

# A geração de tecnologia de fármacos e medicamentos através de mecanismos de compra estatal voltada a desenvolvimento de alternativas.

Denis Borges Barbosa (janeiro de 2012)

<i>O dever do estado em gerar tecnologias e alternativas de fontes de suprimento em saúde</i> .....	2
<i>A racionalidade da intervenção estatal neste campo</i> .....	3
Quando não há tecnologia.....	4
Quando há limitação de fontes de tecnologia.....	5
A liberdade de pesquisa no conteúdo de uma patente.....	6
O segundo elemento da decisão pró-pesquisa.....	9
A questão da indução à engenharia reversa e à assimilação de tecnologias livres.....	10
<i>O entretencimento constitucional</i> .....	10
O Direito Constitucional ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias.....	11
O direito fundamental ao desenvolvimento.....	11
O direito fundamental ao desenvolvimento e a intervenção estatal.....	13
Direito ao desenvolvimento como moderação à apropriação das criações.....	14
O tema do desenvolvimento, nacionalidade e soberania na propriedade intelectual.....	15
A ciência e o domínio público.....	18
A tecnologia como objeto de apropriação.....	18
A capacitação.....	20
A autonomia tecnológica.....	21
<i>O poder de compra como meio de intervenção estatal</i> .....	21
De como o Estado pode usar seu poder de compra para gerar tecnologias ou fontes alternativas.....	24
Dos efeitos da compra estatal voltada à tecnologia.....	24
Das alterações introduzidas na lei brasileira em 2010.....	26
Licitação e Política industrial.....	27
Vedação em princípio à política de compras.....	27
Compras do Estado como instrumento de desenvolvimento.....	28
Sobre o que dispõe a Lei 12.349/2010.....	28
Primeira alteração: compras para estimular o desenvolvimento.....	29
Desenvolvimento como propósito da compra pública.....	29
Desenvolvimento e filtro da isonomia.....	30
<i>Os contratos de desenvolvimento</i> .....	32
A seleção objetiva.....	32
Eficácia e legalidade.....	33
Aspectos extracontratuais.....	33
As formas contratuais.....	34
Contratos de desenvolvimento nos Estados Unidos.....	35
Contratos de incentivo.....	35
<i>Da parceria de desenvolvimento de tecnologias no complexo industrial da saúde</i> .....	36
A noção de “complexo industrial da Saúde” e de suas parcerias de desenvolvimento tecnológico.....	38
Da estruturação das parcerias.....	38
Da portabilidade das soluções desenvolvidas.....	39
Do aproveitamento dos insumos nacionais ao uso do poder de mercado.....	39
<i>Da nacionalização das tecnologias como pressuposto constitucional</i> .....	42
<i>Uma conclusão</i> .....	43

O princípio da abstenção, que vai na linha do Estado Liberal, ou seja, a regra é que o Estado não deve se intrometer na atividade econômica, especialmente exercendo, ele próprio, atividade econômica, ressalvadas as hipóteses autorizadas na Constituição; portanto, o Estado está legitimado - papel clássico da Constituição - a intervir no domínio econômico; todavia ele está limitado aos termos da própria Constituição <sup>1</sup>.

## O dever do estado em gerar tecnologias e alternativas de fontes de suprimento em saúde

Ao iniciar, dando voz ao colega - Marcos Juruena Villela Souto -, que estaria inexoravelmente neste livro, não fosse por sua súbita elevação a outras esferas mais elevadas do pensamento sobre as questões humanas, e brasileiras em particular, traz-se a questão crucial deste estudo. Seu entendimento encontra, ainda, guarida do *mainstream* da interpretação constitucional:

"A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. " (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 6-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-3-2006.

Mas para atender aos imperativos que a Constituição vincula a ação estatal em matéria de saúde, o texto básico assim clausula:

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

Muito se tem escrito, legislado e julgado quanto a este dispositivo. Pouco, no entanto, se discute a questão das políticas econômicas que se voltam ao direito geral à saúde e ao dever do Estado em promovê-la. Este é, no entanto, nosso tema.

Vamos aqui tomar o caminho conservador e prudente de só admitir a intervenção estatal na economia quando diretamente autorizado pela Constituição. É o que insinua Marcus Juruena na a epígrafe, e não há razão para não fazê-lo: a vinculação do *dever do Estado* e da *política econômica* é sintagma suficientemente enfático para não precisar ir além. Não é – diz a Constituição – só através de políticas *sociais*, mas de ações estatais de caráter econômico que se empreenderá a busca pela *redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*.

“O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.” (AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.)

"O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado." (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.)

"Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é 'direito de todos e dever do Estado' (caput do art. 196 da Constituição), garantida

---

<sup>1</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela, Ordem econômica na constituição, Revista Tributária e de Finanças Públicas | vol. 32 | p. 165 | Mai / 2000 | DTR\2000\290

mediante ações e serviços de pronto qualificados como 'de relevância pública' (parte inicial do art. 197). " (ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010.

Assim, esses deveres estabelecem um espaço não só de legitimação da ação estatal, mas de *imposição* dessa ação:

"É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes." (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.)

Muitas são as ações possíveis no domínio econômico para implementar esse dever estatal específico. Nossa atenção, porém, neste estudo, é quanto à necessidade de trazer a intervenção estatal ao campo da geração de tecnologias novas e fontes alternativas de tecnologia. Aqui também se encontra fundamento doutrinário:

Dito isso, cabe ponderar que, no tocante a essa expectativa normativa - direito à saúde -, o próprio "elemento jurídico" determina a produção de políticas públicas, de modo a orientá-las com harmonia aos fundamentos constitucionais da saúde pública no Brasil. Nesse sentido, pode-se dizer que nenhuma esfera do poder público está isenta da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde. (...) Além de fiscalizar e controlar os procedimentos, produtos, participar na produção de medicamentos e equipamentos, demais afins insumos sanitários, cabe ao Estado participar da formulação de políticas e da execução das ações de saneamento básico, desenvolvimentos científico e tecnológico na área da saúde, fiscalizar e inspecionar alimentos, bebidas, dentre outros. Todo esse arcabouço pertence, incorpora o conceito jurídico de saúde. " 2

## **A racionalidade da intervenção estatal neste campo**

Já se vê que há um dever inescapável de intervenção do Estado para assegurar o direito à saúde. Mas a *oportunidade* desta intervenção estará sujeita a uma *necessidade* de intervenção. Se a economia se presta dequadamente à satisfação dos imperativos constitucionais, não haverá razão para ações indutoras. Ao contrário, as políticas estatais se voltarão à otimização do ato administrativo para extrair toda a vantagem possível, sem estender-se a atuação positiva e externa.

Assim é que essa intervenção, quando indispensável para viabilizar o direito essencial à saúde terá oportunidade quando se apura a inexistência ou insatisfatoriedade da atuação privada:

Em realidade, a atuação do Estado na economia, como forma de "[...] assegurar a todos existência digna [...]" e, em última análise, evitar o caos social, visa corrigir certos desvios maléficos à circulação de riquezas. Citando Fábio Nusdeo, Luís Eduardo Schoueri <sup>3</sup> aponta cinco desses desvios, ou seja, falhas dos mecanismos do mercado motivadores de intervenção do Estado na economia, quais sejam:

(i) falha de origem física ou cultural: mobilidade de fatores, isto é, movimentação anormal no ponto de equilíbrio entre a oferta e a demanda;

---

<sup>2</sup> KÖLLING, Gabrielle e MASSAÚ, Guilherme Camargo, A concretização do direito à saúde na perspectiva republicana, Rev. Direito Sanit. vol.12 no.2 São Paulo out. 2011.

<sup>3</sup> [A publicação original deixou de incluir as referências. Ao menção aqui deverá ser, de acordo com a bibliografia:] SCHOUERI, Luís Eduardo. Algumas considerações sobre a contribuição de intervenção no domínio econômico no sistema constitucional brasileiro. A contribuição ao programa universidade-empresa. In: GRECO, Marco Aurélio. Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins. São Paulo: Dialética, 2001

(ii) falha de origem legal: (não) acesso à informação, ou seja, oportunidade em que a falta de informações sobre produtores, funcionamento do mercado, agentes, produtos negociados, suas características, ocasiona distorções;

(iii) falha de estrutura: concentração econômica, situação na qual um produtor (ou um grupo de produtores) ou um consumidor (ou um grupo de consumidores) tem condições de influir na determinação de preços;

(iv) falha de sinal: externalidades, isto é, "os custos e os ganhos da atividade privada que, em virtude de uma falha do mecanismo de mercado, são suportados ou fruídos pela coletividade, no lugar daquele que os gerou"; e

(v) também falha de sinal, decorrente de uma falha de incentivos: suprimento dos bens coletivos, hipótese na qual um indivíduo goza de bens que são oferecidos de forma não individualizada sem que isso prejudique a utilização por terceiro.

Ocorridos no mundo fenomênico tais desvios ou mesmo objetivando preveni-los, o Estado deverá atuar, de modo a intervir no domínio econômico seja diretamente, seja indiretamente. <sup>4</sup>

No caso da tecnologia necessária à satisfação do direito à saúde, podem verificar-se em particular duas, dentre muitas, disfunções da atuação privada:

- (a) Inexistência ou insatisfatoriedade da tecnologia de saúde;
- (b) A inexistência de fontes alternativas de tecnologia, que majoram o custo das ações de saúde através de monopólios ou oligopólios legais ou de fato.

### **Quando não há tecnologia**

A primeira hipótese é de simples entendimento. Não há conhecimentos científicos ou tecnológicos no estoque da humanidade, capazes de suprir ou moderar os danos à saúde. Quando a marcha das ciências simplesmente não alcançou a solução, o papel do Estado é aquele que se refere o art. 218 da Constituição:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

No entanto, nota-se que muitas vezes o direcionamento dos esforços da sociedade – especialmente os esforços dos países desenvolvidos – se volta às soluções de maior interesse local, ou, num contexto de sistema de propriedade intelectual, as de maior retorno de investimento.

Sobre isso, notamos:

Era março/abril de 1986, estávamos, no Governo Sarney, discutindo o futuro das patentes. A discussão não era acadêmica, mas extremamente densa em conteúdo e resultados a longo prazo. Estávamos numa reunião no Itamarati em que de um lado sentavam-se os representantes do USTR, United States Trade Representative, que estavam conduzindo as negociações bilaterais naquele tempo, e, do outro lado, nós, o MCT, o INPI, o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, no qual eu era assessor do Ministro. O tema era precisamente o que discutimos agora: o valor das patentes.

A representação do USTR era extremamente competente, como em geral é. E eu tinha a sorte de, do lado do USTR, estarem dois colegas meus de faculdade da Columbia University. Então o entendimento pessoal era muito bom. Mas, evidentemente, a substância de interesses em jogo era tal que era difícil chegar a qualquer tipo de compatibilidade. Não se exigia, àquela época, que houvesse uma compatibilidade. O que se queria era ganhar tempo. Estávamos ganhando tempo em todas as frentes, tempo da negociação da futura OMC, tempo na negociação bilateral. Todos sabendo que era um pleito do “Exército de Brancaleone” retardar o máximo possível o tempo para as nossas indústrias, o tempo em que nossas indústrias, certos setores em particular, ganhariam livremente nesse mecanismo de falha de mercado, que vem a ser a propriedade intelectual.

---

<sup>4</sup> CUNHA, Fábio Lima da, O conceito de serviços técnicos para fins da contribuição de intervenção no domínio econômico instituída pela Lei 10.168/2000, Revista Tributária e de Finanças Públicas | vol. 74 | p. 218 | Mai / 2007 | DTR\2007\350

O argumento mais candente e, na esperança do outro lado, mais sólido, do USTR era o valor que as patentes, se concedidas, teriam para a tecnologia da indústria brasileira. Diria eu, um pouco perfidamente, que haveria um argumento suplementar: o valor que as patentes, se concedidas, teriam para o consumidor brasileiro.

Foi exatamente em relação a esse argumento final que as nossas ponderações se dirigiram. Dizia a representante norte-americana que a concessão de patentes nas áreas em que, no momento, se lhes delegavam - seria exatamente a área farmacêutica, em primeiro lugar, de produtos químicos, em segundo, e de produtos e processos alimentares, em terceiro - contribuiria para assegurar a continuidade e a dilatação da pesquisa exatamente nas áreas de maior interesse para o Brasil.

Nosso argumento, na época, foi o de que a idéia de que a patente era um instrumento de desenvolvimento da pesquisa científica e da pesquisa tecnológica específica para os interesses do país que as concedia tinha uma prova muito curiosa. Aquela época, como hoje, os países africanos, praticamente todos ou pelo menos da África negra, não tinham limites sensíveis à concessão de patentes. Em todos eles haveria patentes de produtos farmacêuticos. Em todos eles, haveria patentes de produtos alimentares.

No entanto, singularmente, são exatamente as afecções, doenças, propriedades e os males desses países onde a patente é restrita que menos se vê entre os detentores de patentes.

O teste que nos estava sendo proposto como o caminho para o benefício do consumidor brasileiro - que era conceder patentes para que aqui e para os nossos propósitos e fins específicos fosse ampliada a pesquisa - mostrava-se exatamente um sofisma total se aplicado nos países africanos. Lá não existia, quero crer que não mudou a situação, um fluxo de pesquisa dedicado às afecções locais, às endemias específicas, às necessidades alimentares idiomáticas do povo africano.<sup>5</sup>

### ***Quando há limitação de fontes de tecnologia***

O segundo aspecto ao qual voltamos nossa atenção é o da detenção das tecnologias por um número limitado de titulares do setor privado; por essa razão, seja a restrição devida a um monopólio ou oligopólio de fato, seja de direito – como a existência de patentes – a satisfação do dever estatal impõe a aquisição de bens e serviços a preços monopolísticos, ou de qualquer modo a uma exasperação do ônus dos custos estatais.

Um instrumento para enfrentar essa questão, quando ela se traduz em exercício de direitos de patente, é o instituto da licença compulsória:

Tratando da capacidade para produzir medicamentos, o Brasil possui grandes laboratórios em seu território que são capazes, por meio da engenharia reversa, ou de qualquer outra técnica necessária, de produzir medicamentos que foram alvos de licenças compulsórias. Levando em conta remédios utilizados no tratamento da AIDS, que demandam verbas muito altas do governo brasileiro (ver próximo tópico), a Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (Abia), realizou um estudo que comprovou que o Brasil possui a capacidade técnica e a habilidade para produzir medicamentos utilizados no tratamento de pacientes infectados com o vírus da AIDS. Para a realização desse estudo foram visitados quatro grandes laboratórios farmacêuticos durante o primeiro quadrimestre de 2006. A conclusão foi a de que esses laboratórios estão aptos a produzir um volume significativo de princípios ativos necessários para tais medicamentos, contudo as instalações dessas fábricas devem ser revistas para se adequarem aos padrões da Organização Mundial da Saúde.<sup>6</sup>

Vale ressaltar, ainda, que a licença compulsória também pode servir como um instrumento de pressão contra os grandes laboratórios farmacêuticos. O Brasil já a utilizou três vezes dessa forma: em 2001, para reduzir o preço do medicamento Nelfinavir; em 2003 conseguiu reduzir o preço de mais cinco medicamentos (Efavirenz, Nelfinavir, Lopinavir, Tenofovir e Atazanavir); em 2005 o alvo das negociações foi o medicamento Kaletra. Destarte, sob a ameaça real de ocorrer o licenciamento compulsório de um de seus

---

<sup>5</sup> Anais do III Encontro de Propriedade Intelectual e Comercialização de Tecnologia, Rio de Janeiro, 24, 25 e 26 de julho de 2000, Rede de Tecnologia do Rio de Janeiro, Associação Brasileira das Instituições, de Pesquisa Tecnológica - ABIPTI, Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.

<sup>6</sup> [Nota do original] FORTUNACK, Joseph M.; ANTUNES, Octavio A.. A produção de ARVs no Brasil – Uma avaliação. Disponível em: <http://www.abiaids.org.br/media/ARV.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

medicamentos, grandes laboratórios tendem a diminuir o preço de alguns medicamentos para não ter um prejuízo maior, ou seja, tendo um de seus remédios compulsoriamente licenciado.<sup>7</sup>

O instrumento é peculiarmente importante para o atendimento de demandas de caráter crítico e inadiável: no dizer constitucional, nos casos de *emergência nacional*. Não se precisa aqui demorar na ponderação deste instituto<sup>8</sup>. No entanto, em muitos contextos, o uso efetivo desse instrumento trará menos efetividade à ação estatal do que a ação planejada para o longo prazo.

A política de tecnologia de desenvolvimento de *alternativas* de fontes, assim, aparenta ter grande relevância neste contexto. Ao invés de licenciar compulsoriamente uma tecnologia, o Estado pode induzir o desenvolvimento de conhecimentos alternativos ao patenteado ou monopolizado. Isso se torna particularmente possível por três características de nosso sistema legal:

- (a) A existência da regra de liberdade de pesquisa no conteúdo de material patenteado;
- (b) A existência da licença de dependência.
- (c) A hipótese de uso livre de uma tecnologia (por exemplo, pela expiração de uma patente) que, no entanto, não se encontra assimilada ou praticada por agentes econômicos além daqueles que detiveram a exclusividade de direito ou o monopólio de fato.

Vejamos em particular as duas primeiras questões.

### ***A liberdade de pesquisa no conteúdo de uma patente***

Assim digo no meu Tratado<sup>9</sup>:

A segunda limitação diz respeito à prática de estudos e pesquisas científicas e tecnológicas por terceiros não autorizados; a reprodução em laboratório de um processo químico patenteado é o exemplo clássico. Esta limitação é coessencial ao sistema da propriedade intelectual e merece a mais irrestrita e abrangente interpretação. É exatamente para se conseguir o aumento de velocidade das pesquisas que se faculta a publicação do invento na fase inicial do procedimento de exame.

E em obra mais recente<sup>10</sup>:

Art. 43, II Atos com finalidade experimental (matéria não viva)

[d] aos atos praticados por terceiros não autorizados

Aplicam-se aqui no inciso II deste art. 43 as observações feitas à mesma cláusula do inciso I.

[e] com finalidade experimental

Aqui não temos – como no inciso I – um ato de fim privado e não econômico. Pelo contrário, o “fim experimental”, a pesquisa ou desenvolvimento em qualquer escala, pode ser de fim econômico, excluída apenas a produção direta em escala comercial para o mercado. O fim, que é constitucionalmente sancionado, deve ser incentivado como uma das finalidades do próprio sistema de patentes.

Na noção de “experimental” estará necessariamente alguma álea: o procedimento de simples averiguação ou conformidade em que não haja qualquer risco ou incerteza técnica de resultado, experimental não será<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> MOREIRA, Natali Francine Cinelli, Possibilidades para o Brasil garantir um melhor acesso a medicamentos à sua população: o uso da licença compulsória e a busca por preços diferenciados, Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional | vol. 15 | p. 21 | Jan / 2007 | DTR\2011\2356

<sup>8</sup> Vide o nosso Tratado da Propriedade Intelectual, vol. II, Cap. VI, Seção [ 18 ] - Licenças Compulsórias, onde a questão é minudenciada.

<sup>9</sup> BARBOSA, Denis Borges, Tratado da Propriedade Intelectual, vol. II, cap. VI, [ 14 ] § 4. 4. - Limites extrínsecos: Pesquisas e experimentos. O texto central sobre a matéria é Carlos Correa, “The International Dimension of the Research Exception”, AAAS/SIPPI Paper, January 2004.

<sup>10</sup> BARBOSA, P.M.N. e BARBOSA, D.B., Código da Propriedade Industrial comentado pelos Tribunais, Lumen Juris, 2012, no prelo.

<sup>11</sup> “In *Monsanto v Stauffer* (1 [1985] RPC 67) the Court of Appeal held that the exception in section 60(5)(b) could cover experimental work which had a commercial purpose. However, not all trials for a commercial purpose fall within the exception. *MicroChemicals Ltd v Smith Kline and French Inter-America Ltd* considered : ( (1971) 25 D.L.R. 79 p.54) “Trials carried out in order to discover something unknown or to test a hypothesis or even to find out whether something which is known to work in specific conditions ... will work in different conditions can fairly be regarded as experiments. But trials carried out in order to demonstrate to a third party that a product works or, in order to amass

#### Outros atos de finalidade não-experimental.

Veja-se que se considera aqui livres os atos de finalidade experimental. Não outros atos. Assim, se do experimento resulta um novo *produto* ou *processo*, duas hipóteses poderão se dar: (a) O novo invento escapa inteiramente ao escopo da patente utilizada por esta limitação. (b) Para a exploração do novo invento se invade, ainda que parcialmente, o escopo da patente utilizada nesta limitação.

Na primeira hipóteses, a exploração do novo invento ou tecnologia é livre. Na segunda hipótese, será necessário obter autorização do titular da patente anterior. No caso pertinente, a autorização poderá ser substituída pela *licença obrigatória de dependência* (art. 70). Em nenhum caso esta limitação do art. 43, II, por si só, autoriza ou proíbe a exploração do novo invento ou tecnologia,

#### Doutrina relevante.

TPI2010, vol. II, cap. VI, [ 14 ] § 4. 4. - Limites extrínsecos: Pesquisas e experimentos

BARROS, Carla Eugênia Caldas, Aperfeiçoamento e Dependência em Patentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

#### Precedente judicial estrangeiro.

Até onde se tem conhecimento não se discute na jurisprudência ou na literatura que o “privilégio de pesquisa” (Versuchsprivileg) previsto no § 11 Nr. 2 da Lei de Patentes (PatG) é, em conformidade com essas estipulações, uma parte necessária do conteúdo constitucional do Direito de Patente. A pesquisa e desenvolvimento da ciência e da técnica só são possíveis por meio de experiências que, por sua vez, são construídas a partir de novos resultados de pesquisas. Não há o que criticar frente a Constituição quando o legislador permite que os interesses do titular da patente recuem frente a esses interesses. (...)” Corte Constitucional Alemã no caso Klinik-Versuch (BverfG, 1 BvR 1864/95, de 10/5/2000)<sup>12</sup>

[f] relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas

Os atos livres sob este inciso II serão, cumulativamente, de fim *experimental e no tocante* a estudos ou pesquisas tanto científicas (presumivelmente, sem destinação econômica direta ou principal) quanto tecnológicas (incluído aqui claramente o fim econômico).

Note-se que aqui o terceiro passo da regra do art. 30 de TRIPs, “levando em conta os interesses legítimos de terceiros”, é determinante. A pesquisa poderá ter efeitos catastróficos para o interesse econômico do titular, mas a transformação tecnológica objetiva é de interesse da sociedade.

No entanto, o mais recente documento da OMPI sobre a matéria diz <sup>13</sup>:

The Panel hinted that “experimental use” exceptions would be regarded as “limited exceptions.” Many countries operate some form of “experimental use” defence. These tend to be defined – more or less broadly by reference to three parameters: the meaning of “experiment”; whether the exception extends to invention “with” or only “on” the patented invention; and whether the exception is available for commercial (as opposed to non-commercial) experimental activity.

The first question concerns what is covered by the “experimental use” exception. A number of variations present themselves: experimental use, “scientific research”, “experiment or research”, “research or development”, “experimentation, teaching or scientific or academic research”, “ education, research, experiment or analysis”, “research or scientific experimentation purposes and manufacture, experimentation and testing of prototypes,” and, perhaps most elaborately, “private or academic scientific or technological research for non-profit making experimental, testing or teaching purposes.

The second key distinction is between experimental use exceptions which permit experiment with the invention, rather than those which limit the exception to experiments “on” the invention. Most countries, it

---

information to satisfy a third party...that the product works as its maker claims are not... to be regarded as ‘acts done for experimental purposes’”. The Patent Research Exception: A Consultation, encontrado em <http://www.ipo.gov.uk/consult-patresearch.pdf>, visitado em 15/7/2011.

<sup>12</sup> "Soweit ersichtlich, wird weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur bestritten, dass das Versuchsprivileg des § 11 Nr. 2 PatG eine nach diesen Maßgaben verfassungsgemäße Inhaltsbestimmung des Patentrechts ist. Forschung und Fortentwicklung von Wissenschaft und Technik sind nur mittels Versuchen möglich, die jeweils auf den neuesten Forschungsergebnissen aufbauen. Von Verfassungen wegen ist nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber die Interessen des Patentinhabers hinter diesen Belangen insoweit zurücktreten lässt.(...)” Denis Borges Barbosa, Ana Beatriz Nunes Barbosa e Karin Grau-Kuntz, A Propriedade Intelectual na Construção dos Tribunais Constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 90.

<sup>13</sup> WIPO, Standing Committee on the Law of Patents, Exclusions from Patentability and Exceptions and Limitations to Patentees’ Rights, Doc. SCP/15/3, ANNEX I, encontrado em [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp\\_15/scp\\_15\\_3-annex1.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_15/scp_15_3-annex1.doc)

should be said, take the more restrictive approach, but some – most famously Belgium – allow experiment with the invention. As for those common law countries where the exception is not in statutory form, we find that some, such as the United States, does not draw the distinction between experimentation on and experimentation with, while others – such as its neighbour, Canada – do.

Another key distinction is between those countries that permit experimental use even though there is a commercial purpose, and those that see experiment and commerce as contradictions in terms. The United States falls into the latter category, with its famously narrow research exception. In *Madey v Duke Univ*, Madey, a patentee of free electron laser technology and former Duke Professor (until 1998), sued Duke University for using equipment which he had patented. Madey's case was dismissed by the District Court who granted Duke summary judgment, but the decision was overturned by the US Court of Appeal for the Federal Circuit which remitted the case back to the District Judge. In so doing, the CAFC indicated that the exception for experimental use was "very narrow and strictly defined". It encompasses acts performed "for amusement, to satisfy idle curiosity, or for strictly philosophical inquiry" and would not include experiment with a "definite, cognisable and not insubstantial commercial" purpose. Moreover, even where the user does not have commercial gain in mind, the exception would not apply if the act was "in furtherance of the alleged infringer's legitimate business."

Muitas análises econômicas que vem a ignorar essa peculiaridade do sistema brasileiro influenciam-se por uma equação idiomática do sistema local americano<sup>14</sup>. Pois, naquele sistema, o uso de patentes para impedir pesquisa parece ser empiricamente verdade:

"Walsh, Cho & Cohen do note that the number of scientific researchers who are being subjected to threatening "notification letters" has increased since the 2002 decision in *Madey v. Duke University*, which rejected the university's experimental use defense to a former employee's claim of patent infringement. They also note scientists do appear to be foregoing or delaying their research as a result of patents, although still at relatively low levels."<sup>15</sup>

Essa peculiaridade lemuressca do sistema Americano foi objeto de análise recente <sup>16</sup>:

Certos autores enfatizam o sistema de patentes como uma indução a *seguir na mesma rota*, ou seja, como um direito a prospectar <sup>17</sup>.

Edmundo W. Kitch é o autor da teoria da patente como direito de prospecção<sup>18</sup>, que atraiu particularmente minha atenção durante as pesquisas da dissertação do meu primeiro mestrado.

Na verdade, a doutrina de Kitch responde a um sistema de patentes como o americano, que o permite funcionar como um direito a prospectar uma jazida, aquela criada pela invenção que é objeto da sua patente. Em tal sistema inexistem as limitações que permitem terceiros usar do objeto da patente como base de pesquisa que possam levar adiante o progresso técnico, como também não têm a licença compulsória de dependência que faculta ao que pesquisa não só obter uma patente dependente como também explorá-la mesmo sem autorização do titular da patente de base.

Como descreve um estudo contemporâneo<sup>19</sup>:

---

<sup>14</sup> Sobre a exceção Bolar, ou seja, essa mesma limitação, transportada para a hipóteses de testes para registro sanitário, hipótese em que há, legal e jurisprudencialmente, amparo no sistema americano, vide BARRETT, William and MIKHAIL, Sheila, *Merck v. Integra: The Supreme Court's Take On The Research Exception To Patent Infringement*. *Le Nouvelles*, Volume XLI No.2, June 2006

<sup>15</sup> MCMANIS, Charles R. , and NOH, Sucheol , *The Impact of the Bayh-Dole Act on Genetic Research and Development: Evaluating the Arguments and Empirical Evidence*, Maio de 2011, encontrado em <http://ssrn.com/abstract=1840639>

<sup>16</sup> BARBOSA, Denis Borges, *Patente como modelo de aperfeiçoamento em inovação*, [http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/patente\\_modelo\\_aperfeicoameto\\_inovacao.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/patente_modelo_aperfeicoameto_inovacao.pdf)

<sup>17</sup> "A patent creates a tangible asset from invention. If an investor feels assured that a patent would confer a lucrative commercial right, that is, that the envisioned patented product would be successful, this adds incentive to initiate the invention process. Successful invention in an area leads to further innovations in the same area, allowing greater scope for claims, and enhanced protection. The prospect theory emphasizes the point of early disclosure to stake a claim. A first-to-file patent system meshes with the prospect theory - as with gold prospecting, stake claims as early as possible", encontrado em [http://www.patenthawk.com/blog/2005/04/patent\\_economics\\_part\\_5\\_theori.html](http://www.patenthawk.com/blog/2005/04/patent_economics_part_5_theori.html), visto em 31/8/2009.

<sup>18</sup> Edmundo W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 *J.L. & Econ.* 265 (1977); AEI Reprint No.

87, April 1978, e *Patent, Prospects and Economic supply: A Reply*, 23 *J. Law & Econ.* 205 (1980). Encontrado em <http://www.jstor.org/pss/725294>

<sup>19</sup> Campbell-Kelly, Martin and Valduriez, Patrick ,*An Empirical Study of the Patent Prospect Theory: An Evaluation*

*The concept of a technology prospect was first proposed by Edmund Kitch in 1977. The prospect theory addresses the situation where "an initial discovery or invention is seen as opening up a whole range of follow-on developments or inventions." If we consider inventions such as antibiotics, semiconductors, or speech recognition technologies, they are different in degree than safety razors or ballpoint pens. They are technological prospects of the greatest importance to society and so broad that they could not be fully exploited by a single inventor or even by a single firm. Adherents of the prospect theory believe that the patent system "permits the development of the full range of possibilities to proceed in an orderly fashion." In explaining the prospect theory, Kitch appealed to an analogy with the mineral claim system developed in the American West in the second half of the nineteenth century. This system enabled a person who discovered mineralization on public land to file a claim which gave him exclusive mining rights. Thus, in the words of Kitch, the claim system created "incentives for prospectors to pack their burros and walk off into the desert in search of mineralization." Kitch noted that, far from restricting output, the claim system "tended to generate the socially optimum level of investment in prospecting." Kitch urged students of the patent system to see it as a form of claim system for an invention prospect, rather than as a monopoly conferred on an individual inventor that restricted output.*

Assim, o titular de uma patente – num modelo como o americano, ganha não só exclusividade estática como exclusividade dinâmica. No nosso sistema constitucional como no alemão, essa função da patente para apropriar-se das potencialidades futuras da tecnologia seria incompatível com os direitos constitucionais.

### ***O segundo elemento da decisão pró-pesquisa***

Note-se que um segundo elemento da equação da patente como uma ponte de partida para geração de fontes de alternativas é a existência da licença de dependência, no sistema brasileiro como em várias jurisdições da OECD <sup>20</sup>; mas é ausente do sistema americano.

Dissemos, no nosso Tratado <sup>21</sup>:

A lei 9.279/96, em seu art.70, prevê a hipótese em que uma patente, para sua exploração, presuma a utilização de parcela, ou do todo, de uma área reivindicada por outra patente anterior, de terceiros <sup>22</sup>. Neste caso, o titular da primeira patente poderá ser obrigado a permitir a exploração da segunda, mediante o pagamento de royalties a serem estipulados pela autoridade federal <sup>23</sup>.

A licença será concedida quando, cumulativamente, ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação à outra; o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior; e o titular não tiver entrado em acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior.

A dependência, no caso, se dá na proporção em que a execução do objeto privativo da segunda patente só se possa dar com violação da primeira; no dizer da lei "considera-se patente dependente aquela cuja exploração depende obrigatoriamente da utilização do objeto de patente anterior". A lei ainda explica que, no caso, uma patente de processo poderá ser considerada dependente de patente do produto respectivo, bem como uma patente de produto poderá ser dependente de patente de processo.

Como cabe no direito brasileiro licença e indenização por violação de objeto de pedido de patente, também será possível a licença de dependência nos casos em que o primeiro título for um pedido; e, a fortiori, quando o for também o segundo título. Não há nenhuma razão lógica ou constitucional para uma leitura talmúdica do art.70, I, do CPI/96 que o proibisse. Quem devesse aguardar a emissão da patente para pedir a licença de dependência estaria frustrando a função social do instituto na aceleração tecnológica.

A noção de "substancial progresso técnico" claramente não se reduz à atividade inventiva, o que seria simplesmente o indispensável para obter a patente dependente em primeiro lugar.

Assim, quem esteja livre para pesquisar segundo o art. 43, II da lei brasileira, estará também facultado a – no caso de recusa de licença do titular da patente de bloqueio.

---

of Antisperm Patents(September 1, 2005). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=796289>

<sup>20</sup> Na verdade, segundo o documento OMPI CDIP/5/4, encontrado em [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip\\_5/cdip\\_5\\_4\\_rev-main1.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_5/cdip_5_4_rev-main1.doc), a maioria dos países contam com esse tipo de instituto.

<sup>21</sup> Op. Cit., [ 18 ] § 8 . - Licença de dependência

<sup>22</sup> Conforme a lei, uma patente de processo poderá ser considerada dependente de patente do produto respectivo, bem como uma patente de produto poderá ser dependente de patente de processo.

<sup>23</sup> Vide BARROS, Carla Eugenia Caldas, Aperfeiçoamento e Dependência em patentes - Coleção Propriedade Intelectual - ,Editora Lumen Juris,2004 e ALEHRT, Ivan Bacellar, A Patente Dependente na Nova Legislação, Revista da ABPI, (9): 48-49, 1993; WALTER, Hans Peter, Compulsory Licences in Respect of Dependent Patents Under the Law of Switzerland and Other European States IIC 1990 Heft 4 532

A importância desse instrumento é notada por Jerome Reichman <sup>24</sup>, citando os elementos necessários para o uso pró-inovativo das patentes:

A broad research exemption for the experimental users of patented inventions to find new inventions, to invent around old ones, or to develop improvements;<sup>25</sup> (...)

An anti-blocking provision, normally in the form of a compulsory license for dependent patents, that allows improvers to avoid infringing a dominant patent <sup>26</sup>.

### **A questão da indução à engenharia reversa e à assimilação de tecnologias livres**

Havendo liberdade de se usar o objeto de uma patente, mesmo em vigor, e sendo possível obter licenças de dependência de uma patente em função de aperfeiçoamentos de real significado, introduzidos em título preexistente, não menos importante é a indução estatal ao uso de tecnologias livres. Tal ocorre em várias hipóteses; por exemplo:

- (a) A expiração da proteção de uma patente antes vigente no País;
- (b) A inexistência de uma patente brasileira;
- (c) A existência de conhecimentos em segredo de empresa, para os quais inexiste vedação de engenharia reversa;
- (d) A restrição de fonte que só resulta de carência dos conhecimentos relativos à *superação do risco técnico* (know how).

Em todos esses casos, a iniciativa do Estado se voltaria a induzir que um ou mais agentes econômicos, além dos que originariamente deteriam os meios técnicos de prestação de bens ou serviços, obtivessem tal capacidade. Em particular, essa ação se destinaria a criar *fontes alternativas de suprimento das necessidades estatais*. Num ambiente de aquisição licitatória, o objetivo seria propiciar *novos licitantes*, em situação de independência, que pudessem trazer o ônus da satisfação do dever estatal a um nível de mercado competitivo.

Os meios para essa criação seriam de *aquisição derivada*, por comunicação subjetiva de conhecimentos ou por engenharia reversa, por aquisição objetiva de conhecimentos <sup>27</sup>; ou por desenvolvimento autônomo, ou recriação.

## **O entretencimento constitucional**

Este mandado de intervenção no domínio econômico – pois é o que inequivocamente se lê – não é obviamente isolado no texto constitucional. Das radicações que mais se aproximam e robustecem o dever de intervenção cometido ao Estado está o conjunto de dispositivos que tratam do direito

---

<sup>24</sup> Reichman, Jerome H., Intellectual Property in the Twenty-First Century: Will the Developing Countries Lead or Follow? (December 22, 2009). Houston Law Review, Vol. 46, No. 4, 2009. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1589528>

<sup>25</sup> See, e.g., Convention on the Grant of European Patents art. 64(1), Oct. 5, 1973, 1065 U.N.T.S. 255, 274 [hereinafter European Patent Convention]; Rudolph J.R. Peritz, Freedom to Experiment: Toward a Concept of Inventor Welfare, 90 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 245 (2008).

<sup>26</sup> See TRIPS Agreement, supra note, art. 31(l) (stating the conditions under which a compulsory licence for a dependent patent may be granted); Gustavo Ghidini, Intellectual Property and Competition Law 44–45 (2006) (advocating the use of compulsory licensing where the subject of an existing patent “has been developed through an entirely different and more advanced process”).

<sup>27</sup> A engenharia reversa, prescindindo de uma fonte subjetiva, detrai os conhecimentos da própria solução técnica objetivada. No dizer de SANTOS, Manoel J. Pereira dos, Software: Acesso Ao Código Fonte e Transferência de Tecnologia, in NERO, Patrícia Aurélia del, (Org.) Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia, Editora Fórum, 2010, “Engenharia reversa é um termo genérico que designa os atos destinados a obter, a partir de um produto acabado, o processo de desenvolvimento e elaboração do mesmo, isto é, a descoberta dos conhecimentos técnicos aplicados pelo desenvolvedor do produto originário”

fundamental ao desenvolvimento, de um lado, e o subsistema de normas que cuidam da criação de tecnologia como outro dos deveres estatais de intervenção <sup>28</sup>.

### ***O Direito Constitucional ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias***

Consideremos aqui, com especial atenção, os artigos 218 e 219 da Constituição. Vamos analisar com algum detalhe o artigo 218, mas já se chama a atenção para o fato de que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico”. Para isso o § 1º deste artigo fala sobre a pesquisa científica e o § 2º fala sobre a pesquisa tecnológica. Essa distinção é crucial para a presente análise:

Art. 218 - O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 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 e tecnologia, 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.

Em seguida a lei aponta o artigo 219 como um elemento essencial de interpretação e de estruturamento da lei. É daí que se entende como a lei funciona e para que efeitos:

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.

### ***O direito fundamental ao desenvolvimento***

A Constituição diz que é encargo do Estado – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – a promoção e o incentivo do desenvolvimento científico à pesquisa e à capacitação tecnológica.

As constituições anteriores falavam basicamente sobre a liberdade da ciência e sobre o dever do Estado em apoiar a pesquisa. Esse texto fala muito mais sobre como se exerce esse dever do Estado, mas curiosamente não se fala mais sobre a liberdade de pesquisa.

O texto constitucional distingue, claramente, os propósitos do *desenvolvimento científico*, de um lado, e os da *pesquisa e capacitação tecnológica*. Essa modalidade de desenvolvimento particulariza o *princípio fundacional* do

"Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...) II – garantir o desenvolvimento nacional;"

Esse dever se cinge no contexto do chamado *direito constitucional ao desenvolvimento*, como indica Guilherme Amorim Campos da Silva <sup>29</sup>:

---

<sup>28</sup> Esta interrelação foi objeto de nosso estudo específico, *Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias*, encontrado em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_83/artigos/PDF/Denis\\_rev83.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_83/artigos/PDF/Denis_rev83.pdf), visitado em 30/1/2012., que tomaremos largamente de empréstimo o pertinente.

<sup>29</sup> Guilherme Amorim Campos da Silva, *Direito Fundamental ao Desenvolvimento Econômico Nacional*, São Paulo: Método, 2004, p.67. O *Direito ao desenvolvimento*, em sua face internacional, é sujeito a sérios questionamentos.

“O direito ao desenvolvimento nacional impõe-se como norma jurídica constitucional, de caráter fundamental, provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes da União que, nesta direção, não podem se furtar a agir, dentro de suas respectivas esferas de competência, na direção da implementação de ações e medidas, de ordem política, jurídica ou irradiadora, que almejem a consecução daquele objetivo fundamental.”

Seria tal direito um daqueles fundamentais de terceira geração <sup>30</sup>, consagrado inclusive em esfera internacional como um dos direitos humanos <sup>31</sup>.

Então, o texto constitucional distingue os propósitos do desenvolvimento científico, de um lado, e da pesquisa e capacitação tecnológica, de outro. Essa modalidade de desenvolvimento <sup>32</sup>, científico e tecnológico, particulariza princípio básico, elementar, constitutivo da República, que diz que a República tem como objetivo garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, III, da Carta de 1988).

No entanto, esse tema – o dos interesses do desenvolvimento *em face da propriedade intelectual e da inovação* – é um dos mais espinhosos no tocante à definição do que seria “desenvolvimento”: simples crescimento econômico, ou efetiva maturação dos beneficiários desse direito humano – como uma *liberdade*?

Na esfera internacional, a questão é momentosa <sup>33</sup>. Já no âmbito do direito constitucional brasileiro, parece mais pacífico o entendimento:

---

30 Valerio de Oliveira Mazzuoli, Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e Sua Incorporação No Ordenamento Brasileiro, Revista Forense – Vol. 357 Suplemento, Pág. 603: “Um dos que propuseram esta fórmula 'geracional' foi T. H. MARSHALL. Nos termos de sua clássica análise sobre a afirmação histórica da cidadania, primeiro foram definidos os direitos civis no século XVIII, depois os direitos políticos no século XIX e, por último, os direitos sociais no século XX. E, o roteiro feito por MARSHALL, mostrou que em países capitalistas avançados, a soma do Estado com as lutas sociais é que resulta na chamada 'cidadania' (cf. Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, pp. 63-64). PAULO BONAVIDES também comunga desta idéia geracional de direitos, mas com alguma variação. Para ele, primeiro surgiram os direitos civis e políticos (primeira geração); depois os direitos sociais, econômicos e culturais (segunda geração); posteriormente, o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (terceira geração); e, por último (o que chamou de direitos de quarta geração) os direitos que compreendem o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos (cf. seu Curso de direito constitucional, 10.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pp. 516-525)”.

31 Declaração e o Programa de Ação de Viena de 1993: 10. “A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o direito ao desenvolvimento, previsto na Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte integral dos direitos humanos fundamentais. Como afirma a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento. Embora o desenvolvimento facilite a realização de todos os direitos humanos, a falta de desenvolvimento não poderá ser invocada como justificativa para se limitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Os Estados devem cooperar uns com os outros para garantir o desenvolvimento e eliminar obstáculos ao mesmo. A comunidade internacional deve promover uma cooperação internacional eficaz visando à realização do direito ao desenvolvimento e à eliminação de obstáculos ao desenvolvimento. O progresso duradouro necessário à realização do direito ao desenvolvimento exige políticas eficazes de desenvolvimento em nível nacional, bem como relações econômicas equitativas e um ambiente econômico favorável em nível internacional”. Não obstante a impressionante declaração, algumas considerações merecem ser aqui suscitadas. O princípio de justiça distributiva (*sui cuique tribuere*), reconhecido como próprio às sociedades em face a seus membros, seria extensivo às relações entre as sociedades? Não é o que entende Rawls in *The Law of Peoples*: não têm as sociedades um direito à justiça distributiva, como teriam, no interior delas, seus membros; mas as sociedades liberais ou decentes têm um dever, limitado sem dúvida, de assistência às menos favorecidas. Adeus, assim, ao direito ao desenvolvimento.

32 A noção de desenvolvimento, que decorre do art. 3º, III da Carta de 1988, “supõe dinâmicas de mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento.” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 238-239).

33 Borges Barbosa, Denis, Chon, Margaret and Moncayo von Hase, Andres, *Slouching Towards Development in International Intellectual Property*. Michigan State Law Review, Vol. 2007, No. 1, 2008. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1081366>. “The development as freedom model figures prominently in the United Nations Millennium Development Goals (UNMDG). The United Nations Development Programme (UNDP) has propounded the model of development as freedom since 1991. The human development index (HDI) approach, as opposed to the gross domestic product (GDP) approach, emphasizes the distribution of human capability opportunities in measuring development. It includes not only the growth measure of per capita GDP, but also literacy and health measures. It is now widely used as a development metric by other international agencies. By contrast, international intellectual property law institutions such as the WIPO and WTO unreflectively rely on a “development as growth” model. This approach, which is often shared by policymakers from developed countries with well-entrenched intellectual property industries, tends to view the goal of international intellectual property as encouraging economic growth, increasing trade liberalization, promoting foreign direct investment and ultimately enhancing innovation through technology transfer”.

Adiante-se que a Constituição oferece, de imediato, alguns indicadores, que se podem considerar como elementos legitimadores, *prima facie*, de certas posturas públicas no âmbito das pesquisas científicas e tecnológicas; cite-se, nessa linha, o direito ao desenvolvimento nacional, presente no art. 3º, II, da CB, e o direito à erradicação da pobreza e à redução das desigualdades sociais, arrolados no art. 3º, III, da CB <sup>34</sup>.

### ***O direito fundamental ao desenvolvimento e a intervenção estatal***

Aparentemente, a aceleração do processo de desenvolvimento (em particular, o incentivo à inovação) não prescinde mais da ação dos entes públicos, mesmo em economias de mercado<sup>35</sup>. Hoje em dia, sem esta ação coordenando esforços, investindo, estimulando o desenvolvimento industrial e particularmente o tecnológico, a economia corre sérios riscos de declínio e de ser levada à situação de satélite de economias mais poderosas, a ponto do comprometimento da independência nacional não só no plano econômico e técnico, como no político<sup>36</sup>.

Adotados tais pressupostos, entende-se por política industrial o conjunto de estratégias e comportamentos pelos quais um ente público atua no mercado, com vistas a melhorar a própria competitividade total do sistema onde atua<sup>37</sup>. Assim considerada, a política industrial não é uma forma de ignorar ou reprimir as forças de mercado, como possivelmente será visto pelo liberalismo ressurreto, mas sim o conjunto de métodos destinados à fixação do ente estatal como ator no mercado, agente e paciente do espaço concorrencial. Os condicionantes jurídicos da política industrial de inovação, no contexto constitucional e da lei ordinária é o objeto deste trabalho <sup>38</sup>.

A eficácia da intervenção direta e franca do Estado no tocante à política tecnológica foi empírica e fartamente demonstrada, num dos exemplos mais claros de sucesso de economias nacionais. Estudos econômicos norte-americanos apontam que o uso que o Japão fez do seu sistema de propriedade intelectual como instrumento de política de desenvolvimento - via importação e licenciamento forçado de tecnologias, imitação, adaptação, uso e aperfeiçoamento pelas empresas nacionais, favorecendo mais

---

34 André Tavares Ramos, op. Cit.

35 "Cette évolution récente concerne tous les pays de l'OCDE: l'universalité des responsabilités publiques dans le développement industriel est aujourd'hui un fait. Paradoxalement, ces interventions sont d'autant plus nombreuses que les économies sont plus ouvertes, ou du moins que les critères de compétitivité se basent sur des comparaisons internationales" Bertrand Bellon, Les Politiques Industrielles dans les pays de l'OCDE, in Les Cahiers Français no 243 (1989) p. 41.

36 Tal afirmação não é feita em relação à economia brasileira, nem sequer à dos países latino-americanos. Neste ponto é essencial verificar a evolução da idéia de política industrial no seio da Comunidade Económica Europeia (CEE). Conforme Cartou, L., Communautés Européennes. Dalloz, Paris, 9ª Ed. (1989): "Le Marché Commun constitue donc une politique industrielle qui repose sur une conception libérale, sur la responsabilité principale des entreprises industrielles, elles mêmes". A concepção inicial do Tratado de Roma foi logo abandonada: "Mais vers la fin des années 60, les insuffisances du Tratré signé en 1957 sont apparues. Le Marché Commun, tel qu'il avait été conçu n'avait pas abouti à la constitution d'une industrie européenne à la dimension du monde actuel, capable à la fois d'affronter la concurrence des tiers ou d'être en mesure de cooperer avec eux" (...) "Il s'agissait d'abord de faire face à l'évolution des conditions de la production, au renouvellement rapide des produits, des techniques" (...) "L'absence d'une politique répondant aux problèmes de la société industrielle moderne aurait entraîné pour la Communauté de graves risques de déclin ou de "satellisation" industrielle par de économies plus puissantes, susceptibles de compromettre son indépendance, non seulement économique, mais aussi politique, technique, etc."

37 Longe de tentar estabelecer os fundamentos teóricos desta noção, pretende-se apenas lembrar que não só as empresas disputam entre si o mercado, como os entes de direito público internacional - Estados e instituições similares, como o Mercado Comum Europeu (MCE) - competem pelos recursos escassos, pela preponderância política e estratégica, etc., através de "seus" grupos econômicos, com Estados e grupos não submetidos a seu controle ou influência, ou mesmo em colaboração com estes outros Estados e grupos. A capacidade de competição do sistema sob comando ou influência de tais entes públicos - o conjunto de meios jurídicos, econômicos e diplomáticos de que dispõe para atuar - poderia ser chamada de "competitividade sistêmica", em comparação com a competitividade de empresa a empresa. Se fosse precisar o estatuto teórico de tal noção, este trabalho seguramente utilizaria o conceito de significante-zero de Lévi-Strauss (1950), no que ele inaugura como pensamento sobre a causalidade estrutural. Para suscitar tal conceito, devido à tradição de Spinoza, Marx, Lenin, Gramsci, Mao e especialmente Althusser, vide Etienne Balibar: Structural Causality, Overdetermination, and Antagonism, in Postmodern Materialism and the Future of Marxist Theory: Essays in the Althusserian Tradition, Edited by Antonio Callari and David F. Ruccio, Wesleyan University Press, 1996.

38 Não se entenda que a matéria é de caráter mais econômico que jurídico. Como demonstra José Carlos de Magalhães, O Controle pelo Estado de Atividades Internacionais das Empresas Privadas, in Direito e Comércio Internacional, Ed. Ltr, 1994, p 190, a questão tem importantíssimos aspectos de Direito Constitucional e Internacional Público, sem falar dos óbvios efeitos relativos ao Direito Econômico.

a difusão tecnológica do que a criação - funcionou de forma brilhante, permitindo que o Japão chegasse a alcançar uma situação de quase paridade tecnológica com os EUA em poucas décadas<sup>39</sup>.

As próximas considerações quanto ao desenvolvimento e inovação partem da concepção de que o Estado brasileiro, neste momento da evolução econômica nacional, não pode renunciar à sua tradição histórica de comandar a economia e deve fazer-se mais eficiente, particularmente no que toca à política de propriedade intelectual.

Se é verdade que o Estado deve abandonar, em seu processo de modernização, a prática centenária de intervenção no domínio econômico *para o favorecimento exclusivo de um determinado estamento social*<sup>40</sup>, deixar de lado tal intervenção, à qual a totalidade dos países desenvolvidos recorre com intensidade, parece resultar, necessariamente, na renúncia à modernidade.

### ***Direito ao desenvolvimento como moderação à apropriação das criações***

A outra face do direito ao desenvolvimento, em sua modalidade ampla de direito fundamental, é o contraponto que ele oferece às perspectivas patrimonialistas dos direitos da Propriedade Intelectual<sup>41</sup>.

O ponto central desse uso em favor da sociedade dos direitos da Propriedade Intelectual é definir qual “desenvolvimento” se visa na aplicação do valor expresso no art. 3º da Constituição Brasileira<sup>42</sup>:

By human development (or capability), we refer primarily to the concept advocated by Amartya Sen<sup>43</sup> and Martha Nussbaum. According to the latter, there are “certain basic functional capabilities at which societies should aim for their citizens, and which quality of life measurements should measure . . . .”<sup>44</sup> This list includes:

- (1) LIFE. Being able to live to the end of a human life of normal length . . . .
- (2) BODILY HEALTH. Being able to have good health, including reproductive health; to be adequately nourished . . . .
- (4) SENSES, IMAGINATION, AND THOUGHT. Being able to use the senses; being able to imagine, to think, and to reason—and to do these things in a “truly human” way, a way informed and cultivated by an adequate education, including, but by no means limited to, literacy and basic mathematical and scientific training. . . .<sup>45</sup>

---

39 "This characterization of postwar Japanese practice underlies this chapter's simple thesis: Japan's system of intellectual property protection for technology has been discretionarily administered as one component of Japan's developmental industrial policy. Policy favored the import and forced licensing of foreign technology, its rapid imitation, adoption, use, and improvement by domestic companies, as a means of driving rapid economic growth without incurring the costs of autonomous, domestic technology development. The policy worked brilliantly, helping Japan to near technological parity with the US in a few short decades" Borrus, M. Macroeconomic Perspectives on the Use of Intellectual Property Rights in Japan's Economic Performance. In: Intellectual Property Rights in Science, Technology and Economic Performance. Westview, (1990) p:262-263.

40 "A atividade industrial, quando emerge, decorre de estímulos, favores, privilégios, sem que a empresa individual, baseada racionalmente no cálculo, incólume às intervenções governamentais, ganhe incremento autônomo. Comanda-a um impulso comercial e uma finalidade especulativa alheios das liberdades econômicas, sobre as quais se assenta a revolução industrial" Raymundo Faoro, Faoro, Os Donos do Poder, Globo, 4a. Ed., 1973 p. 22.

41 PRONER, Carol, Propriedade Intelectual Direitos Humanos: sistema internacional de patentes e direito ao desenvolvimento. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 2008, p.395. Novos direitos também passam a surgir com a mutação da propriedade intelectual. A apropriação do conhecimento sob forma de patente traz efeitos na garantia de direitos humanos já consolidados e outros futuros. A evolução da propriedade intelectual supõe o próprio desenvolvimento da tecnologia e de seus efeitos no porvir, gerando não apenas novas concepções de direitos a serem protegidos como também novos argumentos em defesa dos direitos humanos, novas formas de luta e de reivindicação capazes de acompanhar, no caso das ciências, a evolução do pensamento científico e sua aplicação na vida dos seres humanos.

42 BARBOSA, Denis Borges, CHON, Margaret Chon e MONCAYO, Andrés Von Hase, Slouching Towards Development In International Intellectual Property Michigan State Law Review, Vol. 2007, No. 1, 2008. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1081366>

43. [Nota do original] See Amartya Sen, Development as Freedom (1999).

44 [Nota do original] Martha C. Nussbaum, Human Capabilities, Female Human Beings, in Women, Culture and Development: A Study of Human Capabilities 61, 82 (Martha C. Nussbaum & Jonathan Glover eds., 1995).

45 [Nota do original] Martha C. Nussbaum, Capabilities and Human Rights, 66 Fordham L. Rev. 273, 287 (1997). This list is slightly different from the version published earlier in Human Capabilities and was apparently revised as a result of recent visits to development projects in India. See id. at 286.

The development as freedom model figures prominently in the United Nations Millennium Development Goals (UNMDG).<sup>46</sup> The United Nations Development Programme (UNDP) has propounded the model of development as freedom since 1991.<sup>47</sup> The human development index (HDI) approach,<sup>48</sup> as opposed to the gross domestic product (GDP) approach standing alone, emphasizes the distribution of human capability opportunities in measuring development. It includes not only the standard of living measure of per capita GDP, but also literacy and health measures. Other international agencies, including the World Health Organization, increasingly rely upon HDI as a development metric.<sup>49</sup>

By contrast, international intellectual property law institutions, such as the WIPO and WTO, unreflectively rely on a “development as growth” model. This approach, often shared by policymakers from developed countries with well-entrenched intellectual property industries, tends to view the goal of international intellectual property as encouraging economic growth, increasing trade liberalization, promoting foreign direct investment, and ultimately enhancing innovation through resulting technology transfer.<sup>50</sup> The development as growth framework was initially set by international development agencies such as the International Monetary Fund and the World Bank.<sup>51</sup> This framework has nonetheless influenced other institutions—including the WTO and WIPO—which do not view development as their central mandate, but are increasingly under pressure to consider development in their norm-setting and norm-interpreting activities.

### ***O tema do desenvolvimento, nacionalidade e soberania na propriedade intelectual***

Completando a estrutura de normas mutuamente referenciadas, não se pode deixar de citar o texto do Art. 5º, XXIX da Carta de 1988:

Art. 5º (...)

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;* (Grifei)<sup>52</sup>

---

46 [Nota do original] United Nations Millennium Declaration, G.A. Res. 55/2, U.N. Doc. A/RES/55/2 (Sept. 18, 2000), available at <http://www.un.org/millennium>. Philip Alston claims that these have arguably attained the status of customary international law. Philip Alston, *Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen Through the Lens of the Millennium Development Goals*, 27 Hum. Rts. Q. 755, 771-75 (2005). The 2002 report by the UK Government's Commission on Intellectual Property Rights was an early attempt to link intellectual property to the UNMDG. See Duncan Matthews, *NGOs, Intellectual Property Rights and Multilateral Institutions*, at 3-4 (2006), <http://www.ipngos.org/Report/IP-NGOs%20final%20report%20December%202006.pdf>.

47 [Nota do original] See Mahbub Ul Haq, *Reflections On Human Development: How The Focus Of Development Economics Shifts From National Income Accounting To People-Centred Policies, Told By One Of The Chief Architects Of The New Paradigm* (1995).

48 [Nota do original] See U. N. Dev. Programme, *Human Development Report 1991*, at 15-18, <http://hdr.undp.org/reports/global/1991/en> (inaugurating new criterion of development, the Human Development Index (HDI), which measures development through longevity, knowledge and income sufficiency). This is a highly simplified index; in fact, HDI is more than about education and health. Selim Jehan, *Evolution of the Human Development Index in Readings in Human Development* 128, 134 (Sakiko Fukuda-Parr and A.K. Shiva Kumar, eds. 2003); see also Richard Jolly, *Human Development and Neo-liberalism: paradigms compared*, id. at 82.

49 See, e.g., The World Health Org., *Strategic Resource Allocation*, EB188/7, May 11, 2006, at 14, available at [http://www.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/EB118/B118\\_7-en.pdf](http://www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB118/B118_7-en.pdf).

50. Gervais, *Intellectual Property*, supra note 7, at 516-20; Maskus & Reichman, supra note 7, at 8-11.

51. See Joseph E. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents* Page (2002).

52 Constituição Política do Império do Brasil de 1824, art. 179, inc. 26: “os inventores terão a propriedade de suas descoberta ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes (sic) remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização. Constituição de 1891, art. 72 § 25: “Os inventores industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável, quando há conveniência de vulgarizar o invento”. Art. 72, §27: “A lei assegurará a propriedade das marcas de fábrica. Constituição de 1934, art. 113, inc. 18: “Os inventores industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário, ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade”. Art. 113, inc. 19: “A lei assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial”. Constituição de 1937, art. 16 XXI: “Compete privativamente à União o poder de legislar sobre os privilégios de invento, assim como a proteção dos modelos, marcas e outras designações de origem” constituição de 1946, art. 141, §17: “Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio”. Art. 141, §18: “É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial”. Constituição de 1967, art. 150, § 24: “A lei garantirá aos autores de inventos industriais privilégio temporários para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial”. Ec N° 1, de 1969, art. 153, § 24: “A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial”.

Aqui ressalta a vinculação dos direitos de propriedade industrial à cláusula finalística específica do final do inciso XXIX, que particulariza para tais direitos o compromisso geral com o uso social da propriedade – num vínculo teleológico destinado a perpassar todo o texto constitucional <sup>53</sup>.

Como se vê, o preceito constitucional se dirige ao legislador, determinando a este tanto o conteúdo da Propriedade Industrial (“a lei assegurará...”), quanto à finalidade do mecanismo jurídico a ser criado (“tendo em vista...”). A cláusula final, novidade do texto atual, torna claro que os direitos relativos à Propriedade Industrial não derivam diretamente da Constituição brasileira de 1988, mas da lei ordinária; e tal lei só será constitucional na proporção em que atender aos seguintes objetivos:

- a) visar o interesse social do País;
- b) favorecer o desenvolvimento tecnológico do País;
- c) favorecer o desenvolvimento econômico do País.

Assim, no contexto constitucional brasileiro, os direitos intelectuais de conteúdo essencialmente industrial (patentes, marcas, nomes empresariais, etc.) são objeto de tutela própria, que não se confunde mesmo com a regulação econômica dos direitos autorais.

Em dispositivo específico, a Constituição brasileira de 1988 sujeita a constituição de tais direitos a condições especialíssimas de funcionalidade (a cláusula finalística), compatíveis com sua importância econômica, estratégica e social. Não é assim que ocorre no que toca aos direitos autorais.

O Art. 5º, XXII da Carta, que assegura inequivocamente o direito de propriedade, deve ser sempre contrastado com as restrições do inciso seguinte, a saber, que a esta atenderá sua função social. Também, no Art. 170, a propriedade privada é definida como princípio essencial da ordem econômica, sempre com o condicionante de sua função social <sup>54</sup>.

Relevante no dispositivo é, em particular, a cláusula finalística, que assinala em itálico: “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. A lei ordinária de Propriedade Industrial que visar (ou tiver como efeito material), por exemplo, atender interesses da política externa do Governo, em detrimento do interesse social ou do desenvolvimento tecnológico do País, incidirá em vício insuperável, eis que confronta e atenta contra as finalidades que lhe foram designadas pela Lei Maior.

Não basta, assim, que a lei atenda às finalidades genéricas do interesse nacional e do bem público; não basta que a propriedade intelectual se adéque a sua função social, como o quer o Art. 5º, XXIII da mesma Carta. Para os direitos relativos à Propriedade Industrial a Constituição de 1988 estabeleceu fins específicos, que não se confundem com os propósitos genéricos recém-mencionados, nem com outros propósitos que, embora elevados, não obedecem ao elenco restrito do inciso XXIX.

A Constituição não pretende estimular o desenvolvimento tecnológico em si, ou o dos outros povos mais favorecidos; ela procura, ao contrário, ressaltar as necessidades e propósitos nacionais, num campo considerado crucial para a sobrevivência de seu povo.

Não menos essencial é perceber que o Art. XXIX da Carta estabelece seus objetivos como um triângulo, necessário e equilibrado: o interesse social, o desenvolvimento tecnológico e o econômico têm de ser igualmente satisfeitos. Foge ao parâmetro constitucional a norma ordinária ou regulamentar que, tentando voltar-se ao desenvolvimento econômico captando investimentos externos, ignore o desenvolvimento tecnológico do País, ou o nível de vida de seu povo.

---

53 Como procurador geral do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, à época da elaboração da Constituição de 1988, teve este autor a oportunidade de redigir o dispositivo em questão, como proposto e inserido no texto em vigor..

54 José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. RT, 1989, p. 241: "a propriedade (sob a nova Constituição) não se concebe senão como função social".

É inconstitucional, por exemplo, a lei ou norma regulamentar que, optando por um modelo francamente exportador, renuncie ao desenvolvimento tecnológico em favor da aquisição completa das técnicas necessárias no exterior; ou a lei que, a pretexto de dar acesso irrestrito das tecnologias ao povo, eliminasse qualquer forma de proteção ao desenvolvimento tecnológico nacional.

Esta noção de balanço equilibrado de objetivos simultâneos está, aliás, nos Art. 218 e 219 da Carta, que compreendem a regulação constitucional da ciência e tecnologia. Lá também se determina que o estímulo da tecnologia seja a concessão de *propriedade* dos resultados - voltar-se-á predominantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional <sup>55</sup>.

Assim sendo, tanto a regulação específica da Propriedade Industrial quanto os demais dispositivos que, na Carta de 1988, referentes à tecnologia, são acordes ao eleger como valor fundamental o favorecimento do desenvolvimento tecnológico do País (que o Art. 219 qualifica: desenvolvimento *autônomo*) <sup>56</sup>.

Tomando um exemplo importante na tradição democrática, também a Constituição Americana estabelece uma cláusula finalística, que vincula a proteção da propriedade intelectual aos fins de promover o progresso da ciência e da tecnologia <sup>57</sup>, e não simplesmente o de garantir o retorno do investimento das empresas <sup>58</sup>. Esse compromisso inclui, por exemplo, aumento do nível de emprego e melhores padrões de vida.<sup>59</sup>

Entende-se que tais disposições, quando elevadas a texto constitucional, têm força vinculante em face ao legislador ordinário:

O Poder Legislativo no exercício dos poderes de patente não pode ir além das restrições impostas pelo propósito constitucional. Nem pode aumentar o monopólio da patente sem levar em conta a inovação, o progresso ou o benefício social ganho desta maneira <sup>60</sup>.

Note-se que cuidado similar têm os instrumentos mais recentes do Direito Internacional pertinente. Veja-se o teor de TRIPs <sup>61</sup>:

---

55 Art.218 § 2o 2o. - A pesquisa tecnológica voltar-se-á predominantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

56 O arguto advogado José Antonio B.L. Faria Correa, em Revista da ABPI no. 5, 1993, em análise repetida em Danemann, Siemsen, Biegler, Ipanema Moreira, Comentários à Lei de Propriedade Industrial e Correlatos da Ed. Renovar, 2001, a p. 30, aponta para um sentido possível da cláusula finalística, de caráter apenas filosófico-jurídico – e não de teor constitucional. Os Comentários perfazem, de outro lado, uma interpretação do mandamento constitucional à luz do art. 2o 2o. da Lei, em forma curiosa de iluminar o texto superior pela aplicação do que lhe é subordinado. Segundo tal entendimento, a cláusula não teria o efeito finalístico (“tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País) mas apenas declaratório (“considerando o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País) – este último sendo a redação da lei ordinária. Assim, segundo os Comentários, a simples existência da Lei já perfaria os propósitos constitucionais, sendo ela inapreciável quanto à satisfação de quaisquer fins.

57 Art I, s 8, cl 8 of the United States Constitution. This empowers the Congress to legislate: "To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries".

58 Como enfatiza a Suprema Corte Americana: “this court has consistently held that the primary purpose of ou patent laws is not the creation of private fortunes for the owners of patents but is to promote the progress of science and useful arts (...)” Motion Picture Patents Co.v. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502, p. 511 (1917).

59 Diamond V. Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980). “The Constitution grants Congress broad power to legislate to "promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries." Art. I, 8, cl. 8. The patent laws promote this progress by offering inventors exclusive rights for a limited period as an incentive for their inventiveness and research efforts. Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp., 416 U.S. 470, 480 -481 (1974); Universal Oil Co. v. Globe Co., 322 U.S. 471, 484 (1944). The authority of Congress is exercised in the hope that "[t]he productive effort thereby fostered will have a positive effect on society through the introduction of new products and processes of manufacture into the economy, and the emanations by way of increased employment and better lives for our citizens." Kewanee, supra, at 480”.

60 Suprema Corte dos Estados Unidos em Graham v John Deere Co 383 US 1 at 5-6 (1966). "The Congress in the exercise of the patent power may not overreach the restraints imposed by the stated constitutional purpose. Nor may it enlarge the patent monopoly without regard to the innovation, advancement or social benefit gained thereby."

61 Veja-se o excelente Resource Book on TRIPs and Development, ICTSID/UNCTAD, Cambridge, 2005, p. 126: “Article 7 provides guidance for the interpreter of the Agreement, emphasizing that it is designed to strike a balance among desirable objectives. It provides sup-

TRIPs ART.7 - A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, **em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.**

ART.8 1 - Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público **em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico**, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

### ***A ciência e o domínio público***

A primeira questão que o artigo 218 aponta é a vocação da ciência ao domínio público.

A pesquisa científica caracterizada como básica, ou seja, não aplicada a soluções de problemas técnicos específicos, voltada à atividade econômica, receberá tratamento prioritário do Estado. Essa prioridade é relativa em face à pesquisa de capacitação tecnológica, fato que, no caso da ciência, o Estado é presumivelmente a principal fonte de incentivo e de promoção.

A atividade estatal terá como proposta o bem público e o progresso da ciência. Na repartição dos encargos da produção de conhecimento, a pesquisa básica não é apropriada, em princípio não é apropriável, nem pelos agentes privados da economia e nem pelos estágios nacionais. Esse conhecimento, em princípio, é produzido para a sociedade humana como um todo, para o bem público em geral. É o que a Constituição diz.

O elemento final da mesma cláusula refere-se o progresso em ciências e reitera assim a natureza da destinação dessa atividade estatal ao domínio público, indiferenciado e global. Nota-se que no artigo 200 da Constituição, inciso X, existe mais um dever do Estado, que é específico, sobre pesquisa no setor de saúde <sup>62</sup>.

### ***A tecnologia como objeto de apropriação***

De outro lado, esse é o ponto crucial, o § 2º, artigo 218 da Constituição constrói a noção de apropriabilidade da tecnologia. A natureza do dever estatal, no caso de solução de problemas técnicos voltados ao setor produtivo, é condicionada a parâmetros inteiramente diversos. Embora aqui a regra não seja de dedicação exclusiva da atividade de interesse nacional, do bem geral e do progresso universal da ciência, a norma diz que o objetivo da ação do Estado é *preponderantemente* voltado ao setor produtivo e ao setor produtivo nacional.

O peso maior do investimento estatal será destinado à solução dos problemas brasileiros. Não é um regime de liberdade de pesquisa, que é própria ao âmbito da produção científica.

Há – aqui - uma seleção necessária resultante do critério constitucional. Em predileção aos problemas técnicos consequentes da economia global, ou mesmo os problemas típicos dos países em desenvolvimento, o apoio estatal privilegiará o financiamento e apoio das soluções de problemas

---

port for efforts to encourage technology transfer, with reference also to Articles 66 and 67. In litigation concerning intellectual property rights, courts commonly seek the underlying objectives of the national legislator, asking the purpose behind establishing a particular right. Article 7 makes clear that TRIPS negotiators did not mean to abandon a balanced perspective on the role of intellectual property in society. TRIPS is not intended only to protect the interests of right holders. It is intended to strike a balance that more widely promotes social and economic welfare.”

62 Um critério provavelmente útil para se distinguir o campo de aplicação do § 1º da do § 2º do art. 218 seria o artigo 10 da Lei da Propriedade Industrial e seu equivalente nos demais dispositivos das leis de propriedade intelectual. Se é patenteável, se é sujeito à cultivar, se é sujeito à proteção pelas normas de proteção da tecnologia, tecnologia será. Quanto às outras, é uma questão mais discutível. Certamente, em todo o âmbito do que é, a patente, a cultivar, o know-how, certamente haverá interesse econômico. A resposta é reversa, quero dizer, onde o Direito aponta como protegível, suscetível de apropriabilidade, seguramente haverá aí o dever de apropriar. Quanto aos outros casos, são casos que vão entrar nas tecnologias não apropriáveis, como por exemplo, outros elementos da biotecnologia que são rejeitados pela Lei da Propriedade Industrial, mas seguramente tem valor econômico. Neste caso, a própria economia e o mercado vão determinar como tendo valor. Tendo valor para o mercado, deve ser apropriável. A regra é essa. A própria citação do artigo 19, quando fala de mercado, e mercado nacional como elemento diferenciado, mostra que se tem mercado. No sentido de valor estratégico para mercado, ele deve ser apropriado na forma do § 2º do artigo 218, e não na forma de livre domínio público do § 1º.

nacionais. Destes, terão ênfase os de apoio relativo ao setor produtivo, como fator de replicação ao desenvolvimento econômico <sup>63</sup>.

Com precisão, o texto constitucional localiza a destinação desses eventos não só na esfera nacional, mas na diversidade regional do setor produtivo. Há aqui, então, um mandato implícito, que é a seleção do setor produtivo como o destinatário constitucional primordial da atividade estatal relativa à tecnologia. No momento em que se escolhe um estamento da atividade nacional, que é o setor produtivo, e se define como sendo o nacional, sem nenhuma conotação quanto ao controle, mas sim ao ambiente geograficamente, territorialmente, delimitado, estabelece-se o mandato de apropriação dos destinos deste investimento.

Para que o investimento público seja concentrado primordialmente nesse alvo, é pressuposto que os efeitos econômicos dos investimentos sejam apropriáveis, no sentido de se cumprir o requisito da eficiência, previsto no artigo 37 da Carta Constitucional. Sem apropriação não há eficiência do investimento; conseqüentemente não haverá destinação constitucional adequada.

Deve haver um instrumento de Direito que evite que o efeito maior do dispêndio de recursos ao contribuinte se faça sentir, preponderantemente, a favor do setor produtivo internacional ou estrangeiro. Assim, a atuação estatal, nos termos do artigo 218, § 2º, no que diz respeito à economia competitiva, que são mandados pela Constituição – o próprio artigo 1º diz que a economia é de mercado – presume um padrão dominante de apropriação.

Não há aqui, no caso da tecnologia, um compromisso com o domínio público global, mas pelo contrário, a vontade constitucional é compatível com a apropriação de resultados com o investimento público. Não há necessariamente a apropriação privada, mas certamente há exclusão de terceiros que não participaram ou contribuíram com seus impostos para os fundos públicos em questão.

Apropriação não quer dizer denegar acesso. Pode-se ter, como no caso do *software* livre, em que são todos protegidos, sistemas de apropriação para uso livre do sistema produtivo nacional e negativa de uso do sistema produtivo multinacional ou estrangeiro. O problema é fazer com que o dinheiro do contribuinte seja respeitado, de forma que o que pagamos não seja usado primordialmente por agentes econômicos que não contribuem com seus impostos para assegurar a consecução dos deveres do Estado.

Essa noção de elemento nacional na tecnologia é replicada com ênfase no dispositivo constitucional que trata da proteção da propriedade industrial. O artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição, diz que serão assegurados patente, marca, entre outros, tendo em vista *o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país*; outra vez, a escolha do objeto nacional em face de qualquer cooperação internacional ou de domínio público.

O que diz a nota constitucional do artigo 5º, inciso XXIX, é que a lei que tiver por efeito atender os interesses da política externa do governo, independente do interesse social ou desenvolvimento tecnológico do país, incidirá em vício e estará inconstitucional. No caso do artigo 5º, inciso XXIX, o dispositivo se endereça ao legislador e diz a ele o que terá que estabelecer na lei.

A cláusula finalística do artigo 5º diz que a Lei da Propriedade Industrial, a Lei de Cultivar, entre outras afins, só será constitucional na proporção que atender aos objetivos de visar ao interesse social do país e favorecer ao desenvolvimento tecnológico do país. A Constituição pretende estimular o desenvolvimento tecnológico em cima dos povos mais favorecidos. Ela procura ressaltar as necessidades e propostas nacionais num campo considerado crucial para a sobrevivência de seu povo.

---

63 Nota André Ramos Tavares, Estatuto Constitucional da Ciência e Tecnologia, palestra no Seminário sobre Inovação Tecnológica e Segurança Jurídica do CGEE, realizado no dia 13 de dezembro de 2006: “Um exemplo de eventual pesquisa tecnológica encampada pelo Estado brasileiro e que estaria sujeita a um controle de constitucionalidade por parte do Judiciário seria o caso de pesquisa tecnológica que buscasse desenvolver motor automotivo específico para o inverno típico de países nórdicos. Uma pesquisa deste porte, salvo pelo interesse de exportação, guarda pouca relação com os problemas brasileiros, e, portanto, não poderia ser considerada constitucional em face tanto do art. 218, §2º, da CB, como da vocação social do Estado e da escassez de recursos públicos”.

## A capacitação

O terceiro aspecto da lei, depois da ciência e tecnologia, é o aspecto da capacitação. O § 3º do artigo 218 prevê apoio estatal direto à formação de recursos humanos nas áreas de ciências, pesquisa e tecnologia. Incentiva também a empresa que se propõe a perseguir o mesmo objetivo.

Neste parágrafo se elege a empresa inovadora como objeto de incentivo. Ela vai poder ser diferenciada, não está sujeita ao regime geral de isonomia entre todas as empresas, porque assim ela escora a Constituição. É uma intervenção do domínio econômico, legitimada nos termos do artigo 174 da Carta, em sintonia com o próprio artigo 218.

Qual será o escolhido pela Constituição para esse tipo de incentivo? O que invista em pesquisa e geração de tecnologia adequada ao país, em formação e aperfeiçoamento dos seus recursos humanos. Outra vez, percebemos a adequação da produção tecnológica onde os interesses nacionais aparecem como elementos legitimadores da discriminação positiva constitucional.

Nota André Tavares <sup>64</sup>:

O primeiro dispositivo é o artigo 218 que, logo em seu caput, estabelece as diretrizes desenvolvimentistas brasileiras para o setor científico e tecnológico. Sua redação, tal como ocorre em todas as normas constitucionais de natureza dirigente, apresenta (i) colorido propositivo, apontando para o futuro, e; (ii) caráter abstrato. Esta abstração leva a uma abertura, é dizer, não se estabelece, propriamente, o como, os meios pelos quais o Brasil obterá o tão apreciado desenvolvimento tecnológico e científico, nem discute como se fomentará a pesquisa e a capacitação tecnológica, que são os meios necessários para a realização do desenvolvimento propugnado pela norma. Ademais, o art. 218 passa ao largo de uma contemplação temporal, ainda que progressiva, relacionada a esses propósitos. Tampouco especifica quais as prioridades científicas e tecnológicas do país. Em decorrência dessa postura constitucional, as diversas indagações que surgem deverão ser respondidas e regulamentadas pela legislação ordinária (espaço de livre conformação legislativa), a qual, contudo, haverá de obedecer ao referido “Estatuto Constitucional da Ciência e Tecnologia”, a ser aqui elaborado.

As referidas omissões da CB, contudo, não pode ser censuradas, tendo em vista que coadunam com o caráter liberal que ali se assumiu, particularmente em seu art. 170, caput, ao estabelecer, de forma peremptória, constituir a livre iniciativa<sup>65</sup> um dos fundamentos da ordem econômica.

Ademais, reforça-se o caráter liberal pela visão constante do art. 174, ao determinar que as funções de *incentivo e planejamento* serão *indicativos* para o setor privado. Ou seja, ainda quando regulamentados aqueles elementos por lei, nem por isso estará sempre vinculado o particular. Isto significa que eventual área ou produto a ser desenvolvido deverá contar com o apoio volitivo livre do setor empresarial privado, conforme bem lembram ARRUDA, VERMULM e HOLLANDA<sup>66</sup>.

Entretanto, e agora é um ponto muito importante, essa discriminação em favor de determinadas empresas deverá privilegiar aquelas que mantêm um regime laboral diferenciado para um trabalhador de ciência e tecnologia, o que a Lei da Inovação classifica como criador.

No artigo 218, § 3º, estão legitimados os instrumentos que favorecem o criador. Estabelece o regime que permite eleger a atividade da ciência e tecnologia para atuação do Estado no estatuto constitucional como um *discrimen* do bem público. O artigo 218 estabelece o seu tratamento diferenciado em favor de uma determinada categoria de trabalhadores, oferecendo a eles um regime laboral especialíssimo. São os que se ocupam das áreas de ciência, pesquisa e tecnologia. Para estes trabalhadores serão garantidos meios e condições especiais de trabalho. Haverá assim um regime especial de trabalho face ao regime geral laboral instituído no artigo 7º da Constituição, assim como do regime administrativo previsto para

---

64 André Ramos Tavares, Estatuto Constitucional ..., op. Cit.

65 [Nota do original] O que não significa, de sua parte, uma compreensão da liberdade exclusivamente individualista, vale dizer, sem interconexões necessárias elementos sociais e outros (sobre o tema: André Ramos Tavares, Direito Constitucional Econômico, 2. ed, São Paulo: Método, 2006).

66 [Nota do original] ARRUDA, VERMULM, HOLLANDA, Inovação Tecnológica no Brasil: a indústria em busca da competitividade global, 2006, p. 8..

os servidores do Estado. Esse povo é diferente, e o artigo 218 da Constituição manda tratá-lo de forma diferente.

A Carta afirma um entendimento no qual se devem compatibilizar as normas reguladoras do trabalho e as disposições constitucionais que tutelam as criações tecnológicas expressivas como interesse da sociedade brasileira, no sentido de se obter um justo equilíbrio de interesses entre a sociedade e trabalhadores detentores do fator de produção inovação. Tem que existir um equilíbrio de interesses.

### ***A autonomia tecnológica***

Por fim, a Constituição nos dá um mandato, através da Lei de Inovação, da autonomia tecnológica como objetivo ao citar o artigo 219.

O artigo 219 se divide em duas partes. Uma declara, constitutivamente, que no patrimônio nacional se inclui o acesso ao mercado interno. Não é patrimônio da União, mas sim o conjunto de ativos destinados ao exercício da nacionalidade. O direito ao acesso ao mercado brasileiro tem natureza patrimonial, e não exclusivamente política. Este é o mercado que vem a ser o destino do incentivo previsto no artigo 219, na cláusula que precisa de lei ordinária para se implementar. A Lei da Inovação se propõe ser claramente essa lei, no tocante à autonomia tecnológica do país. É para isso que serve a Lei da Inovação.

### **O poder de compra como meio de intervenção estatal**

O Estado cria as condições para a inovação, garantindo a estabilidade macroeconômica e competitiva, e mercados abertos. Em muitos setores da economia, a manutenção deste quadro e o investimento em pessoas e em conhecimento são suficientes requisitos para que a inovação floresça. Em algumas áreas específicas, o Estado tem condições de fornecer apoio mais direto com o uso de regulação, contratos públicos e serviços públicos para moldar o mercado com vistas a soluções inovadoras <sup>67</sup>.

O texto em epígrafe, que escolhemos igualmente para iniciar estudo específico sobre o uso do poder de compra do Estado como meio de incentivo ao desenvolvimento de tecnologias compatíveis com a preservação climática <sup>68</sup>, ilustra o ponto central deste estudo. A ação estatal tem condições de incentivar a geração de novas tecnologias, ou de alternativas às fontes de tecnologia, através da concentração e direcionamento de seu poder de compra.

De há muito temos afirmado que o uso poder de compra do Estado é um dos mais importantes meios para desenvolver novas tecnologias. Assim é que, já em 1996, fizemos constar de obra dedicada à questão <sup>69</sup>:

Os estudos econômicos existentes quanto ao exercício do poder de compra pelo Estado, no País e no exterior, assim como quanto às práticas de certas empresas privadas no tocante a seu sistema de compras, configuram um ambiente em que a cooperação, a *parveria*, substitui em parte a competição por preços; em que os contratos *de desenvolvimento* tomam mais e mais uma posição relevante no sistema de inovação tecnológica das empresas; em que a *hierarquização* diminui o número de interlocutores no processo empresarial. De tais procedimentos,

---

<sup>67</sup> “Government creates the conditions for innovation by ensuring macroeconomic stability and open and competitive markets. In many sectors of the economy, maintaining this framework and investing in people and knowledge are sufficient for innovation to flourish. In some specific areas, government can provide more direct support using regulation, public procurement and public services to shape the market for innovative solutions. Innovation is also essential to meeting some of the biggest challenges facing our society, like global warming and sustainable development” Innovation Nation (March 2008), encontrado em [http://www.dius.gov.uk/publications/innovation\\_nation\\_docs/ScienceInnovation\\_web.pdf](http://www.dius.gov.uk/publications/innovation_nation_docs/ScienceInnovation_web.pdf), visitado em 31/8/ 2010.

<sup>68</sup> BARBOSA, Denis Borges e PLAZA, Charlene de Avila, The role of government procurement in regard to development, dissemination, and costs of climate change technologies, in SARNOFF, Joshua D., Ed. Research Handbook On Intellectual Property And Climate Change, Elgar, 2012 (no prelo). Uma versão deste texto se encontra em BARBOSA, Denis Borges, Org., Direito da Inovação, 2ª. Ed. Lumen Juris, 2011, p. 268-290.

<sup>69</sup> BARBOSA, Denis Borges, Licitações, Subsídios e Patentes (Após os Acordos da Organização Mundial do Comércio de 1994) - Direito do Desenvolvimento Industrial Vol. II, Lumen Juris, 1997. Este livro resulta de estudo do autor, encomendado pela FINEP.

que se poderiam qualificar como de racionalização cooperativa, dependeria, ao que parece, a eficiência das atividades servidas pelo ação de compra.

De outro lado, os estudos existentes, no que se referem à atuação do Estado em sua capacidade de comprar, enfatizam o potencial de estímulo que têm tais atividades, tanto para desenvolver o mercado como, especialmente, a tecnologia das empresas e setores afetados. Assim, ao comprar, o Estado pode desempenhar um função *extra-aquisitiva*, ou seja, de retroação sobre os agentes econômicos que lhe fornecem bens e serviços e, através destes, sobre a economia nacional. Inevitavelmente, o estímulo, num universo de recursos finitos, corresponde a uma seleção de pessoas (por exemplo, a empresa nacional) ou de objetivos (por exemplo, a capacitação de um setor).

O tema de nosso estudo exige, assim, que, de alguma forma, sejam esboçados os parâmetros de uma relação ideal entre a *racionalização cooperativa*, que seria, no momento, o requisito de eficiência nas atividades de compra e (por consequência) das atividades que delas dependem, e a função *extra-aquisitiva* do Estado.

Já à primeira vista a tarefa não é simples, pois as práticas modernas de compra presumem flexibilidade de procedimentos, relação continuada e de caráter subjetivo com os fornecedores, cooperação e não competição como forma de escolha, delegação aos fornecedores de parcela do processo aquisitivo; e cada um destes requisitos se atrita com o sistema estatal de compras não só no Brasil como em muitos países industrializados<sup>70</sup>.

O método geralmente empregado pelo Estado em suas aquisições é o da licitação pública. O instituto da licitação se baseia em dois pressupostos: o de que, através da publicidade e do acesso igualitário às compras (e vendas) de bens e serviços dos entes públicos, se atenderá o princípio da isonomia perante as oportunidades geradas pelo poder público; e o de que, abrindo a todos as ofertas e demandas da Administração, se obterão melhores condições para o serviço público.

Importante como parece, a licitação não é senão um *instrumento* administrativo. Embora, com a Constituição de 1988, passasse a ter previsão na Lei Maior, não existem razões lógicas ou práticas para não adotar outros métodos de aquisição e disposição para o poder Público<sup>71</sup>. O caráter adjetivo, de mera conveniência administrativa, do sistema de licitação é sustentado especialmente por juristas europeus<sup>72</sup>.

A oportunidade do presente texto se justifica pela promulgação da Lei 12.349, de 15 de dezembro de 2010, resultado da conversão da MPV 495/2010. A nova norma revoluciona o sistema de licitações brasileiro, ao trazer como razão de licitar, além de satisfazer a necessidade do Estado-consumidor, atuar como agente propulsor do desenvolvimento, especialmente da inovação tecnológica.

Com efeito, desde 1996, a capacidade de intervenção estatal, através especialmente do poder de compra só se tornou mais intensa:

O quinto equívoco é não entender a importância do poder de compra do Estado para garantir demanda às empresas inovadoras nacionais e diminuir o risco e a incerteza do seu investimento. Uma rápida olhada nos dados dos gastos do orçamento público americano em P&D mostra, imediatamente, a escolha dos setores estratégicos: defesa e saúde. O primeiro responde por 45,6% do total e o segundo, por 27,9%. Juntos, somam 73,5 % dos gastos federais em P&D. Defesa quer dizer microeletrônica, software, materiais avançados etc. Saúde quer dizer biotecnologia, fármacos, equipamentos eletrônicos de diagnóstico etc. E ainda dizem que não se pode escolher os setores vencedores. Além disso, 74,55% do total dos investimentos em inovação são realizados pelas empresas. Elas financiam diretamente com seus recursos 68,5%. Portanto, recebem 6% diretamente do orçamento público<sup>73</sup>.

Este tipo particular de ação estatal parece particularmente justificado quando

---

<sup>70</sup> Os dados quanto ao uso efetivo de processo competitivo para a contratação pelo Estado parecem porém indicar que número muito significativo, em certos casos majoritário, de tais aquisições se faz por contratação direta.

<sup>71</sup> Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**, Ed. RT 1992, p. 7: "sendo a licitação um instrumento técnico-jurídico, vocacionado embora à realização de uma suma principiológica, é, ao contrário dessa suma (que informa e baliza o direito posto, iluminando inclusive sua interpretação), contingente e plasmável, desde que sua modificação se revele mais apta à consecução dos fins básicos.

<sup>72</sup> Vide Jean Rivero, **Droit Administratif**, Dalloz, 13a. Edição, p. 157. "Longtemps, l'adjudication publique ouverte a été la règle por la conclusion de marchés, en accord avec les conceptions du libéralisme économique touchant les virtus de la concurrence, et avec une conception étroitement comptable de l'interet public. On s'est aperçu, d'une part, que la concurrence était souvent faussé par l'entente entre les professionnels, d'autre part, que l'offre la plus basse n'était pas toujours, dans l'absolu, la plus avantageuse. D'où le declin progressif de l'adjudication"

<sup>73</sup> MELO, Luiz M. de, O financiamento da inovação nas empresas, Valor Econômico, 23/07/2007, Opinião, p. A14

Aparentemente, a aceleração do processo de desenvolvimento (em particular, o incentivo à inovação) não prescindia mais da ação dos entes públicos, mesmo em economias de mercado<sup>74</sup>. Hoje em dia, sem esta ação coordenando esforços, investindo, estimulando o desenvolvimento industrial e particularmente o tecnológico, a economia corre sérios riscos de declínio e de ser levada à situação de satélite de economias mais poderosas, a ponto do comprometimento da independência nacional não só no plano econômico e técnico, como no político<sup>75</sup>.

Adotados tais pressupostos, entende-se por política industrial o conjunto de estratégias e comportamentos pelos quais um ente público atua no mercado, com vistas a melhorar a própria competitividade total do sistema onde atua<sup>76</sup>. Assim considerada, a política industrial não é uma forma de ignorar ou reprimir as forças de mercado, como possivelmente será visto pelo liberalismo ressurrecto, mas sim o conjunto de métodos destinados à fixação do ente estatal como ator no mercado, agente e paciente do espaço concorrencial. Os condicionantes jurídicos da política industrial, no contexto constitucional e de direito externo é o objeto deste livro.

O dado novo nesta ação necessária do Estado, que diverge do modelo setecentista de Colbert, é a presença no cenário mundial das empresas multinacionais. Hoje em dia, o próprio conceito de mercado, essencial na doutrina antimonopólio, já não subsiste; com a emergência da empresa multinacional, as fronteiras nacionais deixam de ter a importância econômica de antes<sup>77</sup>. Os conceitos tradicionais de organização industrial e as estruturas de mercado têm que ser ampliados para incluir os mercados nacionais e internacionais.

A análise puramente microeconômica do comportamento das multinacionais não é mais suficiente<sup>78</sup>: a ação de tais grupos frequentemente se choca com a política nacional de um dos países receptores de investimento, num exercício de poder de cunho quase político. Tal poder, que pode ser mais vigoroso do que o de muitas soberanias, é resultado da organização e do controle que tais macroempresas mantêm sobre vastos recursos financeiros internacionais, sobre as operações de setores industriais fundamentais, sobre o oligopólio tecnológico e o de matérias-primas e, possivelmente, também da capacidade que possuem de evitar controles governamentais<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> "Cette évolution récente concerne tous les pays de l'OCDE: l'universalité des responsabilités publiques dans le développement industriel est aujourd'hui un fait. Paradoxalement, ces interventions sont d'autant plus nombreuses que les économies sont plus ouvertes, ou du moins que les critères de compétitivité se basent sur des comparaisons internationales" (Bellon, 1989:41).

<sup>75</sup> Tal afirmação não é feita em relação à economia brasileira, nem sequer à dos países latino-americanos. Neste ponto é essencial verificar a evolução da ideia de política industrial no seio da Comunidade Econômica Européia (CEE). Conforme Cartou (1989): "Le Marché Commun constitue donc une politique industrielle qui repose sur une conception libérale, sur la responsabilité principale des entreprises industrielles, elles mêmes". A concepção inicial do Tratado de Roma foi logo abandonada: "Mais vers la fin des années 60, les insuffisances du Traité signé en 1957 sont apparues. Le Marché Commun, tel qu'il avait été conçu n'avait pas abouti à la constitution d'une industrie européenne à la dimension du monde actuel, capable à la fois d'affronter la concurrence des tiers ou d'être en mesure de coopérer avec eux" (...) "Il s'agissait d'abord de faire face à l'évolution des conditions de la production, au renouvellement rapide des produits, des techniques" (...) "L'absence d'une politique répondant aux problèmes de la société industrielle moderne aurait entraîné pour la Communauté de graves risques de déclin ou de "satellisation" industrielle par de économies plus puissantes, susceptibles de compromettre son indépendance, non seulement économique, mais aussi politique, technique, etc." O mesmo entendimento parece ser adotado, no relatório da Comissão sobre Política Industrial convocada pela Portaria Interministerial 354/90 (*Gazeta Mercantil*, 13/09/90).

<sup>76</sup> Longe de tentar estabelecer os fundamentos teóricos desta noção, pretende-se apenas lembrar que não só as empresas disputam entre si o mercado, como os entes de direito público internacional - Estados e instituições similares, como o Mercado Comum Europeu (MCE) - competem pelos recursos escassos, pela preponderância política e estratégica, etc., através de "seus" grupos econômicos, com Estados e grupos não submetidos a seu controle ou influência, ou mesmo em colaboração com estes outros Estados e grupos. A capacidade de competição do sistema sob comando ou influência de tais entes públicos - o conjunto de meios jurídicos, econômicos e diplomáticos de que dispõe para atuar - poderia ser chamada de "competitividade sistêmica", em comparação com a competitividade de empresa a empresa. Se fosse precisar o estatuto teórico de tal noção, este trabalho seguramente utilizaria o conceito de significante-zero de Lévi-Strauss (1950), no que ele inaugura como pensamento sobre a causalidade estrutural.

<sup>77</sup> "Il n'y a plus de frontières. Aucune grande entreprise ne peut se contenter de son marché national; il lui faut non seulement exporter mais aussi s'implanter à l'étranger. Cette internationalisation s'accompagne nécessairement d'un accroissement des actifs industriels et des réseaux commerciaux." (Jannic, 1989a).

<sup>78</sup> "On peut estimer,  *grosso modo*, que ces entreprises réalisent près de la moitié de la valeur ajoutée industrielle de l'OCDE. Au sein du groupe des 500, les 200 premières réalisent 75% du chiffre d'affaires total; elles en réalisent 50% en 1976. On voit ainsi que la concentration industrielle s'accroît, ce qui entraîne deux conséquences: la première conséquence est que les décisions d'investissements des grandes groupes ont une réelle portée macro-économique. (...) La seconde conséquence est le risque de cartellisation (...)" (Crespy, 1989).

<sup>79</sup> Depois de décadas como principais beneficiários da internacionalização da economia, os EUA começam, também, a temer o poder dos grandes grupos internacionais. A chamada emenda Exon-Florio permite que o presidente dos EUA possa suspender as operações de *taking over*, pelas quais uma empresa estrangeira ao assumir o controle de uma empresa americana possa ameaçar a segurança nacional (Defense Production Act of 1950, Sec. 71, 50 USC, App. 2158, et seq., as added by the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, 5021, Pub.L. 100-418, 102 Stat. 1107, 1425-26). A legislação brasileira, tida por intervencionista, nunca teve um dispositivo de tal natureza em vigor.

Ao tamanho e poderio das empresas transnacionais deve ser agregado um segundo fator. Com o espraiamento da empresa, via pessoas jurídicas radicadas em numerosos países, parte substancial do fluxo econômico circula no interior da própria macroempresa, submetido ao seu planejamento interno. Perante a racionalização empresarial dos grandes grupos, em particular das multinacionais, que visam à maximização de lucros e ao crescimento máximo em escala mundial, muitas vezes a tentativa de afirmação do poder nacional surge como dado irracional.

### ***De como o Estado pode usar seu poder de compra para gerar tecnologias ou fontes alternativas***

Duas abordagens diferentes podem ser tomadas para desenvolver novas tecnologias ou fontes alternativas de tecnologias:

- (a) o Estado pode comprar bens em que estejam incorporadas tais tecnologias, o que torna a compra - do ponto de vista do direito dos contratos públicos -, um instrumento neutro;
- (b) quando o propósito do Estado é induzir o desenvolvimento de tecnologias que ainda não existem, portanto não incorporados em produtos.

No segundo caso, se há assunção de risco e incerteza pelo Estado ao realizar a aquisição não constitui uso neutro do poder de compra.

Há uma maneira neutra de comprar tecnologias a serem desenvolvidas: colocando prêmios como objetivos a serem atingidos, e quem cumpre o resultado descrito recebe o valor pago. Neste caso o risco ou incerteza é assumido pelo desenvolvedor. Quando o Estado assume o risco, ou parcela dele, está usando o poder de compra como uma ferramenta de desenvolvimento, a simples escolha de cobrir os custos eventuais da incerteza é uma decisão não neutra.

Além disso, como acontece quando o Estado garante uma margem de proteção para a produção de conteúdo nacional, a assunção de incerteza resulta em escolha em favor de uma determinada tecnologia não desenvolvida, ou em favor dos provedores de uma determinada tecnologia.

### ***Dos efeitos da compra estatal voltada à tecnologia***

Estudos empíricos <sup>80</sup> ressaltam o potencial de estímulo que têm as atividades de uso do poder de compra do Estado, como um meio para desenvolver uma tecnologia, como um mercado para tal tecnologia, especialmente em conexão com a tecnologia que as empresas empregam. Desta feita, ao comprar, o Estado pode desempenhar um papel que vai além da simples aquisição feita, criando um efeito a montante sobre os agentes econômicos que oferecem bens e serviços e, através deles, sobre a economia nacional <sup>81</sup>. Inevitavelmente, o estímulo, em um mundo de recursos finitos, corresponde a uma seleção de pessoas (por exemplo, Companhia Nacional) ou objetivos (por exemplo, desenvolvimento de um setor específico).

---

Segundo Robinson (1990), os casos até agora suscitados em menos de dois anos de vigência foram os da aquisição de uma fábrica de *chips* de silicônio da Monsanto pela alemã Huels AG e a compra da General Ceramics pela Tokuyama Soda Co.

<sup>80</sup> "Governments are significant buyers of goods and services, and these markets represent immense opportunities for international trade. Government procurement accounts for a substantial proportion of Gross Domestic Product (15-20% or more in most countries). According to OECD data, the world total government procurement is estimated to amount to US\$5550 billion in 1998, which is equivalent to 82.3% of the world merchandise and commercial services exports in 1998. The world value of government procurement that is potentially opened up to international trade is estimated at US\$2083 billion, which is equivalent to 7.1% of the world Gross Domestic Product (GDP) or 30.1% of the world merchandise and commercial services exports. For the OECD countries as a whole, the ratio of total procurement for all levels of government is estimated at 19.96% of GDP in 1998 or US\$4733 billion, and for non-OECD countries, it is estimated at 14.48% of GDP or US\$816 billion.", Liang, Margaret, Government Procurement at Gatt/WTO: 25 Years of Plurilateral Framework. Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, Vol. 1, No. 2, pp. 277-290, September 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1019730>

<sup>81</sup> "As discussed above, procurement professionals have long frowned on perceived restraints on competition like environmentally preferable purchasing. However, findings reported here offer some indication that the tide may be turning among some in the procurement community: Fleet managers are buying into the notion that governmental purchasing power can and should be geared toward meeting practical (end-user needs) and policy (improved environmental performance) objectives. Dianne Rahm and Jerrell D. Cogburn, Environmentally Preferable Procurement : Greening U.S. State Government Fleets, Public Works Management Policy 2007 12: 400, found at <http://pwm.sagepub.com/content/12/2/400>

À primeira vista, a tarefa de usar as políticas de compras governamentais para efeitos práticos, não é simples. Fora do âmbito governamental, as técnicas correntes de aquisição pressupõem flexibilidade de procedimentos, relação contínua com os fornecedores, cooperação e não competição uma forma de escolha. Esses fatores colidem com o sistema vigente de compras governamentais em muitos países industrializados.

Geralmente o método empregado pelos entes estatais nas suas aquisições é a licitação pública. Esse instituto jurídico se baseia em duas suposições: a de que, através da publicidade e igualdade de acesso à compra (e venda) de bens e serviços de entidades públicas, que se obedecerá ao princípio todos devem ter acesso igual às oportunidades oferecidas pelo Estado, e que, abrindo a todos os interessados as ofertas e demandas governamentais, se terão as mais econômicas e eficientes condições para o serviço público.

Como já se enfatizou, importante como parece, o processo de licitação é apenas uma ferramenta administrativa que expressa essencialmente numa lógica contábil de suprimento. Não há razões lógicas para rejeitar outras práticas ou outros métodos de aquisição.

Muito pelo contrário, há indicações tanto históricas quanto correntes que práticas específicas nos contratos públicos podem se constituir em um incentivo muito significativo para o desenvolvimento de tecnologia<sup>82</sup>. Neste momento, notam-se alguns importantes estudos e iniciativas neste sentido<sup>83</sup>.

Os estudos mais recentes não só confirmam esta noção, mas vão além:

Na verdade, os governos podem reorientar as suas políticas de aquisições para se tornar grandes motores da inovação. Por exemplo, um estudo realizado por Rothwell considera que durante longos períodos de tempo, as políticas de compras do Estado desencadearam maiores impulsos de inovação em mais áreas do que os subsídios de P&D, e isso sem qualquer exigência de compra local.

Alguns países fizeram progressos nesta matéria. Por exemplo, o Reino Unido fez já há anos a inovação como um objetivo claro do seu processo de aquisição. O Departamento de Comércio e Indústria (DTI) exige de todos os níveis de governo que considerem a inovação ao adjudicarem contratos com o governo. Tal departamento também desenvolveu parcerias público-privadas para ajudar os funcionários do setor público com "projetos de licitações não-convencionais, mas inovadores"

Na Austrália, as agências são incentivados a procurar idéias inovadoras, avaliando as características excepcionalmente originais das propostas como um critério separado. A Finlândia inclui a "inovação", entre os critérios para as licitações públicas e reserva um percentual de financiamento concedido a órgãos da administração para levar a cabo atividades de inovação e desenvolvimento. Embora estes países reconhecem que a inovação deve ser um elemento-chave nas compras governamentais, de acordo com um relatório da da

---

<sup>82</sup> "Employing public procurement for the sake of innovation is not a new idea. Especially the United States, but also Japan, China and other Asian countries have been using public procurement for promoting innovation since WW II. And the success has been staggering: the Internet, GPS technology, semi-conductor industry and passenger jets are perhaps the most prominent examples resulting from government innovation-oriented-procurement. However, besides creating the above-mentioned radical innovations, the fact that procurement for innovation has made it possible to change the logic of public policy intervention from trade barriers to competitive competence-building process through procurement is just as important. In addition, there are studies available comparing R&D subsidies and state procurement contracts without direct R&D procurement concluding that over longer time periods, state procurement triggered greater innovation impulses in more areas than R&D subsidies did. There are several ways how public agencies can support innovations, namely via the creation of new markets for products and systems that go behind the state-of-the-art; the creation of demand "pull" by expressing its needs to the industry in functional or performance terms; providing a testing ground for innovative products; providing the potential of using public procurement to encourage innovation by providing a „lead market. for new technologies. The public sector can act as a technologically demanding first buyer by socializing risks for socially/ecologically demanded products where significant financial development risks prevail as well as by promoting learning as procurement introduces strong elements of learning and upgrading into public intervention processes"., Public Procurement for Innovation in Baltic Metropolises, from [http://www.baltmet.org/uploads/filedir/File/BMI-K-75%20Study%20Public%20Procurement%20for%20Innovation%20in%20Baltic%20Metropolises%20\(Final\)%202%200%20Lember%20\(2\).pdf](http://www.baltmet.org/uploads/filedir/File/BMI-K-75%20Study%20Public%20Procurement%20for%20Innovation%20in%20Baltic%20Metropolises%20(Final)%202%200%20Lember%20(2).pdf)

<sup>83</sup> Driving Innovation through public Procurement, [http://www.ogc.gov.uk/documents/OGC09-0679\\_InnovationBrochure.pdf](http://www.ogc.gov.uk/documents/OGC09-0679_InnovationBrochure.pdf), visited Aug. 31, 2010. Farrukh Kamran, Government Procurement Policies and Innovation, [http://www.competitiveness.org.pk/pii/research/\\_Government%20Procurement%20Policies%20and%20Innovation\\_%20by%20Dr.%20Farrukh%20Kamran%20\(CASE%20&%20CARE\).pdf](http://www.competitiveness.org.pk/pii/research/_Government%20Procurement%20Policies%20and%20Innovation_%20by%20Dr.%20Farrukh%20Kamran%20(CASE%20&%20CARE).pdf); Procuring for innovation, innovation for procurement, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/tna/+http://www.dius.gov.uk/policy/documents/Innovation%20Procurement%20Plans.pdf/>

União Europeia, "os Estados Unidos também têm uma orientação estratégica em suas licitações públicas, mas não essencialmente ligada à inovação".<sup>84</sup>

Os estudos econômicos existentes quanto ao exercício do poder de compra pelo Estado, no País e no exterior, assim como quanto às práticas de certas empresas privadas no tocante ao seu sistema de compras, configuram um ambiente em que a cooperação, a *parceria*, substitui em parte a competição por preços; em que os contratos *de desenvolvimento* tomam mais e mais uma posição relevante no sistema de inovação tecnológica das empresas; em que a *hierarquização* diminui o número de interlocutores no processo empresarial. De tais procedimentos, que se poderiam qualificar como de racionalização cooperativa, dependeria, ao que parece, da eficiência das atividades servidas pela ação de compra.

O tema de nosso estudo exige, assim, que, de alguma forma, sejam esboçados os parâmetros de uma relação ideal entre a *racionalização cooperativa*, que seria, no momento, o requisito de eficiência nas atividades de compra e (por consequência) das atividades que delas dependem, e a função *extra-aquisitiva* do Estado.

### **Das alterações introduzidas na lei brasileira em 2010**

A mudança introduzida pela Lei 12.349/2010 no sistema de compras públicas brasileiro merece séria ponderação. EM 2006, notávamos<sup>85</sup>:

A utilização do poder de compra do Estado com propósitos diretivos encontram, no sistema brasileiro, um sério problema: as compras públicas estão constitucionalmente vinculadas aos princípios de impessoalidade e de acesso isonômico às oportunidades criadas pelas aquisições. As controvérsias mencionadas em nosso estudo sobre margens de preferência entre licitantes demonstram a rigidez e hieraticidade do sistema.

No entanto, tal estrutura constitucional se aplica geralmente apenas à escolha subjetiva. Dentro dos fins próprios da Administração, ainda quando não pode escolher quem lhe fornecerá o pretendido, pode ela apontar e especificar o objeto que melhor lhe convier. E pode fazê-lo tanto para fins de consumo quanto para intervenção. Nada impede, por exemplo, que o Estado encomende tecnologia sob o Art. 20 da Lei de Inovação para abrir seu uso público pelo sistema produtivo nacional. Ou seja, em hipóteses em que não há nenhuma intenção de consumo próprio.

Assim, sem nenhum abalo ao sistema do Art. 37, XXI, é possível fazer política de Inovação. Sob o revogado Art. 171, era facultado ao Estado exercer, em face do Art. 37, XXI, também uma seleção – igualmente isonômica – entre empresas designadas pelo controle de seu capital.

Eliminada tal possibilidade, persiste a capacidade de escolha objetiva e, na medida em que os imperativos do estímulo o condicionam, especificar elementos de caráter objetivo que determinem ou propiciem resultados de caráter subjetivo no tocante às escolhas do Art. 218 e 219 da Constituição. Assim, deve sempre o processo inovador ser estimulado de forma a – *preponderantemente* – atingir o sistema produtivo *nacional e regional*. Vide nossos comentários sob o Art. 1º da Lei de Inovação e o capítulo sobre Direito Constitucional da Inovação.

Com pertinência, Eros Roberto Grau, comentando a integração do artigo 218 com os artigos da Ordem Econômica (Arts. 170 e segs.), ressalta que a integração dos dispositivos suscitados é necessária na medida em que hoje, o fator determinante do crescimento econômico, parcela do desenvolvimento

---

<sup>84</sup> Ezell, Stephen J. and Atkinson, Robert D., The Good, The Bad, and The Ugly (and The Self-Destructive) of Innovation Policy: A Policymaker's Guide to Crafting Effective Innovation Policy (October 7, 2010). The Information Technology & Innovation Foundation, October 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=172284>. O texto original é: "Indeed, governments can reorient their procurement policies to become strong drivers of innovation. For example, a study by Rothwell finds that over longer time periods, state procurement policies triggered greater innovation impulses in more areas than did R&D subsidies, and they did so without any "buy domestic" requirements. Some countries have made progress in this regard. For example, the United Kingdom has made innovation a clear goal of its procurement process for years. The UK's Department of Trade and Industry (DTI) requires all levels of government to consider innovation when awarding government contracts. It has also developed public-private partnerships to help public sector employees with "unconventional but innovative procurement projects." In Australia, agencies are encouraged to single out innovative ideas by evaluating extra-unique features of proposals as a separate criterion. Finland includes "innovativeness" among the criteria for public procurement and reserves a percentage of appropriations granted to administration agencies to go toward innovation and development activities. While these countries recognize that innovation should be a key element of government procurement, according to a report by the European Union, "the United States has a strategic orientation in their public procurement as well, but not primarily connected to innovation."

<sup>85</sup> BARBOSA, Denis Borges, Direito da Inovação, Lumen Juris, 1ª. Edição, 2006.

nacional, já não é mais tão somente a acumulação de capital, mas também “a acumulação de saber e tecnologia.”<sup>86</sup>

A Lei 12.349/2010, ao instituir medidas de suporte ao desenvolvimento nacional, no entanto, adota um sistema de preferências subjetivas, ao eleger empresas nacionais, e, dentre elas, as que desenvolvem tecnologias, como objetos primordiais de certos exercícios de compras públicas. Diz a exposição de motivos da mediada provisória enfim convertida em lei:

2. Com referência às modificações propostas na Lei nº 8.666/93, é importante ressaltar que a mesma contempla diretrizes singulares para balizar os processos de licitação e contratação de bens e serviços no âmbito da Administração Pública. A norma consubstancia, portanto, dispositivos que visam conferir, sobretudo, lisura e economicidade às aquisições governamentais. Os procedimentos assim delineados são embasados em parâmetros de eficiência, eficácia e competitividade, em estrita consonância aos princípios fundamentais que regem a ação do setor público.

3. Paralelamente, impõe-se a necessidade de adoção de medidas que agreguem ao perfil de demanda do setor público diretrizes claras atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Nesse contexto, torna-se particularmente relevante a atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do país.

4. Com efeito, observa-se que a orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de política pública. São ilustrativas, nesse sentido, as diretrizes adotadas nos Estados Unidos, consubstanciadas no "Buy American Act", em vigor desde 1933, que estabeleceram preferência a produtos manufaturados no país, desde que aliados à qualidade satisfatória, provisão em quantidade suficiente e disponibilidade comercial em bases razoáveis. No período recente, merecem registro as ações contidas na denominada "American Recovery and Reinvestment Act", implementada em 2009. A China contempla norma similar, conforme disposições da Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, que estipulada orientações para a concessão de preferência a bens e serviços chineses em compras governamentais, ressalvada a hipótese de indisponibilidade no país. Na América Latina, cabe registrar a política adotada pela Colômbia, que instituiu, nos termos da Lei nº 816, de 2003, uma margem de preferência entre 10% e 20% para bens ou serviços nacionais, com vistas a apoiar a indústria nacional por meio da contratação pública. A Argentina também outorgou, por meio da Lei nº 25.551, de 28 de novembro de 2001, preferência aos provedores de bens e serviços de origem nacional, sempre que os preços forem iguais ou inferiores aos estrangeiros, acrescidos de 7% em ofertas realizadas por micro e pequenas empresas e de 5%, para outras empresas.

### ***Licitação e Política industrial***

Não existia, na legislação federal anteriormente a 1988, previsão específica de utilização do poder de compra do Estado para fins de política industrial. Existia, porém, a regra do Decreto-Lei nº 2.300 de que, no caso de aquisições de equipamentos e materiais e de realização de obras e serviços "com base em política industrial e de desenvolvimento tecnológico ou setorial do Governo Federal," os órgãos e entidades do Estado possam adotar modalidades apropriadas de contratação, "observados, exclusivamente, as diretrizes da referida política e os respectivos regulamentos".

### ***Vedação em princípio à política de compras***

A Lei 8.666/93 não continha qualquer cláusula genérica, como ocorria na lei anterior, a qual previa que, com base em política industrial e de desenvolvimento tecnológico ou setorial do Governo Federal, se podia adotar esquemas especiais de contratação, "observados, exclusivamente, as diretrizes da referida política e os respectivos regulamentos"<sup>87</sup>. Pelo contrário, foi introjetado ao texto do estatuto das licitações o princípio isonômico constitucional, com redação muito enfática, acima transcrita.

---

86 GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p.267.

87 Com a superveniência da Carta de 1988, tal dispositivo já não teria mais aplicabilidade.

Pareceria possível, no entanto, pela ponderação com os valores do Art. 218 e 219 da Constituição, uma política industrial em favor do desenvolvimento tecnológico. É o que, com muita ênfase, faz a Lei de Inovação, e no tocante às compras públicas, o que intenta o Art. 20 e o Art. 27 da mesma lei. Retificam-se, assim, os entendimentos anteriores que davam por tolhidas, após a safra de emendas constitucionais de 1995, a capacidade de utilizar o poder de compra do Estado Brasileiro como fator de política pública <sup>88</sup>.

Para implementar os valores do Art. 218 e 219 da Constituição no tocante à inovação, assim, é possível usar o poder de compra do Estado.

### ***Compras do Estado como instrumento de desenvolvimento***

O Art. 20 da Lei de Inovação, ademais de visar o suprimento das necessidades próprias da Administração (Art. 37, XXIV da Constituição), é um dos instrumentos de incentivo previsto no Art. 218 da Constituição para a produção e apropriação nacional de tecnologia. É clara e limpidamente um instrumento de intervenção estatal, usando o poder de compra do Estado para desenvolver um setor necessário ao desenvolvimento.

A alteração de 2010 na Lei de Licitações ainda amplia este poder. Remonta-se aqui à Exposição de Motivos que dá origem ao processo legislativo da Lei 12.349/2010:

9. Considera-se, nesse sentido, que a orientação da demanda do setor público preferencialmente a produtos e serviços domésticos reúne condições para que a atuação normativa e reguladora do Estado efetive-se com maior eficiência e qualidade do gasto público e, concomitantemente, possa engendrar poderoso efeito multiplicador na economia mediante: (i) aumento da demanda agregada; (ii) estímulo à atividade econômica e à geração de emprego e renda; (iii) incentivo à competição entre empresas domésticas, particularmente no que tange a setores e atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico; (iv) mitigação de disparidades regionais; e (v) incentivo à geração de emprego em segmentos marginais da força de trabalho.

10. Por oportuno, torna-se relevante considerar o volume de compras do setor público, que contempla, majoritariamente, demanda efetiva por bens e serviços de uso comum, para gestão e operacionalização de suas atividades cotidianas, e por bens e serviços aliados à inovação. Segundo informações divulgadas no Portal de Compras do Governo Federal – Comprasnet, as licitações efetivadas em âmbito Federal para o período de janeiro a dezembro de 2009 totalizaram R\$ 57,6 bilhões. A estratificação por modalidades de licitação indica a seguinte composição: (i) tomada de preços - 2%; (ii) concorrência - 28%; (iii) pregão - 29%; (iv) convite - 1%; (v) dispensa e inexigibilidade de licitação - 40%; e (vi) suprimento de fundos, consulta e concurso - 0%. Deve-se somar a estas, as licitações efetuadas pelos demais entes da federação, que se subordinam, igualmente, às diretrizes e parâmetros estipulados nesta norma.

Os valores simplesmente implicam que a escolha de um incentivo relativamente pequeno em face desses valores globais poderia ter um efeito significativo na indução do desenvolvimento <sup>89</sup>.

### ***Sobre o que dispõe a Lei 12.349/2010***

Nota Cesar A. Guimarães Pereira <sup>90</sup>, num excelente resumo da norma:

O artigo 3º da Lei 8.666 agora prevê que o processo licitatório se destina a "garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional". Este dispositivo é complementado pelo § 1º, I, do artigo 3º, o qual proíbe "preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra

---

<sup>88</sup> Assim se expressou, e agora corrige, o autor Denis Borges Barbosa em seu Direito do Desenvolvimento, Vol. II, Lumen Juris, 1996.

<sup>89</sup> Compare-se: "Governments are the world's largest procurers of goods and services. Within the OECD, government contracting accounts for an estimated 15 percent of total GDP. For example, the U.S. government records \$2.73 trillion in federal expenditures annually, just under 20 percent of U.S. GDP. While a large portion of those expenditures are transfer payments, clearly U.S. government spends hundreds of billions of dollars on government procurement annually. Thus, ensuring fair and open government procurement practices has become an important aspect of realizing free global trade. Moreover, the sheer extent of government procurement activity positions governments to drive innovation through their procurement practices." EZELL et alii, op. cit.

<sup>90</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A MP n° 495 e as alterações na legislação sobre licitações. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n° 42, agosto 2010, disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=42&artigo=458>, acesso em 14/12/2010.

circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato". A regra expressamente ressalva as preferências previstas nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei 8.666, na redação da MP nº 495, e no art. 3º da Lei nº 8.248/91.

O art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666 foi mudado para incluir novos critérios de desempate. No caso de empate, será dada preferência a produtos e serviços (i) feitos no Brasil, (ii) feitos ou prestados por empresas brasileiras, ou (iii) feitos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no Brasil, nesta ordem. Se estes critérios não forem suficientes para o desempate, haverá o desempate por sorteio (artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666).

A MP nº 495 também inseriu os §§ 5º a 12 do artigo 3º da Lei nº 8.666. No seu § 5º, o art. 3º prevê que "poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras". A margem de preferência deve ser determinada após estudos que definam critérios baseados em "geração de emprego e renda", "efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais" e "desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País". Contudo, o § 9º permite à Administração desconsiderar tais preferências "quando não houver produção suficiente de bens manufaturados ou capacidade de prestação dos serviços no País".

Outro ponto em que a MP nº 495 se afasta da disciplina tradicional das licitações no Brasil é o § 11 do art. 3º. A Lei nº 8.666 há muito previa que era "vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica". Agora, o § 11 do art. 3º prevê o contrário e inclui a possibilidade de os editais exigirem do contratado que "promova, em favor da administração pública ou daqueles por ela indicados, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não".

O artigo 3, § 12, prevê a existência de licitações específicas nas quais a competição "poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei no 10.176, de 11 de janeiro de 2001.

O artigo 6 da Lei nº 8.666 contém as definições. A MP nº 495 incluiu algumas novas definições: produtos manufaturados nacionais (art. 6º, XVII), serviços nacionais (art. 6º, item XVIII) e sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos

O novo inciso XXXI do artigo 24 prevê a dispensa de licitação (contratação direta) nas contratações que derem cumprimento aos artigos 3, 4, 5 e 20 da Lei nº 10.973/2004. Esta lei contém uma série de medidas destinadas a promover o desenvolvimento brasileiro por meio de um estímulo a processos tecnológicos altamente qualificados.

O artigo 57 trata do prazo dos contratos. O novo prazo pode ser de até 120 meses (elevando-se, portanto, dos 60 meses atuais) em casos específicos: contratos do setor de defesa e segurança (artigo 24, incisos IX, XIX e XXVIII) e de algumas áreas de tecnologia (artigo 24, inciso XXXI).

O art. 2º da MP 495 expressamente aplica as novas disposições ao pregão.

### ***Primeira alteração: compras para estimular o desenvolvimento***

Como nota Guimarães Pereira, o que singulariza a nova norma é a introdução de uma visão ativa do papel do poder de compra do estado, à luz do princípio constitucional do desenvolvimento.

#### ***Desenvolvimento como propósito da compra pública***

A noção de "desenvolvimento" como razão de compra pública, no entanto, tem de ser qualificada de forma mais instrumental. Embora a Lei 12.349/2010 não defina normativamente qual "desenvolvimento" seria o objeto do estímulo do poder de compra do estado, parece claro que o desenvolvimento econômico e, em particular, tecnológico seria um de suas vertentes principais.

Assim verbera a Exposição de Motivos do Executivo:

6. A modificação do caput do artigo 3º visa agregar às finalidades das licitações públicas o desenvolvimento econômico nacional. Com efeito, a medida consigna em lei a relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno, considerando-se o potencial de demanda de bens e serviços domésticos do setor público, o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país. É importante notar que a proposição fundamenta-se nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988: (i) inciso II do artigo 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (ii)

incisos I e VIII do artigo 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional, que deve observar, entre outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (iii) artigo 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica; e (iv) artigo 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país.

### ***Desenvolvimento e filtro da isonomia***

Ao referir-se ao desenvolvimento, a norma legal aponta uma finalidade mediata, que transcende, mas incorpora, o objeto direto da licitação <sup>91</sup>.

Tal pode dar-se em três hipóteses. A primeira, pela escolha do objeto da aquisição. Compram-se carros, mas especifica-se que eles devam ter características mediatas tais que contribuam para determinados fins públicos. O carro servirá certamente à finalidade de transporte; mas mediatemente, contribuirá a fins mediatos. Por exemplo, como induz a Lei nº 12.187/2009, relativa à Política Nacional sobre Mudança do Clima:

Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: (...)

XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;

A segunda hipótese é ainda de uma escolha objetiva, mas de bem ainda não existente, cujo risco e incerteza de vir a existir são assumidos pelo comprador. É a hipótese a que o art. 20 da Lei de Inovação devia dirigir-se. O desenvolvimento aqui é servido pela assunção da incerteza pelo estado, seja ele consumidor direto do bem gerado, seja o *novus* a ser disponibilizado para a sociedade. Exatamente sobre essa questão, notamos em outro estudo constante deste livro <sup>92</sup>:

Duas abordagens diferentes podem ser tomadas para desenvolver tecnologias ambientalmente saudáveis: (a) comprar coisas que incorporem tais tecnologias, o que torna a compra - do ponto de vista do direito dos contratos públicos, um instrumento neutro - e (b) quando o propósito do Governo é o desenvolvimento de tecnologias que ainda não existem, portanto, não incorporadas em produtos. A assunção de risco e de incerteza pelo adquirente é, por si só, um uso não-neutro do poder de compra.

Existe uma forma neutra de comprar tecnologias a serem desenvolvidas: colocando prêmios como indicadores, e quem cumprir o resultado valorizado recebe o valor declarado. Mas o risco ou a incerteza remanesce com o desenvolvedor. Quando o governo assume o risco, porque ele está usando o poder de compra como uma ferramenta de desenvolvimento, a simples escolha de pagar, por causa da incerteza é não-neutra.

Além disso, como acontece quando o governo está fornecendo uma margem de proteção para a produção de conteúdo nacional, através da compra de incerteza, não há discriminação em favor de uma determinada tecnologia não desenvolvida, ou em favor de certos fornecedores de tecnologia.

A preferência na aquisição prevista na Lei 12.187, assim, é neutra; é escolha de objeto, como notamos no estudo sobre preferências nas licitações. E as preferências objetivas não põem em questão a regra de isonomia. A segunda hipótese, ainda que não neutra, não importa necessariamente em escolha subjetiva.

A terceira hipótese é de ponderar a escolha levando em conta elementos subjetivos do contratado, como, por exemplo, o fato de ser ele empresa nacional, ou desenvolver tecnologias (que não as que são objeto de elaboração para os fins do contrato). Neste caso, impõe-se uma racionalidade no critério de

---

<sup>91</sup> “Ou seja, a contratação seria orientada não apenas à satisfação das necessidades imediatas da Administração Pública, mas também à concretização de certos objetivos mediatos e indiretos.” JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

<sup>92</sup> The role of government procurement in regard to development, dissemination, and costs of climate change technologies

escolha, e uma razoabilidade em face dos interesses legais pertinentes, para não infringir os princípios gerais da Administração Pública.

O elemento essencial neste caso é que o sujeito escolhido, segundo os filtros da racionalidade (aqui, igual à eficiência) e razoabilidade (aqui, saldo positivo após confrontação dos interesses contrapostos) sirva aos fins consagrados pelo direito. Neste último caso, com escolha subjetiva, mas cujo fim mediato é o desenvolvimento, sendo esse um dos valores essenciais da missão constitucional, o objeto mediado integra a avaliação de razoabilidade.

No caso específico da Lei 12.349/2010, há escolhas de certos sujeitos que se postula melhor servirem ao desenvolvimento nacional: quem fabricar aqui, quem for empresa nacional, quem desenvolver tecnologia aqui.

Nota Marçal Justen Filho <sup>93</sup>:

#### 8.7.1.5 E à promoção do desenvolvimento nacional

A licitação não se destina apenas a obter uma proposta de contratação vantajosa para a Administração Pública. Também é orientada a promover o desenvolvimento nacional, nos termos determinados pela redação dada pela MP nº 495 ao art. 3º da Lei nº 8.666.

Isso significa consagrar uma função regulatória específica e autônoma para a licitação e a contratação administrativa. Não se trata apenas de obter a contratação economicamente e tecnicamente mais vantajosa, mas também de aproveitar a oportunidade da contratação para fomentar o desenvolvimento nacional.

A contratação administrativa passou a ser concebida como um instrumento para a realização de outros fins, além da promoção de compras, serviços e alienações. Por meio dos contratos administrativos, o Estado brasileiro intervém sobre diversos setores (econômicos, sociais, tecnológicos etc.).

A tendência a adotar uma função mais ampla para a licitação recebeu um grande impulso com a Lei Complementar nº 123, orientada a incentivar a microempresas e as empresas de pequeno porte. Essa concepção foi generalizada por meio das alterações trazidas pela MP nº 495.

Rigorosamente, a promoção do desenvolvimento nacional é obtida não por meio da licitação, mas por via da contratação propriamente dita.

E, mais adiante:

#### 8.7.5 A promoção do desenvolvimento nacional e a isonomia

A MP nº 495 ampliou as finalidades da licitação, fazendo referência à promoção do desenvolvimento nacional. Essa modificação afeta o modo de aplicar o princípio da isonomia e modifica a avaliação da vantajosidade das propostas.

A isonomia é afetada porque se admite a estipulação de preferências em favor de bens e serviços relacionados à promoção do desenvolvimento nacional. Essas preferências não são arbitrárias e tampouco dizem respeito à nacionalidade do licitante, uma vez que um licitante estrangeiro que ofereça bens ou serviços produzidos no Brasil será beneficiado em face de licitante brasileiro que ofereça bens ou serviços estrangeiros, por exemplo. Trata-se de uma preferência de cunho impessoal, relacionada aos objetivos fundamentais da Nação. Apesar disso, admitem-se diferenciações entre propostas que, sob certo aspecto, podem apresentar-se como semelhantes. O tratamento preferencial para as propostas mais aptas a promover o desenvolvimento nacional não infringe a isonomia.

Ademais, a licitação será orientada não apenas a selecionar a proposta mais vantajosa sob o prisma econômico em sentido estrito (por exemplo, o menor preço), mas também envolverá a promoção do desenvolvimento nacional.

O autor nota que a preferência afeta a isonomia; mas conclui que “o tratamento preferencial para as propostas mais aptas a promover o desenvolvimento nacional não infringe a isonomia”. É opinião respeitável, ainda que hajamos anteriormente indicado que, à luz do dispositivo constitucional,

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da

---

<sup>93</sup> JUSTEN, Marçal Filho. Curso de Direito Administrativo. Editora Fórum; 2011, Belo Horizonte. Pag. 448 e 455.

proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

tivéssemos aqui uma isonomia qualificada, mais estrita do que a simples impessoalidade do *caput* do art. 37.

Com efeito, nota Ruy Rosado de Aguiar Junior <sup>94</sup>, a discriminação é legal, se, cumulativamente: (a) a hipótese é descrita precisamente; (b) há um fator discriminante que singulariza a hipótese; (c) o fator discriminante “é desvalioso para o sistema jurídico em geral”; (d) para superar esse fator, a norma escolhe sujeito determinado; (e) o objetivo a alcançar com a escolha é compatível com o ordenamento; (f) “há razoável e motivada proporcionalidade entre o dano que se evita e o que possa decorrer da medida”.

O mesmo autor, citando Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, lembra que a isonomia só é ofendida quando “o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito”.

No caso de distinção, para efeitos de isonomia, perante empresa nacional e estrangeira, já manifestamos nosso entendimento de que não há, sob a ótica constitucional, aplicação do *caput* do art. 5º. Da Constituição.

## Os contratos de desenvolvimento

Dedicaremos esta subseção ao estudo das modalidades contratuais, compatíveis com a *racionalização cooperativa* dos novos modelos de atuação empresarial de aquisições, que reputamos como de maior interesse e alcance para este estudo.

### A seleção objetiva

No fim da década de 70', a bateria de estímulos fiscais e creditícios destinados a estimular a industrialização chegava, para alguns setores, a mais da metade do valor do produto incentivado <sup>95</sup>. Incentivos ao investimento industrial tornam, por via de renúncia fiscal ou outras contribuições estatais, mais atraente a atividade econômica em determinados setores. Com o aporte do Estado, consequentemente pela interferência de um ator fora do jogo do mercado, viabilizam-se ou potencializam-se oportunidades às empresas.

Outros mecanismos clássicos, que não importam em ônus orçamentário ou renúncia fiscal, também foram e são utilizados para estimular o desenvolvimento de uma indústria ou do nível tecnológico, em especial as proteções alfandegárias ou de mercado; o ônus do estímulo recai, neste caso, seja sobre o consumidor, seja sobre os setores a jusante na cadeia produtiva, que comprometem em alguma proporção sua competitividade.

Em uma hipótese, porém, a ação do Estado pode fazer-se sem ônus para si ou para os consumidores: quando dirige sua demanda natural de forma a maximizar o benefício à economia e à sociedade nacional. Sem dúvida que, mesmo aí, por exemplo, através da margem de proteção em favor da indústria local, cabe algum subsídio de atividades, ainda que vinculada a desempenho técnico e, dentro de limites, de preços <sup>96</sup>. Como indicado em seção anterior, este tipo de incentivo, especialmente quando

---

<sup>94</sup> O princípio da igualdade e o direitos das obrigações, in TEPEDINO, Gustavo e FACHHIN, Luiz Edson, org., O Direito e o Tempo, Renovar, 2009.

<sup>95</sup> Como se demonstrou no estudo Materiais e Equipamentos Utilizados no Setor Elétrico, Eletrobrás 1980, do qual participou o autor Denis Borges Barbosa.

<sup>96</sup> Ao abrigo da Portaria MF GB-6 de 1969, as licitações internacionais com financiamento do Banco Mundial sempre previam tal margem. Segundo Daniel Real de Azúa, A licitação Internacional, Ed. Aduaneiras 1994, p. 87, a margem de proteção aplicável, no caso de

importe em eleição preferencial de certas empresas ou segmentos da economia <sup>97</sup>, presume lei federal específica, e sofre limitações constitucionais de vulto.

Mas o próprio volume do Estado, e, no caso brasileiro, o porte e liderança de suas empresas em setores relevantes, parecem poder suprir, em alguma proporção, os efeitos dos subsídios e proteções de mercado, comuns em fases anteriores, sem suas contraindicações. Pode-se supor que, centrando-se em objetivos, e não em empresas e segmentos, em particular no propósito de criar novas fontes e produtos, ou aperfeiçoar os existentes, o poder de compra do Estado brasileiro estimularia a competitividade de nossa economia. É desta hipótese que tratamos.

É claro que boa parte desta política pode ser implementada através dos mecanismos normais de aquisição dos entes públicos. Deixamos assim de lado as práticas contratuais usuais, como os contratos de fornecimento, de engenharia consultiva, de obras e de serviços, para centrarmos nas modalidades especificamente voltadas ao desenvolvimento de capacitação tecnológica, ou de novos produtos e serviços.

### **Eficácia e legalidade**

Em trabalho importantíssimo<sup>98</sup>, Schmitt Corrêa analisou a eficácia possível dos contratos de aquisição de bens e serviços pelo Estado e suas empresas como instrumento primordial de política de desenvolvimento tecnológico (e industrial); numa comparação entre o modelo americano de compra estatal, com ênfase na utilização dos *incentive contracts*, e um exemplo específico de desenvolvimento prospectivo brasileiro (CTA), a autora avalia os diferentes propósitos do Estado e do contratante, os fatores endógenos e exógenos à relação contratual, os seus mecanismos e a utilização empírica das várias formas de contratação, tudo numa perspectiva de engenharia de produção em foco macroscópico.

Nossa perspectiva é diversa. Sem avaliar a eficácia nem do instrumento, nem de suas modalidades, cuidaremos apenas de indicar a viabilidade jurídica do uso de contratos, como referidos pela autora, no atual contexto legal, apontando, quando pertinente, as mudanças legislativas que propiciariam maior aproximação com o modelo escolhido pela autora como de maior resultado no desenvolvimento de metas de inovação.

Utilizaremos, neste trabalho, a expressão “contratos de desenvolvimento” para, genericamente, designar as várias modalidades contratuais em que o objeto seja a pesquisa exploratória, o desenvolvimento exploratório ou avançado, o desenvolvimento de engenharia ou de sistemas operacionais, o de produção inicial e mesmo o de produção em série, quando vinculados ao desenvolvimento de produto ou serviço novo ou de fonte alternativa.

### **Aspectos extracontratuais**

Schmitt Corrêa indica que a administração de contratos de aquisição de serviços e produtos em prospecção exige cuidados especiais; o desenvolvimento de critérios para o tipo adequado de contratação, a definição de incentivos, a identificação dos objetivos do contratado ou cooperador (lucro, currículo, tecnologia?), a fixação de marcos contratuais compatíveis com a demanda a ser

---

fornecimentos ao amparo de financiamentos do BID ou BIRD ainda continua sendo em torno de 15%; serviços de engenharia, porém, só dispõem de proteção no âmbito do Banco Mundial, à margem máxima de 7.5%, quando em países de renda per capita inferior a US\$ 580.

97 O Art.45, § 4º, da Lei 8.666/93 e o Decreto Federal n.1070, de 2 de março de 1994, por exemplo, cuidavam da proteção dispensada pela Administração Pública Federal direta e indireta às empresas brasileiras de capital nacional do setor de informática. Essa tutela legal consiste na aquisição preferencial, pela Administração Pública Federal- através de licitação, cujo tipo obrigatório é o de "técnica e preço"- dos bens e serviços de informática e automação por elas produzido.

98 Schmitt Correa, Roberta, O Papel dos Contratos de Aquisição como Instrumento de Política de Desenvolvimento Tecnológico, dissertação de mestrado submetida em 24 de fevereiro de 1992 ao Departamento de Engenharia Industrial da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Vide, igualmente, Keyes, Government Contracts, West Publishing, 1990, 2a. Ed, passim.

atendida e com a dificuldade de execução, a capacidade de redefinir escopo e caminhos durante o desempenho do objeto, tudo isso é pressuposto de um sistema de gerência de contratos possivelmente mais sofisticada do que se pratica nas empresas estatais brasileiras.

Outro aspecto que possivelmente necessitaria certa reestruturação de procedimentos é o da definição do objeto a ser adquirido ou desenvolvido em comum; não se têm, num caso provável de tecnologia novas ou não disponíveis em mercado, as especificações técnicas, por vezes nem as funcionais, o que importa na manutenção de uma unidade de tecnologia prospectiva (ou um contrato específico para esse propósito) pelo contratante estatal.

### **As formas contratuais**

Num contexto de contratos de desenvolvimento, tanto o Estado quanto os contratados tem presente o risco de não dar certo o objeto do contrato, seja em termos técnicos, seja comerciais. Embora a tendência do contratante estatal seja, como regra, repassar tal risco ao contratado (já que não é próprio ao servidor, mesmo em empresas da Administração, a convivência com o risco <sup>99</sup>), muitas vezes o Estado acaba pagando um preço muito alto pela conveniência administrativa ou, então, muito mais provável, renunciando a fazer o desenvolvimento.

A técnica contratual desenvolvida no Estatuto das Licitações dos Estados Unidos <sup>100</sup> prevê a redução e repartição de tais riscos, pelo uso de modalidades contratuais de acordo com uma classificação que as escalona desde as hipóteses de risco inexistente e de nenhum incentivo de desempenho pelo contratado, até as que tanto o risco, quanto o incentivo da parte privada são fixadas em grau máximo. Segundo o Estatuto americano, o encargo de definir o correto equilíbrio entre risco e incentivo permanece inteiramente com o ente estatal.

Para a definição da natureza do contrato, assim, serão determinantes o risco técnico nele envolvido e a fase do processo (dos estudos exploratórios até a produção em série); mas outros fatores influenciarão o conteúdo das cláusulas a serem nele introduzidas, como o tipo de pesquisa e desenvolvimento envolvido e a forma de seleção do contratado <sup>101</sup>.

Como regra, o contrato a preço fixo atende hipóteses onde o risco técnico é mínimo e o custo previsível; e o *cost sharing* (quando o contratado não visa o lucro) ou o reembolso de custos mais o valor fixo (em situações comerciais) quando não se tem qualquer certeza do resultado técnico <sup>102</sup>. Entre os dois extremos, vem o contrato onde é impossível precisar objetivos precisos de custo, desempenho técnico ou prazo através de incentivos, mas o contratante estatal visa motivar a qualidade, inventividade e administração eficiente dos custos por um prêmio a ser acrescido ao valor fixo <sup>103</sup>.

---

99 O fenômeno não é só brasileiro. Seguimos estritamente neste passo Keyes, op.cit., p. 171 e seg., que indica idêntico padrão no contexto americano. A diferença deste, no caso, é a utilização corriqueira de métodos contratuais para a adequada repartição de riscos.

100 Federal Acquisition Regulation, 48 C.F.R. 1.101 (1984).

101 Schmitt Correa, op.cit., p. 163-164.

102 Neste tipo de contrato a legislação americana prevê como espécies aquele em que o preço é devido quando se completa um objetivo dentro do custo estimado, e aquele em que o contratado se compromete a despendar um tempo determinado numa pesquisa ou desenvolvimento.

103 Note-se que, no Estatuto americano, o prêmio é fixado no fim do contrato, em decisão unilateral da Administração, contra a qual não cabe recurso.

## Contratos de desenvolvimento nos Estados Unidos

<b>Necessidade da Administração</b>	<b>Tipo de Contrato</b>
Pesquisa Básica	Cost sharing (sem remuneração) ou reembolso de despesas mais remuneração fixa.
Pesquisa Aplicada	Idem
Desenvolvimento Exploratório	Idem
Desenvolvimento avançado	Reembolso de despesas mais remuneração fixa ou reembolso mais prêmio.
Desenvolvimento de Engenharia	Reembolso de despesas mais remuneração fixa, reembolso mais prêmio ou reembolso mais incentivo.
Desenvolvimento de sistemas operacionais	Reembolso mais prêmio, reembolso mais incentivo ou preço fixo mais incentivo.
Produção inicial	Preço fixo mais incentivo
Produção em série	Preço fixo mais incentivo ou preço fixo puro.

Fontes: Keyes

Também vem entre os extremos a situação em que se podem propor metas razoáveis de custos, de desempenho ou de prazo, com incentivos, ou seja, acréscimos ao preço fixado se o contratado exceder as metas, ou decréscimos se não atingi-las, tudo dentro de certos limites. Tal se pode dar seja em regime de reembolso de custos, seja em regime de preço fixo <sup>104</sup>.

Na legislação americana um contrato pode, durante o processo de desenvolvimento do produto ou do serviço, mudar de um gênero para outro, conforme baixam os riscos e se precisam os custos. Com processos apurados de administração de custos, torna-se possível assim uma continuidade na relação entre as partes, que de outra forma seria interrompida pelo requisito legal de uma nova licitação a cada mudança de objeto.

### Contratos de incentivo

Um novo nome para um velho conhecido: os contratos de engenharia básica das empresas dos polos petroquímicos, para citar apenas um exemplo, tinham sua remuneração vinculada ao desempenho final da unidade industrial, segundo metas e parâmetros de desempenho e confiabilidade estipulados previamente.

Como já se mencionou, desde o contrato a preço fixo (em que todo o risco de um desenvolvimento é do contratado) até o de reembolso com percentual de ganho calculado sobre os custos (em que todo o

---

104 Note-se que nos Estados Unidos, como no Brasil, é proibido o contrato “por administração”, no qual o contrato é remunerado por um percentual sobre os custos atualmente incorridos. Vide Keyes, op.cit., p. 180. O contrato com reembolso de custos inclui um pagamento fixo calculado por antecipação como um percentual dos custos razoavelmente estimados (um máximo de 15% para contratos de pesquisa ou desenvolvimento experimental), levando em conta regras extremamente complexas de classificação dos custos permissíveis. Assim, o contratado não tem motivos para aumentar os custos, mas também não tem razões para comprimi-los; o incentivo vinculado à diminuição de custos pretende exatamente corrigir esta tendência. Aliás, deve-se notar que as razões do veto do Executivo aos contratos de administração mencionam exclusivamente os contratos de percentual sobre custo real.

risco é do contratante), existe, em teoria, uma série de modalidades contratuais capazes de repartir o risco e o ganho entre as partes, direcionando o esforço do contratado seja para o maior desempenho, seja para o menor custo. São os chamados “contratos de incentivo”, em que se acresce o valor do que vai ser pago ao contratado conforme os custos sejam menores, ou o desempenho maior.

Na prática americana, distinguem-se várias espécies de tais contratos, dos quais alguns vinculam o incentivo à remuneração calculada sobre os custos e outros sobre preço fixo <sup>105</sup>. Por uma opção legal brasileira recente, porém, os regimes contratuais no caso de serviços não incluem a execução por administração <sup>106</sup>; as hipóteses possíveis sob a legislação atual são as de preço global, de preço unitário e o de empreitada integral (*turn key*) <sup>107</sup>. No regime legal em vigor no Brasil, assim, os contratos de incentivo serão de preço global, preço unitário ou de *turn key*.

Não se distinguem quaisquer razões, no atual sistema legal brasileiro, que impeçam o estabelecimento de estímulos e penalidades nos contratos, de forma a caracterizar o acordo como “de incentivo”.

## **Da parceria de desenvolvimento de tecnologias no complexo industrial da saúde**

A atual estrutura de aquisições do Ministério da Saúde, voltada à criação de novas tecnologias ou de fontes alternativas de suprimentos na área da saúde se fundamenta, como é intuitivo, nos dispositivos da Constituição da República de 1988, cuja menção inicia este estudo.

Como se viu, nosso texto básico elegeu, em seus artigos 6º e 196, o acesso à saúde como princípio social fundamental, direito de todos e dever do Poder Público e, nos artigos 218 e 219, estabeleceu como obrigação do Estado a promoção e o incentivo ao desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas, com fins à viabilização do bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País.

No tocante especificamente à aplicação destas diretrizes ao setor de saúde, não se pode deixar de considerar a Lei nº 8.080/1990, acerca das condições para o desenvolvimento do direito fundamental à saúde. Deste diploma, são particularmente relevantes os seguintes dispositivos:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; (...)

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; (...)

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: (...)

---

105 Keyes, op. cit., p. 186. Schmitt Correa indica que as formas mais comuns são as de custo mais lucro com incentivo e de preço fixo mais incentivo.

106 A lei 8.666/93, na versão enviada à sanção, continha previsão de contratos dessa natureza, enfim vetada; na recente lei 8.883/94, que alterou a anterior, repetiu-se o fato, o que parece enfatizar o desamor do Poder Executivo ao regime. Note-se que, no Brasil, estão proibidos os contratos de reembolso de custos, seja a remuneração do contratado percentual sobre estes, seja fixa.

107 Lei 8.666/93, Art. 6º, VIII. Na nomenclatura legal, empreitada de preço global, de preço unitário e empreitada integral. A lei também prevê o regime de “tarefa” para pequenas obras. Um importante tema é de se o contrato de desenvolvimento, nas fases finais em que já exista produção de protótipos e produção em série, é de serviços ou de compra; naquela hipótese, aplicar-se-ia a proibição da lei quanto ao contrato de administração, mas aparentemente não neste caso, eis que, fora do item relativo a obras e serviços, continua a haver previsão do regime de custos no Art. 7º § 5º do Estatuto das Licitações. Segundo entendemos, o chamado “contrato de fornecimento” de equipamentos sob encomenda (uma turbina de usina elétrica, por exemplo) nada mais é que empreitada, daí serviço; e igual se dirá da encomenda de produção de um protótipo. Mas a produção em série, ainda que sob encomenda, aproxima-se mais da compra tal como definida no Art. 60. da Lei 8.666/94). De qualquer forma, é exatamente na compra que há menos razão para reembolso de custos.

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

(...) III - definir e coordenar os sistemas:

b) de rede de laboratórios de saúde pública;

X - formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais;

Essa norma legal estruturante recebe complementação normativa de uma relevante série de instrumentos complementares:

A Norma Operacional Básica para a gestão do SUS (Portaria MS/GM nº 2.203 de 1996) elenca como complemento ao papel básico do gestor federal do programa (item 7, alínea 't') a estimulação, a indução e a coordenação do desenvolvimento científico e tecnológico no campo da saúde, por meio de interações com agentes tanto pertencentes, quanto não vinculados ao setor;

Por sua vez, a Política Nacional de Medicamentos (Portaria MS/GM nº 3.916 de 1998) prevê como uma de suas diretrizes (item 3.5) o estímulo ao desenvolvimento de tecnologia de produção de fármacos e à produção nacional, de forma a assegurar o fornecimento regular ao mercado interno e a consolidação e expansão do parque produtivo instalado no País; e (item 3.6) a, conseqüente, capacitação dos laboratórios oficiais, caracterizada como verdadeira parte integrante do patrimônio nacional;

A Política Nacional de Assistência Farmacêutica (Resolução nº 338/2004 do Conselho Nacional de Saúde) insere dentre seus eixos estratégicos a modernização e ampliação da capacidade instalada e de produção dos Laboratórios Farmacêuticos Oficiais (artigo 2º, VI), a pactuação de ações intersetoriais que visem à internalização e o desenvolvimento de tecnologias que atendam às necessidades de produtos e serviços do SUS (artigo 2º, VIII), e implementação de uma política pública de desenvolvimento científico e tecnológico (artigo 2º, IX);

A Política de Promoção da Saúde (Portaria MS/GM nº 687 de 2006) apresenta como diretriz o estímulo a parcerias que proporcionem incremento integral das ações de promoção da saúde;

A Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde no âmbito do SUS (Portaria MS/GM nº 2.690 de 2009) tem como diretriz (artigo 5º, II) o aprimoramento do processo de incorporação de tecnologias; e - como meio para o fortalecimento tecnológico na área da saúde - a capacitação nacional em ciência, tecnologia e inovação, para responder e se antecipar às necessidades do País;

O Programa Nacional de Fomento à Produção Pública e Inovação no Complexo Industrial da Saúde (Portaria MS/GM nº 374 de 2008), constituindo-se como sua prioridade o fortalecimento e a modernização do conjunto de laboratórios públicos encarregados da produção de medicamentos e imunobiológicos de relevância estratégica para o SUS; assim continuando os propósitos da anterior Rede Brasileira de Produção Pública de Medicamentos (Portaria MS/GM nº 2.438 de 2005) que voltava seus objetivos fundamentais para a capacitação e desenvolvimento tecnológico dos laboratórios oficiais (artigo 3º, I, V, VI e VII);

O Programa Nacional para Qualificação, Produção e Inovação em Equipamentos e Materiais de Uso em Saúde no Complexo Industrial da Saúde (Portaria MS/GM nº 375 de 2008), dentre cujos objetivos e diretrizes encontram-se (artigo 3º, IX) a adoção de uma política de compra governamental pautada na transferência de tecnologia; e (artigo 4º, II e V) a promoção do desenvolvimento do Complexo Industrial da Saúde no âmbito do SUS e a consolidação de uma estratégia de fomento voltada para a transferência de tecnologia e inovação para os produtos estratégicos na área da saúde;

No contexto destes instrumentos, a Portaria MS/GM nº 3.031 de 2008, artigo 2º determina que os Laboratórios Oficiais de produção de medicamentos devem, na aquisição de matéria-prima, contemplar preferencialmente entidades privadas que produzam os ingredientes farmacêuticos ativos (IFA) no País. De outro lado, a Portaria Interministerial MPOG/MS/MCT/MDIC nº 128 de 2008 determina que a Contratação Pública de Medicamentos e Fármacos pelo SUS deve seguir como diretriz a aquisição de medicamento produzido, de forma preferencial, no País (artigo 2º); e a contratação de fármaco cuja entidade privada possua, obrigatoriamente, unidade fabril no território nacional (artigo 4º, I).

## ***A noção de “complexo industrial da Saúde” e de suas parcerias de desenvolvimento tecnológico***

Essa complexa construção normativa, que se dispõe a implementar as diretrizes constitucionais através de uma *política econômica específica* para a geração de novas tecnologias e fontes alternativas de suprimentos para as demandas estatais de bens e serviços relativos à satisfação do direito a saúde, pressupõe a geração de um *destinatário de ações*.

Para tanto, foi estruturada a noção de *complexo industrial da saúde*<sup>108</sup> cuja definição seria

“tal como coordenadas em âmbito nacional, o conjunto das atividades econômicas, públicas e privadas, em relação ao qual é indispensável a formulação de políticas econômicas para que o Estado possa cumprir seu dever de promover a redução do risco de doença e de outros agravos e assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”

### **Da estruturação das parcerias**

É no contexto dessas políticas econômicas, cujo alvo é o complexo industrial da saúde, que o Ministério da Saúde desenvolveu um programa de parcerias para desenvolvimento tecnológico, que assim se pode descrever<sup>109</sup>:

A PPP é instituída através de uma sucessão de parcerias ou associações, a primeira das quais sempre entre o Ministério da Saúde, por intermédio da sua Secretaria de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos (“Administração Pública”), e uma ou mais Instituições Científicas e Tecnológicas (“ICT”), e as demais, sempre a jusante, entre esta última e uma ou mais empresas privadas nacionais, responsáveis pelo desenvolvimento e transferência de tecnologia à ICT.

A etapa que se pretende descrever aqui é justamente a primeira. Nela, a Administração Pública se associa à ICT para finalidades específicas que se compreendem como essenciais ao atingimento do objetivo da PPP. Elas incluem desde a avaliação das características do objeto e do interesse público na sua consecução (i.e. economicidade, desenvolvimento do setor produtivo nacional) até o estabelecimento de premissas para a colaboração em si, premissas essas que devem transbordar a jusante, vinculando os demais partícipes da PPP. (...)

A PPP é modalidade de encomenda de tecnologias pelo Estado na presença de risco tecnológico, nos termos do art. 20 da Lei 10.973/2004 (“Lei de Inovação”)<sup>110</sup> (..)

O Convênio, primeira etapa formalizada da PPP, tem por objeto a colaboração entre diversos agentes públicos e privados no desenvolvimento de tecnologias para a produção de medicamentos e insumos (cláusula 1a), o que permite, ao menos finalisticamente, equipará-lo a um “contrato procriativo”. As suas principais etapas são:

- a. a produção de lote piloto pelo parceiro privado para estudos, testes e registro na autoridade de vigilância sanitária e o desenvolvimento, pelo parceiro privado, do insumo correspondente;
- b. a produção do medicamento e insumo correspondente pelo parceiro privado e sua comercialização pelo laboratório público;
- c. a transferência de tecnologia para o laboratório público; a produção do medicamento e insumo ainda a cargo do parceiro privado;
- d. a produção de lote piloto pelo laboratório público para estudos, testes e registro na autoridade de vigilância sanitária; produção do insumo correspondente pelo parceiro privado; e, finalmente,

---

<sup>108</sup> Vide GADELHA, Carlos, O complexo industrial da saúde e a necessidade de um enfoque dinâmico na economia da saúde." *Ciência & Saúde Coletiva* 8(2): 521-535, (2003); GADELHA, Carlos, et alii, Saúde e inovação: uma abordagem sistêmica das indústrias da saúde. *Cad. Saúde Pública* 19(1): 47-59. (2003); GADELHA, Carlos "Desenvolvimento, complexo industrial da saúde e política industrial." *Rev. Saúde Pública* [online] 40(spe.): 11-23, (2006).

<sup>109</sup> LESSA, Marcus, Parcerias público-privadas e o complexo industrial da saúde: uma breve análise de um arranjo produtivo interorganizacional, manuscrito, maio de 2010

<sup>110</sup> Vide BARBOSA, Denis Borges et alii, *Direito da Inovação (Comentários à Lei nº 10.973/2004, Lei Federal de Inovação)*. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Juris. 206, p. 186 e seguintes.

e. a produção e comercialização do medicamento pelo laboratório público.

Tal proposta se configurou em série de arranjos produtivos com laboratórios públicos, federais ou estaduais, que se abriam à aquisição de bens e tecnologia, a serem supridos por agentes econômicos privados na sucessão descrita. A conformação com esse modelo admitiria a operação assim estruturada à pauta de aquisições do Sistema Único de Saúde, tendo como fonte central de recursos o Ministério da Saúde.

### **Da portabilidade das soluções desenvolvidas**

Assim, o uso da capacidade de compra do Estado se faz sentir pela criação de oportunidades *progressivas e dilatadas no tempo* de criação de tecnologias ou de conformação de novas fontes de suprimento. O ponto central dessa política é que a tecnologia gerada, seja por aquisição derivada subjetiva ou objetiva, passa ao controle de um ente estatal, possibilitando assim que, em pleitos aquisitivos futuros de bens e serviços necessários à satisfação das necessidades públicas o fato *tecnologia* não seja um excludente de competição.

Para que tal objetivo pudesse ser atingido, a tecnologia em questão deveria ter condições do que se denominaria de *portabilidade*, ou seja, simultaneamente, de *fixação* um suporte específico dos conhecimentos e práticas necessárias, e, simultaneamente, de *possibilidade de transferência* desse suporte a terceiros.

Assim, as etapas dessa atuação incluem necessariamente a (1) *formalização* das técnicas (com transformação de quaisquer conhecimentos tácitos em procedimentos documentados graficamente ou, por exemplo, por suporte audiovisual) e (2) a redução dessa formalização a um *corpus* documental que possibilite a completa e efetiva reprodução das técnicas fixadas por qualquer agente econômico adequadamente inserido no processo competitivo.

Para tanto, pressupor-se-ia a introdução nos negócios jurídicos entre os agentes privados e os laboratórios estatais de disposição de clausulação no seguinte teor (ou equivalente):

As entidades responsáveis pelo desenvolvimento dos novos medicamentos, insumos ou tecnologias de produção deverão, a todo tempo, garantir a documentação em logs ou outra forma apropriada de todas as etapas do desenvolvimento (e seus desdobramentos, mesmo os que porventura não forem aproveitados), que deverão estar disponíveis durante por todo o prazo (e um período subsequente de até 5 (cinco) anos) para fins de auditoria e verificação.

### **Do aproveitamento dos insumos nacionais ao uso do poder de mercado**

Não é nova a política de saúde destinada à geração de fontes de tecnologia dedicadas aos problemas sanitários e à estrutura social típica do País. Pelo menos desde a criação da Central de Medicamentos em 1971, a condução da política pública brasileira incorporou elementos dessa análise de localização de conhecimentos <sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Decreto Nº 69.451, de 1º de novembro de 1971. "Art. 1º É instituída a Central de Medicamentos (CEME), órgão da Presidência da República, destinada à promover e organizar o fornecimento, por preços acessíveis, de medicamentos de uso humano àqueles que, por suas condições econômicas, não puderam adquiri-los por preços comuns no mercado". Art 4º Compete à CEME: ...c) coordenar os seus programas e projetos com os programas e atividades dos órgãos públicos e privados, empenhados em sua área de atuação; ... e) Incentivar as atividades de pesquisas... DECRETO 75985/75: ... Art 2º A CEME tem por finalidade promover e organizar o fornecimento, por preços acessíveis ou a título gratuito, de medicamentos a quantos não puderem adquiri-los a preços comuns do mercado, competindo-lhe: f) promover as medidas que visem ao desenvolvimento técnico da produção de medicamentos constantes da Relação de Medicamentos Básicos, inclusive a pesquisa voltada ao aprimoramento de processos farmacotécnicos e de métodos e técnicas de controle de qualidade de medicamentos; .... g) promover, em coordenação com o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), o desenvolvimento das pesquisas que julgar essenciais a sua finalidade bem como a adoção de medidas orientadas

Embora a questão dos custos de acesso à tecnologia sempre fossem relevantes, a questão da adequação à demanda, em particular na área de saúde, pareceu sempre de especial importância <sup>112</sup>. Certamente as vantagens da localização de uma tecnologia em saúde não serão tão elevadas quanto na agricultura <sup>113</sup>, mas haverá certamente benefícios na focalização da produção de conhecimentos e elaboração de técnicas específicas para o sistema de saúde nacional. Este nativismo existirá não só, ao lado da oferta, pela exploração de insumos e biodiversidade locais, como expresso na normativa de 1971, como em proximidade com os aspectos da demanda, por adequação à peculiaridades da estrutura social, econômica, produtiva e cultural.

Assim, a soma de normativos que incorpora a política pública de saúde reflete esta focalização nos aspectos do sistema de saúde brasileiro, que serão atendidos por qualquer atividade empresarial inovadora – não necessariamente vinculada ao controle do respectivo capital – que encontre nos indutores à localização um vetor de eficiência suficiente. Quanto às razões econômicas de cunho genérico, basta remontar à exposição de motivos do projeto do Executivo que se transformou na Lei 12.349/2010, que serão igualmente pertinentes ao setor econômico da saúde.

Percorrendo a série de normativos, o foco na localização é claro. Na exposição de motivos da Portaria MS/GM nº 3.916 de 1998, coloca-se como motivo conducente da norma “deverá ser continuado e expandido o apoio a pesquisas que visem ao aproveitamento do potencial terapêutico da flora e fauna nacionais, enfatizando-se a certificação de suas propriedades medicamentosas.” Quanto às eficiências ligadas aos aspectos institucionais da demanda, a mesma normativa indica:

A capacidade instalada dos laboratórios oficiais que configura um verdadeiro patrimônio nacional deverá ser utilizada, preferencialmente, para atender as necessidades de medicamentos essenciais, especialmente os destinados à atenção básica, e estimulada para que supra as demandas oriundas das esferas estadual e municipal do SUS.

---

para o aproveitamento de produtos naturais brasileiros e dos fármacos que deles se originem; h) promover a realização de pesquisas farmacológicas; ...Parágrafo único. Para os fins previstos neste artigo a CEME celebrará convênios, contratos e acordos com entidades públicas e privadas, nacionais, estrangeiras e internacionais.”

<sup>112</sup> Esta distinção entre custo, inclusive resultante do preço monopolista frequentemente ligado às exclusivas farmacêuticas, e a localização como fator de eficiência se encontra presente na análise que o STF fez no tocante à política de escolhas de tecnologias adequadas à economia nacional, segundo os poderes garantidos à União à luz da Lei. 5648/70, em sua versão original: “Não nos parece tal, data venia: a questão não se cinge ao dispêndio de divisas, nem só isto diz respeito ao desenvolvimento econômico. A complexidade da questão transferência de “Know how” - expressão que identifica o conhecimento tecnológico, amplamente - abrange aspectos que se envolvem em dados inabarcáveis, e não é o consumo de divisas o único, nem o mais importante deles, como se deflui das breves considerações anteriormente feitas. A eles supera a seleção da tecnologia a absorver, pois, o mais grave, é optar - entre processos diversos - o que mais se adapta às realidades nacionais; e não apenas em condições materiais (recursos físicos disponíveis) como imateriais - inclusive a capacidade e conveniência, dados de difícil avaliação a não ser pelo conhecimento amplo e profundo das condições econômicas e sociais.” STF, RE 95382/RJ, Primeira Turma, Min. Oscar Dias Corrêa, 05/08/1983, RTJ 106/1057-1066.

<sup>113</sup> MIA et al., Editors, *The Brazil Competitiveness Report 2009*, Geneva, World Economic Forum, 89 (2009). “One of the foundations of innovation in agriculture consists of the idea that the sector is location-specific in its technologies and its products. There are few opportunities where one can copy or directly transfer technologies and products from one country to another without adaptation and without considering differences in climate, soil, vegetation, and culture.” “Embrapa’s success, according to same, was due to a “focused” approach, which meant addressing specific problems caused by local issues (e.g climate, soil) or sanitary concerns, that allowed the development of varieties suited to the cerrado and the “boom” in grain production”. BORGES BARBOSA, Denis and LESSA, Marcus, *The New Brazilian Government Draft Law on Plant Varieties (Or... How a Developing Country May Want to Enhance IP Protection Because It May Actually Need It)* (June 6, 2009). Peter Yu, *SECOND SUMMER INSTITUTE IN INTELLECTUAL PROPERTY, BIOTECHNOLOGY AND AGRICULTURAL SCIENCES*, Drake University Law School, 2009. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1415406>.

O papel desses laboratórios é especialmente importante no que tange ao domínio tecnológico de processos de produção de medicamentos de interesse em saúde pública. Esses laboratórios deverão, ainda, constituir-se em uma das instâncias favorecedoras do monitoramento de preços no mercado, bem como contribuir para a capacitação dos profissionais.

Com referência aos medicamentos genéricos, o Ministério da Saúde, em ação articulada com os demais ministérios e esferas de Governo, deverá estimular a fabricação desses produtos pelo parque produtor nacional, em face do interesse estratégico para a sociedade brasileira, incluindo, também, a produção das matérias-primas e dos insumos necessários para esses medicamentos.

Na Resolução nº 338/2004, do Conselho Nacional de Saúde, que configura a noção de Assistência Farmacêutica, igualmente há um foco na oferta localizada em fontes nacionais, com ações ligadas à

definição e pactuação de ações intersetoriais que visem à utilização das plantas medicinais e medicamentos fitoterápicos no processo de atenção à saúde, com respeito aos conhecimentos tradicionais incorporados, com embasamento científico, com adoção de políticas de geração de emprego e renda, com qualificação e fixação de produtores, envolvimento dos trabalhadores em saúde no processo de incorporação desta opção terapêutica e baseado no incentivo à produção nacional, com a utilização da biodiversidade existente no País

Como também a condução de atividades destinadas à

VIII - pactuação de ações intersetoriais que visem à internalização e o desenvolvimento de tecnologias que atendam às necessidades de produtos e serviços do SUS, nos diferentes níveis de atenção;

IX - implementação de forma intersetorial, e em particular, com o Ministério da Ciência e Tecnologia, de uma política pública de desenvolvimento científico e tecnológico, envolvendo os centros de pesquisa e as universidades brasileiras, com o objetivo do desenvolvimento de inovações tecnológicas que atendam os interesses nacionais e às necessidades e prioridades do SUS;

Mas é através da Portaria MS/GM nº 374 de 2008 que se consagra um outro ângulo desse foco nos aspectos locais da política de saúde. É verdade que sempre se resgata a atenção sobre os insumos nativos como um aspecto singular e único da política nacional:

Considerando que a Política Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos, instituída pelo Decreto nº 5.813, de 22 de junho de 2006, estabeleceu um papel de destaque ao Ministério da Saúde na promoção do desenvolvimento sustentável das cadeias produtivas de plantas medicinais e fitoterápicos e o fortalecimento da indústria farmacêutica nacional neste campo;

Igualmente, a normativa se volta às características institucionais da demanda tecnológica do sistema de saúde brasileiro:

Considerando a necessidade de reestruturação e ampliação do escopo de atividades da Rede Brasileira de Produção Pública de Medicamentos, instituída pela Portaria nº 2.438/GM, de 7 de dezembro de 2005, de forma a atender à nova estrutura do Ministério da Saúde e às novas demandas ligadas à produção pública do segmento de base biotecnológica do Complexo Industrial da Saúde;

Mas o que particulariza essa norma é a clara incorporação do sistema produtivo nacional no *centro* dessa política, e *através do sistema de compras*:

Considerando que a Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação em Saúde - PNCTI/S, aprovada em junho de 2004, estabeleceu que o Estado deve ter papel destacado na promoção e regulação do complexo produtivo da saúde, por intermédio de ações convergentes para apoio à competitividade, financiamento e incentivo à P&D nas empresas, política de compras, defesa da propriedade intelectual, incentivo às parcerias e investimentos em infra-estrutura;

São as *empresas* que estão sendo chamadas a atuar no âmago deste processo de desenvolvimento tecnológico, apontando-se como elemento primordial a parceria entre tais agentes econômicos e a estrutura de demanda tecnológica do sistema público.

A transformação não se resume em trazer a luz o agente privado, objeto de política de compras e simultaneamente de tecnologia. O papel da localização vai além do atendimento passivo às necessidades da saúde, para usar a economia da saúde como um fator de desenvolvimento econômico, daí ativo e modificador das condições sociais brasileiras. Em primeiro lugar, criando escala para produção local, e possibilidade de diminuir a dependência de importação:

Considerando a necessidade de criação de mecanismos para organizar, articular e integrar as ações voltadas à produção, ao desenvolvimento científico-tecnológico e à inovação, como forma de garantir os insumos estratégicos para a saúde e a qualidade de vida da população brasileira, minimizando a dependência de importação de insumos importantes para a saúde pública,

Em segundo lugar, para gerar o fluxo inverso, e ativo, de aplicação das tecnologias desenvolvidas em eficiências externas ao território nacional:

Considerando que a Política de Desenvolvimento da Biotecnologia, instituída pelo Decreto nº 6.041, de 8 de fevereiro de 2007, estabeleceu como diretriz geral para a área setorial de saúde humana o estímulo à produção nacional de produtos estratégicos, fazendo com que a bioindústria brasileira caminhe na direção de novos patamares de competitividade, com potencial para expandir suas exportações e estimular novas demandas por produtos e processos inovadores;

Tais propósitos, que se ensaiavam com base no percurso específico do art. 196 da Constituição, ou seja, na atuação na economia com vistas especificamente à política de saúde, a partir da Lei 12.349/2010, com a incorporação do princípio do desenvolvimento entre os fins da política de compras do Estado, integram-se assim num vetor jurídico e de política pública em consonância.

### **Da nacionalização das tecnologias como pressuposto constitucional**

Essas considerações que, pela amplitude dos problemas jurídicos em questão, só poderiam ser esquemáticas, não podem concluir sem a consideração de um aspecto central desse exercício. O de que toda essa política pressupõe que a tecnologia desenvolvida, seja como *nova* seja como *semeadura de novas fontes de suprimento* tenha de permanecer sobre controle nacional.

A raiz constitucional desse mandamento já foi amplamente discutida. Não é simplesmente uma *alternativa plausível* que a intervenção estatal imposta pelo art. 196 da Constituição se faça com assimilação e nacionalização dos conhecimentos adquiridos ou gerados. Do art. 218 e 219 da Constituição derivam dos preceitos: o a concentração da ação do Estado no tocante às tecnologias – sem exclusão das relativas à saúde – ao *sistema produtivo nacional*; e o de que a ação estatal tem como objetivo crucial a *autonomia tecnológica nacional*.

Como já se enfatizou, não há aqui, no texto constitucional, nem na constituição da política de intervenção estatal no campo da saúde nenhuma ilusão de autarquia. Não há nesse complexo de políticas, tecidas sob o mandado constitucional, qualquer veleidade de abandono pelo Estado Brasileiro dos pressupostos de um sistema jurídico internacional que tutele a propriedade intelectual, ou denegue os valores do investimento estrangeiro. Seria curioso que assim se fizesse, quando se percorre um momento da história brasileira em que o investimento brasileiro *no exterior* passa a ser economicamente substantivo.

Nem se leia neste estudo qualquer insistência no papel prevalente do Estado na economia interna; como frisamos, a intervenção imposta pelo art. 196 da Constituição, em favor dos interesses da saúde, só se legitima nas hipóteses em que inexista adequado suprimento de tecnologia, nas condições que a livre iniciativa puder propiciar a satisfação dos interesses fundamentais da saúde.

A essência da livre iniciativa será sempre a possibilidade de agentes econômicos apresentarem alternativas de suprimento de bens e serviços. Os instrumentos que, eventual ou temporariamente – como as patentes e o direito autoral –, são instituídos pelo Estado como exceções à livre iniciativa, têm propósito de servir à demanda por novas soluções técnicas ou expressivas. São mecanismos de atender as demandas asseguradas por direitos fundamentais, inclusive o direito a saúde.

Não existe, porém, nem no tecimento do Direito Internacional vigente, nem no contexto constitucional que se examinou neste estudo, nenhuma vedação ao estímulo de *novas tecnologias e alternativas de fontes de suprimento*. Desde que integralmente respeitados os direitos de propriedade intelectual assegurados pelo Art. 5º da Constituição, não se veda ao Estado, antes se-lhe exige, a construção de meios de aumentar a competitividade e criar novos conhecimentos e obras expressivas.

O que se viu, assim, neste texto, é que – quando a competição no mercado parece insuficiente para otimizar a satisfação da demanda fundamental pela saúde – cumpre ao Estado, como dever, tomar as ações que implementem tal requisito central. Para tanto, e como imperativo que se lê, *pelo menos*, no art. 219 da Constituição, as ações estatais não podem perder de vista o objetivo da *autonomia tecnológica nacional*.

## Uma conclusão

Os instrumentos de política pública de saúde descritos neste estudo tem, todos, um elemento comum. A atuação estatal em favor da saúde pública, utilizando o volume absoluto de recursos que somam seu *poder de compra*, cria eficiências e racionalidades na atuação de demandas localizadas. Como o Brasil tem uma economia de grande porte, e demandas de saúde que expressam esse tamanho, o Estado pode fazer desenvolver conhecimentos e técnicas que utilizem seus recursos peculiares, que atendam suas características sociais e sanitárias específicas, através de instituições e procedimentos que lhe são adequados.

Utilizando-se dos mesmos meios, o Estado pode operar no sentido de criar fontes alternativas de suprimento de fármacos e medicamentos (assim como de equipamento e outro material de saúde), tentando diminuir o controle de agentes econômicos singulares sobre a disponibilidade e o preço dos bens necessários à saúde pública.

O elemento comum é que essa escolha, seja pela customização de conhecimentos e de produções, seja pela criação de alternativas de suprimento, exige dos agentes privados um engajamento além da operação comercial momentânea; algumas vezes de ciclo longo. Os objetivos apontados para essas políticas não serão alcançados pelo suprimento imediato de produtos indiferenciados, oferecidos no mercado para consumo imediato. Neste campo de política pública, o bem demandado não é a utilidade iminente.

Resulta desta constatação um requisito de elegibilidade dos agentes econômicos privados que participem desse gênero de programas. Sendo uma condição substantiva, ela será também jurídica. Os parceiros privados para desenvolvimento de tecnologias inexistentes ou alternativas, para atender os requisitos de direito público que necessariamente regem sua relação com o Estado brasileiro, terão de ter potencial tecnológico, ou real tecnologia, e capacidade de engajamento para a comunicação dos conhecimentos.

Como a natureza do exercício exige uma repartição, ainda que tópica e temporária, de capacidade competitiva com o Estado (repassando uma tecnologia de que já dispõe, ou que vai gerar em conjunto), o agente privado deve estar disposto a essa aventura conjunta. Do ângulo do agente estatal, deverá haver exigibilidade jurídica desse comportamento privado, sindicabilidade de seus esforços e adimplementos, e segurança de que o vínculo jurídico encontre eco suficiente no patrimônio do agente privado.

Em suma, esse gênero de utilização da capacidade de compra do Estado brasileiro, no campo da saúde pública, exige uma mutação de estilo e de expectativas das empresas do setor de fármacos e medicamentos (e outros bens de interesse da saúde) equivalente ao que o Estado português teve de induzir ao fim da fase pau-brasil. Não se tem mais o simples extrativismo de receitas, mas uma oportunidade de exploração comum de recursos materiais e humanos. No caso, não só da saúde pública, mas do desenvolvimento no sentido amplo do art. 3º da Constituição Federal.