



REVISTA DE
MESTRADO EM DIREITO DA UFS

Vol. 1 nº 1 Jul/Dez. 2011

111



TEORIA DOS BENS E A ESSENCIALIDADE DOS MEDICAMENTOS: A funcionalização da propriedade em prol dos valores existenciais

Pedro Marcos Nunes Barbosa¹

Resumo: O artigo analisa (e propõe) releitura à Teoria dos Bens, de modo a funcionalizar os direitos das propriedades em prol dos valores existenciais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, propriedades, valores existenciais.

Abstract: The article examines property rights as a path to the realization towards constitutional rights.

Key Words: Fundamental rights, property rights, moral rights.

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho será abordada a teoria clássica dos bens, bem como as vicissitudes históricas que levaram a tutela da propriedade conviver e conflitar com outros direitos de igual ou maior importância.

Um tanto distante do direito de propriedade "*inviolável e sagrado*", tal como propunha a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1789, o direito real "por excelência" sofre mitigações distintas de um ar sacro e invencível.

Após o capítulo que cuida do viés proprietário - enquanto título ao invés de função -, será enfrentada a divergência existente entre titulares e não titulares, além do direito ao "patrimônio" mínimo dos últimos em especial no que cuida do polêmico tema da saúde pública.

Nesse sentido, será avaliada a jurisprudência que cuida dos embates entre partes privadas, e dos particulares para com os entes públicos.

¹ Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Propriedade Intelectual pela PUC/RI, Professor e Coordenador da Pós-Graduação em Propriedade Intelectual da PUCIRJ, advogado associado do escritório Denis Borges Barbosa.

Ato contínuo será enfocada a relação das patentes para com o direito de acesso, os abusos cometidos pelos titulares, e os remédios existentes para que tantos embates judiciais sejam adequadamente resolvidos.

Por fim, relacionaremos os aspectos proprietários em consonância com os valores existenciais almejando uma ponderação pertinente de direitos - hoje - contrapostos.

2. UM POUCO DE HISTÓRIA

A visão clássica da propriedade abrangia o senhor feudal com o objeto de sua riqueza: gigantescos latifúndios onde os vassaloz e vilões exerciam sua atividades. A corvéia era a contraprestação dada ao dono

do feudo pela proteção e uso da gleba¹.

Com o advento da revolução francesa, "O indivíduo [se toma] proprietário de sua própria pessoa e tem capacidade de agir independente dos outros. Essa autonomia significa liberdade de agir, liberdade con.fimde-se então com propriedade. Ser proprietário significa ser livre. Justifica-se a propriedade na liberdade, e a liberdade na propriedade"³.

Portanto, não ser titular-proprietário significava ser excluído de sua plena liberdade. Os derradeiros ideais iluministas *égalité et Fatemité* - factualmente -jamais saíram do imaginário. Na prática, tal constatação resulta na seguinte conclusão:

"quem pode ter é sujeito de direito, mas somente será sujeito na medida em que tenha. É a propriedade que qualifica o sujeito. Os não-proprietários (apesar de poderem, aos olhos do direito, sê-lo) são como ausentes da ordem jurídica, verdadeiros fantasmas à luz do dia. Nesses quadrantes tudo ainda se reduz a ingressar nesse foro privilegiado do sujeito de direito: aquele que tem bens, patrimônio sob si, compra, vende, pode testar e até contrai núpcias. Para estes, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria do direito civil; para os demais, o limbo"⁴.

KOSHIBA, Luiz. *História do Brasil*. 7. ed. São Paulo: Atual Editora, 1996, p. 4

³ CORTIANO, Eroulths Junior. *O Discurso Jurídico da Propriedade seus Rupturas: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro; Editora Renovar, 2002, p.91.

⁴idem p. 121.

Mas no desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos, tal ótica se tomou insustentável, pela exclusão da grande maioria dos destinatários. HART preceituava que apenas um sistema igualitário facultava a manutenção de uma estrutura jurídica:

Se o sistema for justo e assegurar genuinamente os interesses vitais de todos aqueles de quem pede obediência, pode conquistar e manter a lealdade da maior parte, durante a maior parte do tempo, e será consequentemente estável. Pelo contrário, pode ser um sistema estreito e exclusivista, administrando segundo os interesses do grupo dominante, e pode tornar-se continuamente mais repressivo e instável, com a ameaça latente de revolta. Entre estes dois extremos, podem encontrar-se várias combinações destas atitudes para com o direito, frequentemente no mesmo indivíduo".

Na prática, os não titulares passaram de uma atitude passiva, conformista, para uma luta social em busca de seu "*lugar ao sol*", de sua terra, posse, de seus bens", de sua cidadania⁷.

Assim, temos hoje uma perspectiva distinta da clássica visão proprietária da sociedade, ainda que a integração completa dos destinatários do ordenamento pareça algo utópico.

3. TEORIA DOS BENS: A *propriedade continua sendo conceituada como forma (título) ao invés de efetividade (utilização)*B.

A teoria dos bens abrange parte considerável do direito civil, basicamente incidente sobre os direitos reais, mas, hoje, também, defende-se sua aplicação sobre os direitos obrigacionais.

⁵ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**, p. 218.

⁶ Entre outros grupos destacamos a atuação - nem sempre republicana - do Movimento dos Sem Terra: <http://www.mst.org.br/especiais/9>, acessado em 08.09.2009. às 14:23.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 3: "*O sujeito ativamente é cidadão e passivamente é súbito*".

⁹ Completando a assertiva de Eroulths Cortiano Junior, Luiz Edson Fachin arrebatou: "*Se o direito de propriedade deve ser individual, o seu exercício deve ser social*", *in op cite* p. 66.

Em que pese à existência dessa subdivisão clássica, a doutrina bem aponta sua atual e inescusável aproximação". Tal convergência também pode ser apurada tendo em vista a importância dada ao princípio da boa-fé objetiva, perpassando eventuais contraentes, para a realização do que foi pactuado, enquanto objetivada a segurança jurídica".

Mas a concepção vetusta da propriedade enquanto algo abstrato, de poder indefinível, lhe garantiu - por muito tempo - a possibilidade contínua e sua ilimitada permanência.

A propagação ideológica de que a legislação deverá ter como escopo normas abstratas ¹¹, acabou por sepultar o exercício da igualdade material perante sujeitos tão desiguais.

Os princípios da solidariedade, a pressão por medidas que atingissem a igualdade material, bem como o reconhecimento recíproco da subjetividade social em face da subjetividade abstrata, permitiram "que [fosse] expressa uma nova realidade econômica, principalmente no que toca à distribuição de renda, à assistência às classes desfavorecidas e ao uso não egoístico dos bens, renovan-

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2007, P. 204: "As situações reais não se reduzem ao exclusivo dever genérico de abstenção por parte de terceiros; elas, especialmente aquelas limitadas de gozo, caracterizam-se pela presença de obrigações específicas integrativas. Não existe, portanto, uma precisa separação entre situações creditórias e reais: frequentemente situações obrigacionais integram-se com interesses mais amplos e constituem situações complexas".

¹⁰ "é o princípio da boa-fé objetiva, não já a função social do contrato, o fundamento para a proteção do crédito em face de terceiros: "(...) o princípio da boa-fé objetiva, informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato. alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, vinculando-os ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros. Por isso mesmo, fundamenta-se na boa-fé objetiva a proteção do crédito em face de terceiros ". Notas sobre a função social dos contratos. in TEPEDINO, Gustavo José Mendes. e FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

! É importante frisar que os mitos do caráter abstrato e do viés neutro da Lei foram rechaçados pela doutrina: "Pecam as teorias que se julgam neutras, desprovidas de qualquer valor no corpo de sua análise sobre um determinado objeto, pois a intenção de neutralidade é em si dotada de um valor filosófico, uma escolha que, se verdadeira em si, não necessitaria construir-se em oposição ao privilégio: a neutralidade analítica é impossível, bem como, paradoxalmente, a intenção de neutralidade é sem dúvida um valor social dotado de uma finalidade - de que o pensamento jurídico não deve encontrar fundamento na empiria social, mas tão somente na lógica científica". FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 35.

4. PATRIMÔNIO MÍNIMO: "Não ofereceu nenhum a Macabéa [que] Não cobizou o bombom pois aprendera que as coisas são dos outros:",

O fato de termos hoje a primazia" do existencial sobre o patrimonial não implica no decréscimo da importância do segundo. Ele apenas teve sua função alterada, de modo a comportar um meio ao pleno desenvolvimento do primeiro, sem, contudo, significar que o existencial prescindia completamente dos bens materiais.

A existência plural daqueles desprovidos de qualquer patrimônio material, alguns até carentes de um mínimo de privacidade", trouxe uma constatação de que não vivemos um momento de crise, *mas uma crise do momento*.

A constatação diária de que a sociedade se "enriqueceu" de personagens próximas a Macunaímas e Macabéas trouxe a irrefutável indagação: *Como garantir um patrimônio mínimo?*

Alem de garantias ao direito de propriedade, a sociedade também clama ao direito de acesso aos bens tutelados, além de seu uso em *prol* das relações familiares".

"A proteção à dignidade humana e o propósito da redução das desigualdades exigem a proteção do excluído, e esta proteção leva à discussão da acessibilidade aos bens: "Nessa esteira, passa-se a entender que esse direito subjetivo tem destinatários no conjunto da sociedade, de modo que o direito de propriedade também começa a ser um direito à propriedade "21.

¹⁷ LISPECTOR, Clarice. *A hora da estrela*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998, p. 71.

¹⁸ Tal primazia também é notada no campo da responsabilidade civil: "O dano causado a bens materiais há de ser, em tudo e por tudo, diferenciado e de menor importância do que o dano (injusto) causado à pessoa humana", MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2003, p.163.

¹⁹ Como os moradores de rua que não optaram pela falta de privacidade, ao contrário de participantes de "reality shows" que "dispõem" voluntariamente sobre tal valor existencial.

²⁰ "O patrimônio, por sua vez, somente é relevante para proporcionar aos familiares as melhores condições de desenvolvimento de suas relações familiares e sociais, em harmonia, em respeito e em solidariedade, permitindo que cada um possa, com a colaboração de todos, atingir o ideal de felicidade e de bem-estar social", GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 128.

²¹ *idem*, p. 153.

O direito deve ser usado como moto promocional aos seus destinatários, dentro da visão utilitarista de Bentham cujo *"critério de justiça é determinado pelo que produz a maior satisfação ou a maior felicidade ao maior número de cidadãos. Isso liga o direito a objetivos sociais práticos e concretos, uma vez que o objetivo da legislação deve ser sempre o de satisfazer o maior número de pessoas"* .

Assim divergem entre si a antiquada visão patrimonial em oposição a necessidade de integração social, a dignidade da pessoa humana excluída de patrimônio.

No Brasil, não há espaço para aqueles que defendem uma aplicação - apenas - vertical dos direitos fundamentais, pois a *"definição concreta do objeto dos direitos a prestações e da sua possível vinculação (direta e/ou indireta) na esfera das relações privadas exige em primeira linha uma ponderação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial (ou do núcleo essencial, quando não idêntico ao conteúdo em dignidade) dos direitos e prestações, por um lado, e da autonomia privada ou outros bens fundamentais, por outro"* .

Portanto, mesmo longe de uma relação entre *particular* e *Estado*, os primeiros devem exercer suas atividades, e usar suas propriedades em benefício de seus pares, na aplicação integral dos valores fundamentais de modo "horizontal".

No tópico subsequente, avaliaremos a relação do direito de acesso aos medicamentos como garantia ao patrimônio mínimo da pessoa humana: direito à vida.

4.1 Patrimônio mínimo e relações proprietárias

Como uma solução hábil ao direito de acesso, Eroulths Cortiano propõe a utilização dos instrumentos de direito administrativo - tal como a desapropriação - não apenas nas hipóteses de sanção ao titular do direito".

²² ARNAUD, André-Jean e Ma José Farifias Dulce. Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos. Rio de Janeiro; Editora Renovar, 2000, p. 62.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais 110 direito privado: o caso brasileiro*, p. 140-141.

²⁴ *"Disso se deduz que institutos de direito administrativo, como a desapropriação, à luz da Constituição, não são mais utilizáveis somente com o fim de assegurar a função social de produção da propriedade, mas também com o fim de tornar acessível a todos a propriedade privada"*, Eroulths Cortiano Junior, p. 154.

"Segundo qualquer noção aceitável de direitos humanos, [a manutenção do modelo proprietário] requer igualdade do direito à mera subsistência física: requer igualdade do direito aos meios de vida e aos meios de trabalho que toda sociedade é capaz de propiciar conforme seu grau de domínio sobre a natureza.

Portanto, a própria natureza dos seres humanos requer dois tipos de propriedade individual. O primeiro, a propriedade dos meios de vida, é a posse de coisas materiais. Trata-se necessariamente de uma propriedade exclusiva: eu preciso ter o direito de excluir você de minhas roupas, de minha refeição, de minha escova de dente e do meu leito "25.

Eros Grau, por sua vez, entende que, na hipótese de descumprimento da função social por parte do proprietário, o caso não seria de desapropriação, mas de perdimento do bem".

O patrimônio mínimo, portanto, tal como ocorre com o "bem de família", não representa uma limitação ao crédito ou ao direito de propriedade, mas apenas retira a sobrevivência do devedor ao voluntarismo do credor'.

Ajurisprudência também tem ponderado acerca da maior importância do direito de acesso a medicamentos diante de valores patrimoniais tais como a vontade descrita no testamento:

"Pretensão de benefício, atingido pelo vírus da AIDS e em estágio avançado da doença, de liberar-se o gravame, alienando-se o bem e aplicando o numerário daí defluente no tratamento de sua saúde. A proteção do benefício, que era a vontade da testadora, deixaria de ocorrer se, impossibilitado de vender o imóvel gravado, ficasse ele reduzindo à miséria, sem recursos para minorar-lhe os sofrimentos nos últimos tempos de vida. Compatibilização, no caso, da regra do art. 1676 do CC, com a do art. 5º da Lei de Introdução do mesmo ordenamento e com a interpretação teleológica da cláusula. Deferimento do pedido, com depósito do produto da venda em caderneta de poupança à disposição do Juízo, liberando-se gradualmente o numerário para custeio do tratamento". Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, AI 1948/94 RJ, 58 Câmara Cível. - julgado em 14295 - ReI. Dês. Humberto de Mendonça Manes.

²⁵ Eroulths Cortiano Junior, p. 155. ²⁶

Eroulths Cortiano Junior, p. 158. ²⁷

FACHIN, p. 67.

A conclusão atingida pelo Tribunal fluminense não poderia ter sido outra, posto que o cumprimento do testamento toma *a priori* o bem estar do beneficiário, e tal só pode se dar com ele vivo.

Outra fonte incessante de conflito entre particulares é o da obrigatoriedade das farmácias alienarem medicamentos aos idosos, em decorrência de legislação estadual:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI ESTADUAL Nº 3542/01. DIREITO À SAÚDE. DESCONTO PARA IDOSOS NA COMPRA DE MEDICAMENTOS. 1. Súmula na 58 deste Tribunal. Decisão agravada contrária à lei. 2. Ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, que teve a liminar indeferida e ainda não teve o mérito julgado. Assim, a referida Lei Estadual é constitucional e deve ser aplicada. 3. Direito à vida que deve sempre preponderar face ao da livre iniciativa" Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 6³ Câmara Cível, Dês. Benedicto Abicair, AI 2009.002.03090, DJ 19.02.2009

Numa outra senda, já não abrangendo apenas os particulares, temos que os entes federativos - solidariamente - detém a obrigação de fornecer acesso aos fármacos essenciais à vida do administrado, ainda que tal medicamento não esteja presente na listagem do SUS.

Tais julgados refletem o papel preponderante do poder público na disponibilização de bens essenciais, de modo a permitir a dignidade da pessoa humana através da sobrevivência do cidadão.

"I. No que se refere especificamente aos portadores do vírus HIV, dispõe o artigo 1º da Lei n" 9.313/96 que "os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento. (...)

4. Embora o medicamento ora pretendido (KALETRA) não esteja inserido nas recomendações do Ministério da Saúde, fundamental é que o fornecimento gratuito deve abranger toda medicação necessária ao tratamento dos soro positivos, significando que não só são devidos os remédios padronizados pelo Ministério da Saúde, como todos aqueles que porventura sejam necessários às particularidades de cada paciente.

5. Os exames e medicamentos necessários são ainda indeterminados, estando, pois, ligados ao quadro evolutivo da doença, sendo cabível na espécie a formulação de pedido genérico, a teor do disposto inciso II do artigo 286 do CPC. "

TRF 2ª Região - AC nº 2001.51.01.020530-7, 8ª Turma Especializada, unânime, Rel. Juiz Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, DJU 20.04.2005, p. 423/424.

O precedente *supra* labora com o pensamento de que o Estado não pode gerir, de modo negativo, com a vida de seus "súditos". Assim, tal como a proibição - genérica - da pena de morte, não pode o ente público por ação, ou omissão, dispor sobre a existência de um cidadão".

Quando a determinação *in limine* do não resolve a questão, o Poder Judiciário tem utilizado de medidas extremas para o cumprimento da decisão "ignorada" pelo Poder Executivo, sem que isso implique numa violação constitucional ao "patrimônio orçamentário".

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO SEQUESTRO DE DINHEIRO PUBLICO POSSIBILIDADE PRINCIPIO DADIGNIDADEDA PESSOA HUMANA DIREITO A VIDA E SAUDE AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTOS. Autora portadora de meningeoma paraselar: Seqüestro de verba pública. Possibilidade. O seqüestro de verba pública para compra de medicamentos essenciais à vida da Autora, ora agravada, não afronta o disposto nos artigos 730 do Código de Processo Civil e 100 da Constituição Federal. Muito pelo contrário, atende aos Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e do Direito à Saúde e à Vida, sendo certo que no confronto com o Princípio da Impenhorabilidade dos Bens Públicos há que se aplicar os primeiros. AGRAVO IMPROVIDO.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 15ª Câmara Cível, Dês. Celso Ferreira Filho, AC 200800215797, DJ 09.09.2008.

Tal entendimento se encontra convergente com o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. "Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar".

²⁸ Especificamente sobre a pena de morte, pertinentes são os pensamentos de BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 162.

Destarte, podemos concluir que na relação entre proprietários ou entre aquele que almeja ser 'titular' do direito de permanecer vivo e o Estado, a Carta da República assegura a prevalência da existência digna.

4.2 Patrimônio mínimo e relações contratuais

Ingo Sarlet bem aventa uma hipótese clara de primazia do direito de acesso a medicamentos, à saúde, numa hipótese contratual: "*Um dos casos dignos de nota refere-se ao reconhecimento, por parte dos tribunais, da obrigação de empresas gestoras de planos de saúde privados arcarem com o pagamento de tratamentos não previstos nas cláusulas do contrato*"²⁹.

Precedentes" recentes do Tribunais Estaduais bem refletem as tendências pretorianas de alcançar obrigações paralelas, ainda que não expressamente previstas nos contratos:

SEGURO SAÚDE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO TRATAMENTO QUIMIOTERAPICO CDC PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Agravo. Decisão que concedeu a tutela antecipada para determinar

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*, p. 140-141.

³⁰ "*Pretensão da agravante de que seja reformada a decisão agravada, por entender que o contrato celebrado não prevê a obrigação de fornecer medicamento para a realização de exame médico. O remédio em discussão nada mais é do que um ato preparatório para a realização do exame, sendo parte do procedimento, pelo que deve ter seu custo coberto pela agravante*".

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 12ª Câmara Cível, Dês. Nanei Mahfuz, AC 200500216814, DJ 18.11.2008.

"Se o contrato mantido entre as partes não exclui, expressamente, a cobertura para a patologia, deve a seguradora fornecer o tratamento através de medicamento, ainda que sem internação hospitalar, quando este é ministrado em associação ao tratamento indicado".

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 6ª Câmara Cível, Dês. Liege Puricelli Pires, 08.06.2009.

"Os contratos de plano de saúde podem estabelecer as doenças alvos da cobertura, mas não podem limitar o tipo de tratamento a ser alcançado ao paciente".

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Dês. Leo Lima, 25.03.2009.

ao Plano de Saúde o fornecimento de medicamento essencial ao tratamento quimioterápico. Recurso da UNIMED sustentando que inexistem qualquer previsão legal ou contratual a respeito do fornecimento dos medicamentos solicitados e demais procedimentos ao tratamento médico da paciente. Desprovisionamento. (. ..) Ausência de demonstração de prejuízo, ante a possibilidade de regresso contra o Estado, que a Agravante sustenta ter o exclusivo dever de fornecimento dos medicamentos, enquanto que a falta do remédio representa para o 'consumidor a diferença entre a vida e a morte, pelo que a prevalência da cláusula restritiva importa em desequilíbrio contratual.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 1ª Câmara Cível, Dês. Azevedo Pinto, AC 200800222515, DJ 01.10.2008.

Teresa Negreiros ao tangenciar o paradigma da essencialidade sugere uma distinção quanto à exegese contratual, especialmente quando há, de um lado, bens supérfluos, e, de outro, bens fundamentais.

No primeiro caso, em hipótese de disputa, a disciplina deverá ser mais liberal, ao contrário da segunda, onde será sujeita a um regime de caráter tutelar". A legislação consumerista (CDC) também denota a preocupação do legislador nas hipóteses de trato farmacêutico: o artigo 76, V, imputa como agravante dos crimes contra o consumidor aquele que envolver medicamento.

Portanto, a missão do intérprete é a ponderação adequada sobre os valores jurídicos conflitantes, pois *"a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade"*³².

S. APROPRIEDADE INTELLECTUAL E O ACESSO A MEDICAMENTOS

Após uma abordagem crítica do enfrentamento da propriedade "comum" e a essencialidade dos medicamentos de cunho humano, o pre-

³¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato - novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª Edição, 2006, p. 31 e 32. Logo em seguida a autora continua: *"a classificação dos bens segundo o critério da utilidade existencial incorpora-se, por esta via ao direito contratual, fornecendo parâmetros para a hierarquização concreta dos valores individualistas e solidaristas que coexistem na ordem social e econômica estabelecida pelo Texto Maior"*, p. 39.

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil: tendência*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direitos, p. 109.

sente capítulo explicitará a forma com a qual a tutela da propriedade industrial afeta, diretamente, o acesso aos fármacos.

Numa visão concreta da propriedade intelectual no que é pertinente ao acesso a medicamentos, temos de um lado a patente de invenção, e, de outro, o consumidor final (além da própria concorrência).

Destarte, será percebida a relação conflituosa entre o direito de excluir e a necessidade de incluir", bem como os remédios existentes no ordenamento jurídico para permitir a convivência de ambos os valores.

Como proposta final, almeja-se formular hipóteses onde o título de exclusiva não poderá ser oponível, seja pela hierarquia dos valores em questão, ou seja pela onerosidade excessiva daquele que carece do uso da tecnologia em questão.

5.1 Patente é Propriedade?

Antes de tangenciar as peculiaridades da licença compulsória, principal medida existente ao combate das situações extremas que violam o acesso dos fármacos patenteados, se faz mister tecer algumas linhas acerca do direito de patente, sobre a qual recairá a licença obrigatória.

Em nosso sentir, há uma equivocada difusão do direito de exclusiva nos moldes clássico-liberal-patrimonialista, voltado à conduta voluntariosa de seu titular.

Temos que a patente não concede propriedade ao titular, pois, como bem alerta a doutrina: "*Não obstante, o simples fato de empregar a lei a expressão propriedade nem sempre autoriza a concluir que seja essa a natureza que atribui ao direito imaterial, não só porque a denominação pode ser usada sem intenção de definir o direito, como também porque a ciência jurídica evolui e a concepção legal hoje adotada podem, amanhã, ser tida como errônea, passando-se a considerar inexata e desapropriada a denominação da lei*"³⁴.

³³ "A definição da titularidade leva em conta afastar os outros com aquela visão clássica de que o fato que se passa é direito do titular único e exclusivo, o que, evidentemente, está superado. Hoje, o direito se mostra em relação a outro, para operar um juízo de inclusão e respeito. Daí porque a marca em objeto da relação jurídica e não em objeto de direito", FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Ed. Renovar, Rio de Janeiro; 2003, p. 160.

³⁴ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. São Paulo: Saraiva, 1946, Vol I, p. 90.

Num simples confronto do artigo 1.228 do Código civil junto ao artigo 42 da Lei 9.279/96, temos que a Lei de Propriedade Industrial (doravante LPI) concede direitos bem mais restritivos do que aqueles conferidos na forma clássica do direito real de propriedade. Não há - necessariamente - o direito de usar ou gozar, mas há o dever de fazê-lo".

Assim, temos que a patente se aproximaria do conceito de concessão monopolista, como, V.g, o fornecimento de energia: *"A concessão de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio da qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração*

extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos":",

No entanto, parte majoritária da doutrina e da jurisprudência vislumbram as patentes como uma espécie do gênero propriedade".

Neste viés, os juristas apontam: *"Não existe, assim, uma única propriedade, não existe /{ma noção rígida, do/imda de propriedade. Isto significa que não é mais possível discorrer acerca da unidade do domínio; não é possível sustentar que a propriedade é conceito unitário, síntese de quaisquer poderes de gozo e disposição; que não há propriedade se não existem aqueles poderes; que se existem aqueles poderes, existe propriedade, que se falta um só daqueles poderes é de duvidar da existência do direito de propriedade. A verdade é que hoje não existe mais a unidade do domínio, em boa parte é conhecimento preciso - não só dos interpretes mas também do legislador - que existe uma pluralidade de dominios?"*.

Dentro da visão predominante, um dos lastros de sua estrutura é o exercício observando a função social: *"O direito de propriedade, que*

³⁵ Trechos extraídos da obra *A Proteção dos Dados de Testes Sigilosos Submetidos à Regulação Estatal*. Revista Criação. II ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213-254, BARBOSA, Pedro Marcos Nunes Barbosa.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pg.501.

³⁷ Vide Pontes de Miranda - *Tratado de direito privado - parte especial*. São Paulo: RT, 1983, Tomo XVI, 4ª edição, 2ª Tiragem. p. 193, e precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, AI 2008.02.01.000078-7, Des. Messod Azulay Neto, publicado no DJ do dia 18.03.2008.

³⁸ CORTIANO, Eroulths Junior. *Discurso Jurídico da Propriedade seus Rupturas: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro; Editora Renovar, 2002, p. 160.

se assegura em toda sua plenitude, para que possa seu titular dispor da coisa livremente, fruindo-a a seu bel-prazer ou alienando quando lhe aprouver, sofre restrições advindas do respeito a direitos alheios ou fundados no próprio interesse coletivo, em face dos princípios jurídicos que transforma a propriedade numa função social!"³⁹.

Portanto, o "*que caracteriza a patente como uma forma de uso social da propriedade é o fato de que é um direito limitado por sua função: ele existe enquanto socialmente útil?*".

Se há severas críticas a visão do privilégio de invenção como direito de propriedade, também há aqueles que consignam a inexistência de um modelo único do instituto, sendo o mesmo grande gênero de muitas espécies.

Dessa forma, ainda que tenhamos o aludido direito como propriedade, a licença compulsória, como veremos a seguir, serve exatamente como garantia à função social da patente.

5.2 licenciamento Compulsório como instrumento de acesso aos medicamentos

Antes de adentrarmos a seara das licenças obrigatórias, uma visão sistemática constitucional nos parece útil à compreensão do instituto que labora com o viés necessidade social *versus* interesse privado".

Na observância do axioma da supremacia do interesse público" há alguns institutos no ordenamento jurídico pátrio que se assemelham ao instituto objeto do estudo:

* Requisição (artigo 5º, XXV da CF) - "*O apossamento consiste numa atuação material, por meio da qual a Administração Pública se investe fisicamente no uso e fruição da coisa,*

³⁹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível de nº 2001.001.14417, julgado em 27 de novembro de 2001.

⁴⁰ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pg. 499.

⁴¹ O trecho seguinte foi parcialmente inserido no artigo *Uma visão propedêutica do licenciamento compulsório de patentes farmacêuticas*. no prelo, de BARBOSA, Pedro Marcos Nunes.

⁴² "*A maioria reconhece a necessidade de subordinar o princípio manchesteriano de autonomia da vontade à relevância do bem público*", FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 2.

que poderá ser móvel ou imóvel?",

* Empréstimos Compulsórios (artigo 154 da CF) - *"A união poderá instituir: II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação".*

* Expropriação (artigo 243 da CF) - *"As glebas de qualquer região do país onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei."*

* Desapropriação (artigo 184 da CF) - *"Compete à União desapropriar por interesse social (. . .) mediante prévia e justa indenização ... "*

Entre os institutos ora consignados, a licença compulsória se assemelharia - mais - com a desapropriação, pois há a devida retribuição pecuniária. No entanto, como discorreremos abaixo, o titular da tecnologia não perde a "posse" de seu bem, suprimindo-se, tão somente, a exclusividade ao direito.

A licença compulsória vem a resolver um problema prático: a concorrência entre o titular da patente e do licenciado compulsório minorará os preços dos produtos farmacêuticos".

No entanto, o Brasil tem uma parca história no uso de um mecanismo tão hábil ao problema crônico dos medicamentos.

Na prática, o problema da judicialização excessiva dos pleitos que visam acesso aos medicamentos poderia ser resolvido com a expedição de algumas licenças compulsórias.

Contudo, inovando na história nacional, através da Portaria 886/2007 do Ministério da Saúde, foi objeto de licença obrigatória, recentemente, o medicamento Efavirenz.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pg.417.

⁴⁴ *"Daí surge o problema do acesso. Porque há uma grande quantidade de indivíduos que não tem possibilidades de pagar o preço que se estipula por bens essenciais. Deste modo, a lógica do mercado provoca uma exclusão que redunde intolerável para os valores jurídicos."* LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, 1998, p. 99.

Segundo dados do SUS, o "Efavirenz é medicamento importado mais utilizado na terapia anti-retroviral. Atualmente 38% dos pacientes utilizam esse medicamento. Estima-se que até o final de 2007, 75 mil, das 200 mil pessoas em terapia anti-retroviral estarão usando esse fármaco. Além disso, a programação de compra para 2007, somente do Efavirenz 600mg, ao custo atual (US\$ 1,59/comprimido) equivale a US\$ 42.930.000, ou seja, cerca de US\$ 580 por paciente/ano?".

No entanto, o preço praticado pela MERCK era 138% maior que era estipulado em outros países, como a Tailândia. Após longa negociação com o titular, a proposta de redução de 2% do valor, junto com a necessidade pública envolvida resultaram no licenciamento compulsório com o pagamento de 1,5% em royalties.

Com tal licença, estima-se que o valor economizado pelo Estado atinja a marca de US\$236.852.000,00.

Tal constatação não importa numa - mera - análise econômica do direito" às avessas, mas sim na apuração de que o direito do dono da patente pode - e em alguns casos deve - ser mitigado de modo a garantir valores existenciais dos não proprietários.

5.3 Exceção ao poder patentário: as farmácias magistrais

As normas atinentes à propriedade industrial não se limitam a cuidar - apenas - das licenças obrigatórias no que diz respeito aos direitos de terceiros.

No dispositivo seguinte aos direitos do titular do privilégio de invenção, a LPI⁴⁷ prevê - em seu artigo 43 - diversos casos onde o direito de excluir não incidirá.

Numa das hipóteses cuidou o legislador de retirar do escopo da patente a incidência dos medicamentos preparados pelas farmácias de manipulação. Tal exceção tem como fundamento a necessidade de

⁴⁵ http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticiasdetalhe.cfm?co_seg_noticia=29719, acessado em 20.04.2008, às 19:29.

⁴⁶ "Tal perspectiva, prescindindo da credibilidade dos resultados aplicativos, é criticável em si como metodologia, pela sua unilateralidade e pela substancial função individualista, materialista e conservadora certamente em contraste com a legalidade constitucional: o mercado não é critério autônomo de legitimidade", in PERLINGIERI, Pietro Luigi. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 106.

⁴⁷ Lei 9.279/96.

elaboração personalizada do fármaco à cada cliente, de modo que, diferentemente daquele fabricado em escala industrial, não haveria uma concorrência direta entre o dono da patente e o dono da farmácia.

A *mens legis* foi de permitir a oponibilidade patentária apenas àqueles que podem ser legitimamente excluídos do acesso à concorrência. Tal questão já foi objeto de percutiente análise pelo Poder Judiciário:

, "De um lado, é inegável a proteção constitucional aos direitos do titular de patente; de outro, deve ser prestigiado e preservado, pela sua alta relevância social, o direito constitucional à saúde e o acesso aos instrumentos que lhe asseguram. O legislador ordinário previu a atividade das farmácias de manipulação, que são instrumento relevante de acesso personalizado a medicamentos. Para esse fim, instituiu exceção ao privilégio concedido ao titular de patente, mediante a exclusão do regime de proteção, a atividade desenvolvida nesse seguimento. Trata-se, pois, de limitação imposta ao direito de propriedade do titular de patente, motivada, repita-se, por razões de saúde pública, de alta relevância social. (...) Diante desses dispositivos, de ordem pública, não se pode conferir às patentes da segunda agravada o efeito de impedir as farmácias de manipulação e seus fornecedores de comercializarem as substâncias objeto do privilégio.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Dês. André Fontes, AI 2008.02.01.015342-7, 15.10.2008.

O interesse público sempre penderá para o direito ao acesso do que pela simples tutela à propriedade. Contudo, movimentos corriqueiros por parte dos titulares de patente têm vedado o livre desenvolvimento das farmácias magistrais, no que tange a importação dos princípios ativos",

5.4 A Participação da ANVISA no processo concessório de patente

Outro instituto concebido pelo legislador de modo a conciliar os interesses dos titulares com os da sociedade foi a introdução do dispositivo legal (artigo 229-C) na Lei 9.279/96, que outorgou a necessidade de oitiva

⁴⁸ Como exemplo de tal "atuação", destacamos a medida ajuizada pela Sanofi Aventis nos autos de n.º 2008.61.19.006267-8, perante a 1ª Vara Federal de Guarulhos.

da ANVISA antes da concessão patentária peculiar à matéria farmacêutica.

Tal previsão foi extremamente impugnada pelos titulares de pedidos de patente, que não queriam uma "dupla" análise de mérito no procedimento concessório.

Contudo, o Judiciário tem se posicionado de modo a garantir o interesse público ao acesso, ao revés do interesse privado da patente.

Não há como dissociar do interesse social a saúde pública, englobando todas as políticas públicas empreendidas nessa área, dentre as quais as políticas de acesso aos medicamentos por parte das coletividades mais desfavorecidas da população. A ANVISA TEM ATRIBUIÇÃO LEGAL PARA EXAMINAR OS PEDIDOS DE PATENTE DE PROCESSOS E PRODUTOS FARMACÊUTICOS SUBMETIDOS AO INPI. por ser Agência destinada a zelar pela adequada concessão de patentes no setor de remédios, prevenindo prejuízos às políticas governamentais de saúde decorrentes de patentes irregularmente concedidas. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, la Turma Especializada, JC. Márcia Helena Nunes,AMS 2004.51.01.513854-7,15.17.2008.

Portanto, concluí-se que o ordenamento pertinente à propriedade industrial segue atenta a matriz constitucional de estabelecer, apenas em casos excepcionais um óbice a livre concorrência no que tange os medicamentos.

Tal como nas previsões afeitas ao direito ordinário de propriedade, na seara dos bens imateriais, o poder público deve fiscalizar o uso adequado dos poderes privados de modo a garantir o equilíbrio desejado para com o interesse público.

5.5 Preço: "mãos ao alto, é um assalto"

A mera existência de uma patente concedida faz com que seu titular - costumeiramente - abuse do seu direito de excluir: um preço fora da realidade da própria necessidade de lucrar.

Com o advento dos genéricos no Brasil", a média do preço final do produto objeto de uma patente expirada costuma cair, no mínimo, 66%, razão pela qual se faz mister indagar acerca do lucro obtido pelos donos

⁴⁹ Lei 9.787/99.

de patente e seus efeitos nefastos perante o direito de acesso.

Trazemos à baila alguns exemplos" de patentes em vigor, seu objeto, e seu preço "disponível" ao consumidor:

PI 1101036-3, medicamento ALIMTA usado no tratamento de Câncer de Pulmão, ao custo de R\$6.824,59.

PI 1100090-2, medicamento TRACLEER usado no tratamento de Hipertensão Arterial Pulmonar, ao custo de R\$14.653,00.

PI 1100238-7, medicamento que trata de Acromegalia, ao custo de R\$7.410,33.

A primeira conclusão que se atinge ao analisar os valores envolvidos é: o fato do produto estar nas prateleiras não significa haver real disponibilidade ao consumo.

Não se cuida aqui de produtos fungíveis, ou de algo que se admite outra tecnologia, razão pela qual o paciente poderá, apenas, escolher entre vida e morte, sendo que a primeira lhe será imposta a um custo alto, e, na maioria das vezes, simplesmente inatingível *per se*.

Provavelmente, em grande parte dos casos, nem mesmo o Estado poderá arcar com a despesa para possibilitar o acesso aos cidadãos.

Dessa forma, uma saída possível para não excluirmos àqueles que não possam adquirir um fármaco vital, ou mumificar totalmente o orçamento do Estado, seria estabelecer um paradigma de não incidência da patente além dos preceitos do artigo 43 da Lei 9.279/96.

Contudo, o caráter taxativo do referido artigo é defendido com "unhas e dentes" por parte da doutrina", que se baseia - entre outros fundamentos - no artigo 13 do Acordo TRIPS².

Por outro lado, a melhor doutrina consigna que "*Tratando-se de*

⁵⁰ Tais informações estão disponíveis no sítio: <http://www.consultaremedios.com.br/>, acessado em 08.09.2009 às 17:01.

⁵¹ "Como regra geral, uma vez que o artigo acima trata de exceções aos legítimos direitos do titular da patente, suas disposições devem ser interpretadas de modo restrito", in, DANNEMANN. Comentários à Lei da propriedade industrial e correlatos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106

⁵² "Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito".

restrições a uma norma excepcional, como é a das patentes, as limitações são interpretadas extensamente, ou melhor; com toda a dimensão necessária para implementar os interesses que pretendem tutelar ⁵³.

Subscrevemos a visão segundo a qual o rol do artigo 43 da Lei 9.279/96 é meramente enumerativa; e, para a satisfação de um núcleo de direitos indisponíveis como a saúde pública e a dignidade da pessoa humana, tal como as exigências da Lei 1060/50, deveria ser estabelecido - na ponderação casuística entre princípios - uma inoponibilidade da patente àqueles que não podem pagar por seu objeto.

Tal medida não prejudicaria em demasia o dono da patente, mesmo porque a pessoa em questão não faz parte de sua clientela, mas carece _ imediatamente - do acesso a tecnologia.

Certamente tal solução não agrada os amantes da economia enquanto fonte "influyente" das normas, mas a *"proteção dos direitos por vezes requer decisões que do ponto de vista da economia são ineficientes"* ⁵⁴.

Se o direito de patente não significa, em si, qualquer abuso, seu exercício monopolístico de modo a ultrajar preços é um avilte à sociedade, carecendo de coibição pelo Estado, ou ponderação casuística pela inaplicabilidade pelo Poder Judiciário.

6. CONCLUSÃO

Concluimos com as palavras de CORTIANO segundo o qual *"a compreensão do direito de propriedade passa por saber o que está sendo oculto, e que não pode ser exposto por conta das próprias limitações do discurso. Essa a perspectiva que deve ser usada pelo professor e pelo aluno: tentar desvendar o que não se mostra. Onde se fala em proprietário, encontrar o não-proprietário; quando se cuida da propriedade, visualizar as propriedades; no momento em que se alude à tutela da propriedade, pensar as tutelas de acosse à propriedade"*.

A clássica teoria dos bens é hoje inaplicável posto que foi parida *"de cos-*

⁵³ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 484.

⁵⁴ in PERLINGIERI, Pietro Luigi. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 106.

⁵⁵ Eroulths, p. 262.

tas para o preseme", e, para remediarmos os aviltos históricos aos valores da personalidade e defendermos o Direito, é preciso renová-lo", interpretando-o em prol do interesse comutativo entre a seara privada e a pública.

Portanto, a propriedade industrial pode ser um dos instrumentos hábeis ao direito de acesso, seja pelo uso da licença compulsória, pela aplicação das exceções aos direitos de patente, ou pelo meio mais raro: a oponibilidade comedida por parte de seu titular.

7. BIBLIOGRAFIA

ARNAUD, André-Jean e M¹ José Farifias Dulce. Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos. Rio de Janeiro; Editora Renovar, 2000.

BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes Barbosa. A Proteção dos Dados de Testes Sigilosos Submetidos à Regulação Estatal. Revista Criação. II ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. Era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CORTIANO, Eroulths Junior. O Discurso Jurídico da Propriedade seus Rupturas: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade. Rio de Janeiro; Editora Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003 .

_____. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2006

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios Constitucionais de Direito de Família. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

KOSHIBA, Luiz. História do Brasil. 7. ed. São Paulo: Atual Editora, 1996,p.4

⁵⁶FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Ed. Renovar, Rio de Janeiro: 2003. p. 11.

⁵⁷Idem, p. 321.

LISPECTOR, Clarice. **A hora da estrela**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.
MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e Direito Civil:**
tendência. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direitos.

----- . **Danos à Pessoa Humana:** uma leitura civil-constitucional
dos danos morais. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito
Civil Constitucional**. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2007.

... **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar,
2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no
direito privado:** o caso brasileiro, Coimbra: Almedina, 2007.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. e FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o
tempo:** embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro:
Renovar, 2008.