*PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E PATENTES: O CASO DOS MEDICAMENTOS**

ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMÍN**
Presidente do BRASILCON — Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor e do Instituto Ibero-Latino-americano de Direito do Consumidor e redator do "Código de Defesa do Consumidor" do Brasil.

Sumário:

1. Patentes farmacêuticas e proteção do consumidor 2. Proteção do consumidor e livre iniciativa 3. Concorrência X Proteção do consumidor 4. Concorrência, e patentes 5. As patentes e os riscos para o consumidor: 5.1 Os limites subjetivos; 5.2 Os limites materiais 6. Compatibilizando proteção do consumidor, concorrência e patentes 7. Conclusão.

1. PATENTES FARMACÊUTICAS E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

É de grande atualidade o tema das patentes farmacêuticas. Tanto no Brasil, como na Argentina, estão em fase final de tramitação projetos de lei que modificam, radicalmente, as regras de patenteamento aplicáveis aos medicamentos.

Nesse debate, pouco ou quase nada se tem dito acerca das implicações de um regime de patentes de medicamentos no cotidiano dos consumidores e na normativa mais geral que cuida de sua proteção. O Direito do Consumidor — disciplina jurídica em franca expansão em nossos países — não é lembrado, como se seus princípios e normas nada tivessem a contribuir para um melhor encaminhamento e solução dessa problemática.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

* Artigo publicado, originariamente, na Argentina.
** Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 06/09/2006.

Que o consumidor tem grande interesse nessa matéria é inegável, já que suas implicações extrapolam a mera esfera empresarial. A vida e a saúde são dois dos aspectos mais importantes, verdadeiros interesses primários,[1] de qualquer política ou normativa de proteção do consumidor.[2]

Este curto artigo tem portanto, por objetivo verificar quais são os limites ao patenteamento, pelo prisma da proteção do consumidor, notadamente no que se refere ao setor farmacêutico.

2. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E LIVRE INICIATIVA

A proteção do consumidor é um fenômeno dos últimos 30 anos. Apresenta-se como uma manifestação da "sociedade tecnológica" ou Gesellschaft, caracterizada por uma população heterogênea, difusa, com uma economia que estimula a inovação e a massificação, e uma organização social complexa, onde a família é substituída pelas classes sociais.[3]

O tema da proteção do consumidor surgiu do reconhecimento de que a crescente vulnerabilidade de um dos parceiros na relação econômica estava pondo em risco a própria economia de mercado. Em outras palavras, para que o mercado continuasse a se desenvolver — significando mais investimentos e pesquisas, novas tecnologias e bens de consumo, progresso constante nas técnicas de comercialização e de marketing — fazia-se necessário o fortalecimento da posição do consumidor. Um consumidor fortalecido, um mercado mais forte e dinâmico!

[1] Gabriel Stiglitz, Protección Jurídica del Consumidor, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 7.
[2] Nesse sentido, não deixa dúvida o Código de Defesa do Consumidor do Brasil ao estabelecer, como direito básico do consumidor, "a proteção da vida, saúde e segurança" (art. 6.°, I).
[3] Georges Maurice Hénault, Le Consommateur, Montreal, Les Presses de L'Université du Québec, 1979, p. 81.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Nesse sentido, é fácil perceber que o movimento consumerista não é uma "revolta" contra o mercado; ao contrário, é corrente em favor do mercado. Mas para que assim seja impõe-se a correção dos desvios — market failures — que ameaçam a. confiabilidade e estabilidade das relações de trocas. Daí o imperativo da revisão profunda de todo o modelo jurídico que, direta ou indiretamente, fomentou, permitiu ou simplesmente legitimou tais falhas econômicas.

3. CONCORRÊNCIA X PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

A concorrência tem um papel, indireto mas não secundário, na proteção do consumidor. Onde é efetiva, os consumidores têm opção de produtos e serviços, assim como melhor informação sobre eles, já que haverá disputa pela sua preferência.[4]

Já mencionamos que a proteção do consumidor, como movimento de tutela direta do consumidor, tem início nos anos 60, principalmente nos Estados Unidos.

É equivocado imaginar-se que a proteção do consumidor nasceu do "nada". Em realidade, o movimento consumerista encontra parte de sua origem na luta mais antiga contra os monopólios, os oligopólios e as práticas de dominação de mercado. É aí, na fase que precede o consumo (o plano concorrencial), que vamos localizar uma primeira preocupação com a posição de vulnerabilidade do consumidor. É ele, então, protegido, não de modo direto, mas pela via transversa da garantia de um modelo concorrencial genuíno. É tutela indireta, na esteira do adágio de que "a concorrência é o melhor amigo do consumidor".[5]

Com a tendência à concentração nos mercados, logo se percebeu que assegurar a concorrência significava não apenas resguardar o concorrente mas, igualmente, ampliar a proteção do próprio

[4] Ross Cranston, Consumers and the Law, London, Weidenfeld and Nicolson, 1984, p. 17.
[5] Guido Alpa, Diritto Privato del Consumi, Bologna, il Mulino, 1986, p. 83.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

consumidor. Isto é, as regras jurídicas concorrenciais, embora atuando primariamente no plano horizontal do relacionamento dos concorrentes entre si, também afetam, no plano vertical, a relação do empresário com o consumidor.

E que os efeitos perversos da mutilação da concorrência acabam, mais cedo ou mais tarde, por atingir o consumidor final de produtos e serviços. É sempre ele aquele a quem cabe o pagamento da conta pelo mau funcionamento da base concorrencial, seja através da redução da oferta, seja pela utilização de preços artificialmente elevados.[6]

4. CONCORRÊNCIA E PATENTES

Não há, a não ser em teoria, um modelo concorrencial perfeito. Desvios como os monopólios e oligopólios representam a face mais clara dos atentados contra a livre concorrência.

Entretanto, há fatores outros, nem sempre assim percebidos, que têm um profundo impacto na concorrência e, a partir daí, na posição do consumidor no mercado. As patentes incluem-se nesse grupo, pois "confieren al proprietário el monopólio legal de la explotación"[7] de um bem. Ou melhor, através delas o Estado concede a certas pessoas ou empresas um monopólio de produção e comercialização. E isso, sem dúvida, repercute no cotidiano do consumidor.

O regime de patentes funciona, fundamentalmente, pelo entravamento da concorrência. Garante ele a certos sujeitos — titulares de patentes — privilégios no mercado, com exclusão de todos os outros. Há, por conseqüência, um antagonismo imediato e direto entre os valores jurídicos da concorrência e os privilégios inerentes ao patenteamento.

[6] Thierry Bourgoignie, Éléments pour une Théorie du Droit de la Consommation, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, p. 65.
[7] Juan Rovira Forns, "Política de precios. Interdependencia dei área sanitaria con el área economica", in Encuentro sobre la Ley del Medicamento, Madrid, Ministério de Sanidad y Consumo, 1988, p. 343.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Pior, as patentes funcionam pela negação de um direito básico do consumidor: o direito de acesso ao consumo. Assim é porque este direito, na sua acepção moderna, pressupõe não só um acesso "teórico e abstrato" ao consumo, mas um acesso "efetivo", isto é, em condições de razoabilidade. É acesso ao bem em si, mas também acesso a uma multiplicidade de fornecedores deste mesmo bem.[8]

Ora, na medida em que o regime de patentes limita o número daqueles em condições legais de fornecer um determinado bem, são grandes os estímulos para que se abuse no seu preço[9] e nas suas condições de oferta. Em tal situação, o acesso do consumidor ao bem de consumo deixa de ser real e se transforma em hipotético. Sua posição passa, então, de beneficiário da inovação, a de servo da invenção.

5. AS PATENTES E OS RISCOS PARA O CONSUMIDOR

O regime jurídico de patentes, e isso ninguém nega (nem mesmo seus defensores mais radicais), traz grandes riscos — ou até prejuízos — para o consumidor.[10] Por isso mesmo, tem, ou deve ter, certos limites, não podendo ser absoluto. Quando vai além desses limites, qualquer regime de patentes transforma-se de aliado do consumidor em seu inimigo; deixa de ser produtor de benefícios e passa a ser indutor de danos ao consumidor.

---

[8] O Código de Defesa do Consumidor do Brasil estabelece, sem rodeios, que "A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores" (art. 4.°). E vai além, ao assegurar, como direito básico de todos os consumi dores, "a liberdade de escolha" (art. 6.°, II).

[9] O preço, como se sabe, é um dos aspectos mais importantes da proteção do consumidor. Na medida em que significa a contraprestação do consumidor, tem ele um enorme impacto na implementação do direito de acesso ao consumo. Não só é ele medida de troca, como também se configura como indicador excelente da transparência, eficiência e justiça do mercado. Nenhum programa de proteção do consumidor, jurídico ou não, pode deixar de levar em conta o fator preço.

[10] Também se afirma que o regime de patentes, além dos benefícios evidentes que traz para seus titulares, auxilia indiretamente o consumidor, ao garantir um fluxo mais ou menos seguro de investimentos em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos e serviços. Numa tal perspectiva, negar qualquer possibilidade de patenteamento, de qualquer que seja o bem, seria, pois, diminuir os estímulos à modernização e sofisticação dos bens de consumo. E isso, evidentemente, não interessa ao consumidor.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Além dos limites tradicionais (lapso temporal e licenciamento compulsório), há duas modalidades de limites gerais, pelo prisma da defesa do consumidor, que se impõem às patentes: limites subjetivos e limites materiais.

5.1 Os limites subjetivos

Os limites subjetivos exigem que, em certas condições particulares do público consumidor (bens de grande utilização pela população mais pobre, p. ex.), seja afrouxado o regime jurídico do patenteamento. Em outras palavras, o regramento das patentes passa a ser "subjetivamente orientado". E o componente do homem — destinatário de qualquer norma e de todo o Direito — integrando-se ao regime jurídico do patenteamento. Os limites subjetivos podem ser vislumbrados numa micro-escala (dentro de um mesmo país) ou numa macro-escala (na perspectiva internacional).

Nesta última, fica claro a inadequação da adoção de um regime jurídico único e uniforme de patentes para os países desenvolvidos e para os países menos desenvolvidos, pois isso deixa de levar em conta o dado humano local, elemento fundamental em qualquer política legislativa.

São os limites subjetivos, decorrência de certas peculiaridades pessoais dos destinatários finais dos bens de consumo, que determinam e exigem ajustamentos específicos na legislação de patentes, para que possa ela ser sensível às vulnerabilidades próprias de cada público consumidor e de cada nação.

5.2 Os limites materiais

Os limites materiais, como a própria denominação permite conclui, exigem que o regime de patentes seja "materialmente contido", impondo-se-lhe fronteiras no imenso universo de tudo daquilo que, em tese, é patenteável. Ou seja, as patentes devem se ajustar também às

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

peculiaridades de certas modalidades de bens, verdadeiras "situações-limite", levando em conta sua "atipicidade", como, p. ex., os medicamentos, os alimentos e os seres vivos.

Partem tais limites da constatação de que, no interesse do consumidor, é importante que nem tudo que eventualmente seja passível de comercialização venha a ser, de fato, patenteado ou, então, patenteado sob as mesmas premissas e padrões aplicáveis a outros bens. Melhor dizendo, o regime de patentes não deve ter aplicação a toda extensão do conteúdo do mercado. As patentes precisam sofrer, pois, limites quando entram em choque com bens jurídicos outros, de igual magnitude ou de valor superior (a vida e a saúde, p. ex.).

São esses valores supra-individuais que legitimam o controle público desses bens sui generis, seja através de regras de regulamentação da produção e comercialização (padrões de qualidade, etiquetagem e publicidade, p. ex.), seja mediante a imposição de limites à concessão de patentes. No caso do consumo de medicamentos é claríssima essa motivação mais ampla, de caráter social e de ordem pública, "ligada ao interesse geral da coletividade",[11] indo, assim, além da mera proteção do interesse individual de cada consumidor. É proteção que se dá a todo o público consumidor.

Aqui é fundamental a distinção entre a) bens de consumo necessário e bens de consumo eventual,[12] e b) bens de consumo individual e bens de consumo social.[13]

Os bens de consumo necessário são vitais para a sobrevivência do ser humano. Suprem eles certas carências básicas dos

[11] Nadine Fraselle, La Consonimation Médicale en Belgique, Bruxelles, Academia Bruylant e Centre de Droit de la Consommation, p. 89.
[12] Sobre esta distinção, cf. Aljs Vignudelli, Il Rapporto di Consumo. Profili di Rilievom Costituzionale, Rimini, Maggioli Editore, 1984, p. 33.
[13] Uma idéia de "consumo social" aproximada da que adoto pode ser encontrada em Guido Alpa, ob. cit., p. 36.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

consumidores. São os alimentos, os fármacos, alguns serviços públicos (como transporte, eletricidade, água), etc. Os bens de consumo eventual têm um conceito residual: é tudo aquilo que não é de consumo necessário.

Os bens de consumo individual, por sua vez, são consumidos de maneira heterogênea no mercado: estão disponíveis para uns e para outros não; alguns consumidores têm recursos para adquiri-los, outros, não. Em tal perspectiva, não se diz que o mercado está funcionando de modo inadequado porque inexiste, em cada residência do país, um aparelho de televisão ou um videocassete. No máximo tal situação reflete um estado de desenvolvimento desequilibrado ou, então, é indicador de concentração de renda, mostrando certos bolsões de pobreza.

Diversamente, para os bens de consumo social há uma exigência ética — mas também econômica e política — de disponibilidade coletiva. Ou seja, é mortal para o mercado e para o modelo jurídico como um todo quando apenas certas categorias de consumidores têm ao seu dispor bens como medicamentos, educação, tratamento médico, etc. Aí o consumo ou é generalizado, com participação de- todos em iguais condições, inclusive com a intervenção do Estado para assegurar sua disponibilidade, ou, do contrário, não se pode falar em verdadeira economia de mercado.

Evidentemente, as patentes têm conseqüências muito mais sérias no caso dos bens de consumo necessários e de consumo social. Veja-se que, diante de um bem de consumo necessário, o consumidor não tem opção: é levar ou largar! Infelizmente, tal não vem sendo suficientemente enfrentado pelos diversos modelos legais de patenteamento.

6. COMPATIBILIZANDO PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR, CONCORRÊNCIA E PATENTES

Seria possível compatibilizar-se a proteção do consumidor e a concorrência de um lado e, do outro, um sistema de patentes? Parece que sim, desde que levados em consideração os limites gerais acima expostos.

Em primeiro lugar, qualquer modelo de patentes deve ser sensível à situação real daqueles que, ao final, arcarão com a conta do monopólio que produz: os consumidores. A legislação não pode tratar os consumidores como se estivessem todos eles em posição de equivalência.[14] As patentes existem não para sacrificar aqueles consumidores que já tem dificuldades de acesso ao consumo, mas para estimular a pesquisa, premiando os que inovam. De outra parte, da mesma forma que inexiste um consumidor-pa-drão nos diversos países, em igualdade de condições de pagar a conta das patentes, tampouco há, no âmbito internacional, suficiente homogeneidade a justificar um modelo legislativo uniforme e mundial de patenteamento.

Em segundo lugar, nenhum sistema de patentes pode desconhecer certos limites materiais. Nem todos os bens justificam, em si ou no cotejo com outros valores sociais e nacionais, a adoção do mesmo regime de patenteamento. Alguns são mesmo avessos a qualquer patenteamento. Assim, p. ex., o legislador deve ser extremamente cauteloso na análise do patenteamento de fármacos, alimentos e seres vivos. Aqueles, como bem lembrado, "não são produtos de consumo como os outros".[15] Aqui, estão em jogo valores assegurados, seja pelas diversas

[14] Os consumidores não são uma categoria homogênea ou, muito menos, uma "classe". De fato, basta um simples olhar no mercado para verificarmos que existem consumidores ricos e pobres, instruídos e analfabetos, organizados e desorganizados, capazes de se autodefenderem e dependentes de auxílio estatal. Mais além, há consumidores de produtos e serviços essenciais e consumidores de produtos e serviços sofisticados (cf. Guido Alpa, ob. cit., p. 24). Nenhuma norma de proteção do consumidor — ou qualquer outra que influencie sua posição — pode desconhecer tal realidade.

[15] Nadine Fraselle, Ob. cit., p. 90.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

constituições nacionais,[16] seja por uma grande gama de documentos, tratados e convenções internacionais.

7. CONCLUSÃO

O mercado não pode sobreviver sem o consumidor. É o óbvio. Mais que isso: a agilidade e força do mercado dependem de uma certa "hegemonia do consumidor",[17] quem, em última instância, deve ditar os rumos a serem seguidos pela produção e pelo comércio. Iniciativas que visem transformar o consumidor numa força mais ativa nas suas relações com os fornecedores contribuem, em conseqüência, para uma melhor performance do mercado como um todo.[18]

Qualquer instrumento jurídico que afete o relacionamento dos protagonistas do mercado deve levar em consideração seu impacto, como inibidor ou propulsor, no fortalecimento da posição do consumidor, pois quanto mais protegido estiver este, mais maduro e equilibrado estará o mercado.

As patentes não fogem a esta regra. Não podem elas, a pretexto de estimular e compensar os esforços daqueles que criam e moldam o aperfeiçoamento dos bens, especialmente os de consumo, agredir o direito de acesso ao consumo, de que é titular todo e qualquer consumidor, rico ou pobre, educado ou analfabeto.

Em tudo se exige que o mercado e seus instrumentos legais (como as patentes) se adaptem às exigências sociais.[19]

É fundamental que se tenha bem claro que as patentes não afetam exclusivamente a órbita econômica das proteção do consumidor (o

[16] A Constituição brasileira de 1988, p. ex., entre os direitos e garantias fundamentais, garante a todos "a inviolabilidade do direito à vida" (art. 5.°).
[17] A expressão é de Bernard Lavergne (cf. L'Hégémonie du Consommateur, Paris, Presses Universitaires de France, 1958).
[18] Thierry Bourgoignie, Ob. cit., p. 66.
[19] Cf. Gérard Cas e Didier Ferrier, Traité de Droit de la Consommation, Presses Universitaires de France, 1986, pp. 255 e ss.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

bolso), mas podem ter um devastador impacto na órbita sanitária (saúde e segurança) de sua tutela. É exatamente o que ocorre com as patentes farmacêuticas.

No tema das patentes, principalmente quando estiver em jogo a vida, a saúde e a segurança dos consumidores, a ótica deve ser a da substituição da imposição unilateral e egoísta de custos por uma perspectiva mais solidarista, a marca de todo Direito moderno,[20] tudo para o bem do próprio mercado.[21] É a instauração da "ordem cooperativa",[22] onde os riscos decorrentes da produção em massa e do consumo em massa deixam de ser suportados exclusivamente pelo consumidor e passam a ser igualmente repartidos por toda a sociedade, especialmente por aqueles que melhor estão em posição de fazê-lo.[23]

[20] Nesse sentido, a Constituição brasileira, quando elege, como objetivo fundamental da República, a construção de "uma sociedade livre, justa e solidária''(art. 3.°, I. grifo nosso).

[21] Como precisamente assinalam Gabriel A. Stiglitz e Miguel Napolitano, "o Direito e a Política do Consumidor pretendem também evitar o debilitamento do mercado, tendendo a preservá-lo e a garantir seu equilíbrio e transparência, levando em conta o interesse social ("Patentes medicinales, monopólios y derechos del consumidor", in La Ley, Buenos Aires, 5 de mayo de 1994, p. 1).

[22] Bernard Lavergne, ob. cit., p. 347.

[23] O Código de Defesa do Consumidor do Brasil impõe, como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, a "harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvi mento econômico e tecnológico" (art. 4.°, III).

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br