industrial no âmbito farmacêutico em face do direito constitucional ao acesso a medicamentos. [S. l.], 3 abr. 2014. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5523/1/20812203.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

TUCKER, Jeffrey. A propriedade intelectual é a chave do sucesso? [S. l.], 2008. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=17>. Acesso em: 9 set. 2019.

VELÁZQUEZ, Victor Jugo Tejerina; DOS SANTOS, Antonio Ricardo Surita. A NATUREZA NÃO FUNDAMENTAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E AS VIOLAÇÕES AO DIREITO À SAÚDE. [S. l.], p. 1 -26. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0a90c1fdd4b06c08>. Acesso em: 6 nov. 2019.