

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

FAUSTO SANTOS DE MORAIS

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fausto Santos de Moraes; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-314-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Saúde: segurança humana para democracia”, promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Saúde: segurança humana para democracia”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico

/promovendo a interlocução dos referenciais teóricos com desafios colocados pelo contexto da pandemia. Uma parte dos trabalhos problematizou a criação e a avaliação de políticas públicas que visam realizar direitos fundamentais como a saúde, a educação, a proteção contra a velhice, os direitos das minorais, entre outros. Outra parte dos trabalhos entendeu que os direitos fundamentais devem ser compreendidos através dos seus fundamentos, valendo-se de bases teóricas sofisticadas que tem o Estado Democrático de Direito com seu alvo. Foi assim que as temáticas como ativismo judicial, representatividade política, diálogos institucionais, o papel da mídia e os limites às restrições dos direitos fundamentais ganharam espaço na arena dos debates.

Nesse sentido, observamos a apresentação de trabalhos que refletiram sobre o impacto promovido pela Covid-19 no Estado Democrático de Direito brasileiro, apontando para a necessidade de garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais, quer promovendo a flexibilização de patentes para o enfrentamento da pandemia, ou ainda responsabilizando-se pela realização de um controle global nesse enfrentamento, com ênfase em medidas regionais e locais.

De outra parte, artigos consideraram a importância de uma educação inclusiva em tempos de pandemia e para tanto foi ressaltada a necessidade de uma reflexão sobre o artigo 24, inciso III da Lei de Diretrizes e Bases para além de um diálogo entre Educação e propostas decoloniais.

O Ativismo Judicial também teve expressão na apresentação de artigos nesse GT, quer como forma de promoção de justiça, quer como meio para a garantia do direito à saúde.

Quanto ao Direito Fundamental à Saúde, em tempos de pandemia, foram apresentados trabalhos que trouxeram reflexões acerca da saúde mental no Sistema Único de Saúde (SUS); abordaram a saúde nas comunidades indígenas e ainda apontaram a necessidade e a importância de políticas públicas destinadas à população em situação de rua, "os invisíveis cariocas" com ênfase no município do Rio de Janeiro.

Ao contrário do que se poderia esperar num período de pandemia, o GT proporcionou um sopro de otimismo por força das várias perspectivas científicas que indicam um caminho jurídico possível para a proteção e efetividade dos direitos fundamentais no Brasil.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

FLEXIBILIZAÇÃO DE PATENTES EM TEMPOS DE PANDEMIA

FLEXIBILIZATION OF PATENTS IN PANDEMIC TIMES

Cleide Sodre Lourenco

Resumo

O presente artigo analisa a proteção patentária em contraponto à atuação do Estado enquanto agente regulador da atividade econômica, dando cumprimento a valores cunhados na Constituição Federal do Brasil indispensáveis ao desenvolvimento de um Estado Social Econômico. Através de revisão da bibliografia existente, o artigo aborda algumas particularidades dos países em desenvolvimento e, a partir de breve contextualização histórica das políticas regulatórias de inovação tecnológica no Brasil, analisa a pertinência e necessidade de flexibilização de patentes na indústria farmacológica, em tempos de pandemia decorrente do COVID-19.

Palavras-chave: Estado econômico social, Inovação tecnológica, Regulação, Desenvolvimento, Patente

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyses patent rights as regards to state action as economic supervisor which has the goal to apply constitutional values, essentials to obtain economic welfare state. Through existing biography, this article addresses developing countries particularities, to verify the need to adapting patent right protection, in the pharmacological industry, in times of Covid 19 pandemic.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic social state, Technological innovation, Regulation, Developing, Patent

1 INTRODUÇÃO

A realidade social de extrema desigualdade dos países em desenvolvimento, como o Brasil, impulsiona reflexões voltadas ao confronto entre o atendimento de interesses coletivos na busca da diminuição das desigualdades sociais (que demandam a adoção de políticas públicas direcionadas a uma melhor distribuição dos recursos produtivos da sociedade) e os preceitos constitucionais garantidores dos ideais liberais econômicos associados à livre iniciativa e ao livre mercado.

É nesse contexto que a Carta Constitucional do Brasil de 1988 contém previsão de uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa visando assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social, o que exige a permanente ponderação entre conflitos de interesses econômicos e sociais que naturalmente surgem em uma sociedade democrática e pluralista.

Em breves linhas introdutórias, é por essa razão que a atuação regulatória da ordem econômica pelo Estado é obrigação que vem expressa na Constituição do Brasil de 1988, de forma a viabilizar e direcionar o processo de geração e distribuição de riqueza¹ na busca de um desenvolvimento sustentável que não pode ser realizado sem um olhar redistributivo do ponto de vista econômico.

Os instrumentos de regulação devem estar voltados a esse objetivo, ampliando eficiência alocativa dos mercados, sem negar o ideal lucrativo próprio dos países capitalistas.

O conflito entre interesses econômicos e políticas regulatórias voltadas à finalidade redistributiva é permanente, o que, aliás, deu ensejo no Brasil à recente edição da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que trouxe para o campo infralegal a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, refletindo atuação do Estado como agente normativo e regulador.

¹ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (BRASIL, 1988).

Sem prejuízo, uma leitura sistemática dos artigos 3º, 218 e 219² da Constituição Federal (BRASIL, 1988) evidencia que a política científica e tecnológica deve estar, de igual forma, vinculada à garantia do desenvolvimento nacional, tendo presente a redução das desigualdades econômicas e sociais como objetivos da República, que dão fundamento de validade à regulação estatal do domínio econômico.

² “**Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. [...]”

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”. § 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação. § 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. § 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. § 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho. § 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica. § 6º O Estado, na execução das atividades previstas no caput, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo. § 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no caput.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei.

Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. § 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI. § 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Reconhece-se a necessidade de uma interpretação coerente e íntegra do sistema constitucional, resguardando o progresso técnico, a proteção da propriedade intelectual e os valores sociais, tendo presente a concepção interpretativa do direito de Dworkin, para quem a observação do direito deve ter um espectro mais amplo, para além do rigor formalista do positivismo jurídico, ao confrontá-lo com problemas políticos da igualdade e da equidade (ALMEIDA, 2018).

Fixadas essas premissas, este artigo pretende retomar a discussão envolvendo a necessária flexibilização de medicamentos patenteados, em tempos de pandemia, com fundamento na necessidade de acesso.

2 ESTADO SOCIAL ECONÔMICO E INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Na organização da ordem econômica do Brasil há uma diretriz clara de permanente acomodação das garantias relacionadas à propriedade privada e à livre iniciativa com outros valores também agasalhados pela Constituição Federal de 1988, visando o alcance de prestações sociais, da superação das desigualdades e da erradicação da pobreza. Para nós, pois, a liberdade do mercado não tem um valor em si mesmo, apartada do sistema constitucional, em conformidade com os princípios traçados no artigo 170 da Carta Constitucional.³

Da mesma forma com que a política pública não pode ter como objetivo eliminar de forma absoluta o poder do mercado nem inviabilizar a apropriação dos ganhos pela empresa (lucro), toda a legislação regulatória de incentivo à inovação deve estar voltada também à superação do desenvolvimento e a redução das desigualdades sociais. Encontra-se, nessa seara, por questões inclusive humanitárias, a indústria farmacêutica.

³ “**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. **Parágrafo único.** É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O poder-dever do Estado de intervir quando necessário no domínio econômico encontra-se delimitado e resguardado pelos valores constitucionalizados, visando o alcance das finalidades estabelecidas. (MELLO, 2011).

Essa é a diretriz também presente no artigo 219 da Constituição de 1988, que, ao tratar da inovação tecnológica, destaca o mercado interno como parte integrante do patrimônio nacional, e, de outra banda, determina que a regulação estatal não deixe de ser indutora da inovação tecnológica visando buscar o permanente desenvolvimento econômico, social e cultural do país (BERCOVICI, 2012). Afinal, a capacidade do país de gerar e incorporar conhecimento tecnológico é essencial para tal finalidade.

É uma análise que permeia o conceito de Constituição dirigente, que exige uma fundamentação substantiva para os atos do poder público e não apenas sua subsunção formal às normas constitucionais, impondo políticas públicas de regulação da atividade econômica e a consequente transformação da realidade (BERCOVICI, 1999). Invoca, de igual forma, a ideia de responsabilidade social enquanto atuação coordenada da sociedade contemporânea.

A aplicação do Direito e a interpretação das garantias voltadas à livre iniciativa e à propriedade intelectual não podem ser aplicadas de forma apartada do aspecto sociológico da realidade dos países em desenvolvimento.

Sobre o tema, José Fernando Vidal de Souza anota que (2007, p. 25):

“[...] o pensamento do jurista, do magistrado ou de qualquer operador do direito nos dias de hoje não deve estar apegado a dogmas que venham a dificultar a busca do que é o justo consciente. A dogmática, quer como sistematização de conceitos ou como método de interpretação, não deve dificultar a aplicabilidade de um princípio. Ademais, as construções dogmáticas correm o risco de rapidamente serem vistas ou tomadas como prisioneiras de uma dimensão formal que as tornem alijadas da sociabilidade e do existencial, porque privadas do fato. Dessa forma, o aspecto sociológico dos fatos, a identificação da realidade influente e da consciência jurídica devem ser considerados no momento da interpretação e posterior aplicação do Direito.”

No dizer de Robert Alexy (2008, p. 15) “[...] como mera construção de ideias, o sistema não pode viver. Para viver, ele precisa apoiar-se no discurso de pessoas reais. Com isso, certifica-se a visão que somente um sistema complexo, que enlaça ideal e real, pode realizar razão.”

Nesse contexto, há que se considerar na análise do conflito aparente entre direitos fundamentais, também, a distinção entre os denominados direitos primários (dentre os quais se encontram os direitos sociais) e os secundários de autonomia política e negocial, sob pena de usurpar-se a força normativa dos direitos sociais:

[...] De modo particular, concebir como conflitos lo que non son sino lesiones de los derechos primários (inmidades, libertades y derechos sociales) a manos de los derechos secundários de autonomia política y negocial supone um indebido debilitamento de los primeiros por obra de unos derechos que em realidade son poderes; y ‘no podemos ignorar que las amenazas más graves a la democracia constitucional provienen hoy de dos poderosas ideologías de legitimación del poder: la idea de la omnipotencia de las mayorías políticas y la idea de la libertad de mercado como nueva *Grundnorm* del actual orden globalizado.’ Em resumen, presentar como conflictos dispuestos para la ponderación lo que son em realidade violaciones de derechos fundamentales equivale muchas veces a escamotear la fuerza normativa de tales derechos. (PRIETO SANCHÍS, 2013, p. 87).

Princípios de maior hierarquia devem informar a interpretação ou a criação de norma, seja nas relações entre particulares, seja na relação com o Estado. Nessa linha de argumentação Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

[...] o ponto de ligação entre a pobreza, a exclusão social e os direitos sociais reside justamente no respeito pela proteção da dignidade da pessoa humana, já que – de acordo com Rosenfeld – ‘onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estão sendo violados’. Assim sendo e apesar da possibilidade de se questionar a vinculação direta de todos os direitos sociais (e fundamentais em geral) consagrados na Constituição de 1988 com o princípio da dignidade humana, não há como desconsiderar ou mesmo negar tal conexão, tanto mais intensa, quanto maior a importância dos direitos sociais para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e cada época. (SARLET, 2002, p. 96).

Nesse contexto, a flexibilização de patente de medicamentos estratégicos, especialmente em tempos de pandemia, mostra-se indispensável para viabilizar o direito fundamental à saúde e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito.

A filosofia humanista do Direito Econômico informa que não se pode entender o ideal de liberdade sem o da igualdade e da fraternidade, sob pena de violação do direito objetivo da dignidade da pessoa humana (BALERA; SAYEG, 2011).

Este parece ser o entendimento que melhor se coaduna com o ideário da solidariedade inserto no texto constitucional como objetivo fundante da República, que almeja a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Art. 3º). (BRASIL, 1988).

3 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DAS POLÍTICAS REGULATÓRIAS DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

O tema da inovação está diretamente relacionado à proteção do sistema de propriedade intelectual.

A Convenção da União de Paris, de 1883 é reconhecida como a origem de uma normatização sobre a Propriedade Industrial. Todavia, nos Séculos XX e XXI as discussões avançaram envolvendo a necessidade de acesso à invenção, por conta da escassez de produtos (GELCER, 2012).

No Brasil, o reconhecimento necessário da associação da pesquisa tecnológica ao desenvolvimento econômico teve uma primeira sistematização nos anos 50 do Século XX, com a criação do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e, na década seguinte, com a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES), primeiro órgão de financiamento da pesquisa tecnológica, possibilitando a criação de centros de pesquisa até então praticamente inexistente no Brasil.

A partir de então, as políticas regulatórias da inovação tecnológicas estiveram direcionadas à formação de centros de pós-graduação, programas e centros de pesquisa básica, com a formação de recursos humanos e o fortalecimento do sistema de pós-graduação nas universidades do país, passando a ser editados planos de desenvolvimento científico e tecnológico na década de 70⁴.

⁴ O Decreto nº 70.553, de 17 de maio de 1972, além de organizar as atividades de ciência e tecnologia como sistema, sob o comando do CNPq, estruturou o Sistema Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (SNDCT) e criou o primeiro Plano Brasileiro de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (I PBDCT). (BRASIL, 1972).

Nos anos seguintes, vale ainda citar a Criação do Ministério da Ciência e Tecnologia (Decreto nº 91.146, de 15 de março de 1985) e a publicação da Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984, que estabeleceu a Política Nacional de Informática, prevendo forte atuação do Estado como agente regulador, situação essa que foi parcialmente alterada a partir da revogação do art. 171 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional (EC) 06/95, no que toca ao tratamento diferenciado das empresas de capital nacional.

Nesse contexto, constou expressamente da Constituição Federal promulgada em 1988 a possibilidade de proteção patentária, de forma temporária, nos seguintes termos (BRASIL, 1988):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; [...].

Foi somente na década de 90 que novo tratado internacional foi firmado: o *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*⁵. Além da previsão da proteção da propriedade intelectual, referido tratado também previu a flexibilização baseada na necessidade de acesso, na lógica do reconhecimento da existência de países com diferentes graus de desenvolvimento e produção tecnológica, que não poderiam ser prejudicados.

Posteriormente, houve a promulgação no Brasil do Código Propriedade Intelectual (Lei n 9.279, de 14 de maio de 1996), regulando direitos e obrigações relacionados à propriedade intelectual. Também previu expressamente a possibilidade de licenciamento compulsório da patente nas hipóteses de exercício abusivo dos direitos dela decorrente, de não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, na hipótese de falta de uso integral do processo patentado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica ou quando a comercialização não satisfizer às necessidades do mercado (art. 68). (BRASIL, 1996).

⁵ Em inglês: *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPs*.

Nos anos subsequentes nota-se um endurecimento da possibilidade de flexibilização com acesso à tecnologia patenteada o que, na área da saúde, gerou uma disfunção, dando vazão à intensa judicialização da demanda reprimida diante da escassez de produtos, em prejuízo à pessoa e aos cofres públicos, que passaram a ter que arcar com compras isoladas de medicamentos a partir de decisões proferidas pelo Poder Judiciário em demandas individuais, refletindo clara ausência de uma política pública eficaz no setor (CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA, 2018)⁶.

Sobre o breve histórico regulatório relacionado ao tema da inovação tecnológica, vale menção, ainda, às seguintes normas:

- a) Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004 (Lei da Inovação), que passou a estabelecer mecanismos de incentivo à interação da instituição científica e tecnológica (ICT) com a empresa;
- b) Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005 (Lei do Bem), que instituiu diversos benefícios fiscais para setores estratégicos da economia e o investimento em pesquisa e desenvolvimento pelas empresas;
- c) Lei nº 12.349, de 15 de 3 dezembro de 2010 (Lei do poder de compra Nacional), enquanto instrumento do desenvolvimento da indústria nacional; e, por fim, a
- d) Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, que instituiu o Código de Ciência, Tecnologia e Inovação, e passou a autorizar a formalização das Instituição Científica e Tecnológica privadas sem fins lucrativos (ao lado das instituições públicas já existentes), ampliou o papel dos Núcleos de Inovação Tecnológico (NTIs), diminuiu entraves para a importação de insumos para a pesquisa e o desenvolvimento, dentre outras inovações.

É a partir dessa linha temporal da regulação da inovação e da proteção da propriedade intelectual no Brasil que passaremos a abordar a questão da proteção patentária da inovação em relação ao setor farmacêutico, sem perder de vista as peculiaridades do Estado Econômico Social, que traz consigo a incorporação no texto constitucional de fins e objetivos para o Estado e para a sociedade, exigindo políticas sociais ativas e o desempenho de funções distributivas (HERRERA, 2003).

⁶ Em Auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), focada em patentes de medicamentos, apontou-se que o dispositivo trouxe um impacto aos cofres públicos na ordem de R\$ 1 bilhão, entre 2010 a 2019. (BRASIL, 2020b).

4 A NECESSÁRIA FLEXIBILIZAÇÃO DA PROTEÇÃO PATENTÁRIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Para a teoria econômica, a justificativa primeira para a proteção patentária é justamente o incentivo à inovação, estimulando o inventor a empregar seu tempo, esforços e capital, em troca do aproveitamento econômico daquilo que vier a ser desenvolvido⁷.

Joseph Schumpeter é uma das principais referências teóricas no tema do desenvolvimento e progresso técnico, e defendia que a introdução de inovações e mudanças técnicas no processo produtivo de economias capitalistas modernas seria de responsabilidade dos empresários, sem prejuízo da importância das políticas indutoras do progresso tecnológico (CASTRO; CARVALHO, 2007-2008).

Para o economista austríaco, o progresso técnico é tido como instrumento determinante da vantagem competitiva diante dos ciclos econômicos de longa duração, especialmente as fases de prosperidade e de depressão, pois caberia à tecnologia a resolução de problemas relacionados ao esgotamento de insumos e materiais de produção, seja pela introdução de um novo bem ou qualidade de um bem; de um novo método de produção ou de comercialização da mercadoria; diante da abertura de um novo mercado ou de uma nova fonte de matérias-primas; ou, ainda, diante de uma nova organização de qualquer indústria.

⁷ As patentes representam a modalidade de proteção mais forte conferida pela propriedade intelectual, segundo a Stanford Encyclopedia of Philosophy: “Intellectual property is generally characterized as non-physical property that is the product of original thought. Typically, rights do not surround the abstract non-physical entity; rather, intellectual property rights surround the control of physical manifestations or expressions of ideas. Intellectual property law protects a content-creator’s interest in her ideas by assigning and enforcing legal rights to produce and control physical instantiations of those ideas. Legal protections for intellectual property have a rich history that stretches back to ancient Greece and before. As different legal systems matured in protecting intellectual works, there was a refinement of what was being protected within different areas. Over the same period several strands of moral justification for intellectual property were offered: namely, personality-based, utilitarian, and Lockean. Finally, there have been numerous critics of intellectual property and systems of intellectual property protection. This essay will discuss all of these topics, focusing on Anglo-American and European legal and moral conceptions of intellectual property.” (INTELLECTUAL..., c2016).

É nesse contexto que o direito concebe a patente como uma proteção concedida ao inventor, por prazo determinado, que se aproveita dos ganhos de monopólio decorrentes de sua introdução no mercado em troca da revelação do segredo tecnológico. Pretende-se com esse regramento de concessão de um direito de propriedade sobre aquilo que foi desenvolvido combater o risco de que os retornos dos investimentos sejam apropriados por outros participantes do mercado, que não o inventor, autorizando-o a cobrar pelo uso daquilo que foi desenvolvido.

Para a teoria econômica, o poder monopolista no setor de inovação se justifica para impulsionar a pesquisa e o desenvolvimento, distinguindo-o das demais estruturas de mercado voltadas à concorrência e à competição de preços. Ocasiona mercados mais concentrados ou monopolistas, com poucas empresas competindo.

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011⁸, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, declara expressamente que a pesquisa em inovação justifica a exceção aos dispositivos concorrenciais ou sua interpretação extensiva, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos seguintes: aumentar a produtividade ou a competitividade; melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico (de forma acumulada ou alternativa); e desde que sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Sem pretender negar a lógica utilitarista do sistema de patentes e sua validade em países de regime capitalista, o que se pretende defender nessas breves linhas é que a aplicação dessas regras merece temperamento em situações específicas, em especial nos que toca à indústria farmacêutica, diante da realidade dos países em desenvolvimento.

Nesse sentido, a proteção patentária, que cria um custo a curto prazo por encarecer a difusão da tecnologia já adquirida, ainda que válida para determinados setores de produção, deve ser relativizada quando o que está em jogo é o custo de vidas humanas, ainda que economicamente fosse defensável sua manutenção para fazer frente aos elevados custos do fomento à inovação.

⁸ “Art. 88. [...] § 6º: Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. [...]” (BRASIL, 2011).

Sobre o princípio da dignidade humana e seu contorno constitucional, Ana Paula de Barcellos (2011, p. 241) anota:

A primeira conclusão é que a Constituição de 1988 efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados ao tema.

Essa lógica mostra-se particularmente razoável para os países em desenvolvimento, que, via de regra, têm mercados consumidores de grandes proporções diante dos dados populacionais, acomodando a produção e a comercialização simultânea do medicamento patenteado com o genérico/similar.

Mas o tema não é pacífico, como se pode perceber na história recente do Brasil, quando o não reconhecimento de patentes na seara farmacêutica para medicamentos relacionados à cura do HIV, no final do Séc. XX, gerou um longo conflito com os EUAs, inclusive com sanções comerciais (PARANAGUÁ; REIS, 2009).

Dada a relevância social e humanitária do tema, em tempos de pandemia o licenciamento compulsório se mostra democraticamente legítimo na medida em que, se a regulação ficar nas mãos exclusivas da iniciativa privada, vocacionada para a obtenção de lucro, certamente a oferta de medicamento ficará escassa, favorecendo apenas parcela restrita da sociedade com melhor poder aquisitivo.

Há que se buscar nas políticas regulatórias a democratização da economia conforme as ponderações de Bercovici (2007, p. 462):

A liberdade e a igualdade políticas da democracia representam também uma exigência material de igualdade e a sua sobrevivência depende de um maior grau de homogeneidade social. Como já alertava Hermann Heller, não é possível a garantia da sobrevivência da democracia em um país em que imensas parcelas do povo não se reconhecem mais no Estado, pois foram por ele abandonadas. A homogeneidade social é, assim, uma forma de integração política democrática. Trata-se, no fundo, da expansão da soberania popular para a esfera econômica, ou seja, da capacidade de todos, e não apenas uma minoria privilegiada, decidir, democraticamente, sobre a utilização do capital acumulado pelos frutos de seu trabalho no interesse coletivo [...].

Ao tempo da elaboração desse artigo, por conta da pandemia decorrente do COVID-19, encontrava-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.462/2020 (BRASIL, 2020a), que pretende acelerar a flexibilização de patentes em contextos de pandemia, iniciativa esta salutar e indispensável no contexto atual do Brasil.

De igual forma, tangencia a presente análise a discussão travada no âmbito do Supremo Tribunal Federal por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5529), em torno da validade da norma contida no artigo 40, parágrafo único, da Lei 9.279/1996, que permite a prorrogação do prazo de vigência de patentes em caso de demora na apreciação do pedido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), em contraponto ao princípio da temporariedade da proteção patentária, na forma prevista no inciso XXIX do artigo 5º da Constituição Federal⁹.

Constata-se, pois, no mundo contemporâneo, o necessário e permanente diálogo entre Direito e Economia visando maior eficiência na distribuição de justiça e no respeito às normas sociais (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005).

5 CONCLUSÃO

A declaração de emergência de saúde pública demanda a presença do Estado na regulação da atividade econômica, tendo presente a supremacia dos valores sociais e de proteção da pessoa humana constitucionalizados e que refletem verdadeiros vetores à liberdade de conformação do legislador e às ações do executivo na definição e implantação das políticas públicas.

A concretização de direitos sociais não pode restar prejudicada a partir de uma diretriz interpretativa favorável à liberdade econômica, no Estado Social Econômico.

⁹ Sobre o tema: Relatório de Auditoria. Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI). Processo de registro de patentes. Elevado prazo médio para decisão. Elevado estoque de pedidos. Plano de combate ao backlog. Achados de auditoria. Determinações. Recomendações. Ciência. (Tribunal de Contas da União (TCU), Relatório de Auditoria (RA): 01536920196, Relator: Vital do Rêgo, Data de julgamento: 13/05/2020, Plenário). Link de acesso: <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/846182959/relatorio-de-auditoria-ra-ra-1536920196?ref=juris-tabs>.

A flexibilização de medicamentos patenteados em tempos de pandemia, com fundamento na necessidade de acesso e, em especial, nos países periféricos, mostra-se legítima e juridicamente necessária no Estado Social Econômico, por reconhecer as diferentes realidades de desenvolvimento e produção tecnológica, seja por conta do risco de abuso de poder econômico, seja por conta da escassez do produto diante de uma realidade de emergência sanitária, que demanda amplo e urgente acesso de produtos a preço razoável.

Nesses termos, a licença compulsória nos casos de emergência nacional decorrentes de declaração de emergência de saúde pública – na atualidade em decorrência da pandemia provocada pelo COVID-19 – atende aos direitos fundamentais e aos objetivos fundantes do Brasil, presentes na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ALMEIDA, Danilo dos Santos. Crítica de Ronald Dworkin ao Positivismo Jurídico. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABOUD, Georges (org.). **Ronald Duorkin: direito, política e pessoa humana**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 37-52.
- BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 36, n. 142, p. 35- 51, abr./jun. 1999.
- BERCOVICI, Gilberto. Ciência e Inovação sob a Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 916, p. 267-295, 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 457-467, jan./dez. 2007.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.462**. Altera o art. 71 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, para tratar de licença compulsória nos casos de emergência nacional decorrentes de declaração de emergência de saúde pública de importância nacional ou de importância internacional. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020a. Apresentação: 02/04/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242787>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 70.553, de 17 de maio de 1972**. Define áreas de competência no Setor de Ciência e Tecnologia e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1972. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-70553-17-maio-1972-418980-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 08 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica [...]. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1199/20**. Processo: 015.369/2019-6. Relator: Vital do Rêgo, 13 de maio de 2020b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2405925%22>. Acesso em: 14 out. 2020.

CASTRO, Ana Célia; CARVALHO, Fernando J. Cardim. Progresso técnico e economia. **Revista USP**, São Paulo, n. 76, p. 26-33, dez./fev. 2007-2008.

CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA (Brasil). **Cartilha “Judicialização de medicamentos: apoio técnico-farmacêutico para a diminuição e/ou qualificação das demandas”**. Brasília: CFF, 2018. Disponível em: <https://cff.org.br/userfiles/CARTILHA%20JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O%20-%20FINAL.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

GELCER, Daniel Monteiro. **Teoria furtadiana de desenvolvimento econômico e a ordem econômica constitucional brasileira**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-27082013-135141/publico/USP_Mestrado_DanielMonteiroGelcer_PDF.pdf. Acesso em: 5 out. 2020.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constitución y derechos sociales. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 15, p. 75-92, dic., 2003.

INTELLECTUAL Property. *In*: STANFORD Encyclopedia of Philosophy. Califórnia: Stanford University, c2016. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/intellectual-property/>. Acesso em: 16 out. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

PARANAGUÁ, Pedro; REIS, Renata. **Patentes e criações industriais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **El constitucionalismo de los derechos**. Madri: Trotta, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002.

SOUZA, José Fernando Vidal. **Reflexões sobre o positivismo jurídico no Brasil: uma análise da crise ecológica**. Coimbra: CES, 2007. (Oficina do CES, n. 283). Disponível em: <https://ces.uc.pt/pt/publicacoes/outras-publicacoes-e-colecoes/oficina-doces/numeros/oficina-283>. Acesso em: 08 out. 2020.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.