**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE ODONTOLOGIA DE BAURU**

MARLI MONTEIRO

**O prontuário odontológico como categoria jurídica da propriedade
intelectual e o cumprimento da função social previsto na
Constituição Federal do Brasil**

**BAURU
2015**

MARLI MONTEIRO

O prontuário odontológico como categoria jurídica da propriedade intelectual e o cumprimento da função social previsto na Constituição Federal do Brasil

Tese apresentada à Faculdade de Odontologia de Bauru, da Universidade de São Paulo, como requisito para obtenção do título de Doutor em Ciências Odontológicas Aplicadas.

Área de concentração: Odontologia em Saúde Coletiva,

Orientador: Prof. Dr. Arsenio Sales Peres

Versão Corrigida

**BAURU
2015**

Monteiro, Marli

M764p O prontuário odontológico como categoria jurídica da propriedade intelectual e o cumprimento da função social previsto na Constituição Federal do Brasil / Marli Monteiro -- Bauru, 2015.

72 p. : il. ; 31 cm.

Tese (Doutorado) -- Faculdade de Odontologia de Bauru. Universidade de São Paulo.

Orientador: Prof. Dr. Arsenio Sales Peres

Nota: A versão original desta tese encontra-se disponível no Serviço de Biblioteca e Documentação da Faculdade de Odontologia de Bauru – FOB/USP.

Autorizo, exclusivamente pra fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, por processos fotocopiadores e/ou meios eletrônicos.

Assinatura do autor:

Data: 30/04/2015

DEDICATÓRIA

De modo especial à MARIANA GONÇALVES MONTEIRO e EDUARDO MONTEIRO, casal de camponeses que, apesar das escassas letras e das agruras da vida, ensinaram que permanecer em pé é o único meio de alcançar o horizonte.

A LEONARDO DE ALMEIDA MONTEIRO, por ter mostrado que não possuímos nada no mundo, pois o acaso pode nos tirar tudo.

A LUIZ HENRIQUE MONTEIRO GARCIA, pela fé, persistência e essa crença ilógica na ocorrência do improvável.

AGRADECIMENTOS

À DEUS pela graça de ter, com saúde, luta e a força da oração, vencido todos os obstáculos, que não foram poucos a se anteporem em meu caminho e elaborar esta tese.

Ao grande mestre Prof. Dr. ARSENIO SALES PERES, que acreditando na importância e quase improvável desenvolvimento do tema meu muito obrigado pela amizade e colaboração. Espelho dos orientandos a quem dedico verdadeira admiração e profundo respeito.

Ao meu grande companheiro ADILSON BUENO LEITE, que faz da sua profissão um hino de fé no valor justiça e me enche de coragem, nunca permanecendo à minha frente ou atrás, mas, simplesmente ao meu lado.

Ao amigo SAID YUSSUF ABU LAWI, por mostrar que existem novas oportunidades onde não sabia que havia caminhos.

À Prof. Dra. SILVA HELENA DE CARVALHO PERES, pela simpatia e alegria na arte de ensinar.

“La pensée ne peut connaître de barrières ; les frontières ne sont pas faites pour les droits de 'la pensée'; car elle embrasse le monde entier, elle s'épanche irrésistible comme les flots de l'océan ; et, comme on l'a fort bien dit, on ne plante pas de bornes sur l'océan ”.

(FRANCESCO RUFFINI, « De la protection internationale des droits sur les oeuvres littéraires et artistiques ». In Recueil des cours, vol, 12 ; 1926-II, p. 395).

LISTA DE SIGLAS

ABDI	Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BIREME	Biblioteca Regional de Medicina do Centro Latino-Americano e do Caribe de Informação em Ciências da Saúde
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Fundação)
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CFO	Conselho Federal de Odontologia
CUB	Convenção Uniforme de Berna
CUP	Convenção Uniforme de Paris
DNDI	Iniciativa Medicamentos para Doenças Negligenciadas
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
HIPAA	Health Insurance Portability and Accountability Act
ICTs	Instituições Científicas e Tecnológicas
LILACS	Literatura Latino Americana e do Caribe de Informação em Ciências da Saúde
MEDLINE	<i>Medical Literature Analysis and Retrieval System Online</i>
NICs	<i>Newly Industrialized Countries</i>
OMC/WTO	Organização Mundial do Comércio/ <i>World Trade Organization</i>
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
ONU	Organização das Nações Unidas/ <i>Organization of the United Nations</i>
P&D	Pesquisa e Desenvolvimento
PI	Propriedade Intelectual
SCIELO	Scientific Electronic Library Online
STF	Supremo Tribunal Federal
TRIPS	<i>Agreement on Trade Related of Intellectual Property Rights</i>
UNESCO	<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.</i>
WIPO	<i>World Intellectual Property Organization</i>

MONTEIRO, Marli. Prontuário odontológico como categoria jurídica da propriedade intelectual e o cumprimento da função social previsto na Constituição Federal do Brasil. **2015. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva). Universidade de São Paulo – Faculdade de odontologia de Bauru. P.75**

RESUMO

A propriedade intelectual tem merecido destaque nas discussões atuais, trazendo à reflexão as considerações sobre o que efetivamente pode-se considerar propriedade intelectual e científica, pelo destacado valor que se dá ao texto como registro de idéias e de organização do pensamento, bem como meio de difusão dos saberes produzido. O que aqui se propõe é refletir, com base na legislação brasileira, sobre o que efetivamente pode-se considerar como resultado do esforço intelectual de um pesquisador ou produtor, na área da ciência, mais precisamente no âmbito da Odontologia e o que constitui dados do paciente. O prontuário odontológico tem o domínio pertencente ao paciente, como estabelece o Código de Ética Odontológica (2013). No entanto, por expressar o conhecimento do profissional, suas conclusões, e meio de prova em eventuais demandas judiciais, esse registro é fundamental para a construção de um diálogo entre os diversos produtores do conhecimento e seus destinatários. Por ter uma função social, como preconizado pela Constituição Federal do Brasil, é preciso que a Sociedade tenha acesso às descobertas científicas e à produção dos Cirurgiões-Dentistas, sem que suas idéias permaneçam trancadas em arquivos. Exige-se, na atualidade, que seja destacada a parte que compõe o registro de dados pessoais do paciente, e aquilo que é registro do profissional e construção intelectual deste, evitando-se assim que a criação e produção intelectual do profissional estejam na propriedade de outrem e não do seu criador.

Palavras Chaves: ODONTOLOGIA LEGAL, PROVA PERICIAL, DIREITO DE PROPRIEDADE.

MONTEIRO, Marli. Dental records as legal category of intellectual property and the fulfillment of social function, as provided for in the Federal Constitution of Brazil. 2015. thesis (doctorate in public health). University of São Paulo – Faculdade de odontologia de Bauru. P.75

ABSTRACT

Intellectual property has been featured in the current discussions, bringing to reflection about what considerations effectively can be considered scientific and intellectual property, by the highlighted value that gives the text as a record of ideas and organization of thought as well as a means of disseminating the knowledge produced. What is proposed here is to reflect, on the basis of the Brazilian legislation, about what actually can be considered as a result of intellectual effort of a researcher or producer, in the area of science, more precisely in the context of dentistry and what constitutes patient data. However, by expressing the professional knowledge, their conclusions and evidence in any litigation, this record is fundamental to the construction of a dialogue between the various producers of knowledge and their recipients. To have a social function, as advocated by the Federal Constitution of Brazil, the society has access to scientific discoveries and the production of dentists, without which his ideas remain locked in archives. If required, at the present time, which highlighted the part that composes the personal data of the patient record, and that record of professional and intellectual construction of this to avoid that the creation and production of intellectual property of others are professional and not its creator.

Keywords: DENTISTRY, LEGAL EXPERT EVIDENCE, RIGHT Of OWNERSHIP.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	REVISTA DA LITERATURA	15
2.1	A propriedade Intelectual e científica.....	15
2.1.1	Breve histórico acerca do Direito de Propriedade	15
2.2	A Propriedade Intelectual e Científica na legislação estrangeira.....	19
2.3	O Conhecimento Científico como capital humano.....	24
2.4	A Propriedade Intelectual e a Saúde Pública	26
2.5	A Propriedade Intelectual na Constituição Federal Brasileira.....	29
2.5.1	Princípios Constitucionais da Propriedade Intelectual.....	30
2.5.1.1	Princípio da Proporcionalidade.....	33
2.5.1.2	Princípio da Razoabilidade.....	34
2.5.1.3	O Princípio da Dupla Proteção	36
2.5.1.4	Princípio da Proteção da Função Social da Propriedade	38
3	PROPOSIÇÃO	41
3.1	Objetivo Geral.....	41
3.2	Objetivos Específicos	41
4	MATERIAL E MÉTODO.....	43
4.1	Opção Metodológica.....	43
4.2	CrITÉRIOS de Inclusão e Exclusão	44
5	O PRONTUÁRIO ODONTOLÓGICO.....	45
5.1	Posse e propriedade do prontuário odontológico	49
5.1.1	O tratamento jurídico acerca da propriedade	50
5.1.2	A natureza jurídica da posse na legislação brasileira.....	51

5.2	A revitalização do sigilo profissional	53
5.3	A imagem e os direitos da personalidade.....	55
5.4	O Prontuário enquanto produção científica	57
6	DISCUSSÃO	61
7	CONCLUSÃO	63
	REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

Em época de globalização e disseminação do Conhecimento, a questão da Propriedade Intelectual ganha importância nas discussões jurídico-doutrinárias, pelo destacado valor que se dá ao texto como registro de idéias e organização do pensamento.

O conceito de propriedade, de acordo com entendimento doutrinário acerca das produções intelectuais e científicas, que é a proposta deste estudo, bem como a proteção que estas recebem do Direito brasileiro, com revista na literatura nacional e estrangeira, são tomados em sentido amplo.

Por propriedade intelectual, adota-se a definição estabelecida pela Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual), qual seja; a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, bem como às interpretações e às execuções em todos os domínios da atividade humana, juntamente com as descobertas científicas em todos os campos de pesquisa. (OMPI, 2013).

Em razão de reforma da Lei do Direito Autoral, levada a efeito em 2010, logo após a realização do Fórum Nacional do Direito Autoral, pelo Ministério da Cultura, que aconteceu em 2007, com a participação de advogados e pesquisadores tendo culminado com o anteprojeto de lei, elaborado pelo Ministério da Justiça, cuja discussão ganhou contornos de reforma legislativa, as propostas trouxeram à reflexão o que efetivamente pode-se considerar como resultado do esforço intelectual de um pesquisador ou produtor na área da Ciência. (MINISTÉRIO DA CULTURA; 2013).

A titularidade de uma obra literária, artística ou científica é, em termos históricos, uma reserva legal recente. Na antiguidade, acreditava-se que as criações intelectuais provinham das divindades que as revelavam aos eleitos para desenvolvê-las. (CRISTOFOLETTI; 2006).

Na Idade Média, houve o predomínio da exegese. O detentor da autoridade de escrever possuía também a tarefa de interpretar e dar uma significação mais ampla, desde que em consonância com os dogmas cristãos, pois neste período Ciência e Religião eram a um só tempo dominadas por esta última. (VIVEIROS DE CASTRO; 2004).

A partir de Aristóteles, o conceito de Criação humana se consolidou, com a teoria da causalidade necessária. Houve mudança no sentido de autoria da obra literária, artística ou científica. O pensamento básico contido no texto era oculto aos olhos do leitor, tendo cada intérprete que expressar o sentido para a palavra de Deus, o qual deveria ser o mais próximo dos interesses dos detentores do poder, para manutenção desse poder. (POZZO; 2006).

A criação só recebe proteção depois de claramente expressado o seu sentido, o que acontece com os diagnósticos e laudos que compõem o prontuário odontológico e, portanto uma criação da mente daquele que o elaborou. A propriedade, entendida como um meio de proteção contra as condições de marginalização, não pode ser vista como um fim em si mesma, mas, como motor de desenvolvimento humano de todos os povos. (CRISTOFOLETTI; 2006).

O titular da produção intelectual ocupa uma posição de poder sobre o mercado econômico e a detenção desse bem por uma só pessoa configura privilégio, em detrimento do interesse coletivo.

O conhecimento tem uma função social e é preciso que a ele toda sociedade tenha acesso, não podendo as idéias serem trancadas em armários, gavetas ou arquivos eletrônicos, assim impedindo seu desenvolvimento. Isto acontece porque o direito de propriedade intelectual não está baseado no direito natural de propriedade, mas sim no seu potencial de estimular a criatividade futura.

Num ambiente em que prevalece a economia de mercado, com crescente incentivo ao fluxo de investimentos no conhecimento, a comunidade científica brasileira parece ter percebido a necessidade de reconhecimento dos valores econômicos ligados a outros modos de produção, que não o capitalista, extrapolando o contexto da propriedade intelectual como mera apropriação dos recursos genéticos, mas exteriorização de todo conhecimento.

Nesse sentido, a proteção do capital e do conhecimento humano mostra-se importante, e ao bem intangível protegido juridicamente, deve ser conferida a exclusividade, sem, contudo evitar que terceiros explorem indevidamente a mesma oportunidade e possibilite que a mesma cumpra com a função social.

O prontuário odontológico, considerado como um conjunto de documentos relacionados à assistência prestada a todo paciente, tem o domínio pertencente a este, como estabelece o Código de Ética Odontológico (CFO; 2012).

Com indicadores de doenças e dados importantes para o Ensino e a Pesquisa, o mesmo guarda relevante valor jurídico, por estarem ali expressos os conhecimentos do profissional, suas conclusões, seu diagnóstico e tomada de decisão para tratamentos indicados, inclusive servindo como meio de prova em eventuais demandas judiciais.

Esse registro é fundamental para a construção de um diálogo entre os diversos produtores do conhecimento e seus destinatários, de forma emancipadora do bem estar social. (HABERMAS;1981).

Como a posse é a exteriorização da propriedade, com a intenção de tê-la como sua, exige-se, na atualidade, que seja destacada a parte que compõe o registro de dados pessoais do paciente, do documento, daquilo que é registro pessoal do profissional; ou seja, construção intelectual deste.

Após conceituar-se a propriedade intelectual no contexto da sociedade do conhecimento, abre-se discussão sobre a eventual disponibilidade da informação produzida pelo Cirurgião-Dentista, com o conjunto de outros elementos que compõem o prontuário, bem como se estas devem ser interpretadas como propriedade exclusiva do paciente, divorciadas do interesse social que toda produção de conhecimento deve guardar.

Considera-se que os atuais regulamentos que envolvem os bens intelectuais não protegem adequadamente tanto os achados clínicos como a Ciência produzida nos consultórios odontológicos. Portanto, tal regulamentação necessita ser revista e melhorada, num processo hermenêutico construtivo de uma nova ordem econômica social. (HABERMAS; 1981).

Neste estudo tem-se o objetivo de desenvolver uma análise crítica sobre a questão do Prontuário Odontológico como propriedade exclusiva do paciente, mas também do Cirurgião-Dentista, eis que estão apontados nele o conhecimento exteriorizado do profissional, suas análises e conclusões, bem como as imagens radiológicas feitas por ele.

Necessária, portanto, se estabeleça uma reflexão acerca da interpretação da legislação que preconiza a propriedade do prontuário odontológico para o paciente e a posse ao Cirurgião-Dentista, objeto de discussão em tópico próprio, delimitando-se o que constitui dados do paciente e em que consiste o apontamento do conhecimento científico do Cirurgião-Dentista, para construção de uma nova categoria da propriedade sobre o conhecimento e a ciência.

2 REVISTA DA LITERATURA

2.1 A propriedade intelectual e científica

2.1.1 Breve histórico acerca do Direito de Propriedade

A titularidade de uma obra literária, artística ou científica é, em termos históricos, uma reserva legal recente. Na Antiguidade, as criações intelectuais provinham das divindades que as revelavam aos escolhidos ou eleitos para desenvolverem-nas, com vista a registro posterior, sendo a criação uma benção dos deuses e não o resultado da atividade intelectual. (CRISTOFOLETTI; 2006).

A ligação que um autor tem com seu trabalho lhe confere direito de explorar economicamente o seu trabalho em todas as formas possíveis, por tratar-se de um direito patrimonial. (POZZO; 2006).

Desde o Direito Romano, a propriedade intelectual, em sua formulação legislativa, é tida como direito patrimonial, considerando as faculdades morais relacionadas à propriedade intelectual como um direito inalienável, baseada no princípio de que pensamentos são transmitidos por meio da fala ou escrita e muitas vezes por um terceiro que é remunerado para tanto.

A fim de fazer nossos os pensamentos de outrem, há uma ação a intermediar esse caminho, qual seja, ler o livro, examinar a obra, sobre o seu conteúdo, considerá-lo sob diferentes aspectos e, eventualmente, aceitá-lo dentro de nossas conexões de ideias. (POZZO; 2006).

Com primazia das faculdades morais dentro do *corpus* de documentos, o elemento intelectual é dividido no material e os pensamentos que apresenta; e a forma desses pensamentos chegarem até o leitor, ou seja, a maneira pela qual as conexões irão se formular na mente daquele que interpreta e as palavras através das quais o livro é apresentado. (HABERMAS; 1981).

Como resultado do trabalho humano, realizado por capacidade e esforço mental, a categoria da propriedade intelectual, na dualidade cartesiana, encontra a

separação entre criador e criatura, ou mais filosoficamente, a dualidade de substância (separação entre mente pensante e corpo que produz).

Na modernidade, o pensamento cartesiano aparece ao tratar a *res extensa* e a *res cogitans* como coisas distintas: aquele que produz o faz como um bem, um objeto distinto da mente que pensa e produz essa “coisa”, e tem valor de mercadoria, atribuindo-se-lhe um valor econômico.

John Locke introduziu a classificação de coisa a toda extensão do corpo humano, elevando à categoria de propriedade privada, tudo que sofresse a ação do homem sobre algo exterior, capaz de ser apropriado por outrem. Nesse sentido, justifica-se até mesmo uma espécie de apropriação de um humano por outro; através do trabalho e, via de consequência da *res cogitans* como um bem sobre o qual outrem pode deter a propriedade. (TEREZI; 2008).

A criatividade ou a criação intelectual está no indivíduo, e se ela constitui a razão do direito de propriedade, então é justificável que o conhecimento deva ser interpretado como resultado do trabalho do pensamento, e o ser humano, de forma muito natural tenha a propriedade sobre suas ideias.

A produção intelectual é uma questão intrincada para os estudiosos, porque ela explica não apenas que se pode de algum modo, criar a si próprio enquanto humano, como o fato de que entre os humanos a inovação é resultado de “trabalho”: os humanos, se reinventam a cada criação e são também modificados por elas. E tal conceito pertence ao paradigma da produção.

Para o materialismo histórico, a base econômica da sociedade como fator determinante de sua história, e tudo o que se passa na esfera da superestrutura é mero reflexo dos processos que se desenrolam na base, por conseguinte, no desenvolvimento da ciência. A concepção dominante, por outro lado, de maneira geral se insere no que se pode chamar de idealismo histórico, entendida como a esfera da racionalidade, onde está o princípio dinâmico da história. (GRAMSCI; 2008).

A ciência, exaltada como grande conquista da mente humana, é ainda mais importante neste contexto, como uma esfera autônoma, que influencia, mas não é

influenciada pelo que acontece na base econômica. Nesse sentido, o progresso material da humanidade está na prática científica e o valor de mercado é um *plus* em relação ao valor principal que se deve atribuir à ciência e ao conhecimento. (GRAMSCI, 2008).

Modernamente, a produção intelectual tem a tutela de proteção individual, sob a perspectiva de que tanto a criação quanto a criatura são a um só tempo: fonte produtora e produto de um indivíduo; e a exploração econômica do trabalho intelectual é natural e benéfica para a sociedade. Mas, ao mesmo tempo isso traz um conflito entre o público e o privado, porque o resultado da produção intelectual deve estar a serviço da coletividade, mas sua garantia é, no entanto, de ordem privada. (HART; 2006)

Como a propriedade intelectual é ligação entre a pessoa e a sua criação, na forma de um direito, e este produto pode ser utilizado por outras pessoas, carregando a marca de quem a originou, numa espécie de extensão (*res extensa*) do criador, atribuindo-se um valor de mercado e o estabelecimento de parâmetros econômicos para a utilização desse produto por outrem. (STRATHERM; 1996).

A valorização da ciência e do produto do intelecto é uma concepção que nasce com a Revolução Científica, e consolida-se no Iluminismo, encontrando sua maior contribuição, no plano filosófico, de tradição positivista. A classe dominante valoriza a ciência tanto como a forma mais profunda, rigorosa e confiável de conhecimento acessível ao homem, e também como promotora do progresso material da humanidade, através de suas aplicações tecnológicas, num processo de mercantilização do conhecimento e das criações intelectuais.

Ao descrever o processo de “coisificação” e venda do resultado de uma atividade intelectual, o faz no sentido de que este é uma mercadoria fictícia; ou seja, é um bem ao qual falta algum dos atributos das mercadorias tradicionais no mercado, mas que funciona como uma mercadoria qualquer no sistema capitalista. (MARX; 1983).

Em todo o mundo globalizado, e isso se nota nos discursos oficiais, não há dúvidas de que a ciência, exclusivamente em termos de sua importância econômica,

é só mais uma força produtiva dominada pela classe detentora do poder. (SANTOS; 2004).

Tendo sua origem nas patentes, marcas e *copyrights*, a propriedade intelectual passou a ser pensada a partir do indivíduo criador, inventor e possuidor de direitos, mais precisamente no Século XIX. São os que a doutrina designa por bens intelectuais; ou seja, as ideias, num sentido amplo que inclui as descobertas, as invenções, enfim, todas as entidades abstratas criadas pelo intelecto. (BAUNAIN; CARVALHO, 2000).

Mas, as patentes e os direitos autorais surgem no Século XV, em Florença e Veneza, nascedouro do sistema capitalista. De lá para cá, o desenvolvimento capitalista é associado a uma mudança no setor dinâmico da economia, que passa da indústria para o setor dos bens intelectuais, culminando com as chamadas “sociedade do conhecimento”, ou sociedade “da informação”; expressões usadas para caracterizar nosso tempo. (BASSETO; 2013).

Atualmente o panorama de mudanças, no âmbito das invenções é muito mais tangível, qualquer que seja o ângulo sob o qual se concentrem as percepções e análise, tanto de um simples observador quanto de um atento pesquisador. As mudanças ocorrem no plano das ideias, de sua manifestação e do comportamento individual e coletivo, fugindo dos parâmetros que nortearam a sociedade, ao sucederem-se as gerações. (BASSETO; 2013).

Definida, pela OMPI como a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, bem como às interpretações e às invenções em todos os domínios da atividade humana, as descobertas científicas, e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico, são garantidos constitucionalmente como direitos da pessoa humana. (BRASIL; 1988).

Antes, a expressão era empregada, mais restritamente, aos direitos autorais, o que resumia a noção de propriedade intelectual a um capítulo do direito, que abrigava os demais gêneros. Na definição da Convenção de Paris (CUP), artigo 1º § 2, esta representa o conjunto de direitos que compreende as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica

ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal. (OMPI; 2014).

2.2 A Propriedade Intelectual e Científica na legislação estrangeira

Mudanças profundas ocorridas na economia mundial entre 1980 e 1990, em decorrência do processo de globalização fez nascer um novo processo produtivo, abandonando os modelos taylorista e fordista de lucro e apropriação dos bens de produção, com foco no interesse social, identificado como *science-based industry*. (BOYLE; 2002).

Entendida como monopólio conferido pelo Estado ao resultado dos direitos relacionados às produções científicas e às invenções em todas as atividades humanas, a preocupação em proteger os autores é, em termos históricos, bastante recente e uma preocupação mundial.

Na atualidade, o desenvolvimento econômico estriba-se mais na capacidade de os países produzirem, apropriarem-se e aplicarem o conhecimento na geração e distribuição de riquezas, diminuindo as diferenças sociais que na produção dos bens em si. A riqueza também vem assumindo, cada vez mais, novas feições e a base sobre a qual se assenta a economia têm características de ser intangível.

O sucesso é mensurado pela capacidade de identificar, cultivar e explorar os ativos intangíveis e não pela produção em série. Neste contexto, é de importância crescente a proteção à propriedade intelectual como elemento necessário para facilitar a valorização econômica desses ativos intangíveis.

A legislação ainda não é capaz de manter sob proteção toda ciência e conhecimento que a humanidade produz, mas não se pode deixar de considerar a importância dos estatutos de proteção legal da propriedade intelectual, sendo esta condição essencial para o funcionamento eficaz das economias contemporâneas, principalmente no estágio atual, no qual o conhecimento científico e tecnológico é

visto como a mola propulsora do crescimento e desenvolvimento econômico e social.

Vista como uma instituição fundamental do capitalismo, socialmente determinada e historicamente contextualizada, articulada à ascensão burguesa, e de caráter nacional, já no século XIV a Coroa Inglesa procurou atrair artesãos do Continente Europeu protegendo legalmente suas habilidades na Inglaterra; da mesma forma que a primeira lei moderna de patentes, promulgada em Veneza em 1474 concedia o monopólio temporário de exploração da patente nos limites geográficos da província. Esse marco de referência nacional é a base sobre a qual se assenta a legislação estrangeira e os tratados internacionais, bem como se dá o processo de internacionalização da regulamentação da propriedade intelectual. (BARBOSA; 2005).

Em 1883, em reunião que aconteceu em Paris, vários países estabeleceram um tratado com vista a assegurar a propriedade intelectual, de maneira relativamente uniforme, que resultou na chamada Convenção de Paris. Modificada, posteriormente em Estocolmo, em 1967, esse acordo é administrado pela *World Intellectual Property Organization* (WIPO) e suas principais cláusulas tratam basicamente de quatro categorias principais de proteção: tratamento igual aos nacionais de cada país membro nas respectivas legislações; o direito de prioridade, no qual o titular de uma patente num país membro da convenção tem direito a um período específico de tempo para requerer o seu registro nos demais países e, o estabelecimento de certo número de regras comuns nas legislações dos países membros. (BUAINAIN; CARVALHO, 2000).

O que se observa, no entanto, é que a Convenção protege a forma e não propriamente às ideias nelas expressas, sendo que seu objetivo é a proteção para as obras literárias e artísticas, incluída as produções científicas.

Meramente exemplificativa, a convenção reúne uma série de leis nacionais, inclusive a brasileira, salientando que haverá proteção não só para as obras originárias como para as derivadas, realizadas mediante autorização. (BARBOSA; 2003).

As regras estabelecidas nos tratados e convenções, de ordem pública internacional, são no sentido de orientar e sugerir aos Estados soberanos o seu conteúdo em legislação interna, não estando, de modo algum, obrigados a adotá-las e, sua inobservância traz reprimendas internacionais, mas nenhuma compensação financeira para as pessoas em relação às quais a regra deveria ser aplicada.

A Convenção estabelece ainda, a garantia para os signatários, de independência de patentes, e não obriga que a concessão de uma patente por um país membro dependa de autorização do outro país para reconhecê-la; tampouco que haja a menção do inventor na patente e garante o privilégio da importação ao detentor da patente ou a quem licenciar. (BUIANAIN; CARVALHO, 2000).

Em 1980, na cidade Suíça de Genebra foi realizada uma revisão na Convenção, com objetivo de internacionalizar a propriedade da tecnologia e o setor produtivo, sem, no entanto, uniformizar a legislação vigente em cada país, com previsão de ampla liberdade legislativa, estando seu conteúdo aberto para normatização subsidiária, respeitando a soberania de cada um dos signatários.

Outro marco importante na legislação internacional sobre o assunto é a Convenção de Berna (CUB), de 1886, que dispôs sobre as obras literárias e artísticas, incluído regras para as produções científicas, e no mesmo sentido da Convenção de Paris, ampliou a proteção para os autores de países subscritores. (DAVID; 1993).

Com base nas convenções internacionais sobre Propriedade Intelectual (de Paris, Berna, Roma), o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), na reunião que aconteceu em 1986 no Uruguai e terminou em Montividéu no ano de 1994, foi aprovado um texto sobre as TRIPS (*Agreement on Trade Related of Intellectual Property Rights*), sob o comando da Organização Mundial do Comércio (OMC/WTO), objetivando estabelecer regras básicas de proteção para os direitos de propriedade intelectual entre os membros da OMC, garantindo proteção mínima para os direitos de propriedade intelectual e assegurando o direito de liberdade para que esses termos se ajustassem a cada legislação nacional conforme suas autonomias.

O acordo TRIPS prevê a instituição de normas de proteção para a propriedade intelectual e o comércio, ao mesmo tempo em que preconiza a

compatibilização das legislações dos países subscritores do acordo com vista ao bem da humanidade. É, segundo estudiosos, a legislação mais abrangente elaborada.

A principal característica do sistema internacional de proteção à propriedade intelectual é, provavelmente, a de que não existe, pelo menos até agora, um verdadeiro sistema internacional de proteção à propriedade intelectual. Essa afirmação pode parecer contraditória, em face da tradição secular representada pelos regimes de Berna e de Paris e de todo o arcabouço jurídico existente no nível dos Estados e de alguns espaços econômicos comuns (Europa). Na verdade, coexistem, se superpõem, se repetem, ou se contradizem — regimes distintos de proteção aos direitos de propriedade intelectual, geograficamente delimitados e nacional ou regionalmente caracterizados, não se conformando, assim, um conjunto organizado e coerente de elementos estruturados e inter-relacionados em suas diversas partes, que responderia à definição de sistema. (ROBERTO DE ALMEIDA; 1990, p. 08).

A legislação existente, para proteção das produções intelectuais e científicas é bastante frágil, com lacunas e contradições, que permitiram a alguns países industrializados apropriarem-se de tecnologia e conhecimento para desenvolverem-se, e a rodada de negociações do Uruguai pretendeu interceder para que não houvesse aproveitamento de estudos levados a efeito em países vulneráveis, sem muito sucesso, contudo.

Ao final da II Grande Guerra, os laboratórios norte-americanos e europeus detinham um grande estoque de tecnologias exploráveis e com possibilidades de investimentos. Essas tecnologias possibilitaram a expansão dos setores de ponta da economia e contribuiu significativamente para o crescimento econômico internacional desde meados do Século XX até os dias atuais. (ROBERTO DE ALMEIDA; 1990),

Até a década de 70, quando a taxa de crescimento da produtividade em alguns países avançados desacelerou, alguns dos líderes da economia mundial, preferiram apelar para uma tendência ascendente ao estabelecimento de barreiras não tarifárias e de uma série de políticas governamentais objetivando esconder a manipulação de medidas protecionistas nos países desenvolvidos. A maioria desses países desenvolvidos passou a considerar que a ampliação dos direitos de propriedade intelectual, em escala mundial, seria de extrema importância para dois aspectos: primeiro permitiria incentivos à inovação pelas empresas nacionais e

corporações multinacionais e, em segundo lugar constituiria uma barreira defensiva contra a imitação estrangeira de tecnologias desenvolvidas nacionalmente. (ROBERTO DE ALMEIDA: 1990).

Embora os argumentos não sejam objetáveis completamente, eles trazem consequências práticas capazes de enfraquecer o compromisso dos países avançados com uma ordem econômica internacional liberal. Tais consequências se referem, por um lado, ao impacto real de um sistema restritivo de proteção à propriedade intelectual sobre o comércio internacional, restringindo a competitividade das economias nacionais e, por outro, impõe barreiras ao livre fluxo da informação que é necessária ao progresso tecnológico contínuo das sociedades e ao funcionamento adequado do próprio sistema de patentes.

Todo esforço para reformar o sistema da proteção aos direitos de propriedade intelectual passou a ser visto como um desvio político e econômico da possibilidade de implementar ajustes estruturais para responder às mudanças nas vantagens comparativas das economias nacionais, apesar de estar em jogo o desenvolvimento da economia mundial.

Com o surgimento da Conferência das Nações Unidas (ONU) para o Comércio e o Desenvolvimento em 1964, houve uma redução das disparidades entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento, otimizando a proteção da propriedade intelectual em todo o mundo, difundindo estudos e incentivando acordos internacionais para cooperação científica e tecnológica, sem, contudo impedir o uso adaptativo e muitas vezes a cópia similar com avanços na área científica.

Tal fato se deve, em grande parte, pela utilização inteligente que o Japão e mais recentemente alguns países integrantes dos NICs (Novos países Industrializados) da Ásia fizeram do sistema de propriedade intelectual então em vigor, por meio das imitações disfarçadas e da continuidade de pesquisas iniciadas em outros continentes. (BARBOSA; 2003).

Com o aumento de investimentos em pesquisas em escala global, verifica-se um sistema legal inadequado para a proteção de descobertas e pesquisas científicas, carecendo de uniformização e racionalidade com mudança na titularidade dos direitos inventivos.

2.3 O Conhecimento Científico como capital humano

O desenvolvimento econômico e a geração de riquezas materiais vêm sendo buscado de diversas maneiras, inclusive e principalmente pelo investimento em pesquisas científicas com a finalidade de solucionar problemas crônicos de qualidade de vida ao redor do mundo.

Desenvolvimento não pode ser um termo redutível ao crescimento econômico, envolvendo valores e oportunidades sociais capazes de garantir qualidade de vida para um número cada vez maior de pessoas ao redor do mundo. Dessa forma, não se pode conceber a propriedade intelectual como um mero instrumento de benefício econômico para um só país ou região, sua concepção deve ser muito mais ampla, envolvendo sua utilidade para um número cada vez maior de pessoas. (BARRAL; PIMENTAL, 2007).

No Brasil, a noção de Propriedade intelectual está contida em um capítulo do direito, em consonância com Tratados e Convenções Internacionais, compreendendo o campo da propriedade material e os direitos sobre bens imateriais de vários gêneros, em um sistema jurídico harmonizante, embora não ordenado, o qual não abrange, obviamente, a totalidade dos objetos resultantes da criação do intelecto humano.

A relação dos inventos é bem menor que a capacidade criativa do homem, e a propriedade intelectual, só se exerce sobre um objeto imaterial específico, ou seja, um bem econômico. O que o caracteriza como tal é o fato de ser incorpóreo, ou melhor, por consistir apenas na concepção, e por isso, objeto potencial de uma propriedade, quando presente a possibilidade de escassez e disponibilidade.

A noção de bem intangível tem uma funcionalidade toda especial quando se tem uma sociedade em que a economia é competitiva. Onde os valores econômicos se definem no mercado, e quando há liberdade de entrada neste mercado por parte dos agentes econômicos. (BORGES BARBOSA; 2010).

Sabido que há certos bens que, por sua natureza, não são passíveis de apropriação individualizada pelo humano, incluindo-se entre eles, o conhecimento científico, mas, nem por isso podem ser utilizados com exclusividade por aqueles

que deles se apropriam, havendo uma preponderância do interesse coletivo sobre o individual, contrariamente ao sentido norte americano de que o interesse de mercado prepondera. (BORGES BARBOSA; 2010).

O conceito de propriedade abarca as coisas tangíveis, e as concepções intelectuais, confirma o entendimento constitucional de que o autor de uma invenção tem direito personalíssimo sobre sua criação. E, na medida em que as regras aplicáveis a coisas tangíveis o são às atividades humanas, os direitos reais serão paradigma dos direitos de propriedade e, portando, carecedores de uma melhor interpretação, eis que é cristalina a natureza jurídica peculiar da propriedade intelectual.

O titular do direito da produção intelectual ocupa uma posição de poder sobre o mercado econômico e a detenção por uma só pessoa de um “bem”, capaz de oferecer satisfação às necessidades da coletividade não pode exercer seu poder em detrimento da sociedade com vista à satisfação de sua necessidade econômico financeira. Nesse sentido, a exclusividade em usar uma determinada descoberta científica, ou produção intelectual, confere-lhe um poder que se transmuda em dever de promover o bem coletivo.

A criação humana é composta de elementos que antecedem qualquer exteriorização e faz do conhecimento o progresso da humanidade e, portanto, um patrimônio que deve servir a toda humanidade, sendo o Estado um guardião do interesse coletivo.

Enquanto puramente abstrata, a criação não será protegida, segundo a Constituição Federal, e o Direito autoral não protege as ideias e conceitos, mas as formas de expressão, ponto de coincidência com o entendimento de que o resultado de um exame, e o diagnóstico apostado em um prontuário odontológico não é senão exclusividade daquele que ali apresentou o resultado de seu conhecimento técnico científico e não do paciente, porque a criação do espírito objeto da proteção legal é aquela de alguma forma exteriorizada. (BORGES BARBOSA; 2010).

Ao permitir a paralização da ideia do autor, todo progresso científico resta comprometido, tendo os cientistas que concordarem com o caminhar de novas descobertas a partir das pesquisas levadas a efeito em um ou vários estudos. A

busca do progresso científico deve estar centrada nesse aspecto, e não no crescimento econômico em si. O direito é sobre a base na qual se assentam os dados e resultados da pesquisa ou atividade, convergindo a proteção autoral às informações constantes do registro e não à ideias. (BORGES BARBOSA; 2010)

Mas a questão que se coloca é se os estudos e diagnósticos feitos por especialistas na área da odontologia e outros profissionais são considerados criações abstratas e se a lei brasileira lhes reserva a categoria de invento para essa criação, uma vez que a partir deles toda uma indústria farmacológica gira. De acordo com o disposto na TRIPs, há vedação ao patenteamento de métodos de tratamento, ainda que estes sejam inventos, e a lei brasileira, não os considera invento, estando o profissional da saúde e o paciente ligados por um contrato.

2.4 A Propriedade Intelectual e a Saúde Pública

O direito de propriedade permitiu que indústrias, em todo o mundo controlassem a produção, através do sistema de patentes, porém com limites aos direitos conferidos pela patente, para fins de investigação científica, o que conferindo ao detentor da patente o aproveitamento com objetivo de pesquisa, tendo esta o caráter de contrato com a sociedade.

A Lei nº 9279/96 traz medidas protetivas à saúde e nutrição, com vista a prevenir monopólio no setor, em consonância com acordo da OMC, capaz de elevar de forma prejudicial o aumento do preço de medicamentos. Posteriormente foi aprovada a Lei nº 10196/01, que prevê a participação ativa da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) nos processos de concessão de patentes de produtos farmacológicos, que se mostra incipiente ainda em termos de regulação jurídica. (CRISTOFOLETTI; 2006).

A saúde, como um direito de todos, recebeu tratamento legislativo somente após a Segunda Guerra, por meio da prestação pelos Estados de serviços relacionados essenciais à saúde dos cidadãos. E, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como direito socialmente protegido, a proteção à saúde, no Art.

194, garantindo de forma universal o seu atendimento, bem como a uniformidade e equivalência dos serviços prestados.

A saúde, concebida como direito de todos e dever do Estado, deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e complementa o direito humano fundamental à vida. Essa proteção constitucional envolve o desenvolvimento do país em conjunto com inovação, articulada com a questão da propriedade intelectual e o desenvolvimento de novas formas de promoção do bem estar físico e mental de todos os cidadãos. (SILVA; 2006).

Não sem razão, que a Constituição Federal é tida como a Constituição cidadã; isto porque, passou a definir objetivos para o Estado e para a sociedade, determinando a realização de políticas públicas, para a consecução do seu fim último que é o bem estar social.

Neste aspecto, afasta a interpretação privatista sobre a propriedade intelectual, não o considerando como um direito absoluto, mas que deve ser balanceado com outros igualmente protegidos por ela.

Outro não é o entendimento Jurisprudencial brasileiro assente em nossos tribunais:

Há que se ressaltar que a Constituição Federal assegura ao inventor de patentes, monopólio temporário para a sua utilização, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país (artigo 5º, XXIX), mas a mesma Lei Magna também determina que a propriedade deve atender à sua função social (Artigo 5º, inciso XXIII). Ocorre que o direito ao acesso à saúde, constitucionalmente garantido, nos termos do artigo 196 - já que se trata de direito social, previsto no artigo 6º da Carta Magna, deve ser igualmente observado no presente caso. Considerando que o medicamento que, por meio da ação originária, se pretende impedir seja patenteado, destina-se ao tratamento do câncer, a alegada errônea concessão da patente pode vir a causar graves danos à saúde e à economia pública, especialmente pelo fato de que o monopólio de sua fabricação possibilitaria o aumento abusivo de seus preços [...]. (TRF 2ª Região, AI n.º 200602010084342, 1ª Turma Especializada, rel. Juíza Márcia Helena Nunes, j. 27.06.2007).

Se, de um lado o direito à saúde é garantido constitucionalmente, de outro, a garantia de efetividade desse direito está assente no dever imposto ao Estado brasileiro de criar políticas preventivas para preservar a dignidade dos cidadãos.

Nessa esteira de raciocínio, percebe-se que a saúde é um bem individual e um direito coletivo, o que requer um balanceamento entre a a propriedade intelectual e a função social da propriedade.

Organismos internacionais de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana têm promovido importantes debates relacionados à saúde pública, no sentido de direcionar a proteção à propriedade intelectual, que não se constitui em um fim em si mesmo, mas em um investimento de caráter universal e de interesse geral. A propriedade intelectual, entendida como um meio de proteção às condições de vida digna das pessoas e não com um bem em si mesmo é a recomendação para que haja o desenvolvimento humano de todos os povos. (BASSO; 2007).

O titular de um direito de propriedade intelectual é o detentor do domínio direto sobre a obra que criou, tendo a possibilidade exclusiva de explorá-la ou de autorizar a sua exploração econômica por terceiro, mediante paga ou de forma gratuita, permanecendo na sua esfera jurídica direitos não patrimoniais como os de reivindicar a titularidade e de assegurar a genuinidade da obra, consistindo tal proteção num estímulo à inovação, notadamente na área de saúde. Daí aplicar-se o regime legal da propriedade intelectual às descobertas científicas, ainda que em casos particulares, para em análise inferir um resultado geral, importa em privatização do conhecimento.

A par da proteção à propriedade resultado da atividade intelectual, a Constituição Federal (CF) brasileira resguarda também o direito personalíssimo à intimidade e vida privada, que é direito da personalidade humana tido como direito inato, por existir antes e independentemente do direito positivo, como inerente ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações, com proteção contra a intromissão na esfera privada e a proibição de revelações de fatos a ela relativa, como por exemplo, aqueles apontados em prontuários e exames clínicos. (BITTAR; 2003).

É o direito que toda pessoa tem de que permaneçam desconhecidos determinados aspectos da sua vida, assim como a controlar o conhecimento que terceiros tenham dela, o que a maioria da doutrina aponta ser a razão de conferir ao paciente a titularidade e domínio sobre o prontuário médico odontológico.

No entanto, convém anotar que ao delimitar quais os fatos estariam inseridos na esfera da intimidade da pessoa, os quais inevitavelmente caem no campo subjetivo de valoração individual, tal não impede a partilha das informações clínicas a bem da saúde do próprio paciente, colecionadas no ficheiro clínico, documento onde é armazenada toda a informação de utilidade odontológica relativa ao tratamento, condições de saúde e cuidados prestados ao paciente, os quais, salvo melhor juízo, são (ou devem ser), de propriedade daquele que os elaborou.

2.5 A Propriedade Intelectual na Constituição Federal Brasileira

Muitas são as dificuldades para estabelecer os contornos entre a produção intelectual, a produção acadêmica e a considerada produção científica. Acirradas discussões têm sido travadas pela comunidade acadêmica acerca do chamado *publish or perish*.

Considera-se, no presente estudo, como produção intelectual àquilo que é produzido, ou mais precisamente, publicado por intelectuais ou como historicamente se designou, por aquelas pessoas dotadas de capacidade intelectual privilegiada, em referência às criações da mente, no sentido Kantiano.

A produção científica acrescenta algo de novo ao conhecimento já consolidado e mais facilmente é delimitado seus contornos limítrofes, enquanto que a produção acadêmica refere-se ao publicado no espaço das Instituições de Ensino Superior.

Entretanto, todas são criações da inteligência humana e, são propriedade de quem produziu esse conhecimento e fazem parte do contrato social, na forma preconizada por Jean-Jacques Rousseau, de que os intelectuais recebem da sociedade para produzir conhecimento, de tal forma que constitui seu dever devolver a essa sociedade, em forma de publicação, aquilo que produziram, respeitada a individualidade e a vida privada. (TARGINO; 2000).

2.5.1 Princípios Constitucionais da Propriedade Intelectual

Estudos recentes de organismos internacionais colocam em dúvida a proteção dos direitos de propriedade intelectual (PI) como incentivo a inovação em pesquisas científicas em países onde não há competitividade para o consumo de medicamentos. (WIPO; 2009).

Diante desse quadro, a propriedade científica, como resultado da pesquisa, encontra-se bastante vulnerável, tendo em vista que a era da informação propicia facilidades para a violação das criações humanas, com alterações e réplicas de conteúdos, pela rápida disseminação dos conteúdos em um período que a informação se dissemina em velocidade cada vez maior.

O desenvolvimento científico, com vista a solucionar problemas perenes em países pouco desenvolvidos é uma busca constante que requer investimentos tanto da iniciativa privada quanto do setor público (e principalmente deste). Mas, os investimentos não devem ser vistos como mera aplicação do capital objetivando riquezas; estão para além desse resultado, abarcando o atingimento do bem estar social. (BARRAL; PIMENTAL, 2007).

O resultado econômico e o desenvolvimento nacional devem ser vistos como segundo momento do investimento em capital intelectual para o desenvolvimento científico e atendimento do bem estar social. Nesse sentido, a falta de proteção legal, de forma clara e precisa, pode redundar em prejuízos econômicos, tecnológicos e sociais de dimensões incalculáveis. (BOFF; 2007).

Embora a Constituição Federal brasileira tenha consagrado a propriedade intelectual no Art. 5º, inciso XXIX, tal proteção está elencada entre os direitos e garantias individuais, o que muitos doutrinadores criticam, sob o argumento de que melhor estaria se estivesse prevista no Título VII que trata da ordem econômica e social. A ideia de função social da propriedade está inexoravelmente ligada ao preceito constitucional de propriedade que além de garantir a recompensa individual, necessariamente deve garantir o bem estar social. (LOCATELLI; 2008).

A ordem econômica prevista na vigente Constituição é um pensamento econômico capitalista, visto que se apoia inteiramente na apropriação privada dos

meios de produção e na iniciativa, o que demonstra certa contradição, pois tais preceitos refletem um rumo do capitalismo liberal, consagrando os valores fundamentais desse sistema, ao mesmo tempo que apresenta um intervencionismo sistemático, com um sentido socializador da propriedade.

Ordem Econômica é preceito que baseia-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa privada. O trabalho humano, princípio firmado pela doutrina social da Igreja, como sendo um valor Cristão. Esta caracterização principiológica, denota uma preocupação com um tratamento especial ao trabalho na sociedade capitalista moderna, com a característica de não ser uma proteção meramente filantrópica, mas, como uma decisão política e uma escolha racional da sociedade que protege. (FERREIRA FILHO; 2007).

O Trabalho estabelece as bases da produção e é um direito social; para o engrandecimento do homem e não apenas como fonte produtora de renda para suprir suas necessidades. (SILVA; 2006).

Como fundamento republicano, a ordem econômica consiste em criar e explorar a título privado e a não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei. Nesse sentido, o postulado da livre iniciativa tem uma conotação normativa positivada, que é a liberdade a qualquer pessoa e, um viés negativo, da imposição e não intervenção estatal. (TAVARES; 2006).

Estes fundamentos têm por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e pressupõe a proteção deste em todas as suas formas: quer seja ela intelectual, científica ou mesmo braçal.

Todos os bens intelectualmente produzidos quer estejam eles publicados ou não, são protegidos constitucionalmente. No entanto, essa proteção é concebida pela doutrina como sendo regra de eficácia contida, ou seja, embora esteja disposto na Constituição que o direito à produção intelectual e científica é um direito individual daquele que a produziu, tal disposição depende de lei infraconstitucional para sua regulamentação. (SILVA; 2006).

Para garantia da ordem econômica e permissão para o desenvolvimento tecnológico, o país deverá estabelecer políticas públicas que incentivem a produção intelectual e aprimorem o conhecimento acumulado. E, na atualidade observa-se

que o valor do conhecimento tornou-se o eixo central da econômica de mercado, carecendo de uma profunda revisão legislativa e também do conceito paradigmático dos modos de produção.

Os meios de produção capazes de apropriação e suscetíveis de serem partilhados, na atualidade centram-se no conhecimento ou capital inteligência. Embora, o conceito de força produtiva tenha permanecido a ação produtiva relaciona-se com a subjetividade, e com isso, o entendimento tradicional de produção sai do eixo: mercadoria, para a transformação do conhecimento em um bem, um valor econômico. Esse, para ser considerado como tal, não pode ser um conhecimento qualquer, mas um conhecimento produzido com o intuito de gerar lucro e benefício à coletividade. (GORZ; 2005).

O conhecimento, como um capital humano, diferentemente dos bens de consumo clássicos, não depende necessariamente da capacidade produtiva, mas no saber, na cultura, na confiança e disposição à cooperação pela comunidade em que é produzido, podendo-se afirmar que a produção intelectual e científica estaria melhor regulada no título da economia, pois as políticas públicas de incremento à sua produção poderiam beneficiar-se de recursos econômicos oriundos da iniciativa privada.

Desde a Constituição do Império, há previsão que assegura, mediante lei, o privilégio, quer seja ele exclusivo ou temporário, para as produções intelectuais e tecnológicas, com restrição à concorrência. (CRETELLA JÚNIOR; 1988).

Na vigência da atual Constituição, como medida protetiva do interesse social está previsto apenas, o instituto da desapropriação, retirado o prêmio do inventor. Verifica-se, com isso, que a propriedade intelectual tem duas formas diferentes de proteção constitucional: uma que regula os direitos autorais quando se tratar de propriedade industrial e outra que estabelece regras para a produção intelectual e científica, estando a primeira regulada pelo inciso XXIX e outra no inciso XXVII do Artigo 5º da Lei Maior.

Não se pode perder de vista, contudo, que a Constituição Federal brasileira é um sistema integrado de regras, visando o bem coletivo, devendo o instituto da

propriedade intelectual ou científica ser interpretado com vista à satisfação dos interesses coletivos.

O interesse tutelado é a necessidade social de favorecer a inovação nos conhecimentos e nas criações estéticas, conduzindo investimento privado a tais campos. Assim, com vistas a obter esse interesse coletivo, a lei institui uma restrição às liberdades públicas, favorecendo os interesses privados. Tendo realizado o interesse público através da criação de condições de investimento privado, reequilibra-se o balanço. O primeiro elemento a se considerar como fim prático da lei – é a geração de criações novas e originais. (BARBOSA; 2003).

2.5.1.1 Princípio da Proporcionalidade

O Brasil inovou quanto à proteção do direito à propriedade do resultado do trabalho intelectual; sendo o único país a elevar à categoria de direito protegido constitucional, o direito sobre a produção científica e intelectual. (CRETELLA JÚNIOR; 1988).

O princípio da proporcionalidade é a proibição de excessos; ou seja, observados os fins que a norma visa resguardar, deve-se verificar qual o de menor custo social, estabelecendo um limite entre as garantias dos direitos individuais e coletivo, sempre no sentido de atender ao interesse social, em respeito aos princípios de natureza axiológica que dão sentido às ideias de justiça, equidade, moderação e proibição de excessos e que norteia toda hermenêutica jurídica.

O princípio em questão visto pelo direito alemão e norte americano serve, como proteção no sentido de evitar que as regras constitucionais sejam distorcidas e os limites excedidos pelo legislador, quando da regulamentação do exercício dos direitos constitucionais previstos, sejam observados. (BARROSO; 2006).

A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira, com base no pensamento alemão, endossa essa caracterização do princípio da proporcionalidade. Ao estabelecer que a adequação, exige que as medidas adotadas pelo poder público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; que a necessidade ou

exigibilidade, impõe o ônus menos gravoso para atingimento dos fins visados. (BARBOSA; 2003).

Ao adotar a técnica da dosagem e justa medida dos interesses jurídicos fundamentais, a interpretação do texto constitucional é no sentido de que um não se sobreleve ao outro, protegendo a coletividade na medida em que protege individualmente os seus integrantes.

Ao prever a tutela do direito à propriedade intelectual a legislação brasileira estabelece que esta poderá proporcionar benefícios econômicos para o titular, bem como um acréscimo e satisfação que integra o patrimônio moral do autor.

2.5.1.2 Princípio da Razoabilidade

Quando dois direitos colidem, a Constituição Federal estabelece a fórmula para solução, qual seja: a ponderação, ou seja, o equilíbrio entre direitos tutelados constitucionalmente, em busca do ideal de justiça.

A ponderação ou *balancing ad hoc* é a forma característica de alocação do direito, sempre que estejam em causa normas que revistam a natureza de princípios. As ideias de ponderação ou de balanceamento surge em todo o lado onde haja necessidade de ‘encontrar o Direito’ para resolver ‘casos de tensão’ entre bens juridicamente protegidos.

O teste da razoabilidade permitirá, por exemplo, descobrir o desvalor constitucional de alguns interesses pretensamente invocados como dignos de proteção e em conflito com outros.

Este teste de razoabilidade não distinguirá em muitos casos do procedimento interpretativo em sentido estrito porque o que está aqui em causa é delimitar o âmbito de proteção de uma norma constitucional, estabelecendo uma espécie de linha de demarcação entre o que entra neste âmbito e o que fica de fora. É o que a doutrina americana designa por balanceamento por definição. (BORGES NETTO; 2000).

A proporcionalidade em sentido estrito é a relação entre custo e benefício da escolha mais adequada para produzir um efeito que supere as desvantagens advindas com essa opção, o que guarda estreita relação com o que é razoável.

E, razoável é o que é esperado, é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras, a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso, concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção. (BONAVIDES; 1988).

Sendo regra de garantia dos direitos fundamentais, encontra sua consagração na experiência concreta dos problemas humanos, numa dimensão axiológica, relacionando-se com o equilíbrio, a moderação e a harmonia dos preceitos constitucionais.

Visto também como moderação, o direito à propriedade não pode ser mais amplo que o interesse da sociedade, quando se trata de proteger a descoberta do intelecto. Se razoabilidade guarda estreita relação com proporcionalidade, com balanceamento entre liberdades e direitos constitucionalmente garantidos, por evidente que um não se sobreleva ao outro, antes, complementam na exata medida do justo.

Os norte-americanos passaram a adotar os mesmos direitos individuais, de origem anglo-saxônica, com acréscimos de mecanismos que garantiam a revisão judicial dos atos legislativos, de tal forma que passaram a impedir, em solo americano, as leis do Parlamento inglês que considerassem violadoras das liberdades fundamentais. Tal, expressa uma conquista supralegal da sociedade sobre o Estado como um todo, confiando-se ao Poder Judiciário o depósito das liberdades individuais, entendimento de índole jusnaturalista. (BORGES NETTO; 2000).

O Estado de Direito, além dos direitos individuais, deve colocar a salvo as garantias de efetivação desses direitos, bem como garantir o cumprimento dos chamados direitos sociais, com ações positivas para realizar o desenvolvimento e a justiça social.

A razoabilidade e a proporcionalidade são preceitos essenciais para à concreção do Estado Social, já que, sem o atendimento destas regras, não se realiza, efetivamente, a concepção teórica de justiça social.

O preceito da razoabilidade é condição essencial à concretização do direito posto. E, o Direito positivo, não deve permanecer no reino das ideias puras, válidas em si e por si, com abstração de toda aplicação real e situações concretas da vida, mas a sua efetivação, qual seja, sempre a concretizar o estabelecido no texto, obedecendo sempre a certas medidas de valor consubstanciadas na própria norma.

A razoabilidade é uma delimitação ao exercício legítimo da atividade legislativa é, a moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina.

Se tal relação de identidade entre meio e fim [...], segundo a nomenclatura norte-americana da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de razoabilidade e de racionalidade, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política. (SILVEIRA; 1989).

Observa-se, com clareza que os direitos individuais e coletivos dispostos na Constituição e bem maior do estado social, não podem ser postergados ou desnaturados pelo legislador infraconstitucional, sob pena de afronta ao princípio da razoabilidade.

2.5.1.3 O Princípio da Dupla Proteção

A criação intelectual, apresenta uma falta de equilíbrio em relação ao desenvolvimento social e econômico, causados pela legislação que ao mesmo

tempo que a protege, emperra a aplicação dos resultados de todo conhecimento em favor do progresso humano.

As pesquisas são incentivadas com objetivo de retorno no desenvolvimento social e econômico, observados aspectos de defesa dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a atual legislação protetiva dos direitos de propriedade intelectual (PI), representa mais uma barreira à garantia de direitos fundamentais do que sua efetiva concretização, na medida em que ao proteger a descoberta, apresenta uma exigência de utilidade, vista como mecanismo de produção e resultado financeiro, e de exclusividade daquele que primeiro efetivou o registro da descoberta.

O regime internacional da propriedade protege os interesses dos criadores, dando-lhes o direito exclusivo sobre suas obras e criações intelectuais, sem mencionar de forma clara e precisa a questão das descobertas científicas, embora esta tenha contribuído significativamente para a melhoria da qualidade de vida em todo o mundo.

A proteção da propriedade intelectual é inconteste, e qualquer direito sobre PI deverá encontrar o equilíbrio entre dois objetivos; quais sejam: o de promover parcerias entre as indústrias e os órgãos de fomento à pesquisa científica para a inovação e ao mesmo tempo disseminar ao máximo os benefícios da descoberta. (BASSO et al; 2007).

Se de um lado, a indústria tem o foco na lucratividade esta deve cumprir com a função social que é o bem da coletividade em que esta inserida. E, se internacional, o interesse é de toda a humanidade, cuja justificativa encontra respaldo no preceito de que o conhecimento é um bem público, que por sua natureza não pode ser usado por alguns e excluídos outros ao mesmo tempo. (BARBOSA; 2005).

Não é desconhecido da sociedade que o sistema de patentes pelo direito serve ao propósito de retirar o caráter de bem público do conhecimento, e assim restabelecer os incentivos para o investimento em sua produção, embora relatórios da OMPI destaquem que o sistema procura promover a produção de bens públicos, porém fá-lo ao criar exclusões do domínio público. (WIPO; 2009).

A necessidade de se estabelecer diretrizes protetivas para a PI na área de saúde pública mostra-se cada vez mais necessária para garantir o progresso da humanidade, razão pela qual o princípio da dupla proteção deve ser trazido ao centro dos debates, posto que, se de um lado os direitos fundamentais se expressam como garantia maior, e de outro lado a PI consolida-se como elemento fundamental no desenvolvimento econômico de uma sociedade. (WIPO; 2009).

Todos têm direitos à vida digna, e a OMPI que têm como objetivo central o desenvolvimento de um sistema de PI equilibrado, o qual deve garantir igualmente o desenvolvimento econômico, colocando a salvo os interesses públicos, com a harmonização entre o regime legítimo de PI e a proteção do ser humano de forma integral.

O conhecimento se produziu muito mais por investimento de agências públicas de fomento à pesquisa do que de patrocínios da iniciativa privada, razão mais que plausível para que a proteção e tutela constitucional coloque o interesse público acima de interesses particulares, o que implica dizer que a propriedade privada está muito próxima e ligada ao desempenho da função social.

Pela função social, que o direito exclusivo deve compatibilizar com o exercício pelo titular com a Constituição Federal é enfática é repetir em diversos artigos o preceito que a propriedade privada deve estar em consonância com a função social. Essa classificação não a torna absoluta, mas reconduzem-na ao interesse social.

2.5.1.4 Princípio da Proteção da Função Social da Propriedade

Os direitos sociais estão relacionados diretamente com a forma como o Estado atua e coopera, para a adequada condição de vida em todo o mundo. A proteção outorgada pelo Estado compreende regras capazes de evitar que terceiros violem esses direitos; o que inclui a proteção à propriedade intelectual, conciliando interesses privados e públicos e, a propriedade intelectual vista como um direito social, deve promover o bem estar social.

A concepção privatista do direito sobre a proteção intelectual e científica não pode se superpor às diretrizes de implementação dos direitos sociais, o que

compreende a proteção dos direitos do autor enquanto exploração econômica sobre os direitos de uma coletividade de pessoas, equilibrando-se os direitos sociais e humanos com o progresso científico.

Ao se buscar um equilíbrio tanto maior quanto possível, o direito de propriedade não deve ser considerado absoluto, na medida em que esta deve ser analisada sob a perspectiva da função social que cumpre ou não.

Os Estados assumem o dever jurídico de respeitar e garantir um mínimo de proteção aos direitos sociais, não permitindo o retrocesso ao mero desenvolvimento econômico, o que obriga os operadores do direito à uma mudança de perspectiva, numa interpretação construtiva, que implica em trazer para o âmbito do direito civil e mais especificamente do direito de propriedade regras basilares da CF, qual seja, do interesse social se sobrepôr ao interesse econômico, numa verdadeira “despatrimonialização” do direito civil em prol do coletivo. (FREITAS; 2004).

As regras de direito privado, quando em tensão com princípios constitucionais, tem por consequência, a imperatividade destas sobre aquelas, podendo até mesmo modificar institutos tradicionais como o da propriedade privada. Ao se apoderar de um bem, sem levar em conta o princípio da função social da propriedade, o absolutismo impera e deve de pronto, ser repellido em prol da hermenêutica constitucional, único vetor capaz de construir um estado social mais equilibrado.

E, a propriedade do prontuário odontológico pelo cidadão comum e não por aquele que realizou o exame e registrou nele o diagnóstico e conhecimento, “coisifica” e concede o privilégio de um conhecimento a um único indivíduo que não o produtor desse conhecimento, em detrimento da ciência e do bem comum.

No limiar do Século XXI, a noção de função social de propriedade, parte da concepção de que o direito é resultado da evolução social, o que justifica a evolução do processo interpretativo com superação das concepções individualistas do direito privado.

A concepção individualista deve ser superada consagrando-se o interesse social sobre os interesses individuais, e a propriedade é um bem econômico

destinado a satisfazer as necessidades sociais, considerando que o detentor desta não vive isolado, mas se inter-relaciona, num processo hermenêutico construtivo e evolutivo de propriedade em um sentido coletivizado de propriedade.

A Constituição Federal não fez uma separação completa entre a propriedade individual da função que deve cumprir, embora tenha consagrado o direito individual da propriedade entre os direitos fundamentais, logo em seguida estabelece que a propriedade deve cumprir com a função social. (BRASIL; 1988).

3 PROPOSIÇÃO

3.1 Objetivo Geral

O presente estudo busca na literatura a interpretação acerca do prontuário odontológico, não como exclusiva do paciente, mas como copropriedade do Cirurgião-Dentista, visto como pesquisa clínica e instrumentos de difusão do conhecimento do profissional que o produziu.

3.2 Objetivos Específicos

- ✓ Efetuar uma pesquisa bibliográfica acerca do direito de propriedade na legislação brasileira, em seu aspecto científico e intelectual;
 - ✓ Oferecer uma interpretação construtiva sobre os aspectos de guarda, posse e propriedade dos documentos clínicos.
 - ✓ Apresentar os contornos entre produção científica e capital intelectual na prestação de serviços odontológicos.
 - ✓ Oferecer subsídios jurídico-doutrinários para o estabelecimento dos limites entre os dados clínicos do paciente, e a construção e o capital intelectual do Cirurgião-Dentista, no sentido de preservar sua produção científica.
-

4 MATERIAL E MÉTODO

4.1 Opção Metodológica

Foi realizada pesquisa bibliográfica prévia, com vista a justificar os objetivos propostos e subsidiar a proposta de tratamento legislativo para o tema. A pesquisa bibliográfica consiste no levantamento e exame do conjunto de dados obtidos em livros, documentos, artigos e publicações eletrônicas sobre o assunto, tanto por autores conhecidos como anônimos. (RUIZ; 1986).

Utiliza-se a forma qualitativa, obtida pelo levantamento, traduzindo e expressando os sentidos do mundo social. A pesquisa documental que é a base para o presente trabalho examinou as publicações em meio físico e em base de dados reconhecidas pela comunidade científica, interpretando-as sob enfoque de diferentes doutrinadores. (MAANEM; 1979).

O caráter interdisciplinar da presente pesquisa é reflexo da bibliografia selecionada, pertencente aos domínios da saúde, do direito, da sociologia, da economia e da inovação. Os documentos utilizados incluem, além da legislação em vigor, obras filosóficas, doutrina brasileira e estrangeira, bem como a leitura de relatórios e estudos da Organização Mundial da Saúde (*Macroeconomics and Health: Investing in Health for Economic Development; Report of the Consultative Expert Working Group on Research and Development: Financing and Coordination*) e da Organização Social Médicos Sem Fronteiras (*Fatal Imbalance: The Crisis in Research and Development for Drugs for Neglected Diseases*), além das políticas institucionais da DNDI

O período de análise foi definido em função dos antecedentes históricos, compreendendo desde 1988 até 2014. O material bibliográfico e documental teve um tratamento interpretativo.

Foram utilizadas as principais bases de produção bibliográfica latino-americana (LILACS e BIREME), e outros indexadores (Bases SCIELO, MEDLINE), com acesso a jornais nacionais e internacionais, utilizando na pesquisa descritores

gerais, incluindo alguns relatórios, matérias de cunho jornalístico e entrevistas publicadas em jornais *on line* complementaram a compreensão dos enfoques pretendidos.

Finalmente, a pesquisa nos *websites* institucionais, também fez parte do levantamento. Os instrumentos de pesquisa e fontes utilizadas foram: documentais: legislação (Leis, Decretos, Normas e Portarias); Documentos oficiais e administrativos dos Ministérios (Saúde; Ciência e Tecnologia; Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior) e principais instâncias e estruturas, incluindo as Agências vinculadas: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), bem como o Conselho Federal de Odontologia (CFO).

Utilizou-se o método qualitativo para a escolha dos estudos já publicados, com vista a colher informações sobre o tema tratado, para construção de uma nova concepção do prontuário odontológico e a titularidade da produção científica nele contida, com vista a ressaltar a importância em delimitar a produção do Cirurgião-Dentista e os dados clínicos do paciente.

4.2 Critérios de Inclusão e Exclusão

Foram adotados neste estudo os critérios de inclusão: legislação, doutrina e jurisprudência sobre propriedade científica e prontuário odontológico.

Restaram excluídas as publicações anteriores ao ano de 1988 por precederem à nova ordem constitucional brasileira e as referentes à produção tecnológica, por fugir aos objetivos propostos. No entanto, para garantia da ordem histórica, faz-se referência a obras anteriores ao período delimitado, de forma pontual.

5 O PRONTUÁRIO ODONTOLÓGICO

O prontuário, o documento que guarda as informações técnicas e ações tomadas pelos profissionais que atuarem no caso, é definido através da Resolução n.º 1.638/02, como o documento formado pelo conjunto de informações, exames, sinais e imagens registrados, a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde e a assistência fornecida ao paciente, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo. (Aprovado pela Resolução CFO 118/2012CFO; 2013).

Do latim *prontuarium*, designativo para lugar em que se guardam as coisas, no sentido de armário ou depósito, foi mais tarde o termo usado para identificar manual de informações úteis; sendo *promptus*, preparado, disponível para uso, e *promere*, tirar de onde está guardada, para ser utilizada, a expressão prontuário odontológico é amplamente usada, o que lhe dá legitimidade.

Designativo de algo que é para ser usado, pertencente ao cirurgião-dentista e contém algo que só pode ser utilizado pelos mesmos, não admitindo qualquer anotação de quem não pertença à área, entendimento que não merece prosperar, eis que todos que lidam com o paciente, devem ali apontar as interferências relacionadas ao paciente. (SALES PERES et al; 2001).

Outros termos são também empregados para caracterizar o prontuário, tais como: ficha ou cartão de anotação e arquivo, sempre no sentido de conjunto de documentos recebidos ou produzidos para identificar o paciente e sua situação odontológica.

Em sentido análogo, o entendimento é de que toda documentação que registre o atendimento prestado a um paciente pertence a este, compreendendo além dos exames, os relatórios e laudos; ou seja, todo arsenal de diagnóstico, compreendendo também as fotografias, radiografias, modelos e outros elementos compõem esse acervo. É o elemento mais importante no atendimento na área

odontológica, devendo conter todas as informações necessárias e capazes de garantir a continuidade de qualquer tratamento prestado a alguém. (MARIN; 2001).

As informações de todo um grupamento social, no contexto da saúde pública, estão armazenadas nos prontuários dos membros dessa comunidade, com o nível de saúde da população, no sentido de orientar a tomada de decisão para a implementação das políticas públicas de saúde.

O primeiro registro na área de saúde aparece por volta do ano 3000 a.C. em um papiro que encontra-se na Academia de Medicina de Nova Iorque, com 48 registros de casos cirúrgicos. Outros registros posteriores em Londres apresentam anotações acerca de pacientes em instituição hospitalar britânica e, em 1580 da era Cristã, Camilo de Lellis, religioso italiano aperfeiçoou e apresentou uma forma mais organizada de apontamento de casos clínicos. (CARVALHO; 1977).

Mas, historicamente, é somente em 1913, que o Colégio Americano de Cirurgiões, passa a exigir o registro completo dos casos e arquivamento dos prontuários. E, no Brasil, em 1944, foi introduzido o uso do prontuário no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, com um sistema de arquivo e classificação de observações, sendo mais tarde, o modelo adotado pelo Instituto Nacional de Previdência Social, para registro e controle de dados no Brasil. (MEZZOMO; 1991).

O prontuário, de forma organizada, serve para prestar serviços ao paciente, ao corpo clínico, à instituição de saúde, bem como à sociedade, consistindo em mecanismo de consulta, avaliações, bem como instrumento de pesquisa, estatísticas sobre epidemiologia, e ferramenta de comunicação entre os profissionais de assistência ao paciente, possibilitando avaliação de desempenho no atendimento.

O conteúdo do prontuário odontológico depende da complexidade do caso que é submetido para análise e, é composto basicamente pelos seguintes elementos, de acordo com o CFO (2009):

- ✓ Identificação do paciente
 - ✓ Autorizações para divulgação de informações (HIPAA)
 - ✓ Histórico médico e odontológico atualizado
-

- ✓ Registro de diagnósticos, fichas, modelos de estudo, radiografias, fotografias e demais imagens
- ✓ Fichas suplementares de avaliações de risco e periodontais, bem como a análise oclusal
- ✓ Diagnósticos e recomendações de tratamento associadas
- ✓ Termo de consentimento livre e esclarecido
- ✓ Anotação do tratamento proposto, riscos e benefícios e as recomendações para abstenção de algum procedimento
- ✓ Anotações sobre a evolução do tratamento
- ✓ Informações sobre as prescrições farmacológicas e outras que se fizerem necessárias
- ✓ Evidências dos exames e manutenção periodontal
- ✓ Anotações das consultas e encaminhamentos realizados
- ✓ Renúncias e desautorizações e/ou autorizações
- ✓ Pedidos de exames laboratoriais
- ✓ Anotações e ciência sobre a não adesão ao tratamento ou abandono do mesmo
- ✓ Faltas às consultas e agendamentos
- ✓ Orientações pós-operatórias
- ✓ Apontamentos sobre conversas com o paciente sobre as queixas e orientações
- ✓ Cartas comunicando a desistência do tratamento com aviso de recebimento.

Esse conjunto de informações deve ser protegido de acordo com as recomendações normativas de privacidade estabelecidas pela Legislação Federal e Estadual, acautelando-se também quando adotado o formato eletrônico de acordo com as normas de Privacidade e Segurança da HIPAA (*Health Insurance Portability and Accountability Act*), ou Lei de Portabilidade e Responsabilidade de Planos de Saúde, as quais estabelecem padrões nacionais para algumas informações de saúde, designadas como PHI (*Protect Health Information*). (Federal Register/2009).

As informações prestadas pelo paciente, bem como os resultados dos exames, para obter um diagnóstico, confirmar ou controlar a evolução de doenças, revela-se um documento singular para o conhecimento a qualquer tempo das condições do paciente e, é composto de toda documentação produzida em função do tratamento, compostos em sua maioria de tomadas radiográficas, fichas de anamnese, modelos de gessos e plano de tratamento, dentre outros documentos. (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA; 2009).

Como elemento ético norteador da relação estabelecida com o Cirurgião-Dentista, a importância do prontuário é destacada em diversos documentos médicos e odontológicos, determinando que cada paciente tem o direito ao documento com completo detalhamento do tratamento a que se submete.

Enquanto direito do cidadão, não se pode descuidar desse instrumento de auto proteção do trabalho do profissional, representando o histórico de saúde do paciente, o qual se caracteriza como sendo indissociável do direito de cidadania e encontra-se, portanto, entre os bens intangíveis consagrados pela Constituição Federal, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. (ORDANCGY; 2010).

Esse registro está incluso na ideia de interações recorrentes. Em uma sociedade complexa, onde o conhecimento não é determinado de forma absoluta pela pesquisa, mas limitado pelo modo como se têm construído o diálogo entre os seus diversos interlocutores e os produtores do conhecimento.

O exame clínico, na área odontológica contempla dois aspectos, o intra e o extra-oral, e são capazes de permitir o reconhecimento dos sinais e sintomas objetivos das alterações encontradas no campo buco-maxilo-facial, de forma a conduzir o examinador à obtenção das informações gerais da saúde do paciente.

O exame intra-oral consiste na análise das estruturas dentais e das para-dentais, com a representação gráfica dos elementos dentários, recomendada a utilização de dois odontogramas, um antes e outro depois do tratamento, e destinado à visualização do plano de tratamento a ser executado. (GUERRA; 1997).

Os dados colhidos em ambos os exames constituem dados do paciente e, que devem ser respeitados em sua intimidade e vida privada, devendo guardar uma correta separação das demais informações sobre o tratamento, bem como as observações do profissional que carregam sua experiência, estudo e conhecimento.

5.1 Posse e propriedade do prontuário odontológico

A legislação brasileira, desde as Ordenações Afonsinas, trazem disposições esparsas em matéria de propriedade.

Com relação ao instituto da posse, o direito brasileiro tem apenas no Século XX a regulamentação jurídica, mais por uma falta de cultura nesse sentido após a independência. O instituto da posse é mais recente estudo doutrinário do que legislativo, eis que até 1916 não se verificava um regime jurídico específico para a posse, sem um padrão de respeito às garantias asseguradas pela legislação vigente e o atendimento das necessidades do povo. De característica predominantemente agrária, e com uma população em grande parte analfabeta, os direitos de posse e propriedade restaram à margem da proteção legal. (FONSECA; 2006).

No estabelecimento e reconhecimento jurídico do instituto da posse, há utilização de estudos doutrinários da Alemanha, França e Portugal, com referências ao Direito Romano e Canônico, cuja influência histórica na legislação pátria é reconhecida por eminentes tratadistas, e onde se encontram as principais referências à questão possessória. Não reconhecida a posse de bens imateriais, em oposição ao direito romano. (ROCHA; 1852).

A posse das coisas é a exteriorização da propriedade, representa uma possibilidade natural de apreender a coisa com intenção de a detê-la como sua, só existe se houver a intenção de ter o possuidor o bem como seu.

Distinta da propriedade, a posse é custódia, ou seja, o poder de um bem de forma que só o detentor pode dela dispor por ato de vontade, e o ânimo de ter o bem ou dispor do mesmo em seu próprio nome. (ROCHA; 1852).

Propriedade designa domínio sobre a informação contida no prontuário, sem estabelecer os limites desse direito de propriedade: se envolve os aspectos de usar e fruir de tudo que nele se contém ou não, ou de apenas parte dele, carecendo destacar qual parte do registro é efetivamente documento pessoal do paciente e quais formam as impressões, pareceres e saberes do cirurgião-dentista nele apontados.

A legislação lusa, ao tratar do prontuário médico, considera-o propriedade da organização que atendeu o paciente, por tratar-se de uma história clínica, eis que sendo construção intelectual do médico, este lhe pertence, sendo esta a única forma de preservar a liberdade de transcrição e o registro de elementos de uso pessoal, e o profissional não pode ter exposto seu trabalho para outras pessoas, sob pena de ser submetido a julgamento sem tribunal. (BUNAINAIM; CARVALHO, 2000).

5.1.1 O tratamento jurídico acerca da propriedade

Data da segunda metade do Século XVI as primeiras anotações sobre a questão da propriedade na sociedade capitalista, ganhando relevo com a Revolução Industrial. No entanto, o sistema capitalista descuida-se das reflexões necessárias acerca do tratamento da propriedade, embora estimule a acumulação de riquezas, privilegiando a especulação financeira, os serviços e a informação como bens sucessíveis de apropriação, ao mesmo tempo em que não contempla regras claras de proteção. (PILATI; 2013).

Surge, na atualidade, novo conceito de propriedade, em sentido amplo, não restrito à versão de domínio sobre bem corpóreo, mas diversificado em propriedades especiais. Essa noção rompe com a dicotomia entre público e privado e pessoal com o real; que se rearticula com o contrato e a responsabilidade civil. (PILATI; 2013).

Todo o direito vigente no Brasil hoje estabelece regras sobre as pessoas, as coisas e as ações, estando a exigir uma nova classificação acerca dos bens e sua titularidade, notadamente no que se refere à propriedade especial onde o privado deve cumprir com o atendimento do interesse coletivo. Cuida, na atualidade, de uma nova ordem acerca da propriedade, sem submissão à pessoa detentora do domínio, sem observar a economia de mercado atual. (PILATI; 2013).

Essa nova ordem jurídica sobre a propriedade, impõe seja esta harmonizada e compatibilizada com outras dimensões como o do conhecimento e a ciência.

Com duas leis básicas a proteger a propriedade intelectual: a lei do direito autoral e da propriedade industrial (Lei nº 9610/98 e 9279/96) respectivamente, a proteção da propriedade é colocada em sintonia com o cânone constitucional da função social. (CHAMAS; 2001).

O conhecimento, como ativo intangível cada vez mais valorizado, assume papel relevante quando se busca indicador de desempenho da apropriação econômica da inovação enquanto componente do mercado.

Cada vez mais centrada no conhecimento, a produção, necessita estabelecer um estatuto próprio de proteção e garantia de sua disseminação, em prol da coletividade, sem perder de vista que este é produzido por alguém que colocou seu capital (intelectual) a serviço de novas descobertas, as quais não podem ficar confinadas em arquivos físicos ou digitais de propriedade de uma pessoa que geralmente desconhece sua importância, e nenhum proveito irá trazer para a coletividade, daí a necessidade de uma nova ordem interpretativa acerca da posse e propriedade do prontuário odontológico, enquanto documento de saberes que podem ser explorados em produções científicas, com respeito ao consentimento esclarecido do paciente e defesa do profissional. (CHAMAS; 2001).

5.1.2 A natureza jurídica da posse na legislação brasileira

Desde o direito romano, distingue-se a posse da propriedade, considerada aquela em si mesma, sendo o possuidor um titular de direito, um poder físico sobre um bem. Representa um estado de fato que se exterioriza para todos como dominação, detendo-a a título de sua, com a possibilidade de dispor dela.

Todas as definições admitem que se está na posse de uma coisa quando se tem a possibilidade de se dispor dela fisicamente, mas ainda de defende-la contra qualquer ação de terceiro. (SAVIGNY; 1999).

Não basta ser detentor do bem, para caracterizar como possuidor, é necessário que haja o comportamento como proprietário, o que implica não

reconhecer nenhum direito superior ao seu, identificando a exteriorização e a dominação

Posse, tem sentido de custódia que uma pessoa tem, e de poder dispor dela de acordo com sua vontade, e o anterior Código Civil conceituou a posse como a relação de fato estabelecida entre pessoa e bem, pelo fim de sua utilização econômica. No entanto, não reconheceu a posse de direitos pessoais que não são desmembramento do domínio. Com isso, discutiu-se por longo tempo se, apesar de admitir a posse de direitos, havia a inclusão nessa proteção, dos direitos pessoais. Somente se pode referir à posse de direitos reais, sendo que os direitos pessoais por não serem poderes componentes do domínio ou propriedade. (BEVILAQUA; 1976).

A propriedade também se apresenta como um conjunto concreto de prestações reservadas materialmente para a concretude da dignidade humana, operando-se de forma difusa, e representa a moral social aceita, que assenta-se em três princípios basilares: da utilidade e eficiência, da justiça e igualdade e, o princípio de mérito fundado no trabalho. (HART; 2006).

Pelo princípio da justiça e igualdade, as posses desiguais são justificáveis somente se todos tiverem quantidade mínima para uma vida humana plena e as desigualdades não provocarem um prejuízo ao bem maior, que é a vida humana. O princípio da justiça, no sentido de norma moral que regula a distribuição de bens entre os membros da sociedade, de tal forma que a posse de um bem não retire de outrem o aporte necessário de bens.

A tradição jurídica brasileira traz uma interpretação equivocada acerca desse instituto como direito fundamental, porque para alguns doutrinadores, há uma proximidade entre o que se entende por mínimo existencial para a caracterização de tal direito fundamental, e os direitos sociais, na medida em que estes para sua caracterização necessitam de regramento infraconstitucional e estão atrelados a ideia de justiça social. São como aponta, concepção Estatal e mecanismo de realização dos direitos individuais de toda coletividade de pessoas. (ZOLO; 2005).

O ideal de justiça social preconizado pela Carta Constitucional brasileira não importa na abolição da propriedade privada dos meios de produção, mas na busca

do equilíbrio na repartição das riquezas, inclusive compele o Estado a assegurar um modelo que dê prevalência aos interesses coletivos sobre os individuais.

O caráter de capital intelectual na chamada Sociedade do Conhecimento e da Informação, dada a repercussão no mundo globalizado, necessita de um redimensionamento do no que se refere ao direito de propriedade intelectual e a proteção da posse desse capital. (BASSETO; 2013).

Com esse novo paradigma de articulação entre pesquisa e pesquisadores, há forte tendência em fixar um novo conceito para a proteção da posse e da propriedade, em consonância com a utilidade que pode trazer para a sociedade, respeitado também, o sigilo profissional.

5.2 A revitalização do sigilo profissional

Por sigilo empregamos o sentido tomado, de forma genérica, de um dever, ao mesmo tempo em que revela-se em um direito que todo indivíduo tem de conservar oculta alguma coisa, que assim deva permanecer, e também num sentido mais estrito, que é dever imposto pelas circunstâncias, de silenciar sobre algo que tenha sido dito ou praticado por outrem.

Como regra de convívio social saudável, o paciente, tem razões de ordem pessoal para que os fatos dados ao conhecimento do cirurgião dentista, e em sua posse, não sejam revelados, exigência que nasceu em favor dos interesses e necessidades individuais e também da sociedade em geral.

O sigilo profissional é a guarda de informações sobre doenças que o paciente apresente, bem como informações necessárias acerca da terapêutica odontológica, desde que não apresente motivo justificável para a revelação, com vista a defesa de um bem maior, que é o interesse coletivo. (KFFOURI NETO; 2013).

Além de um direito legal, é um dever moral que o profissional tem, de não revelar fatos, dos quais tenha conhecimento, de forma direta ou indireta, no exercício de sua profissão. Trata-se de um imperativo hipotético, no sentido

kantiano, do qual depende a confiança que o paciente precisa para que o objetivo do tratamento seja alcançado. (KFOURI NETO; 2013).

No sigilo profissional há informação de natureza pessoal e íntima, com o objetivo de auxiliar o profissional na avaliação e diagnóstico de problemas do paciente e estabelecimento de um plano, com prognóstico de tratamento favorável, com confiabilidade profissional.

Esse resguardo das informações ganha contornos cada vez mais relevantes, uma vez que há, na atualidade, uma nova dimensão de valorização dos direitos personalíssimos, sobretudo referentes à intimidade das pessoas, bem como pela nova forma de arquivamento dessas informações. E, tal se deve, ao fato de que os dados de saúde, não se restringem ao mero armazenamento de informação relativa a dados clínicos, mas de informação relativa ao próprio homem em si.

A informação é, portanto, instrumental, que serve a um propósito específico, qual seja, o atingimento melhor do objetivo proposto, justificativa necessária para o exercício profissional, que os códigos deontológicos preveem como normas adequadas para a atividade e garantia da qualidade humana e técnica.

Por tratar-se de direito fundamental da pessoa humana, o direito à intimidade e vida privada tem sua exigência de cumprimento de maneira máxima, por constituir fundamento ontológico da personalidade e da dignidade humana. (BITTAR; 2003).

Considerando-se que a documentação odontológica adequada deve abranger todas as informações possíveis, incluindo relatos do paciente ao profissional, esta deve ser detalhada e realizada de início, contendo dentre outros registros: o tratamento realizado, bem como os medicamentos prescritos, fichas clínicas, os atestados emitidos, anotações de lesões buco-maxilo-faciais, entre outros documentos devido aos aspectos de ordem clínica, administrativa e legal. (SALES PERES; 2001).

Compõem ainda o prontuário, as anotações subjetivas ou valorizações pessoais do cirurgião-dentista, incluindo hipóteses diagnósticas não confirmadas e situações de tratamentos não declarados ou de hábitos nocivos não reconhecidos. (LARANJO et al; 2013).

As aplicações de procedimentos adotados, devem ter um campo, associado ao registo clínico de cada titular, de acesso exclusivo ao profissional de saúde, isto é, onde só o seu autor possa aceder, destinado a anotações de carácter pessoal. (LARANJO et al: 2013).

A doutrina não é pacífica com relação à propriedade do ficheiro clínico, sendo que as correntes mais frequentes consideram que a propriedade do prontuário pertence ao paciente, sem, contudo deixar de consignar que há forte tendência à defesa de que exista uma criação intelectual, cujos direitos autorais pertenceriam ao profissional que a elaborou.

5.3 A imagem e os direitos da personalidade

O Art. 70 do Código Civil Brasileiro (CC) estabelece regras de proteção contra qualquer direito especial da personalidade, estabelecidos pela Constituição Federal, que dispõe, mais especificamente no Art. 5º, inciso X, que são invioláveis além da intimidade, da vida privada, e da honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Na atualidade, apesar de a linguagem visual ganhar cada vez mais relevância, por reproduzir e ao mesmo tempo sugerir, sentimentos, crenças e valores, seu reconhecimento como um direito a ser protegido é, em termos históricos, recente, e, uma vez violado, pelo simples fato de não ter sido consentida a captura e registo da imagem, gera para o titular desse direito, a possibilidade de indenização; se, se, no entanto, faltar autorização.

Estando no direito da personalidade, compreende toda forma de imagem, quer sejam elas estáticas ou dinâmicas, representando, além do corpo físico, uma identificação psíquica e personalíssima de alguém. E, por tratar-se de projeção da personalidade, constitui-se em um bem jurídico tutelado constitucionalmente, atribuindo-se-lhe autonomia. (BRASIL; 1988).

Quando a imagem de determinada pessoa não está relacionada de forma enfática com sua individualidade e contiver informações úteis e necessárias ao

interesse coletivo, a divulgação dessa imagem encontra justificativa na própria Constituição Federal. (PEREIRA; 2002).

O interesse público deve ser presumido em um Estado democrático de direito, com o objetivo de viabilizar a livre circulação de ideias. A divulgação de imagem tem o permissivo constitucional, sempre que sua proibição implicar em sacrifício injustificado de outro direito fundamental, qual seja, o direito à informação, que presume ser de interesse público, pois valores individualistas consagrados pelo Direito Civil atual não mais se assentam em fundamento axiológico, conferindo-lhe unidade valorativa e sistemática. (BARCELLOS; 2002).

A intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade em suas múltiplas manifestações, como o direito à imagem, o direito ao segredo de documentos pessoais, entre outras expressões, uma vez que a tutela da intimidade poderá ser estendida a novos atributos da personalidade. Tal deve ser observado porque a proteção da personalidade não diz respeito apenas às relações de ordem privada, mas, constitui direito a ser protegido pelo Estado. (GRINOVER; 1992).

Quando se refere à imagem, no campo da odontologia, estas se referem às radiografias e demais técnicas para captura de informação que em conjunto com outros dados orientará o profissional na tomada de decisão para um tratamento adequado a necessidade do paciente. Esses exames são parte integrante do prontuário, sendo o profissional o responsável pela sua existência e validade.

As criações intelectuais, incluindo-se as fotografias e aquelas produzidas por meios análogos, são obras intelectuais protegidas, à qual o autor confere sua característica pessoal, caracterizando-se como propriedade incorpórea, imaterial ou intelectual do produtor.

Trata-se de um direito subjetivo do autor sobre a obra, no caso, sobre a imagem produzida. Sendo assim, autor é a pessoa que produziu a obra intelectual, que por sua vez é o feito pelo qual uma pessoa exprime uma concepção de seu espírito. Não basta a estruturação mental e a memorização de uma ideia para caracterizar a obra intelectual, sendo necessária sua exteriorização, dando-lhe sustentáculo exterior compreensível. (SALLES PERES; 2007).

Embora a imagem se refira a uma pessoa e seu corpo ou parte dele, há na imagem uma produção intelectual que tira desta a característica de direito e extensão da personalidade do indivíduo fotografado, passando para a esfera de titularidade do produtor da imagem, portanto, produção científica, por ter como base o conhecimento do profissional que a produziu. (SALES PERES; 2007).

E, outro não poderia ser o entendimento, pois, a escultura e a pintura não conferem ao modelo a titularidade da obra. Os traços foram capturados, com consentimento deste para a confecção da peça, tendo o artista empregado ali sua técnica, inspiração e conhecimento.

5.4 O Prontuário enquanto produção científica

O trabalho intelectual do Cirurgião-Dentista assume variadas formas, que vão desde um simples relato, uma revisão, ou um informe científico um artigo sobre generalidades de interesse para o exercício e aprimoramento da atividade profissional.

Trata-se de uma instituição necessária para impulsionar a capacidade de desenvolvimento do conhecimento, ao mesmo tempo em que garante o crescimento econômico e desenvolvimento social. Propriedade é tudo que o homem produz, como resultado da força física, intelectual e criativa. (BOFF; 2007).

As produções intangíveis, fruto do esforço mental podem ser exploradas, tanto pelo criador quanto pela coletividade e não se findam com o uso, antes pode se lhe acrescentar ainda mais valor. Ao identificar o capital intelectual com sua função social, identifica-se a produção não apenas naquele que o produz, mas em toda sociedade, mudando o eixo central da produção para o valor de uso. Redefine-se, dessa forma, o capital intelectual como instrumento de uma nova ordem universal, na medida em que este mostra seu caráter essencial de relatos aperfeiçoados da observação ou compreensão sobre um dado de cunho científico.

Todo trabalho odontológico tem a pretensão de oferecer subsídios para formulações terapêuticas eficazes para aquele paciente e outros tratamentos

futuros, nada mais justo que promover uma avaliação de princípios e normas que garantem a propriedade de tais relatos e sínteses de compreensão, no sentido de buscar um benefício maior a todos e não somente a preocupação com a redução de riscos e malefícios, de forma isolada.

A elaboração de um prontuário, enquanto repositório de informações de alguém que se submete a um tratamento pode ser realizado por todo e qualquer profissional, seja ele Médico ou Cirurgião-Dentista, que poderá modifica-lo ou promover adaptações de acordo com a conveniência de seus atendimentos e à sua administração do consultório, da forma mais adequados ao completo armazenamento das informações colhidas, seja pela ficha clínica, por documentos e exames.

Como toda ideia ou produção intelectual carrega um pouco do autor e também muito da sociedade em que este autor está inserido, temos que há um compartilhar de instrução moral e mútua entre os homens, exigindo apenas que seja a ideia exteriorizada, por uma forma gráfica, um relato, uma tese, um parecer para que seja reconhecida a autoria e identificada a criação.

O que a lei protege é a expressão das ideias, estabelecendo-se nesse instante a propriedade sobre a mesma, sendo seu conceito estabelecido em razão da habilidade em torna-la real e seu valor assente na propagação.

Ao estabelecer direitos acerca da exteriorização dessas ideias, pretende a legislação incentivar a produção de ideias úteis à sociedade. E a propriedade é um direito fundamental na atualidade, que numa dialética constante, quanto mais compartilhada e alterada, mais rica é a sociedade do conhecimento.

Ao se estabelecer direitos acerca da exteriorização dessas idéias, pretende a legislação incentivar a produção de utilidades para a coletividade. E, a propriedade é um direito fundamental nas sociedades modernas que numa dialética constante, quanto mais compartilhada e alterada, mais rica é a sociedade do conhecimento.

Uma criação só é considerada boa se tiver utilidade social, caracterizando-se, cada vez menos como algo individual, e mais em um ato cooperativo e coletivo, conjugado com outros saberes.

Nesse sentido, o prontuário odontológico mostra-se como uma fonte importante de informações para novas pesquisas, estudos e descobertas para minimizar sofrimentos e ao garantir a propriedade a quem é capaz de produzir novos saberes científico e inovar, aumentando o capital na sociedade do conhecimento.

Ao garantir a propriedade de todo prontuário na pessoa do paciente está se reduzindo a chance de produção de novos saberes científicos, o que não significa retirar do paciente a autonomia e consentimento para o uso da informação, apenas socializar um achado ou descoberta em prol do bem comum, com respeito aos mais elevados valores da dignidade e privacidade do ser humano.

A imagem e demais técnicas para captura de informação para orientar o profissional na tomada de decisão para o adequado tratamento, são partes integrantes do prontuário e o Cirurgião-Dentista é responsável pela sua existência e validade, dado que a Legislação confere a este a guarda, armazenamento e posse.

As criações intelectuais, incluindo-se as fotografias e aquelas produzidas por meio análogos, são obras intelectuais protegidas daquele que as produziu, à qual o autor confere sua característica pessoal, tratando-se de um direito subjetivo do autor sobre a obra, no caso, sobre a imagem produzida.

Considera-se, dessa forma, que autor é a pessoa que produziu a obra intelectual, que por sua vez é o feito pelo qual uma pessoa exprime uma concepção de seu espírito. Não basta a estruturação mental e a memorização de uma idéia para caracterizar a obra intelectual, sendo preciso a exteriorização, para dar-lhe sustentáculo exterior compreensível. (SALLES PERES; 2007).

6 DISCUSSÃO

A proteção normativa acerca da propriedade intelectual vincula-os aos direitos e garantias fundamentais. No entanto, se observada, a Constituição Federal, estabelece proteção relacionando-a ao interesse social e o desenvolvimento econômico brasileiro.

O amparo legislativo para a implementação de políticas públicas voltadas ao fomento da pesquisa, garante a propriedade das informações clínicas e odontológicas ao paciente, retirando do profissional a disponibilidade permanente da informação, estabelecendo um paradoxo legislativo acerca do tema.

Como parte integrante dos prontuários, os exames, notadamente os de imagem, não podem se constituir em propriedade do paciente, mas do profissional que os produziu. Nesse aspecto, três questões são identificadas como relevantes para discussão:

- ✓ Se o prontuário e seus documentos devem ser considerados direito da personalidade por conterem imagens e dados pessoais do paciente, embora elaborados pelo Cirurgião-Dentista que nela apontou suas impressões, seu conhecimento e seu esforço intelectual.
- ✓ Cabendo ao profissional a conclusão da hipótese diagnóstica, recomendar o tratamento e anotar as respostas a terapêutica adotada, não se está admitindo uma produção científica do cirurgião-dentista.
- ✓ Se o interesse social, primado Constitucional, de produção de conhecimento é um bem que se sobreleva a qualquer outro interesse individual.

A legislação pátria, para cumprir com a função de promover o bem comum e disseminar o conhecimento, para a qual foi codificada, carece ser revista, mais especificamente a Resolução do Conselho Federal de Odontologia (CFO - 118/2012), que embora tenha sofrido constantes alterações, não estabeleceu os

parâmetros para delimitação dos dados do paciente e a produção intelectual do profissional a ela sujeito.

Em vigor desde 01 de Janeiro de 2013, o Código de Ética Odontológica, aprovado pela referida Resolução nº 118/2012, é referencial normativo para os Cirurgiões-Dentistas de todo o território nacional, utiliza a terminologia ficha referindo-se a apenas uma parte da documentação, sendo que prontuário inclui todos os documentos gerados e requisitados pelo cirurgião-dentista, dentre eles: (SILVA: 2003).

- ✓ Dois odontogramas (inicial e final),
- ✓ Anamnese,
- ✓ Avaliações médicas (quando necessária),
- ✓ Exames radiográficos,
- ✓ Cópias e modelos de estudo,
- ✓ Cópias de receitas, atestados e recibos,
- ✓ Registro de orientações ao paciente (educativas e preventivas),
- ✓ Exames complementares e fotos (não obrigatório).

Com poucos trabalhos encontrados na literatura nacional correlacionados às questões levantadas, propõe-se por meio de um diálogo construtivo com a comunidade de profissionais da área Odontológica, uma alteração na Resolução do Conselho Federal de Odontologia, acrescentando artigo que especifica e delimita de forma clara e precisa, cada uma das partes do prontuário.

7 CONCLUSÃO

Importantes mudanças foram introduzidas no início do Século XXI na sistemática de interpretação da propriedade intelectual, observando-se um forte movimento na doutrina jurídica brasileira para tornar o sistema de proteção do capital intelectual cada vez mais favorável ao seu produtor e, por isso, mais sensível ao interesse social de disseminação do conhecimento.

Definida como o “controle jurídico sobre bens econômicos”, a propriedade intelectual é vista como algo que não se converte em bem senão graças aos direitos que se tem sobre ela.

A propriedade confere um controle sobre o bem, estabelecendo uma relação entre o fato de adquirir e o de dispor desse bem.

A propriedade assegura ainda, a possibilidade de excluir, até certo grau, a utilização por outrem, além de conferir o direito de transferência para terceiro, mediante paga ou não.

Os direitos sobre os bens, ou o direito sobre as “coisas” é um exercício autônomo das possibilidades integrantes do domínio, ou de parte deles, mais precisamente de limitações e modificações.

E, direito de propriedade intelectual, é uma expressão que melhor ficaria se fosse usada como “poder”; ou seja; o poder de ação, conferido pela ordem jurídica a uma pessoa, para que possa alcançar um interesse próprio, deixando evidente que existe um sujeito detentor de um poder sobre um bem, que é objeto desta relação jurídica.

Em outras palavras, o direito subjetivo absoluto sobre a produção intelectual só pode se tornar propriedade através de uma restrição ou reserva legal de direitos e liberdades de terceiros. Esse direito subjetivo sobre o resultado de uma atividade intelectual só pode se tornar propriedade através de uma restrição legal de direitos e liberdades de outrem. E, isso só é possível pela criação jurídica da exclusividade ou monopólio sobre este.

Como bem intangível, a propriedade sobre uma idéia, um invento, uma criação intelectual é resultado da ação humana objeto do direito.

O Art. 1.270 do Código Civil Brasileiro ao preceituar que em qualquer caso, o direito de propriedade, inclusive o da pintura em relação à tela, da escultura, escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima, a espécie nova será do especificador, sem qualquer menção a valor econômico, e também sem estabelecer como se dá a criação e apropriação do bem imaterial, podendo concluir-se que é a adição de valor resultante de um trabalho do criador que constitui a obra ou o invento. Na verdade, é a conversão do principal em um objeto de valoração econômica que constitui criação intelectual.

A intangibilidade do objeto do direito intelectual e a propriedade do seu produtor torna-se mais claro quando se reporta ao campo da biologia celular, pelo fato de que as células que serviram de fonte da pesquisa para a patente terem sido retiradas do corpo de um indivíduo e o resultado da pesquisa ser fruto do esforço intelectual do pesquisador, e não da matéria prima emprestada pelo paciente.

Nessa esteira de raciocínio há decisão da Suprema Corte Norte Americana sentenciando que a linha celular patenteada e os produtos derivados dele não podem ser propriedade do paciente. Isto porque a linha celular patenteada é de fato e de direito distinta das células retiradas o corpo do paciente.

Esse precedente judicial internacional serve para justificar e embasar a reforma e reserva da produção intelectual do Cirurgião-Dentista como se pretende.

O princípio de *“use it or lose it”*, adotado pela legislação estrangeira estabelece que a ninguém é dado paralisar uma área do conhecimento, pela exclusiva da propriedade, como se verifica na literatura. O conhecimento tem uma função social e, é preciso que a ele toda sociedade tenha acesso, isto porque o direito de propriedade intelectual não está baseado no direito natural de propriedade, mas no seu potencial de estimular a criatividade futura.

Para tanto, necessária delimitação de forma clara do que são dados do paciente e quais elementos são produção intelectual do Cirurgião-Dentista e apontados no prontuário.

A partir do exposto, pode-se concluir que:

- ✓ Não se pode pensar em propriedade intelectual como um mero instrumento de benefício econômico ou guarda de interesses privados, em uma concepção mais ampla, qual seja, a utilidade que tem para um número cada vez maior de pessoas.
 - ✓ A criação só recebe proteção depois de exteriorizado seu sentido, o que acontece com os diagnósticos, laudos, exames, que no conjunto formam o prontuário odontológico, carregando em seu conteúdo muito do conhecimento, experiências e vivências de seu produtor que é o cirurgião-dentista.
 - ✓ A propriedade intelectual deve ser vista como motor de desenvolvimento humano de todos os povos, tal qual preconizado pelas Nações Unidas.
 - ✓ O prontuário, como repositório de indicadores de dados importantes para o ensino e a pesquisa, é uma importante fonte produtora de conhecimento e meio de diálogo entre os produtores desse conhecimento e seus destinatários.
 - ✓ Como a posse é a exteriorização desse saber; da propriedade, com a intenção de tê-la como sua, há necessidade desta ser destacada do que constitui a propriedade do paciente, determinando-se onde está assente o registro do conhecimento do profissional e o que constitui efetivamente a propriedade do paciente, seus dados pessoais, sempre respeitado o direito fundamental da intimidade e vida privada.
 - ✓ A legislação brasileira, para cumprir com a função de promotora do bem comum, carece de revisão no que se refere ao aspecto da propriedade, harmonizada e compatibilizada também com o privilégio da ciência e do conhecimento.
 - ✓ Ao reconhecer a posse dos direitos pessoais, como desmembramento do domínio, sem delimitar o que seja domínio, no contexto da sociedade do
-

conhecimento, está se restringindo a tutela do interesse social, que é a disseminação da informação para gerar novos saberes e garantir o bem estar geral.

- ✓ Ao identificar o Cirurgião-Dentista como autor, que utilizou suas habilidades e competências e suas vivências para redigir documento científico, este certamente deve ser identificado como criação intelectual sua, carecendo de uma redefinição a propriedade do prontuário e o uso da informação sobre o paciente.
- ✓ Sendo o paciente quem fornece os dados para a formulação, ao profissional é dada a conclusão diagnóstica, posto que aquelas não guardam relevância sem a interpretação, o que coloca o profissional em situação inferiorizada diante do paciente e o conhecimento acaba restrito aos arquivos pessoais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, D B. **A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual: o caso sul americano**. Genebra, Suíça: *Internacional Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)*, 2003.

BARBOSA, R. **Posse de direitos pessoais**. In: Barbosa, Rui. **O Dever do Advogado e Posse de Direitos Pessoais**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 49-116.

BARRAL, W; PIMENTAL, L O (org). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Boiteux, 2007.

BARROSO, L R. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASSETO, C L. **Redes de Conhecimento**. Bauru: Idea Editora, 2013.

BASSO, M. et al. **Direitos de Propriedade Intelectual & Saúde Pública: o acesso universal aos medicamentos antiretrovirais no Brasil**. São Paulo: Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento (IDCID), 2007. Disponível em http://www.direito.usp.br/pesquisa/direitos_propriedade_intelectual_saude_publica.pdf. Acesso em: 12 Dezembro de 2013.

BEVILAQUA, C. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Servanda, 1976.

BITTAR, C A. **Teoria Geral do Direito Civil**, 2.ªed. Lisboa: Editora Almedina, 2003.

BEVILACQUA, Clóvis. **O Direito das Coisas**. Vol. 1. São Paulo: Forense, 1976.

BOFF SO, PIMENTEL OL. **Patentes na biotecnologia e desenvolvimento**. Tradução da conferência apresentada no Congresso *Hacia um Instrumento regional interamericano sobre La bioética: Experiências e Expectativas*, na Universidade Nacional Autónoma do México, Cidade do México, em 06.09.2007. Disponível in: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2673/15.pdf>. Acesso em: 10/04/2014.

BOFF, S O. **Patentes na biotecnologia e desenvolvimento**. In: BARRAL, W E. PIMENTEL, L O (Orgs). **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boitex: 2007, pp. 253-279.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

BORGES BARBOSA, D. **Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual**. 2003. Disponível in <http://www.nbb.com.br/pub/propriedade13.pdf>. Acesso em 05/03/2014.

BORGES NETTO, A L. **A Razoabilidade Constitucional**. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 2, n. 12, maio 2000. Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_12/razoab_const.htm. Acesso em 04/07/2014. Acesso em/ 14/04/2014.

BOYLE, J. ***Fencing off ideais: enclosure and the disappearance of the public domain***. *Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and ciences*, p.13-25, spring 2002.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro e Constituição Federal**. 64ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei 9279, de 14 de Maio de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em 12 de Fevereiro de 2013.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1931/2009**. Publicada no DOU de 24 de Setembro de 2009, seção I, p. 90. Disponível in: www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&ind.

BRASIL. **Proposta da nova Lei de Direitos Autorais**. Agência Câmara. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2010/05/21>. Acesso em 10 de Julho de 2013.

BUAINAIN, A. M.; CARVALHO, S. M. P. **Propriedade intelectual em um mundo globalizado**. In: BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Centro de Estudos Estratégicos. Parcerias Estratégicas. Brasília: MCT, 2000. P.145-153.

Carvalho LF. **Serviço de arquivo médico e estatística de um hospital**, 2.ª ed., São Paulo: LTr /MEC; 1977.

CHAMAS, C. I. **Proteção e exploração econômica da propriedade intelectual em universidades e instituições de pesquisa**. Rio de Janeiro: COPPE, Engenharia de Produção. UFRJ, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. **Código de Ética Odontológica**. Disponível em: http://cfo.org.br/wp-content/uploads/2009/09/codigo_etica.pdf. Acesso em 20/02/2014.

CRETELLA JUNIOR, J. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária: 1988.

CRISTOFOLETTI, R. **Ética e autoria**: notas preocupadas sobre a pesquisa científica contemporânea. Vozes & Diálogo. N. 8, 2006.

DAVID, P. A. **Intellectual property institutions and the panda's thumb: patents, copyrights, and trade secrets in economic theory and history**. In M. B. Wallerstein et. al. (orgs.), *Global dimensions of intellectual property rights in science and technology*, (Washington, National Academy Press, 1993).

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FONSECA, R. M. **A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba: SER/UFPR, n.44, p. 61-76, 2006.

FREITAS, A. **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 2004.

GORZ, A. **O Imaterial: Conhecimento, Valor e Capital**. São Paulo: Annablume, 2004.

GRAMSCI. **As classes sociais no capitalismo**. Wiliam Felipe (org.). Editora: Sundermann, 2008.

GRINOVER, A. P. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. 2. ed. atual. São Paulo: RT, 1992.

GUERRA, R. C. **Importância da Documentação Odonto-legal na Prática Clínica**. CRO-NOTÍCIAS, Rio de Janeiro, 1997.

HABERMAS, J. **Teoria do Agir Comunicativo**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1981.

HART, K. **Intellectual property**. 2006. Disponível em: <http://thememorybank.co.uk/papers/intellectual-property>. Acesso em: 20 de Novembro de 2013.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil do médico**. 8 ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LARANJO, L; NEVES, A L; VILLANUEVA, T; CRUZ, J; BRITO SÁ, A; SAKELLARIDES, C. **Acesso dos Pacientes aos seus Processos Clínicos. Patients' Access to their Medical Records**. In: Acta Med Port: 2013. May-Jun; 26(3):265-270. Revista Científica da Ordem dos Médicos www.actamedicaportuguesa.co269 m. Acesso em 16/03/2013.

LOCATELLI, L. **Indicações geográficas: a proteção jurídica sob a perspectiva do desenvolvimento econômico**. Curitiba: Juruá, 2008.

MAANEN, J V. **Reclaiming qualitative methods for organizational research: a preface**. In Administrative Science Quarterly, vol, 24, n. 4. December 1979.

MARIN, HF. **O prontuário eletrônico do paciente**. Revista Paulista de Enfermagem. 2001; (1): 51-6.

MARX, Karl. **O Capital**. 8. São Paulo: Abril Cultural, 1983, vol. I-1, p.92.

MEZZOMO, AA. **Serviço do prontuário do paciente**, 4.^a ed., São Paulo: Cedas; 1991.

MOREIRA ALVES, J C. **Posse. Estudos Dogmáticos**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OMPI. Disponível em <http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/ompi/>. Acesso em 15/08/2013.

ORDANCGY, A. S. **A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão**. 2010. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf.> Acesso em: 20 Maio 2014.

PEREIRA, G D C P. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PILATI, J I. **Propriedade & Função Social na Pós-Modernidade**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

POZZO, R. **Immanuel Kant, tratado sobre propriedade intelectual**. Trans/Form/Ação, (São Paulo), 29(2), 2006, p.11-18.

ROBERTO DE ALMEIDA, P. ***The New Intellectual Property Regime and its Economic Impact on Developing Countries***. Fribourg; University Press ed: 1990.

RUIZ, J A. **Metodologia Científica: Guia Para Eficiência nos Estudos**. São Paulo: Atlas, 1986.

Sales Peres A, et al. **Prontuário odontológico: o meio mais adequado para o cirurgião-dentista armazenar informações dos seus pacientes**. Rev. Odontol. UNICID 2001; 13(3): 215-220.

SALES PERES, A *et al.* **Prontuário odontológico e o direito de propriedade científica**. In: Revista Gaúcha de Odontologia (RGO). Porto Alegre, v. 55, n. 1, p. 83-88, jan./mar. 2007.

SANTOS, B S (org). **Desmercantilizar a tecnociência**. (org.), **Conhecimento prudente para uma vida decente: “Um discurso sobre as ciências”** revisitado (edição portuguesa: Porto, Edições Afrontamento, 2003; edição brasileira: São Paulo, Cortez, 2004).

SILVA, J A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros Editores, 26.ed., 2006.

SILVA, J A. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ED. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, M. **Exerça clínica com tranquilidade, documente-se e esteja “seguro”**. Jornal Associação Paulista de Cirurgões Dentista, set. 2003, p.18.

SILVEIRA CASTRO. C R. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. São Paulo: Forense, 1989.

STRATHERN, M. **Potential property. Intellectual rights and property in persons**. Social Anthropology, v. 4, n. 1, p. 17-32, 1996.

TARGINO, M. das G. *Comunicação científica: uma revisão de seus elementos básicos*. Informação e Sociedade, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 37-85, 2000.

TAVARES, F. **Ordem Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TERESI, D. **DESCOBERTAS PERDIDAS: As raízes antigas da ciência moderna, dos Babilônios aos Maías**. Companhia das Letras. 2008.

TRF 2ª Região, AI n.º 200602010084342, 1ª Turma Especializada, rel. Juíza Márcia Helena Nunes, j. 27.06.2007.

VIVEIROS DE CASTRO, E. **Exchanging perspectives: the transformation of objects into subjects**. In Amerindian ontology. Common Knowledge, v. 10, n. 3, 2004.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **Exclusions from Patentability and Exceptions and Limitations to Patentees' Rights**. In Standing Committee on the Law of Patents, 13, 2009. Disponível em http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_13/scp_13_3.pdf. Acesso em: 14 Outubro 2013.

ZOLO, D. **Libertad, Propiedad e Igualdad en la Teoría de los “Derechos Fundamentales” (a propósito de um ensayo de Luigi Ferrajoli)**, in FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello, Editorial TROTTA, Segunda Edición, 2005.