

O DIREITO DE PROPRIEDADE INSCULPIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO CIVIL: O CASO DA PATENTE FARMACÊUTICA

Patrícia Luciane de Carvalho

Presidente da Comissão da Propriedade Intelectual da OAB/PR

Autora: *Patentes Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos*

Coordenadora: *Propriedade Intelectual Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*

patriciacarvalho@patriciacarvalho.adv.br

RESUMO

O direito à propriedade tem proteção da ordem internacional com enfoque aos tratados e declarações firmados na Organização das Nações Unidas, Organização dos Estados Americanos e Organização Mundial do Comércio. Referida proteção foi incorporada pela ordem jurídica nacional na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, como o Código Civil. Na atualidade a propriedade deve ser analisada de modo multidisciplinar, eis que influencia e é influenciada por outras temáticas de importância fundamental, como a patente farmacêutica, o acesso a medicamento e o desenvolvimento. Busca-se indicar meios de harmonizar estes direitos, direcionando todos ao desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Direito à propriedade. Ordem internacional. Patente farmacêutica.

O FUNDAMENTO NA ORDEM INTERNACIONAL E NA GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA

A propriedade como gênero é reconhecida pela Organização das Nações Unidas e pela Organização dos Estados Americanos como direito humano e desta forma, dentro do trabalho de incorporação realizado pelas diversas ordens jurídicas nacionais, tem-se a propriedade reconhecida pelos estados signatários das organizações citadas.

Nikolai Burkharin externa opinião sobre as relações econômicas internacionais:

O desenvolvimento dos laços econômicos internacionais e, em consequência, o desenvolvimento do sistema das relações de produção, através do mundo, podem realizar-se de duas maneiras: os laços internacionais podem expandir-se amplamente, englobar regiões que até então ficavam à margem do ciclo da via capitalista – e, nesse caso, temos um desenvolvimento extensivo da economia mundial; ou esses laços se desenvolvem em profundidade, multiplicam-se, concentram-se – e temos então um desenvolvimento intensivo da economia mundial opera-se simultaneamente nessas duas direções, enquanto seu desenvolvimento extensivo se faz principalmente por meio da política de conquistas coloniais das grandes potências. (1984, p. 27).

As nações e empresas existem e necessitam conjugar competências para preencherem suas necessidades, por meio da complementação de capacidades econômicas e produtivas. Para tal, necessário superar a comercialização exclusiva no âmbito nacional:

Na medida em que o capitalismo se desenvolve nas várias partes da economia mundial, as relações econômicas internacionais já não se limitam às simples trocas de mercadoria; estas são suplementadas pelos movimentos de capital, ou seja, pela exportação por alguns países, e importação por outros, de mercadorias que têm características e funções específicas de capital (SWEEZY, 1983, p. 222).

Nesta conjuntura de fomento e incremento do comércio internacional tem-se a complexa compatibilização dos interesses dos países desenvolvidos com os países em desenvolvimento, situação que perdura até hoje, eis que um contribui para com o outro através da complementação de competências: “Os industriais nada tinham a temer da importação dos produtos industriais semelhantes aos seus, já que suas fábricas eram técnica e economicamente muito superiores.” (SWEEZY, 1983, p. 226).

Quando o autor citado fez a análise, o parâmetro era a produção e a comercialização internacional de cereais. O parâmetro mudou, mas as dificuldades permanecem as mesmas, dentre elas, a ausência de desenvolvimento sustentável para suportar a concorrência com os países que possuem maior suporte financeiro e maior conhecimento tecnológico. Percebe-se que a realidade dos países da época com os de hoje assemelha-se, diante da ausência de políticas voltadas ao desenvolvimento. Esta lacuna de atuação política faz-se mais perceptível na atualidade diante do agravamento dos problemas sociais dos países menos prestigiados. Problemas estes que com a globalização da economia superam as fronteiras diante do incremento e importância do comércio internacional.

Frente ao comércio internacional, os países em desenvolvimento e os de menor desenvolvimento relativo não tiveram tempo ou condições de se preparem para a concorrência que se impunha; a situação perdura e se repete nos atuais ciclos econômicos, uma vez que estes países dependem da solidariedade internacional para com as suas necessidades sociais. Esta situação, aparentemente apenas econômica, proporciona vários problemas de ordem interna relacionados ao fundamento mesmo da constituição estatal, como a realização do bem comum. Necessário, então, que condicionantes fossem estabelecidas ao uso da riqueza, é neste momento que surge a limitação ao direito de propriedade, representada pela função social.

Adam Smith expõe a relação entre o comércio internacional e as questões sociais:

o fundamento do comércio internacional é justamente a divisão internacional do trabalho, isto é, a especialização de cada país individual em determinados tipos de atividade econômica. Cada país, em virtude das habilidades adquiridas por seus trabalhadores ou da abundância de seus recursos naturais, pode produzir os mesmos bens utilizando diferentes horas de trabalho humano. (SMITH, 1988, p. 91).

Assim, em decorrência da inter-relação entre o comércio internacional, os direitos humanos, principalmente os sociais, os problemas do pós-guerra e os trabalhos realizados pelas organizações internacionais, fez-se necessária a proteção dessas duas esferas de direitos a partir da ordem internacional, para que esta servisse de parâmetro para as respectivas ordens jurídicas nacionais.

Em prol desta conjugação, organizações internacionais, com destaque, além de ONU e OEA, para a Organização Mundial da Propriedade Intelectual e para a Organização Mundial do Comércio, protegem, conjugam e buscam estabelecer uma proteção mínima para os direitos da propriedade e estabelecem flexibilidades as regras frente à proteção dos direitos humanos, como para o acesso a medicamentos, a educação e ao desenvolvimento.

Parte da doutrina, ao contrário, entende que a propriedade não é tema de direitos humanos, mas que deve ser protegida, de forma ordinária, pela lei, a qual corresponde à vontade da sociedade sobre o assunto. Então, o nível de proteção destinado à propriedade, em qualquer de suas espécies, dependeria sempre da concepção que tem uma determinada sociedade sobre o tema, independente de valores humanos pré-existent. Sobre o assunto Thomas Jefferson:

Stable ownership is the gift of social law, and is given late in the progress of society. It would be curious then, if an idea, the fugitive fermentation of an individual brain, could, of natural right, be claimed in exclusive and stable property. If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce

utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody.¹

Fábio Konder Comparato admite que nem toda propriedade tem interesse aos direitos humanos, porém não nega que, diante da repercussão sob esta esfera de proteção a inter-relação deve predominar:

O reconhecimento constitucional da propriedade como direito humano liga-se, pois, essencialmente à sua função de proteção pessoal. Daí decorre, em estrita lógica, a conclusão – quase nunca sublinhada em doutrina – de que nem toda propriedade privada há de ser considerada direito fundamental e como tal protegida (...) Tirante essas hipóteses, claramente definidas na Constituição, é preciso verificar, *in concreto*, se se está ou não diante de uma situação de propriedade considerada como direito humano, pois seria evidente contra-senso que essa qualificação fosse estendida ao domínio de um latifúndio improdutivo, ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada, em cidades com sérios problemas de moradia popular. Da mesma sorte, é da mais elementar evidência que a propriedade do bloco acionário, com que se exerce o controle de um grupo empresarial, não pode ser incluída na categoria dos direitos humanos. Escusa insistir no fato de que os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa humana e representam a contraposição da justiça ao poder, em qualquer de suas espécies. Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição (...). (COMPARATO, 1988, p. 73-88).

Comungam do mesmo entendimento alguns constitucionalistas nacionais como José Afonso da Silva, ao comentar a proteção constitucional à propriedade, e Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

O dispositivo que a define e assegura está entre os dos direitos individuais, sem razão plausível para isso, pois evidentemente não tem natureza de direito fundamental do homem. Caberia entre as normas da ordem econômica. (SILVA, 2005, p. 245-246).

Certamente esta matéria não mereceria ser alçada ao nível de direito fundamental do homem. Trata-se aqui da chamada propriedade imaterial que seria protegida pelo inciso XXIII, referente ao direito de propriedade. Como se viu, propriedade, nos termos do citado inciso XXIII, não abrange apenas o domínio. Compreende todos os bens de valor patrimonial, entre os quais, indubitavelmente, se incluem as marcas de indústria e comércio ou o nome comercial. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 51)

Os doutrinadores defendem que a propriedade, como gênero, não precisaria estar no título dos direitos fundamentais, eis que, em concordância com o pensamento de Fábio Konder Comparato, nem toda propriedade é relevante aos direitos humanos. Ocorre que a

¹ Carta a Isaac McPherson, 1813, recolhido em Kock, A. & Peden, W. (1972). The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson. Modern Library, New York.

caracterização de qual propriedade seria relevante aos direitos humanos ficaria a cargo da esfera política e jurídica. Além do que, o parâmetro, conforme proposta de José Afonso da Silva estaria sob a responsabilidade da ordem econômica (interesses econômicos e orçamentários). Esta situação afastaria a sociedade da segurança jurídica ou dos parâmetros estabelecidos pela construção da ordem internacional e pela esfera jurídica nacional.

Trata-se apenas de uma proposta, eis que a propriedade, hoje, é tema de direitos fundamentais pela Constituição de 1988. Proteção esta que condiz com a construção da ordem internacional, conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos no artigo XXVII:

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

A Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece no artigo XVII o direito à aquisição de propriedade, bem como a sua manutenção:

1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

A Declaração Americana dos Direitos e dos Deveres do Homem no artigo XXIII institui além do direito à propriedade também a sua relação para a conquista de outros direitos como vida e dignidade:

Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lar.

Para a OEA, a propriedade está condicionada ao atendimento do que é essencial, portanto, pode-se depreender o entendimento ao cumprimento da função social.

Analisando-se conjuntamente o Ato Constitutivo da OMC e os dispositivos do Acordo TRIPS, constata-se que a propriedade é relevante para o comércio internacional, inclusive como um ativo econômico, tanto é que o TRIPS cuida de proteger especificamente a propriedade intelectual; todavia estes documentos condicionam o direito as patentes farmacêuticas ao atendimento dos interesses sociais. Assim, a concepção de que a propriedade

não tem fundamento em direitos humanos afronta, também, a OMC – maior defensora da propriedade intelectual.

Por meio da Convenção de Estocolmo, que complementou os trabalhos das Uniões da Convenção de Paris, a OMPI foi criada, no âmbito da ONU como uma de suas agências especializadas para assuntos da propriedade intelectual. Esta especificação ocorreu em decorrência da importância que assumiu a criação intelectual, dentro do gênero propriedade, para o comércio internacional e para o desenvolvimento sustentável.

Por meio do princípio da solidariedade instituído pela Convenção de Paris, busca a OMPI reunir sobre sua administração todos os tratados relacionados à propriedade intelectual, mesmo aqueles que não foram firmados pela ONU ou pela OMPI. Sobre esta atividade de centralização administrativa tem-se:

Países importantes no comércio internacional de tecnologia, de outras formas de proteção da propriedade industrial, assim como naqueles aspectos relevantes da proteção dos direitos autorais, que tinham ficado à parte na elaboração dos instrumentos internacionais desde o início das instituições da União de Paris e da de Berna, poderão ter sua admissão total ou parcial naqueles arranjos internacionais, sem ter de recorrer à criação de novos organismos; por outro lado, a existência da estrutura da OMPI poderá fornecer um serviço administrativo bastante perfeito para quaisquer outras entidades que vierem a ser instituídas. (SOARES, 1985, p. 19-29).

A OMPI corresponde ao organismo de maior relevância para a promoção e defesa da propriedade, sob o enfoque intelectual, principalmente para temas relacionados aos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo. Isto porque desde 1962, a ONU, por meio da Resolução sobre Propriedade Industrial, reconhece que as patentes farmacêuticas são essenciais para o desenvolvimento econômico e social. (BASSO, 2005, p. 129).

Representa o palco das controvérsias que envolvem os países desenvolvidos e os em desenvolvimento, eis que para aqueles a importância do discurso da propriedade intelectual é quanto a sua efetivação junto aos signatários. Enquanto que para os em desenvolvimento o que importa são as medidas adotadas no âmbito internacional e sua influência junto ao desenvolvimento social. Esta discussão remonta à relação entre a concepção pública e privada; ocorre que esta análise deve ser feita de forma sistêmica e admitindo-se a inter-relação entre as duas esferas, as quais não possuem condições de serem analisadas separadamente.

Reitere-se que a OMPI não se preocupa apenas com os tratados firmados entre os Estados que lhe são signatários, mas com todos os tratados relacionados à propriedade

intelectual. Oferece ênfase aos que se inter-relacionam com os interesses sociais dos países em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento relativo. Assim, realiza estudos e trabalhos sobre o instrumento internacional e procura compatibiliza-lo com as necessidades dos demais países. Da mesma forma, busca orientar e fortalecer os países para que se fortaleçam junto as negociações internacionais.

Em 22 de dezembro de 1995, celebrou acordo com a OMC, o qual formalizou a relação de apoio mútuo. Um dos destaques é a forma como estará disponível a legislação de cada país signatário da OMPI aos membros da OMC e o apoio técnico-jurídico entre as organizações. O fundamento da colaboração é a inter-relação, em que esta tem por motivação o princípio da solidariedade. Solidariedade motivada pela OMPI no exercício de sua atividade de secretaria que busca centralizar a harmonização do tema.

No âmbito da OMC, tem-se o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – TRIPS. Este é composto por normas substantivas, de procedimentos e de resultados. As normas substantivas são os padrões mínimos de proteção que devem servir de parâmetro aos signatários para a proteção do direito as patentes farmacêuticas. As de procedimento são as que instrumentalizam as primeiras, ou seja, correspondem as normas nacionais referentes à proteção do direito patentário, que devem ter as substantivas como objeto de observação. E as normas de resultado são as que determinam a compensação ao titular da patente farmacêutica diante da afronta ao direito de uso exclusivo, como indenização. (BASSO, 2005, p. 192).

Os Estados signatários comprometem-se a usar a inovação tecnológica para o fomento do direito da propriedade intelectual, para a transferência de tecnologia e para o incremento do bem-estar social e econômico. Observe-se que uma vez mais o aspecto social acompanha ou é acompanhado pelo econômico. Isto acontece em decorrência da necessária análise sistêmica e pela inter-relação entre os temas.

O Acordo TRIPS estabelece um patamar mínimo de proteção ao direito as patentes farmacêuticas, o qual deve ser absorvido pelos países signatários. A incorporação promove a proteção das patentes de forma mais harmônica e permite que os países signatários atuem com maior liberdade no estabelecimento da necessária inter-relação com outros direitos inerentes as suas respectivas realidades. Dentre esses direitos tem-se o acesso a medicamentos e o desenvolvimento sustentável (em geral interesses sociais).

Ocorre que os Estados Unidos, com destaque, promovem o convencimento, embasado na influência e dependência econômica, sob os países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, para que firmem, de forma bilateral ou multilateral, acordos que estendam a proteção do direito as patentes farmacêuticas firmado no âmbito da OMC, através do TRIPS.

Estes acordos acarretam o afastamento das negociações no âmbito da OMC e da OMPI, deixando estas organizações de serem parâmetro internacional. Por outro lado, tem-se o engessamento dos países menos favorecidos economicamente, eis que diante do alargamento da proteção ao direito as patentes farmacêuticas, tem-se automaticamente, a redução da liberdade de conjugar essa proteção com temas inter-relacionados, como o acesso a medicamento.

Esta diferença de concepção altera o tratamento legislativo sobre o tema, assim como o tratamento oferecido aos direitos humanos pelos países em desenvolvimento. A diferença é perceptível porque voltá-se para a redução, a qual em matéria de direitos humanos é proibida, em virtude do princípio da progressividade.

Com esta prática, ocorre o subjugamento dos trabalhos realizados pela OMPI e pela OMC. Estes novos acordos reduzem ou mesmo eliminam as flexibilidades existentes no TRIPS. Além de desrespeitar as diretrizes da OMC (TRIPS) que não correspondem apenas ao comércio, contrariam, também, no caso brasileiro, as diretrizes constitucionais para a consecução da realização dos direitos fundamentais. Reduzem, ainda, o alcance de uma ordem econômica que propicie o desenvolvimento sustentável para a realização da justiça social.

Nesta nova conjuntura, os países desenvolvidos trabalham sob três premissas: a) buscar fóruns diversos da OMPI e da OMC para que possam criar uma nova agenda de propriedade intelectual, no sentido de extinguir as flexibilidades do TRIPS; b) buscar a não violação do que até então foi celebrado junto à OMPI e à OMC para evitar disputas frente ao seu sistema de solução de controvérsias, o qual contraria os interesses dos novos acordos; e c) manter a nova agenda como proteção mínima, ou seja, deslocando o patamar da proteção mínima do TRIPS para estes novos acordos.

Não se justifica a atitude dos países que estabelecem estes acordos, visto que o TRIPS corresponde apenas a um patamar mínimo de proteção, restando aos países o estabelecimento de limites que pretendem avançar nessa proteção. Desta forma, ao contrário de outros temas do comércio internacional, que passam por um processo de desregulamentação, a propriedade

intelectual passa por uma nova situação que é a da re-regulamentação, por meio da nova agenda criada principalmente pelos Estados Unidos, por meio dos TRIPS-plus.

A sistemática dos acordos bilaterais e multilaterais além de romper com a proteção do direito ao acesso a medicamentos, como direitos humanos, rompe com a construção da ordem internacional, a qual tem por fundamento o princípio da solidariedade. O rompimento desta construção acarreta o descrédito aos trabalhos firmados no âmbito das organizações.

Com a globalização da economia, têm-se a facilidade de reprodução em série e a distribuição da criação ou invenção de modo facilitado e descentralizado. Conseqüentemente, a proteção internacional é necessária para a própria manutenção e incentivo da atividade inventiva, visto que impulsiona e incrementa a economia dos países oferecendo maior solidez ao desenvolvimento sustentável.

Sem o reconhecimento da necessária proteção internacional os países não conseguiriam nem mesmo participar do processo econômico da globalização, por meio dos movimentos de integração, eis que as empresas, sobre este aspecto, evitariam produzir e ou comercializar em determinados países pela falta de proteção à invenção.

Deve-se compreender que a propriedade relacionada com o comércio internacional não ignora as repercussões em outras esferas, mas simplesmente prima pelo incremento do comércio por meio do direito internacional, em que este não poderá ser utilizado como impedimento, e sim como instrumento para o desenvolvimento internacional. Já os tratados que protegem os direitos humanos, como a saúde (acesso a medicamentos), não ignoram a relevância do comércio internacional, mas oferecem, através de seus instrumentos, destaque para a saúde pública, como exercício dos direitos humanos (interesses sociais), que se fazem essenciais também para o desenvolvimento sustentável.

A PROTEÇÃO À PROPRIEDADE ESTABELECIDADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 mantém a proteção até então concedida, inclusive com a condicionante do cumprimento da função social, mas com as diretrizes de uma constituição tipicamente social ou cidadã e sob a influência da construção internacional.

Os incisos XXII, XXIII e XXIV, do artigo 5º, estabelecem que é garantido o direito de propriedade, condicionado à função social, em que a lei estabelecerá o procedimento para

desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante justa e prévia indenização. Este direito está consubstanciado no uso, fruição, disposição do bem, cujo direito pode ser oponível a todos. (CHIMENTI, 2005, p. 83).

O artigo 5º compõe o Título II que trata dos direitos e garantias fundamentais, assim como dos direitos e garantias individuais, portanto, a disciplina da propriedade é alcançada pelo parágrafo 1º, o qual determina que esses direitos têm aplicação imediata. Isso quer dizer que o direito de propriedade deve ser garantido de forma preventiva e judicial. Programas e orçamento devem ser destinados ao tema, entretanto sob o enfoque preventivo, no sentido de que apenas a função social condiciona o direito de propriedade. Por ser direito individual o é também cláusula pétrea, portanto, imutável, conseqüentemente, apenas progressivo.

Não apenas a propriedade é direito com eficácia imediata e cláusula pétrea, mas também a função social. Ou seja, a propriedade desde sua origem é condicionada por um direito de mesma relevância, que é o cumprimento aos interesses sociais. Caracteriza-se a função social seja pelo uso abusivo do direito concedido pelo Estado, seja pela subutilização da propriedade.

Existe a inter-relação da propriedade com a ordem econômica, mesmo porque corresponde ela a um dos elementos para a consecução do desenvolvimento sustentável. É por isto que o artigo 170, no inciso II estabelece que a busca da dignidade e da justiça social deverá observar a propriedade privada. Desse modo, fica claro que o único limitador ao direito de propriedade é o cumprimento da função social.

A função social é o instrumento pelo qual o Constituinte de 1988 busca realizar os direitos também fundamentais, como o da moradia. Mas também busca a realização do desenvolvimento, da ordem econômica e, inclusive, da reforma agrária.

Em nome da função social tem-se a possibilidade da limitação, via judicial, da titularidade sobre a propriedade, através da desapropriação e do usucapião. Por meio da desapropriação tem-se a consecução, direta pelo Estado, do interesse público, seja por utilidade ou necessidade. Enquanto que pelo usucapião tem-se a realização do direito à moradia por meio daquele que use a propriedade, cumprindo, automaticamente, com a função social.

Em matéria de propriedade intelectual, com enfoque ao direito as patentes farmacêuticas, tem-se que a proteção é eminentemente legal, logo, necessário o atendimento

aos requisitos legais para que o titular possa ser sujeito de direitos sobre a invenção, caso contrário, o Poder Judiciário não pode suprir essa lacuna.

O artigo 218 estabelece a necessária importância do desenvolvimento da ciência e da tecnologia, as quais são indissociáveis da concepção de propriedade intelectual. Quando esses dispositivos determinam que é obrigação do Estado “o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica”, está-se dizendo que ao ente estatal é importante a valorização do conhecimento intelectual.

O parágrafo 4º, do artigo 218 estabelece, em decorrência dessa relevância ao desenvolvimento, que:

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, desvinculado do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

Possui da ordem jurídica nacional a propriedade intelectual, como gênero, proteção de direito fundamental, assim como a saúde. Ambos os direitos voltados para a consecução de outros direitos fundamentais, inclusive para o desenvolvimento sustentável, que se exterioriza, como em um movimento cíclico, ao desenvolvimento científico e tecnológico.

Em que pese a propriedade estar indicada, juntamente com a função social, no artigo 5º da Constituição, tem-se o seu detalhamento no Título da Ordem Econômica, o qual foi incluído, dentro desta sistemática, em virtude da construção do direito econômico internacional.

Os dispositivos constitucionais indicam o cumprimento da função social, contudo não conceituam o que seja função social. Este conceito deve ser depreendido da análise sistêmica constitucional, ou seja, deve-se questionar o que é prioridade para a Constituição. Do que já analisado neste trabalho, tem-se que a função social deve voltar-se aos interesses sociais – que envolvem direitos individuais e sociais - e estes estão descritos na Constituição.

Esclarece-se que em que pese a divulgação do fim social com a Constituição Federal e com o Código Civil, tem-se a inauguração durante o regime militar no governo Médice, pela Lei n.º 5.648/1970, na qual ficou estabelecido que a função social deve ser tratada como finalidade social. E o que vem a ser finalidade social? Corresponde aos interesses constitucionais voltados aos aspectos relevantes à sociedade como os direitos fundamentais.

Por sua vez, os direitos fundamentais estão claramente elencados no corpo constitucional em capítulo próprio.

Prioritário para a Constituição é o conjunto de direitos que são, naturalmente, fundamentais. Pode-se, ainda, concluir que são prioridades aqueles direitos que possuem origem na construção dos direitos humanos. Ou, ainda, pode-se aceitar como prioridade aqueles direitos que são cláusulas pétreas – artigo 60, § 4º² - dentre eles os direitos e garantias individuais, a exemplo da propriedade. Uma ou outra resposta que se ofereça, encontra a propriedade indicada como direito no título dos direitos fundamentais, fazendo parte do capítulo dos direitos e garantias individuais, portanto, também como cláusula pétrea.

Sendo a propriedade fundamental, tem-se que a afronta a este direito equivale a descumprimento da função social. Por exemplo, o estado ao firmar relações internacionais que não fomentem o desenvolvimento científico e tecnológico, pode corresponder a uma prática contrária à função social e, automaticamente, inconstitucional.

Eros Roberto Grau ministra quanto à função social que:

A distinção explicitada, entre propriedade dotada de função social individual e propriedade dotada de função social, permite-nos operar uma primeira precisão, necessária à compreensão do sentido assumido pelo Princípio da Função Social da Propriedade, que, como vimos, tem como pressuposto necessário a propriedade privada – dos bens de produção e de bens que excedam o quanto caracterizável como propriedade afetada por função individual. A propriedade-função social, que diretamente importa à ordem econômica – propriedade dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica, tem o condão não apenas afeta-los pela função social – mas, além disso, de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento par a realização do fim de assegurar a todos existência digna. (2001, p. 270)

Ainda, necessário destacar que a realização da função social não é ônus apenas da iniciativa privada, mas principalmente da esfera pública. Principalmente porque a responsabilidade pelo acesso a medicamentos e pela garantia do direito as patentes farmacêuticas cabe ao Estado, restando à iniciativa privada apenas a responsabilidade suplementar, visto que assume responsabilidades dentro das opções que faz em agir na prestação do direito à saúde ou de pesquisa e desenvolvimento.

² “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente à abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais”.

Um outro encargo ao ente estatal é a atividade preventiva, ou seja, cabe ao Estado antecipar-se para reduzir e eliminar, na medida do possível, os problemas relacionados ao direito à saúde e ao da patente farmacêutica. Constatação intimamente ligada ao desenvolvimento sustentável, eis que se trata de um lado de direito essencial à vida digna e de outro lado, direito essencial ao fomento da indústria nacional.

Toda a proteção que a Constituição oferece, dentre outros objetivos, almeja a consecução do desenvolvimento, a qual é a expressão moderna do conceito de progresso. Representa uma idéia-força que se traduz na possibilidade de, pela ação inovadora, desencadear os processos por meio dos quais se materializa a liberação do ser humano do império da necessidade (dependência a outros países ou a setores da iniciativa privada).

Constitucionalmente, então, a propriedade, de forma geral, ou na espécie de patente, é um direito individual, condicionada pela função social frente a interesses sociais, como a saúde.

A RELAÇÃO DA PROPRIEDADE COM O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

O termo desenvolvimento sustentável tem como marco histórico o ano de 1980 e foi consagrado em 1987, no relatório Nosso Futuro Comum, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente – CNMA que o considerou como:

um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações futuras (...) é aquele que atende às necessidades presentes sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades.

Por sua vez, desenvolvimento tecnológico compreende o crescimento científico e tecnológico em um determinado lapso temporal com elevado investimento financeiro:

Tem-se dito que a necessidade de planejamento advém do longo período de tempo transcorrido no processo de produção, do alto investimento nele envolvido e do inflexível comprometimento desse investimento com a tarefa em questão. (...) Tempo e gastos serão ainda maiores quando – uma característica comum no tocante a armamentos – o projeto é incerto e quando deve haver, por isso, mais gastos para pesquisas e desenvolvimento. Nessas circunstâncias, o planejamento é ao mesmo essencial e difícil. É essencial por causa do tempo envolvido, do dinheiro que está em jogo, do número de operações que podem sair erradas, e da magnitude do malogro que pode resultar. É difícil por causa do número e vulto das eventualidades

que devem ser controladas. (...) Uma solução é fazer que o Estado absorva os riscos mais sérios. Ele pode prover ou garantir um mercado para o produto. E pode sustentar o custo do desenvolvimento, de modo que, num caso de aumento imprevisível, a firma não tenha que arcar com ele. Ou pode pagar pelos conhecimentos técnicos necessários ou torna-los acessíveis. Evidencia-se a tendência desse argumento. (GALBRAITH, 1982, p. 26).

O desenvolvimento tecnológico, de modo sustentável, compreende a conjugação de esforços do Estado com a iniciativa privada, mesmo porque, como visto em item próprio, a propriedade (patente) é naturalmente condicionada ao cumprimento da função social. Esta conjugação exige que o Estado atue de forma preventiva frente às necessidades e dificuldades que envolvem o tema acesso a medicamentos.

Necessário que os países firmem parcerias com as empresas e organizações internacionais para que juntos alcancem objetivos econômicos, os quais colaboram para a repetição desse ciclo econômico, em que as empresas produzem cada vez mais e os Estados cumprem com a finalidade estatal. Mesmo porque, a responsabilidade quanto à finalidade estatal é primordialmente do Estado, mas também, por meio do princípio da solidariedade, da sociedade. Verifica-se, por exemplo, que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem enumera deveres que a sociedade deve cumprir para o atendimento dos direitos do homem. Por outro lado, a ordem jurídica nacional, no artigo 170 da Constituição, exige que o Estado brasileiro respeite a livre iniciativa e a propriedade.

Isto ocorre porque o direito ao desenvolvimento demanda uma globalização ética e solidária. No entender de Mohammed Bedjaoui:

Na realidade, a dimensão internacional do direito ao desenvolvimento é nada mais que o direito a uma repartição equitativa concernente ao bem-estar social e econômico mundial. Reflete uma demanda crucial de nosso tempo, na medida em que os quatro quintos da população mundial não mais aceitam o fato de um quinto da população mundial continuar a construir sua riqueza com base em sua pobreza. (1991, p. 1182).

Deve ser destinada à classe científica, da esfera acadêmica ou industrial, da iniciativa pública ou privada, maior atenção, principalmente na valorização financeira, assim como é com o sistema financeiro:

A classe educacional e científica, à semelhança da comunidade financeira antes dela, adquire prestígio pelo agente de produção que fornece, o qual, potencialmente pelo menos, é também uma fonte de poder. Igualmente, e ainda mais que a comunidade financeira, ele adquire uma posição dentro da aparelhagem do Governo. (GALBRAITH, 1982, p. 207).

Esta concepção de Estado é decorrente da passagem do social para o liberal, no qual as forças econômicas, estatais ou privadas, trabalham em conjunto respeitados os direitos da livre iniciativa, para a consecução das finalidades do estado liberal, que é a realização da dignidade e da justiça social, conforme, por exemplo, o é no Brasil, pelo artigo 170 da Constituição. É o que descreve Milton Friedman:

A essência da filosofia liberal é a crença na dignidade do indivíduo, em sua liberdade de usar ao máximo suas capacidades e oportunidades de acordo com suas próprias escolhas, sujeito somente à obrigação de não interferir com a liberdade de outros indivíduos fazerem o mesmo. (1982, p. 177).

Entenda-se por Estado liberal:

A doutrina do *laissez-faire* não era apenas uma recomendação isolada contra a intervenção; era um apelo urgente em prol da remoção de tudo aquilo que se pensava constituir empecilhos anti-sociais, em favor da libertação do imenso potencial da livre iniciativa pioneira. (BARAN, 1984, p. 36).

Conceitua-se, então, estado liberal como aquele que não se transforma em empecilho ao meio social e as suas necessidades. Concomitantemente, acreditava-se que desta forma a iniciativa privada poderia apenas preocupar-se em produzir e, assim, de forma solidária, colaborar para a realização dos anseios e necessidades sociais.

Celso Furtado (1983, p. 19) questiona que papel desempenha o progresso técnico no processo econômico. Para o que responde que o mesmo serve para evitar a estagnação da economia, no sentido de que se evitaria um Estado estacionário. Entenda-se estacionário como aquele que se caracteriza pela omissão diante de suas responsabilidades, ausência de atuação preventiva ou pró-ativa.

O mesmo economista citado declara a necessidade de uma reestruturação da economia voltada para a globalização e não para a esfera local:

A observação de conjunto da economia mundial, nesta segunda fase do processo de industrialização, parece indicar, portanto, que estão prevalecendo forças tendentes a uma polarização, ou seja, a uma ampliação progressiva do fosso entre as regiões ricas e os subdesenvolvidos. A tomada de consciência desses problemas encontra-se na base de um conjunto de iniciativas, tendentes a modificar o conteúdo e a forma das relações econômicas internacionais, e que tiveram sua manifestação mais significativa nas Conferências das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento. As discussões sugeridas por essa temática tendem a desdobrar-se

em diversas direções, sendo mais significativas as seguintes: 1) Necessidade de redução das flutuações dos preços de produtos primários; 2) Acesso ao mercado internacional de manufaturas. 3) Desenvolvimento de pesquisa científica e tecnológica nos centros industriais. e, 4) Orientação global do processo de desenvolvimento. (FURTADO, 1983, p. 238).

É a globalização da economia que permite o debate da ordem internacional e da ordem jurídica nacional, com extensões na esfera regional, como o é no âmbito do Mercosul, sob dois temas que conjugam interesses públicos e privados e que possuem relevância ao comércio internacional e ao desenvolvimento sustentável das nações. É também a globalização da economia que exige, para a realização dos interesses sociais, como o acesso a medicamentos e o direito as patentes farmacêuticas ou à proteção do segredo industrial, a análise sistêmica com fundamento nos direitos humanos, eis que estes promovem os direitos apontados, bem como o desenvolvimento sustentável.

A ONU desde a década de 80 implementa concepções acerca do desenvolvimento, a começar pela Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento:

Art. 1. 1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.³

Esta declaração tem por fundamento a cooperação entre os Estados para que possam resolver os problemas mundiais de caráter econômico, social e cultural, como o respeito aos direitos humanos.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos define a relação entre os direitos humanos e o desenvolvimento como:

Uma abordagem de desenvolvimento baseada em direitos humanos é uma estrutura conceitual para o processo de desenvolvimento humano que é normativamente baseada em padrões internacionais de direitos humanos e operacionalmente dirigida para promover e proteger os direitos humanos. Essencialmente, uma abordagem baseada em direitos integra as normas, *standards* e princípios do sistema internacional de direitos humanos em planos, políticas e processos de desenvolvimento. As normas e *standards* são aqueles contidos nos tratados internacionais e declarações. Os princípios incluem igualdade e equidade, responsabilidade (prestação de contas), empoderamento e participação. Uma abordagem do desenvolvimento baseada em direitos humanos inclui os seguintes elementos: vínculo expresso aos direitos; prestação de contas; empoderamento,

³ Adotada pela Resolução 41/128, da Assembléia Geral das Nações Unidas de 04 de dezembro de 1986.

participação, não discriminação e atenção aos grupos vulneráveis. (POGGE, 2002, p. 31).

A partir deste conceito, necessário diferenciar o desenvolvimento humano, os direitos humanos e o direito ao desenvolvimento, em que pese a inter-relação e necessária conjugação dos mesmos:

o crescimento econômico por si só não é condição suficiente para expandir as capacidades e liberdades dos indivíduos. Bens e mercadorias devem ser providos para expandir as capacidades e liberdades. A abordagem de direitos humanos, por sua vez, provê acesso e disponibilidade de bens e serviços, seguindo *standards* de direitos humanos; Considera demandas que os indivíduos têm em relação a Estado e outros agentes para assegurar suas capacidades e liberdades; Ajuda estabelecer a prestação de contas do Estado e da comunidade internacional; e Se preocupa com o modo pelos quais os resultados são realizados. A abordagem do direito ao desenvolvimento, por fim, estaria um passo além da abordagem de direitos humanos. Ela integra a abordagem de desenvolvimento humano com a de direitos humanos o direito ao desenvolvimento vai além de aceitar as metas de desenvolvimento em termos de desenvolvimento humanos. Converte essas metas em direitos de indivíduo e identifica a responsabilidade de todos os titulares de deveres, de acordo com *standarts* de direitos humanos. O crescimento econômico com equidade forma um elemento constituinte do direito ao desenvolvimento. (CENTRE..., 2004, p. 72).

Tem-se ainda que o direito ao desenvolvimento, assim como o direito as patentes farmacêuticas e o direito ao acesso a medicamentos, possuem origem na construção do direito internacional público, por isto a expressão identificadora, pela ONU, de direito internacional do desenvolvimento:

O Direito Internacional do Desenvolvimento tem como objetivo procurar soluções para as questões apresentadas pela diferença econômica entre os diversos Estados. (...) Cabe lembrar que a nova ordem econômica não era concebida apenas para combater as desigualdades materiais mas, igualmente, as desigualdades refletidas nas estruturas jurídicas e políticas e, neste contexto, o direito do desenvolvimento foi concebido com o objetivo de auxiliar na reestruturação do direito internacional. (MOISÉS, 1998, p. 60).

No mesmo sentido Gros Espiell:

todos os princípios e normas relativas ao desenvolvimento econômico são parte do direito internacional econômico, e ao mesmo tempo, uma seção do direito internacional ao desenvolvimento. Mas, o desenvolvimento como já mencionado não é apenas crescimento econômico, mas desenvolvimento social, progresso cultural e mesmo político. Assim, existe uma seção do direito internacional do desenvolvimento que ultrapassa o escopo do direito internacional econômico. (1975, p. 23).

Superando os esclarecimentos conceituais, reconhece a Declaração que o desenvolvimento corresponde a um processo econômico, social, cultural e político para o alcance da dignidade da pessoa humana através do bem-estar social e da distribuição igualitária das oportunidades. Determina que cabe ao Estado primariamente a responsabilidade pela criação de condições favoráveis ao desenvolvimento. Para tal, estabelece a relação entre desenvolvimento e ordem econômica, em que esta terá que ser renovada diante da necessidade de se desenvolver sustentavelmente. Desde a década de 80, por intermédio da ONU, tem-se a caracterização da ordem econômica, respeitado o direito da livre iniciativa, como elemento essencial para com a realização dos direitos humanos:

Art. 2.

1. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.
2. Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e às suas liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que pode assegurar a realização livre e completa do ser humano e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento.
3. Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

Então, o Estado é o principal responsável pela criação de condições nacionais e internacionais para a realização do direito ao desenvolvimento. Isto ocorre porque o Estado não é titular do desenvolvimento, mas um de seus operadores:

Art. 10. Os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, a níveis nacional e internacional.

Assim como em outros tratados, a Declaração, reitera que todos os direitos humanos são complementares, no sentido de que o desenvolvimento corresponde a elemento essencial para a realização de outros direitos, como o acesso a medicamentos e o direito de propriedade por meio do direito as patentes farmacêuticas. Também, necessário que este desenvolvimento seja progressivo conforme, em 1993, estabeleceu, em suas razões, a Declaração e Programa de Ação de Viena:

O progresso duradouro necessário a realização do direito ao desenvolvimento exige políticas eficazes de desenvolvimento em nível nacional, bem como relações econômicas eqüitativas e um ambiente econômico favorável em nível internacional.

Para a Declaração de Viena, o desenvolvimento, como um direito humano, portanto, analisado sob o enfoque complementar, deve fornecer para a sociedade o direito de desfrutar dos benefícios do progresso da ciência e de suas repercussões.

Em 18 de junho de 2004, na cidade de São Paulo, desenvolveram-se os trabalhos da 11ª Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento, que se dedicou ao tema “Reforço da coerência entre as estratégias nacionais de desenvolvimento e os processos econômicos mundiais em prol do crescimento econômico e do desenvolvimento”, que consagrou afinal a concepção de que apenas um mercado justo e eqüitativo promove o desenvolvimento. Rubens Ricupero (2006), à época dirigente da secretaria geral, declarou que: “Se somos solidários na guerra contra o terrorismo e contra a ameaça das armas proibidas, devemos também sê-lo na defesa dos nossos semelhantes contra a pobreza abjecta”.

Para a 11ª Conferência, a relação entre a contribuição do sistema comercial internacional e as negociações sobre comércio em prol do desenvolvimento:

(...) previne que o comércio não é um fim, mas sim um meio de conseguir o crescimento e o desenvolvimento. As políticas comerciais e de desenvolvimento são um instrumento importante, desde que sejam integradas em planos nacionais de desenvolvimento e nas estratégias de luta contra a pobreza, que visem objectivos tais como o crescimento, a transformação da economia e da produção, a diversificação, o valor acrescentado à exportação, o aumento do emprego, a eliminação da pobreza, a paridade entre homens e mulheres e o desenvolvimento sustentável. (ONU, 2006)

Para a ONU, o desenvolvimento não se vincula apenas à liberdade econômica, porém é essencial para o desenvolvimento individual e concomitantemente da sociedade, mas não é apenas ela, eis que depende de disposições sociais e econômicas, como acesso à educação e à saúde, ou mesmo o direito de se manifestar politicamente.

Especificamente para a América Latina tem-se a Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL), que foi criada pela Resolução 106 do Conselho Econômico e Social de 25 de fevereiro de 1948, tendo por base o artigo 68 da Carta das Nações Unidas. Funciona como um órgão auxiliar para a coordenação e promoção de políticas econômicas voltadas ao desenvolvimento dos países latinos.

Em sessões dos anos de 2000 e 2002 as respectivas políticas de desenvolvimento econômico foram complementadas e direcionadas para a correção das assimetrias

macroeconômicas e financeiras internacionais, o fortalecimento institucional, a ampliação da visão de estabilidade macroeconômica, a implementação de estratégias de desenvolvimento produtivo, melhores encadeamentos sociais, sustentabilidade ambiental e papel crítico no espaço regional da América Latina. (MOISÉS, 2006, p. 44).

A falta de liberdade não é apenas a de restrição dos direitos de ir e vir, também pode ser verificada na falta de condições econômicas para saciar a fome, para acessar uma nutrição conveniente, para acessar remédios para doenças tratáveis, para acessar água tratada ou saneamento básico. Amartya Sen descreve história para demonstrar o vínculo existente entre desenvolvimento e liberdade:

Eu tinha uns dez anos. Certa tarde, estava brincando no jardim de minha casa na cidade de Dhaka, hoje capital de Bangladesh quando um homem entrou pelo portão gritando desesperadamente e sangrando muito. Fora esfaqueado nas costas. Era a época em que hindus e muçulmanos matavam-se nos conflitos grupais que precederam a independência e a divisão de Índia e Paquistão. Kader Mia, o homem esfaqueado, era um trabalhador diarista muçulmano que viera fazer um serviço em uma casa vizinha – por um pagamento ínfimo – e fora esfaqueado na rua por alguns desordeiros da comunidade hindu majoritária naquela região. Enquanto eu lhe dava água e ao mesmo tempo gritava pedindo ajuda aos adultos da casa – e momentos depois, enquanto meu pai o levava às pressas para o hospital -, Kader Mia não parava de nos contar que sua esposa dissera para não entrar em uma área hostil naquela época tão conturbada. Mas Kader Mia precisava sair em busca de trabalho e um pouco de dinheiro porque sua família não tinha o que comer. A penalidade por essa privação de liberdade econômica acabou sendo a morte, que ocorreu mais tarde no hospital. (2000, p. 22).

De nada adianta falar em desenvolvimento, é necessário que este se relacione com a melhoria de vida e, conseqüentemente, com as liberdades que a sociedade vivencia. A falta desse reflexo é verificada também em países desenvolvidos:

pouco acesso a serviços de saúde, saneamento básico ou água tratada, e passam a vida lutando contra uma morbidez desnecessária, com frequência sucumbindo à morte prematura. Nos países mais ricos é demasiado comum haver pessoas imensamente desfavorecidas, carentes das oportunidades básicas de acesso a serviços de saúde, educação funcional, emprego remunerado ou segurança econômica e social. (SEM, 2000, p. 29).

Demonstrado está, portanto, que o problema não é exclusivo dos países em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento relativo, a problemática encontra-se difundida por conta da globalização da economia. A diferença que existe é que o percentual é menor nos países desenvolvidos, bem como as condições de superação são maiores nestes países. Infelizmente constata-se que frente à incapacidade os países em desenvolvimento ou

de menor desenvolvimento relativo apontam a ordem internacional como a responsável pelos problemas e dificuldades nacionais. Ocorre que em parte pode-se até admitir como verdade esta indicação, contudo, a responsabilidade é dos próprios países, os quais devem se comprometer com a conjugação do direito de propriedade com outros direitos, também humanos e fundamentais, inclusive com o direito ao desenvolvimento.

A PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL

Foi o § 1º do artigo 1.228 do Código Civil que firmou a idéia da publicização enfatizando que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Ou seja, é o Código Civil indicando, com parâmetro na Constituição Federal, que a propriedade deve obediência ao exercício da função social.

Nota-se que a propriedade, antes tida como quase que absoluta, atualmente encontra-se com seu conceito mais roto, mais flexibilizado, dado que o proprietário está sujeito a restrições não só de caráter privado (direito de vizinhança, como exemplo), mas, também e principalmente, de ordem pública, que é a função social da propriedade.

A propriedade está condicionada a sua função social, logo o pressuposto para a tutela do direito de propriedade é justamente o cumprimento da função social. O descumprimento desse requisito da função social da propriedade leva à perda da proteção constitucional.

A estrutura da propriedade privada no Código Civil apresenta algumas inovações, no sentido de incorporar os princípios informadores da matéria, não se tratando de meras reformas formais. Consagra-se a relativização do direito de propriedade, afastando a tradição patrimonialista, individualista e absolutista insculpida no Código Civil de 1916, e incorporando a concepção social e funcional da propriedade. Assim, o Código Civil adapta-se à Constituição Federal e prima pela conjugação da esfera privada com a esfera pública na realização do interesse público.

A regra do art. 1.228 do Código Civil não é perfeita nem ideal, todavia, a utilização de recursos hermenêuticos, especialmente a interpretação conforme a Constituição, permite uma adequada utilização, acarretando a possibilidade de estabelecer freios e eventuais abusos na

¹⁰² Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 3, n. 1, p. 82-106, jan./jun. 2007

utilização da propriedade dominial. O disposto no art. 1228 e seus parágrafos do Código Civil consagra definitivamente a funcionalização da propriedade, criando funções negativas, imposição de limites, mas igualmente deveres positivos.

No artigo 1.240 do novo Código Civil há reprodução exata do disposto no artigo 183, §§ 1º a 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, apenas reafirmando o já disposto para o usucapião especial urbano. Com relação ao usucapião especial rural, no artigo 1.239 do novo Código Civil também houve reprodução do disposto no artigo 191, parágrafo único, da Constituição Federal.

De modo geral, o Código Civil apenas reafirma a proteção da Constituição Federal no sentido de que a propriedade é condicionada, desde a sua origem, à função social. A novidade pode ser indicada como a relação da função social com os contratos e com as relações firmadas pelas empresas.

Os contratos e as empresas, principalmente quando firmam contratos ou qualquer relação com o meio social, devem ter como parâmetro as ordens da Constituição Federal com respeito aos interesses sociais, como a saúde e o consumidor.

O consumidor assume especial relevância no Código Civil porque trata-se de um direito constitucional a sua proteção pelo Estado, eis que é princípio da ordem econômica, assim como a propriedade. Relacionado à patente farmacêutica, tem-se que as informações dos medicamentos devem ser prestadas de forma objetiva e clara ao consumidor. Os contratos, nesta esfera, devem estar voltados à compreensão do consumidor e de acordo com o princípio da prevenção devem, sempre, priorizar o consumidor.

O Código Civil trata-se de norma infraconstitucional, que deve obediência à Constituição Federal, inclusive para a interpretação de seus dispositivos, mas aborda a propriedade sob o enfoque do contrato. Consequentemente, diferencia-se da propriedade constitucional porque, em que pese a conjugação de direito individual com o social também existir, esta relacionado à relação privada em sede contratual. Para o qual também existe a obrigação para com a função social.

CONCLUSÃO

A ordem internacional protege o direito de propriedade, principalmente através dos trabalhos das organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas, a

Organização dos Estados Americanos e a Organização Mundial do Comércio. Principalmente no que diz respeito ao direito de propriedade intelectual, o qual tem como espécie a propriedade industrial, que tem como espécie o direito de patente. Em que esta pode se relacionar com a indústria farmacêutica.

Esta proteção, principalmente com os trabalhos da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, agência especializada da ONU, e com o acordo TRIPS, vinculado a OMC, intensificou-se no que diz respeito ao tema da patente farmacêutica.

A OMPI, diante da controvérsia natural entre a patente farmacêutica e o acesso a medicamentos, realiza atualmente a conjugação entre estes dois direitos. Os quais são direitos humanos reconhecidos, pelas respectivas ordens jurídicas nacionais, na atividade de incorporação da proteção da ordem internacional, como direitos fundamentais.

Conjugação esta se que inseriu também na ordem jurídica nacional, através da função social, que é, assim como a propriedade, direito fundamental e cláusula *pétrea*. Desta forma, a propriedade, desde a sua origem, é condicionada à realização de interesses sociais, como a saúde.

O TRIPS, inclusive, deve naturalmente proteger o direito à patente farmacêutica, mas o faz de forma condicionada com a saúde. Ou seja, não espera que o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC o faça, mas sim o faz desde o seu regramento, como exceção ou flexibilidades as regras próprias do TRIPS.

Por sua vez, a ordem jurídica nacional incorporou o que fez a ordem internacional como parâmetros protetivos à patente, à saúde e ao desenvolvimento. Incorporação que se fez como direito fundamental, com natureza de cláusula *pétrea*, em respeito à origem dos direitos humanos.

A proteção nacional ocorre pela esfera constitucional, a qual além de ser norma é também parâmetro para a atuação legislativa e elemento interpretativo para o Poder Judiciário, o qual ao interpretar uma norma, ainda que infraconstitucional, deve observar a Constituição. A exemplo do que ocorre com o Código Civil.

O Código Civil de 2002 absorveu a construção da Constituição Federal, principalmente o trabalho interpretativo do Poder Judiciário. Em que pese trabalhar com a esfera contratual esta possui intensa relação com a função social na conjugação da propriedade com a saúde, ou seja, temática privada e pública. Esta interferência é

transparecida pelos contratos firmados, por exemplo, pela indústria farmacêutica ou entre esta e os estados em matéria de solidariedade com o tema do acesso a medicamentos.

Uma e outra ordem possuem por objetivo também o desenvolvimento, o qual, pela ordem internacional, é direito humano; e pela ordem jurídica nacional, junto da ordem econômica, corresponde a um objetivo da República Federativa do Brasil.

Assim, é de responsabilidade do Estado a realização do direito de propriedade de modo conjugado com a saúde e com o desenvolvimento. Todos direitos humanos; os dois primeiros direitos fundamentais; o desenvolvimento necessário para a realização dos dois primeiros. Desenvolvimento que deve ser sustentável para que os estados possam realizar suas obrigações de forma independente a outros países ou mesmo à indústria farmacêutica.

REFERÊNCIAS

BARAN, Paul A. **A Economia política do desenvolvimento**. Tradução de S. Ferreira da Cunha. São Paulo: Abril Cultura, 1984.

BASSO, Maristela. **Propriedade intelectual na era pós-OMC**: especial referência aos países latino-americanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

BEDJAQUI, Mohammed. The Right to Development. In M. Bedjaoui (ed.), **International law: achievements and prospects**, 1991.

BUKHARIN, Nikolai. **A Economia mundial e o imperialismo**. Tradução de Raul de Carvalho. São Paulo: Abril Cultura, 1984.

CENTRE FOR DEVELOPMENT AND HUMAN RIGHTS. **Tre right to development**: a primer. New Delhi: Sage Publications, 2004. Box. 1.18 From development to right to development.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 7, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultura, 1982.

FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Abril Cultura, 1983.

GALBRAITH, John Kenneth. **O Novo estado industrial**. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultura, 1982.

- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GROS ESPIELL, Héctor. Derecho internacional del desarrollo. **Cuadernos de la Cátedra J. B. Scott**, Universidad de Valladolid, 1975.
- MOISÉS, Cláudia Perrone. **Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.
- MOISÉS, Cláudia Perrone. **Direito ao desenvolvimento**: teorias e estratégias de implementação. Tese de doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Silvia Menicucci de Oliveira (Orientadora). São Paulo, 2006.
- O DIREITO Internacional da Propriedade Intelectual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.
- ONU. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/saopaulo>. Acesso em: 04 out. 2006.
- POGGE, Thomas. **World poverty and human rights**. Cambridge: Polity Press, 2002.
- RICUPERO, Rubens (entrevista). Disponível em: <http://www.estadao.com.br/opiniao>. Acesso em: 03 jul. 2006.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. São Paulo: Nova Cultura, 1988.
- SOARES, Guido. Antecedentes internacionais da regulamentação de transferências internacionais de tecnologia. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 57, p. 19-29, jan./mar., 1985.
- SWEEZY, Paul Marlor. **Teoria do desenvolvimento capitalista**. Tradução de Waltensir Dutra. São Paulo: Abril Cultura, 1983.