

Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual

Denis Borges Barbosa (2002)

Technology lawyers, and especially intellectual property lawyers, have discovered the Constitution. They are filing suits to invalidate statutes and interposing constitutional defenses to intellectual property claims at an unprecedented rate.

Mark Lemley, Berkeley Technology Law Journal, 2000

Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual	1
A propriedade intelectual nasce da lei	3
Não há direito natural aos bens intelectuais	3
Não há um direito humano ao royalty	4
O bem intelectual é semeado em terra de domínio comum	6
A tensão constitucional quanto à Propriedade Intelectual	7
A liberdade constitucional da concorrência	7
A concorrência na Carta de 1988	7
A Propriedade Intelectual sob o prisma da concorrência	9
O ponto máximo de tensão constitucional: a restrição à concorrência	9
Além da concorrência: outros elementos de tensão constitucional	10
Além da concorrência: liberdade de informação e de expressão	10
Além da concorrência: o investimento estrangeiro	12
A razoabilidade resolve a tensão	14
Como se resolve a tensão entre direitos constitucionais opostos	14
Da noção de razoabilidade na doutrina	15
Da noção de razoabilidade na jurisprudência brasileira	16
Da aplicação do princípio da razoabilidade à Propriedade Intelectual	19
Dos limites à lei ordinária	20
Da razoabilidade na interpretação das leis	21
Da razoabilidade como limitação legal aos direitos	22
Limitação e constitucionalidade: o direito de fazer testes clínicos e pesquisas	23

<u>Da propriedade industrial em geral</u>	24
<u>Bases constitucionais da proteção às tecnologias</u>	26
a) <u>Os autores de inventos serão os beneficiários da tutela legal</u>	27
<u>Direito moral do autor do invento</u>	27
<u>Direito constitucional a pedir patente</u>	27
b) <u>O fundamento da tutela será o <i>invento novo e industrial</i></u>	27
<u>Proteção ao invento</u>	27
<u>Proteção ao invento industrial</u>	27
<u>Requisito constitucional da novidade</u>	28
<u>A constitucionalidade da atividade inventiva</u>	29
c) <u>O direito é essencialmente temporário.</u>	29
d) <u>o <i>privilégio</i> será concedido para a <i>utilização</i> do invento.</u>	30
e) <u>o pedido de privilégio será sujeito a exame substantivo de seus requisitos;</u>	30
<u>Procedimento administrativo plenamente vinculado na concessão de patentes</u>	30
<u>Procedimento de patentes e o devido processo legal</u>	31
<u>Registros de desenhos industriais</u>	32
<u>Criações Industriais</u>	32
<u>Regime constitucional dos programas de computador</u>	33
<u>Outras criações industriais</u>	34
<u>O estatuto constitucional dos signos distintivos</u>	34
<u>Marcas</u>	34
<u>Marca como direito constitucional ao registro</u>	34
<u>Marca não pode desequilibrar patente</u>	35
<u>Nomes empresariais</u>	35
<u>A Constituição e outros signos distintivos</u>	35
<u>A proteção constitucional dos direitos autorais</u>	36
<u>A expressão dos interesses coletivos</u>	36
<u>Natureza dos direitos patrimoniais do inciso XVII</u>	37
<u>Natureza dos direitos morais</u>	37
<u>É possível direito autoral sem direito moral?</u>	37
<u>Quais são os direitos morais?</u>	38
<u>Outras consequências do direito moral</u>	39
<u>Direitos patrimoniais e uso social da propriedade</u>	39

<u>Direitos patrimoniais, livre concorrência, e liberdade de informação e de expressão</u>	39
<u>Dos direitos previstos no inciso XXVIII</u>	40
<u>A questão da indústria cultural</u>	40
<u>Voz e imagem. Direito de Arena. Direitos Conexos.</u>	41
<u>Bibliografia sobre Constituição e PI</u>	41

Não é em todo sistema constitucional que a Propriedade Intelectual tem o prestígio de ser incorporado literalmente no texto básico. Cartas de teor mais político não chegam a pormenorizar o estatuto das patentes, do direito autoral e das marcas; nenhuma, aparentemente, além da brasileira, abre-se para a proteção de outros direitos.

Na Constituição Americana, o regramento da Propriedade Intelectual precede em tempo - e em dignidade - mesmo os dispositivos que protegem os direitos fundamentais, introduzidos pelas Emendas. Norma de supremacia federal, a regra de que os autores de criações intelectuais e tecnológicas têm direito à proteção de suas realizações tem sido discutido com profundidade e equilíbrio faz mais de dois séculos; os subscritores da Carta e eminentes constitucionalistas dedicam atenção e cuidado à elaboração do equilíbrio das normas e à justeza de sua aplicação.

A importância econômica, tanto interna quanto diplomática, da propriedade intelectual para os Estados Unidos assegura de outro lado que cada ensinamento do Direito Constitucional Americano seja importante para definir o equilíbrio mais sábio, equitativo e prudente da aplicação da Constituição Brasileira em matéria de direitos intelectuais. Pois desse Direito se pode ler como se constrói uma Propriedade Intelectual adequada ao povo que a concede – sem pressão desusada dos parceiros internacionais, e sem ameaças de retaliação.

Não se pode fugir, assim, de um estudo cotejado e constante entre aquele direito e o nosso; duas Constituições que dignificam a Propriedade Intelectual, onde se realizam as mesmas tensões internas, onde se tutelam o mesmo espírito criador, e se resguarda o mesmo investimento, têm a mesma vocação – a do equilíbrio e da proteção das gentes.

Mas não só a elaboração constitucional americana se presta à construção de nosso direito constitucional. A de outras Cortes Constitucionais, em especial a da Alemanha é, como se verá, um aporte precioso e inevitável aos nossos estudos.

A propriedade intelectual nasce da lei

Não há direito natural aos bens intelectuais

Um dos mais interessantes efeitos da doutrina do *market failure* é evidenciar a natureza primária da intervenção do Estado na proteção da Propriedade Intelectual. Deixado à liberdade do mercado, o investimento na criação do bem intelectual seria imediatamente dissipado pela liberdade de cópia. As forças livres do mercado fariam com que a competição – e os mais aptos nela – absorvessem imediatamente as inovações e as novas

obras intelectuais ¹.

Assim é que a intervenção é necessária – restringindo as forças livres da concorrência – e criando restrições **legais** a tais forças. Pois que a criação da Propriedade Intelectual é - completa e exclusivamente - uma elaboração da lei, que não resulta de qualquer direito imanente, anterior a tal legislação ²:

The exclusive right Congress is authorized to secure to authors and inventors owes its existence solely to the acts of Congress securing it [Wheaton v. Peters, 33 U.S. (8 Pet.) 591, 660 (1834)], from which it follows that the rights granted by a patent or copyright are subject to such qualifications and limitations as Congress, in its unhampered consultation of the public interest, sees fit to impose [Wheaton v. Peters, 33 U.S. (8 Pet.) 591, 662 (1834); Evans v. Jordan, 13 U.S. (9 Cr.) 199 (1815)].

Mesmo após a criação das leis de propriedade intelectual, o que permanece fora do escopo específico da proteção fica no *res communis omnium* – o domínio comum da humanidade ³. Disse Gama Cerqueira, o mais clássico dos doutrinadores brasileiros em propriedade industrial:

“As invenções, modelos de utilidade, desenhos e modelos industriais não patenteados não podem ser protegidos com base nos princípios da repressão da concorrência desleal, por pertencerem ao domínio público” ⁴.

Não há um direito humano ao royalty

Notável é o texto de Thomas Jefferson sobre a questão ⁵, tão intensamente citado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em que analisa exatamente a razão pela qual não pode haver um direito natural aos bens intelectuais, e porque a Propriedade Intelectual é uma criação exclusivamente do Direito Legislativo, no caso pertinente a Cláusula Oitava da Constituição Americana:

Stable ownership is the gift of social law, and is given late in the progress of society. It would be curious then, if an idea, the fugitive fermentation of an individual brain, could, of natural right, be claimed in exclusive and stable property. If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at

1 A tese de que há um direito natural à cópia pode ser encontrada em Donald F. Turner, *The Patent System and Competitive Policy*, 44 N.Y.U.L.VER.450 (1969) páginas 457 e 458 e Michael Lehmann, *Property and Intellectual Property*, 20 IIC I (1989), p. 12. Cabe sempre também lembrar Aristóteles, *Poética*, parte IV: “First, the instinct of imitation is implanted in man from childhood, one difference between him and other animals being that he is the most imitative of living creatures, and through imitation learns his earliest lessons; and no less universal is the pleasure felt in things imitated.”

2 Annotations of Cases Decided by the Supreme Court of the United States prepared by the Congressional Research Service of the Library Of Congress as found in <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/article01/39.html>.

³ O que faz questionar ao nível constitucional as teses do parasitismo e da apropriação ilícita, especialmente em matéria tecnológica.

⁴ João da Gama Cerqueira, *Tratado de propriedade industrial*, v. 2, t. 2, parte 3, p. 379.

⁵ Carta a Isaac McPherson, 1813, recolhido em Kock, A. & Peden, W. (1972). *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*. Modern Library, New York.

mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody.

O belíssimo e surpreendente texto frisa exatamente que o direito de exclusiva aos bens intelectuais é dado “de acordo com a vontade e conveniência da sociedade, sem pretensão nem demanda de quem quer que seja”. É um movimento de política, e política econômica mais do que tudo, e não um reconhecimento de um estatuto fundamental do homem. A essência do homem é que as idéias e criações fluam e voem em suas asas douradas, como Verdi propunha.

Também no que toca ao direito autoral, como lembra Paul Geller citando Adam Smith, há tanto uma pretensão de política econômica quanto de política intelectual ⁶

In the eighteenth century, while developing marketplace theory in general, Adam Smith compared according an author a "monopoly ... of a new book" to granting a monopoly to a company "to establish a new trade with some remote and barbarous nation."⁶ That is, copyrights were needed to encourage the making and marketing of works, since publishing ventures, like colonial expeditions to new lands, could vary from disastrous to profitable. This reasoning also looked to the Enlightenment goal of accelerating the progress of the human mind: as more works were disseminated, they would make more data and ideas more widely known.

A instituição da propriedade intelectual é uma medida de fundo essencialmente econômico. Pois nem toda propriedade privada está sob a tutela dos direitos a garantias fundamentais:

“O reconhecimento constitucional da propriedade como direito humano liga-se, pois, essencialmente à sua função de proteção pessoal. Daí decorre, em estrita lógica, a conclusão – quase nunca sublinhada em doutrina – de que nem toda propriedade privada há de ser considerada direito fundamental e como tal protegida ⁷. (...)”

Tirante essas hipóteses, claramente definidas na Constituição, é preciso verificar, *in concreto*, se se está ou não diante de uma situação de propriedade considerada como direito humano, pois seria evidente contra-senso que essa qualificação fosse estendida ao domínio de um latifúndio improdutivo, ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada, em cidades com sérios problemas de moradia popular. Da mesma sorte, é da mais elementar evidência que a propriedade do bloco acionário, com que se exerce o controle de um grupo empresarial, não pode ser incluída na categoria dos direitos humanos.

Escusa insistir no fato de que os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa humana e representam a contraposição da justiça ao poder, em qualquer de suas espécies. Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem,

⁶ Paul Edward Geller, *Toward An Overriding Norm In Copyright: Sign Wealth*, *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)* (Jan. 1994), no. 159, at p. 3.

⁷ [Nota do original] Um dos poucos autores que acentuam a distinção entre a propriedade como direito humano e como direito ordinário é Hans-Jochen Vogel, que foi Ministro da Justiça da República Federal Alemã. Cf. a sua conferência pronunciada na *Berliner Juristischen Gesellschaft* em 20 de novembro de 1975, *Kontinuität und Wandlungen der Eigentumsverfassung*. Berlim; New York:De Gruyter, 1976. p. 12.

seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição (...).⁸

Assim também entendem eminentes constitucionalistas brasileiros. José Afonso da Silva, ao tratar do inciso XXIX do art. 5º – propriedade industrial –, assim diz:

“O dispositivo que a define e assegura está entre os dos direitos individuais, sem razão plausível para isso, pois evidentemente não tem natureza de direito fundamental do homem. Caberia entre as normas da ordem econômica”⁹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho é da mesma opinião:

“Certamente esta matéria não mereceria ser alçada ao nível de direito fundamental do homem. Trata-se aqui da chamada propriedade imaterial que seria protegida pelo inciso XXIII, referente ao direito de propriedade. Como se viu, propriedade, nos termos do citado inciso XXIII, não abrange apenas o domínio. Compreende todos os bens de valor patrimonial, entre os quais, indubitavelmente, se incluem as marcas de indústria e comércio ou o nome comercial”¹⁰.

Provavelmente haveria alguma razão para listar entre os direitos fundamentais o *estrato moral* dos direitos autorais e de propriedade industrial (por exemplo, entre estes últimos direitos, o de ser reconhecido como inventor). Já mencionamos, acima, o disposto no art. 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a que caberia adicionar também o art. 17.

Quanto ao aspecto patrimonial de tais direitos, ou se adota a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho e José Afonso da Silva, logo acima, ou se segue a posição menos radical de que os dispositivos sobre Propriedade Intelectual da Carta, ainda que de natureza patrimonial, se acham corretamente vinculados ao art. 5º., mas integralmente submetidos às limitações das propriedades em geral – especialmente a do *uso social* - além das limitações típicas dos bens imateriais.

O bem intelectual é semeado em terra de domínio comum

O outro impressionante argumento de Thomas Jefferson quanto à inexistência de um direito natural *egoístico e* exclusivo às criações intelectuais é de que o elemento de partida da criação intelectual é sempre o repositório precedente, cultural e técnico, da humanidade. Seria assim uma apropriação inadequada do domínio comum considerar como exclusivo o que já era de todos.

Vale aqui lembrar o que dizia Lydia Loren sobre a teoria do *market failure*:

“However, because any work inevitably builds on previous works, some to a greater extent than others, providing too large a monopoly will actually hinder the development of new works by limiting future creators use of earlier works. Herein lies the fundamental tension in copyright law.”¹¹.

Nossos constitucionalistas clássicos repetem o tema:

⁸ Fábio Konder Comparato, Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no. 7, p. 73-88, 1998.

⁹ Curso de Direito Constitucional Positivo., pp. 245/46.

¹⁰ Comentários à Constituição, v.1, p.51.

¹¹ Lydia Pallas Loren, Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems, the Journal of Intellectual Property Law, Volume 5 Fall 1997, No. 1

“o direito do inventor não é rigorosamente uma propriedade ou é uma propriedade *sui generis*. O invento é antes uma combinação do que verdadeiramente criação. Versa sobre elementos preexistentes, que fazem desse repositório de idéias e conhecimentos que o tempo e o progresso das nações têm acumulado e que não são suscetíveis de serem apropriados com o uso exclusivo por quem quer que seja, constituindo antes um patrimônio comum, de que todos se podem utilizar ¹².”

A tensão constitucional quanto à Propriedade Intelectual

A liberdade constitucional da concorrência

Ao contrário do que ocorria na nossa tradição constitucional até a Carta de 1946 ¹³, a Carta de 1988 não prevê alternativa à proteção das criações intelectuais e tecnológicas senão a restrição à concorrência através da exclusiva. Até a carta de 1946, era possível pelo menos como alternativa à patente a concessão de um prêmio estatal. Assim, a proteção única possível para todos direitos da propriedade intelectual é uma restrição à concorrência.

Ocorre, porém, o paradoxo de que em nossa Constituição a tutela da concorrência é princípio básico – que supera e predomina no edifício constitucional:

Art. 1º - A República (...) tem como fundamentos: (...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência; (...)

A concorrência na Carta de 1988

No sistema jurídico brasileiro, a Constituição se inaugura com uma declaração em favor da liberdade de iniciativa, e insere entre os princípios da Ordem Econômica o da liberdade de concorrência. Vale acompanhar, assim, com atenção, o papel da iniciativa privada no texto constitucional.

O Estado não exercerá diretamente atividade econômica, a não ser quando necessária aos imperativos da segurança nacional (no dizer exato da Carta) ou a relevante interesse coletivo, nos dois casos conforme definido em lei. O dispositivo do Art. 173 da Lei Maior

12 João Barbalho, Comentários à Constituição Federal Brasileira, Rio, 1902, p. 331-332, 2ª coluna, in fine e p. seguintes

13 J. Cretella Junior, Comentários à Constituição de 1988, p. 403: “...até 1967, as várias Constituições, desde o Império, determinavam que a lei lhes assegurasse privilégio exclusivo e temporário, ou remuneração, como ressarcimento da perda que hajam de sofrer por sua vulgarização (Constituição de 1824, art. 179, inc.26), ou então, na República, o privilégio seria concedido pelo Congresso, consistindo em prêmio razoável, quando houvesse conveniência de vulgarizá-lo (Constituição de 1934, art.113, inc. 13, e de 1946, art. 141, § 17), determinaram os constituintes de 1934 e de 1946, omitindo-se, neste particular, a Carta de 1937, a de 1967, a de 1969 e a 1988. Em 1967, continuando em 1969, a Constituição “retirou a referência à salvaguarda do lado social da invenção, não permitindo mais que o Estado a vulgarizasse mediante pagamento de justo prêmio, ou seja, de acordo com o valor do invento e dos gastos que se ornassem indispensáveis. Em nossos dias, caba somente o instituto da desapropriação, que aliás, não é privilégio algum, conservando-se apenas o privilégio temporário, retirado o prêmio justo ao inventor.

dá o tom do tratamento constitucional ao investimento privado ¹⁴.

Regra constitucional também de extrema relevância é a que se lê no Art. 174 da mesma Carta, de que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá funções de fiscalização, incentivo e planejamento, as quais, para o setor privado, terão efeito meramente indicativo.

Como princípio geral, assim, assegurada também como regra fundamental da economia a liberdade de iniciativa (Art. 170), o investimento privado está livre para escolher seu caminho, reservado ao Estado o poder de fiscalizar e de incentivar - como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Também no Art. 219 se dispõe que o mercado interno será incentivado de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população autonomia tecnológica do País ¹⁵. Tal dispositivo se compatibiliza, aliás, com as regras relativas à propriedade industrial, especialmente as patentes ¹⁶. Como se sabe, os instrumentos da Propriedade Industrial são exatamente mecanismos de controle do mercado interno - uma patente restringe a concorrência em favor do seu titular, impedindo que os demais competidores usem da mesma tecnologia.

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

Parte da doutrina constitucionalista entende que a nova carta, ao contrário do que ocorria com a anterior, não deixa à União Federal, através de lei, o estabelecimento de monopólios ¹⁷. Pelo contrário, ao erigir como pressuposto da ordem econômica a livre concorrência, a Carta teria coibido a restrição à competição de qualquer natureza, a não ser nos casos em que a própria Constituição o excepciona.

Outros autores, no entanto, fundando-se em convincente argumento constitucional, admitem o monopólio com sede em lei ordinária, se atendidos os pressupostos do Art. 173 quanto à intervenção estatal, quando *necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*, acrescidos do requisito suplementar da indispensabilidade de

14 Eros Grau, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, Ed. RT, 1991, p. 272: “Dir-se-á, à primeira vista, que os preceitos estão, radicalmente alinhados no sentido apontado pela desregulamentação da economia, na face que propõe a incisiva redução da presença do Estado, como agente, no campo da atividade econômica”. O jurista, porém, como se verá, diverge desta primeira impressão. A verdade é que, como nota Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em Direito Constitucional Econômico, Ed. Saraiva, 1990, p. 98, teve-se “uma Constituição econômica de inspiração compósita, suscetível de diferentes leituras”. Assim, o texto enseja a leitura ideologicamente cristalina de Celso Ribeiro Bastos, em Comentários à Constituição do Brasil, vol. 7, Saraiva, 1990, p. 70 e seg., privatista ao radicalismo.

15 Art. 219 - O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Vide Eros Grau, op.cit., p. 259.

16 Art. 5o. XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

17 Celso Ribeiro Bastos, Comentários, op.cit., p. 76. Diogo Figueiredo Moreira Neto, Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988, APEC, 1989, p. 74, Pinto Ferreira, op.cit., p. 388.

que a ação interventiva se faça por meio do monopólio ¹⁸. Casos singulares em que isto se daria seriam os de intervenção para evitar um monopólio privado de fato.

Adotada quer uma, quer outra tendência jurisprudencial, certo é que o parâmetro aplicável no controle exercido pelo Estado, e os instrumentos de que fizer uso não podem - salvo nos casos explicitamente constitucionalizados - importar em abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros ¹⁹. De outro lado, cabe exatamente ao Estado garantir que haja o acesso à

A Propriedade Intelectual sob o prisma da concorrência

A proteção à propriedade intelectual se insere neste berço principiológico. Em dispositivos autônomos para os direitos autorais e para a propriedade industrial, se estabelecem preceitos de proteção aos bens e investimentos da propriedade intelectual que se contrapõem essencialmente à tutela da concorrência livre.

Assim é que prescreve a Carta de 1988, no tocante à Propriedade Industrial:

Art. 5º (...)

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

E, por sua vez, quanto aos direitos autorais:

Art. 5º. - : (...)

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

O ponto máximo de tensão constitucional: a restrição à concorrência

Como se resolve a tensão entre tais preceitos constitucionais relativos à liberdade de concorrência e à limitação da concorrência da Propriedade Intelectual?

Dizem as Anotações à Constituição Americana ²⁰ exatamente sobre essa questão:

Underlying the constitutional tests and congressional conditions for patentability is the balancing of two interests—the interest of the public in being protected against monopolies and in having ready access to and use of new items versus the interest of the country, as a whole, in encouraging invention by rewarding creative persons for their innovations.

O direito de competir a que se refere o art. 1º da nossa Carta é o direito de livre cópia das criações técnicas e estéticas. A chave da propriedade intelectual é que *fora dos limites muito estritos da proteção concedida*, o público tem direito livre de copiar. Diz a decisão

¹⁸Eros Grau, op.cit. p. 271-278.

¹⁹ Celso Ribeiro Bastos, Comentários, op.cit., p. 76. Diogo Figueiredo Moreira Neto, op.cit., p. 74.

²⁰ <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/article01/39.html>

da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1989, num acórdão unânime do caso *Bonito Boats* ²¹, que enfatizou esse direito constitucional à livre cópia pelo público:

The efficient operation of the federal patent system depends upon substantially free trade in publicly known, unpatented design and utilitarian conceptions. (...) From their inception, the federal patent laws have embodied a careful balance between the need to promote innovation and the recognition that imitation and refinement through imitation are both necessary to invention itself and the very lifeblood of a competitive economy.

A mesma Corte põe claro que não só há um direito à cópia, mas que esse direito é de fundo constitucional:

“[t]o forbid copying would interfere with the federal policy, found in Art. I, § 8, cl. 8 of the Constitution and in the implementing federal statutes, of allowing free access to copy whatever the federal patent and copyright laws leave in the public domain.” *Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc.*, 376 U.S. 234, 237 (1964)

Assim a tensão constitucional máxima em matéria de propriedade intelectual existe entre a liberdade constitucional básica da livre cópia e o direito constitucional de exclusividade sobre as criações intelectuais.

Além da concorrência: outros elementos de tensão constitucional

Além deste problema de essência (que será, como veremos, resolvido pelo princípio da razoabilidade) as nossas cláusulas constitucionais de propriedade intelectual se acham sujeitas a tensões específicas:

- a. A colisão entre a proteção dos interesses do investidor e do criador e o princípio do uso social das propriedades.
- b. A cláusula finalística da propriedade industrial.
- c. Os parâmetros constitucionais de proteção à tecnologia, a autonomia tecnológica e à cultura.
- d. As liberdades constitucionais de criação artística e de expressão.
- e. A tensão de interesses entre a economia nacional e o capital estrangeiro.

Além da concorrência: liberdade de informação e de expressão

A criação legal de uma propriedade sobre os bens intelectuais não afeta só os valores da liberdade de concorrência; também restringe o livre fluxo de informação – o poder de expressar-se e o de receber conhecimento. A jurisprudência constitucional americana costura finamente o balaceamento entre tais direitos conflitantes:

21 *BONITO BOATS, INC. V. THUNDER CRAFT BOATS, INC.*, 489 U.S. 141 (1989), O'CONNOR, J., Relator, decisão unânime da Corte. Vide também *In re Morton-Norwich Prods., Inc.*, 671 F.2d 1332, 1336 (C.C.P.A. 1982) (“[T]here exists a fundamental right to compete through imitation of a competitor’s product, which right can only be temporarily denied by the patent or copyright laws.”). Do próprio acórdão citado acima: “The defendant, on the other hand, may copy [the] plaintiff’s goods slavishly down to the minutest detail: but he may not represent himself as the plaintiff in their sale.” *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141, 157 (1989) (quoting *Crescent Tool Co. v. Kilborn & Bishop Co.*, 247 F. 299, 301 (2d Cir. 1917) (L. Hand, J.)). *West Point Mfg. Co. v. Detroit Stamping Co.*, 222 F.2d 581, 589 (6th Cir. 1955) (“The identical imitation of the goods of another does not in itself constitute unfair competition.”).

“(…) the Intellectual Property Clause and the First Amendment interact to contain Congress’s powers to regulate the flow of information in our information environment. Cumulatively, they seek to assure that no one will capture the legislative process to privatize that most precious of all public domains—our knowledge of the world that surrounds us. That public domain is germane to our ability to decide for ourselves and talk to each other about how we ought to live our lives as individuals and as members of a community”²².

Por exemplo, a instituição de direitos exclusivos sobre o *conteúdo* das bases de dados – em acréscimo à proteção que a nossa lei autoral dá – desfiaria a liberdade de informação, especialmente se os dados reunidos já estivessem abertos ao público.

O equilíbrio contrastante dos direitos, levando em conta o interesse constitucional da informação, foi analisado pelo Tribunal Constitucional Alemão²³ no caso *Schulbuchprivileg* (BverfGE 31, 229 de 07.07.1971), em que se discutia o balanceamento entre o direito de propriedade do autor, e os dispositivos da lei autoral alemã que permitem que as escolas copiem obras para fins didáticos sem a autorização do autor, e sem pagamento de royalties:

1. Das Urheberrecht ist als Nutzungsrecht "Eigentum" im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. 1.

2. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gebietet die grundsätzliche Zuordnung des wirtschaftlichen Wertes eines geschützten Werkes an den Urheber. Damit ist aber nicht jede nur denkbare Verwertungsmöglichkeit verfassungsrechtlich gesichert.

Es ist Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und sozialen Bedeutung des Urheberrechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu den Kulturgütern rechtfertigt es, daß geschützte Werke nach ihrem Erscheinen ohne Zustimmung des Urhebers in Sammlungen für den Kirchen-, Schul- und Unterrichtgebrauch aufgenommen werden dürfen, nicht aber, daß der Urheber sein Werk hierfür vergütungsfrei zur Verfügung stellen muß (§ 46 UrhG).

3. Das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu den Kulturgütern rechtfertigt es, daß geschützte Werke nach ihrem Erscheinen ohne Zustimmung des Urhebers in Sammlungen aufgenommen werden dürfen, nicht aber, daß der Urheber sein Werk hierfür vergütungsfrei zur Verfügung stellen muß (§ 46 UrhG).

A conclusão do Tribunal foi que o balanceamento dos interesses compreenderia o direito de publicar sem autorização, atendendo assim a liberdade de informação e de aprendizado; mas não se estenderia à isenção de pagamentos, considerada como um excesso, e por isso mesmo, em violação ao direito de propriedade. Pelo menos no caso de um país desenvolvido como a Alemanha, o direito à informação não exigiria a gratuidade no uso da obra.

Em outra importantíssima decisão, o Tribunal Constitucional da Alemanha apreciou os limites *constitucionais* do direito de citação – o uso em uma obra de trechos de outra, de titularidade diversas. O confronto aí não é entre o direito de propriedade e o direito à informação, mas entre aquela e o direito de expressão. No caso, uma obra de Henrich

22 Yochai Benkler, op. cit. loc.cit.

23 Agradeço, pela pesquisa e análise dos julgados alemães e da Comunidade Européia, o estagiário austríaco Markus Schneider.

Müller, que usava como meio de expressão literária extensos trechos de Bertold Brecht ²⁴.

Markus Schneider ²⁵ assim descreve o conflito de interesses no caso em questão:

On the one hand, there is the author who needs to be protected from unauthorized exploitation of his work. On the other, there is the interest of other authors to create and discuss art in a free environment sheltered from encroachments in terms of content or limited by the threat of financial repercussions.

Concerning this balance, the [Constitutional] Court held that a negligible encroachment in the rights of the copy right holder without the existence of a danger of considerable economic disadvantages, do not outweigh the interests of the public to make (unauthorized) use of copy right protected work in order to discuss art in a free environment.

Desta forma, há um interesse *constitucionalmente protegido* no direito de citação, não obstante a extensão dessas, desde que as citações se integrem numa expressão artística nova e autônoma. Diz Schneider, ainda sobre a mesma decisão alemã:

In concrete, an artist can implement a copyright protected work without permission if these texts are object and artistic means of his own artistic expression. If one artists criticizes another, it can be a legitimate means to make use of the other artists' work. Provided, however, that the quotations are not used merely as an enrichment with other peoples' ideas. (...) Provided, however, that the quotations are used as a functional part of his own ideas, and appear to be a part of his *own, separate artistic expression*.

Outros interesses constitucionalmente protegidos se ajustarão, quando conflitarem com a propriedade intelectual, ao mesmo critério de equilíbrio determinado pelos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade. Por exemplo, o conflito dos interesses do *dominus* e a cláusula finalística da propriedade industrial, ou ainda aqueles com os parâmetros constitucionais de proteção à tecnologia, a autonomia tecnológica e à cultura.

Note-se, porém, que, como já entendeu a Suprema Corte dos Estados Unidos, o conflito entre o direito à informação e o direito autoral se acha moderado pelo princípio de que o direito autoral é uma exclusividade sobre a forma, e não sobre o conteúdo da informação ²⁶; só quando esta – como no caso pertinente na decisão Alemanha, acima analisada – é íntegra e indissociável à forma (o direito de citação como segurança do efeito estético da segunda obra) haveria um claro conflito.

Além da concorrência: o investimento estrangeiro

É um fato da vida política o interesse relevantíssimo que os titulares do capital estrangeiro investido, ou com propósito de investir, em suas várias formas, têm no tocante à proteção da propriedade intelectual. Mas esse interesse *econômico* (que se ajusta frequentemente ao interesse dos recipientes do investimento) não tem necessariamente qualquer proteção

²⁴ Caso Germania 3 - BVerfGE 825/98 from 29.06.2000.

²⁵ Markus Schneider, The Balance Of Interests And Intellectual Property Laws – The European Approach, memorando, março de 2002.

²⁶ Harper & Row Publishers Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 (1985); [C]opyright's idea/expression dichotomy "strike[s] a definitional balance between the First Amendment and the Copyright Act by permitting free communication of facts while still protecting an author's expression." No author may copyright his ideas or the facts he narrates. 17 U.S.C. s 102(b). See e.g., New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713, 726, n. (1971) (Brennan, J., concurring) (Copyright laws are not restrictions on freedom of speech as copyright protects only form of expression and not the ideas expressed (como citado em Eldred v. Reno, No. 99-5430, United States Court of Appeals for the District of Columbia, Decided February 16, 2001)

constitucional.

Para não nos alongarmos num tema que teve dilatado tratamento em livro anterior ²⁷, ao qual remetemos o leitor, basta lembrar que os estrangeiros não residentes não tem direito constitucional à propriedade intelectual. Com efeito, estes não só estão privados do benefício da isonomia, como – com mais razão – da tutela do restante do art. 5º da Carta da República ²⁸.

Este entendimento – em doutrina não sectária – é absolutamente pacífico. Diz Hely Lopes Meirelles, num parecer cuja ementa é "Não afrontam a Constituição Federal as medidas de favorecimento à marinha mercante nacional, em detrimento da estrangeira":

"Considerando que a Constituição da República só impõe tratamento igualitário entre brasileiros e estrangeiros **aqui residentes** (...) (Grifo do original) ²⁹.

Assim, a igualdade entre investidores estrangeiros não residentes e brasileiros só existe no que a lei ordinária deferir, e deixará de existir quando tal lei deixar de vigorar.

Aliás a Carta da República explicitamente permite e até induz diferenças específicas de tratamento ao investimento estrangeiro não domiciliado: para o art. 172, intacto mesmo após as modificações de 1995, o domínio do investimento estrangeiro, inclusive o investimento tecnológico constitui área sujeita à intervenção estatal. Com efeito, a Constituição³⁰ permite a disciplina de tais atividades com base no interesse nacional e o Art. 192, III, especificamente no que toca ao setor financeiro. Os poderes de intervenção não são restritos ao investimento de risco. Por exemplo, o investimento tecnológico estrangeiro, inclusive através dos contratos de know how, de patentes e de marcas, está sujeito, à hipótese de um regime especial de controle ³¹.

Note-se - como veremos a seguir - que, embora a Carta da República não assegure tratamento igual ao investidor estrangeiro (ou, mais precisamente, ao investidor estrangeiro *não residente*) e ao nacional, tal isonomia pode ser promovida pela lei ordinária e - sem dúvida - pelo ato internacional, inclusive ao abrigo do Art. 5o. § 2o. da própria Constituição ³².

O que não é possível, porém, é supor uma prevalência dos tratados sobre a nossa ordem

²⁷ O nosso Direito de Acesso do Capital Estrangeiro, Lumen Juris, 1996.

²⁸ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País** a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

²⁹ Estudos e Pareceres, v. VIII, p. 175.

³⁰ Vide, em especial, Pinto Ferreira, Comentários à Constituição Brasileira, 6o. vol. Saraiva, 1994, p. 293. Dispositivos comparáveis são encontrados na Constituição de Portugal, Art. 86, da Venezuela, Art. 107, do Peru, Art. 137, e do Paraguai, Art. 102.

³¹ Quanto à noção de que *Investimento Estrangeiro* inclui o chamado investimento tecnológico: vide Alberto Xavier, Natureza Jurídica do Certificado de Registro de Investimento Estrangeiro, RDM 69, p. 40; Celso Ribeiro Bastos, Comentários..., *op.cit.*, p. 64.

³² "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Especialmente importante, neste contexto, são os acordos da Organização Mundial do Comércio, promulgados pelo Dec. 1.355/94, em especial o chamado GATS, ou acordo sobre serviços.

constitucional. Nosso sistema não o permite em nenhuma hipótese.

A razoabilidade resolve a tensão

É um dado da natureza que duas liberdades possam colidir em seu exercício, e um dado da razão que caiba ao Direito elaborar uma solução; essa será talvez a mais pertinente das técnicas do Direito Constitucional em si mesmo.

Como se resolve a tensão entre direitos constitucionais opostos

Ocorre que a Constituição é um sistema, e não uma coleção de imperativos desconexos. Quando há colisão entre dois direitos constitucionais igualmente valiosos, impõe-se a regra da razoabilidade, ponderação, ou balanceamento ³³, uma das mais augustas e elaboradas técnicas do direito constitucional.

Para Canotilho ³⁴,

“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”

E, detalhando a técnica:

“As idéias de ponderação (*Abwägung*) ou de balanceamento (*balancing*) surge em todo o lado onde haja necessidade de “encontrar o Direito” para resolver “casos de tensão” (*Ossenbühl*) entre bens juridicamente protegidos.

(...)

A ponderação é um modelo de verificação e tipicização da ordenação de bens em concreto. Não é, de modo algum um modelo de abertura para uma justiça “casuística”, “impressionística”, ou de “sentimentos” ³⁵. Precisamente por isso é que o método de *balancing* não dispensa uma cuidadosa *topografia* do conflito nem uma *justificação* da solução do conflito através da ponderação.

(...) A topografia do conflito serve logo para identificar o âmbito normativo dos bens em relação de tensão. Poderá então suceder que as questões fiquem logo resolvidas nesta primeira abordagem pelo *teste da razoabilidade*. O teste da razoabilidade permitirá, por exemplo, descobrir o desvalor constitucional de alguns interesses pretensamente invocados como dignos de protecção 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

33 “o princípio que se chamou, na Alemanha, da ‘proporcionalidade’ e, nos Estados Unidos da América, da ‘razoabilidade’”. JSTF - Volume 183 - Página 290). “Habeas Corpus” Nº 69.912-0 – RS. Tribunal Pleno (DJ, 26.11.1993). Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence.

34 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2ª Ed., Ed. Almedin, p. 1109 e seguintes.

35 O que, lamentavelmente, ocorreu entre nós na decisão do STF no caso da “farra do boi”, (JSTF - Volume 239 - Página 192) Recurso Extraordinário Nº 153.531-8 – SC, Segunda Turma (DJ, 13.03.1998) em que se confrontavam o art. 215 (dever de preservar as manifestações culturais) e o art. 225 § 2º (proteção aos animais contra crueldade) - exatamente numa oportunidade perfeita para aplicar as técnicas constitucionais em questão. Apesar de o o relator para o acórdão, Min. Marco Aurélio, ter mencionado “razoabilidade” na ementa, dificilmente se encontraria um aresto tão emocional e atécnico, que chega a citar como *ratio decidendi* o Jornal da Globo. Diz tal ementa: Costume - Manifestação Cultural - Estímulo - Razoabilidade - Preservação da Fauna e da Flora - Animais - Crueldade. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”.

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 *definitional balancing* (balanceamento por definição) (...).

Quando é que, afinal, se impõe a ponderação ou o balanceamento ad hoc para obter uma solução dos conflitos de bens constitucionais? Os pressupostos básicos são os seguintes. Em primeiro lugar, a existência de, pelo menos, dois bens ou direitos reentrantes no âmbito de proteção de duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não podem ser “realizadas” ou “otimizadas” em todas as suas potencialidades. Concomitantemente, pressupõe a inexistência de regras abstractas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstracto feito pela norma constitucional (...). Finalmente, é indispensável a *justificação* e *motivação* da regra de prevalência da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça, da segurança jurídica”.

Em nosso caso específico, como veremos, a Constituição em vigor, ao contrário do que ocorria nas de 1946 e 1967-69, não prevê “regras abstratas de prevalência”. Tem-se liquidamente uma situação em que a técnica de balanceamento se impõe.

Da noção de razoabilidade na doutrina

Carlos Roberto de Siqueira Castro lembra que, desde a Carta de 1988, há um requisito intrínseco de razoabilidade das normas estatais, no art. 5º, LIV, da CF/88:

“(....) a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, onde o instituto do devido processo legal, e, em seu bojo, o da “razoabilidade” dos atos do Poder Público, são alçados em princípios da organização política e em direitos constitucionais dos administrados oponíveis ao Estado e seus agentes” 36.

Ao que explica o maior dos constitucionalistas vivos:

“The theory of rationality as governing the relation between means and ends assumes that all legislation must have a legitimate public purpose or set of purposes based on some conception of the general good” 37

O que vem a ser a razoabilidade, que o STF e os doutos entendem como indispensável à aplicação das normas e ao procedimento administrativo?

O razoável é, em primeiro lugar, o que decorre do “senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”³⁸.

O razoável é também a adequação de meios a fins, de uma forma lógica e funcionalmente adequada. Com efeito ³⁹, tal regra constitucional presume que a restrição consista no meio mais idôneo de se conseguir os seus fins com a menor restrição possível.

Em terceiro lugar, razoabilidade é a regra de menor interferência no *status quo*, com vistas à assegurar a máxima segurança jurídica, e a mínima intervenção estatal no âmbito jurídico das pessoas privadas. O que faz Luís Roberto Barroso (Interpretação e Aplicação da Constituição, Saraiva, 1998, p.208) comentar, discutindo aresto do Tribunal Constitucional

36 O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil, Forense, 1989, p. 388

37 Laurence Tribe, Constitutional Law, Foundation Press, 1988, p. 1440

38 Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 54. Como veremos abaixo, tal aceção é numericamente a majoritária no STF.

39 Como ensina Suzana de Toledo Barros, em sua obra “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, Brasília Jurídica, 1996, p. 76 e seguintes.

Alemão:

Verifica-se na decisão do Tribunal alemão a presença de um outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade, que é o da exigibilidade ou necessidade (Erforderlichkeit) da medida. Conhecido, também, como “princípio da menor ingerência possível”, consiste ele no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os mesmos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição do excesso. Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, “se se puder constatar inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas”.

Dentro de tais pressupostos, os constitucionalistas apontam a necessidade de se distinguir a proporcionalidade em sentido estrito, que vem a ser o fato de a medida sob crítica ficar sujeita à revisão judicial dos meios e dos fins. Outra vez Luís Roberto Barroso (op. cit., loc. cit.):

Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como proporcionalidade em sentido estrito. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se “de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”. (184)

A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira(185) – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. Na feliz síntese de Willis Santiago Guerra Filho:

“Resumidamente, pose-se dizer que uma medida é adequada, se atingir o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”

Da noção de razoabilidade na jurisprudência brasileira

Certamente a técnica da ponderação entre liberdades opostas tem sido suscitada e às vezes aplicada em nosso Supremo Tribunal Federal. Em épocas mais recentes, a questão do balanceamento entre liberdades ou direitos de fundo constitucional adquiriu especial atenção do Supremo, pela elaboração das noções de proporcionalidade – de raízes no constitucionalismo europeu -, e de razoabilidade – esta com liames na categoria do *due process of law*, introduzida a partir das construções da Suprema Corte dos Estados Unidos na nossa Carta de 1988 ⁴⁰.

O STF, como a doutrina, aplica a noção de razoabilidade em pelo menos quatro sentidos.

40 ADIMC1158, rel. –Min. Celso de Mello, j. 1994/12/19, Pleno, DJ DATA-26-05-95 PP-15154 Ement VOL-01788-01 PP-00051, Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade - lei estadual que concede gratificação de férias (1/3 da remuneração) a servidores inativos - vantagem pecuniária irrazoável e destituída de causa - liminar deferida.. - A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do "substantive due process of law", como insuperável limitação ao Poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa.

Em primeiro lugar o de “razoável” na acepção conservadora do usual, o esperado, o que decorre da experiência normal, implicando na segurança jurídica expressa na parêmia *quieta non movere*. Esta acepção encontra quantitativamente muito mais aplicações na história das decisões de nossa Corte Constitucional:

Refiro-me ao princípio da razoabilidade. Há de se presumir o ordinário, ou seja, o que ocorre no dia-a-dia, e não o excepcional, o extravagante ⁴¹

A segunda noção de razoabilidade, a que prescreve uma adequação de meios a fins, em sua virtude lógica e funcional, encontra certamente exemplos marcantes nas decisões do Supremo:

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: - Senhor Presidente, como o eminente Relator, entendo que restrições legais se submetem a um controle de sua razoabilidade, e, para tanto, nem é preciso importar o princípio da proporcionalidade de diversas Constituições modernas. Sobretudo, em se tratando de concurso público, que é um corolário do princípio maior da isonomia, basta-me esse princípio para repelir restrições do acesso ao concurso público, quando desarrazoada, sem conexão com o objetivo do certame.

Ora, Senhor Presidente, em matéria de concurso público, duas têm sido as restrições similares impostas que terão razoabilidade, segundo algum ponto de vista. Nenhuma delas a norma questionada retrata. Nela, nem se vê requisito de idade mínima, que se presume estabelecido em favor de uma exigência de maturidade pessoal do candidato, nem é requisito de um mínimo de prática forense, que se pressuporia estabelecido em razão ou em favor de um mínimo de maturidade profissional.

De tal modo, à primeira vista, parece-me que a objurgatória do provocador da ação direta é procedente; o que se estabeleceu foi uma quarentena desarrazoada, contada apenas do título de bacharel, ainda que maduro pessoalmente, ou ainda que esses dois anos não assegurem amadurecimento profissional algum. Desde logo, deixo expresso que não me lembro se essa norma saiu com essa redação do projeto de lei complementar que, ainda Procurador-Geral, encaminhei ao Congresso ⁴².

O Senhor Ministro Octávio Gallotti (Presidente): - Penso que se pode até discordar da utilidade da exigência posta na Lei Orgânica do Ministério Público da União, art. 187, mas não é esse critério subjetivo de conveniência que deve presidir, a meu ver, o exame da alegação de ser o dispositivo imbuído, ou não, de caráter discriminatório. Mas sim a razoabilidade da norma, em outras palavras, a pesquisa da correlação entre a exigência feita e o critério de seleção a que se propõe o concurso em causa, não se podendo, assim, em termos de correlação lógica, negar a sua existência, entre um procedimento destinado a recrutar membros do Ministério Público Federal, e o indicador de maturidade que, sem dúvida, emana do art. 187, em discussão.

A terceira acepção apontada pela doutrina também encontra guarida na já longa elaboração de nossa corte constitucional. É a de que, no confronto entre dois interesses juridicamente protegidos, não se deve afrontar um deles a não ser na exata e mínima proporção para dar curso à satisfação ao outro, e não mais do que isto – o que a doutrina alemã denomina *Erforderlichkeit*.

Seja surgindo como uma regra de interpretação dos poderes do administrador, seja como

41 (JSTF - Volume 186 - Página 206) Agravo Regimental em Agravo de Instrumento Nº 151.351-0 – RS, Segunda Turma (DJ, 18.03.1994), Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

42 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ML) Nº 1.040-9/600 – DF, Tribunal Pleno (DJ, 17.03.1995), Relator: O Sr. Ministro Néri da Silveira. Embora a maioria tenha-se inclinado pela tese contrária ao do Min. Sepúlveda Pertence, o seu voto ilustra a densidade do tema no acórdão em questão.

índice do equilíbrio entre poderes-deveres contrastantes, a razoabilidade também é o princípio de moderação que deve restringir ao mínimo possível as agressões fundadas em direito, ainda que necessárias aos direitos pessoais, e, em especial, ao direito de defesa. Tal tipo de prática do razoável como requisito de constitucionalidade está presente em aresto liderado por Célio Borja ⁴³:

3. Tem-se aí, com respeitosa vênua, uma visão estreita e acanhada do postulado isonômico, que não traduz a grandeza dessa garantia constitucional.

Basta ver, desde logo, consoante demonstrado à saciedade na inicial, que a regra da igualdade jurídica desautoriza o legislador estabelecer discriminações destituídas de “racionalidade” e “razoabilidade”, impedindo, enfim, que a lei crie discriminações arbitrárias e caprichosas. Seria dizer, na lição imorredoura de Orlando Bitar:

“Definindo tal exigência por contraste, o seu “foil”, diríamos na linguagem do teatro, é outra correlata - a não “arbitrariedade” da lei: que ela não restrinja a liberdade individual ou o direito de propriedade mais severamente do que o justifique o interesse da comunidade”. (in “A Lei e a Constituição”, na Coleção “Obras Completas de Orlando Bitar”, Ed. Conselho Federal de Cultura, 1978, 2ª col., pág. 115).

Mas progressivamente a tendência da nossa Corte Constitucional é de adotar a técnica do balanceamento de interesses jurídicos fundamentais, sendo este o quarto sentido em que o Tribunal usa da expressão razoabilidade. Exemplo frontal da aplicação do balanceamento de liberdades e direitos de sede constitucional se encontra, em recente acórdão versando sobre a obrigatoriedade de submissão a teste de DNA ⁴⁴:

Com o notável voto vencido do Ministro Rezek, alinhamo-nos os ems. Ministros Ilmar Galvão e Carlos Velloso e eu próprio, no sentido da possibilidade da condução do investigado à colheita hemática para a pesquisa do DNA - malgrado decorrente da reduzidíssima invasão à sua integridade física -, em atenção à prevalência que emprestamos ao “direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética” ou seja, “à sua real (e não presumida) identidade” (Rezek).

(...)

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade - de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais - é que se pretenda constringer fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular. (...)

Esse o quadro, o primeiro e mais alto obstáculo constitucional à subjugação do paciente a tornar-se objeto da prova do DNA não é certamente a ofensa da colheita de material, minimamente invasiva, à sua integridade física, mas sim a afronta à sua dignidade pessoal, que, nas circunstâncias, a participação na perícia substantivaria.

A importância desse último julgado é aplicar *in concreto*, mas segundo uma topografia cuidadosa, o balanceamento entre direitos básicos – a dignidade pessoal versus o “direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética” ⁴⁵. Em julgado anterior ⁴⁶, em

43 JSTF - Volume 170 - Página 54), Ação Rescisória Nº 1.204-6 – DF, Tribunal Pleno (DJ, 11.09.1992), Relator: O Sr. Ministro Célio Borja

44 (JSTF - Volume 237 - Página 304) “Habeas Corpus” Nº 76.060-4 – SC, Primeira Turma (DJ, 15.05.1998), Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence.

45 Em Fevereiro de 2002, o STF aplicou mais uma vez esse balanceamento para exigir, em procedimento de extradição, que uma cidadã mexicana que engravidara em cela da Polícia Federal se submetesse ao exame do DNA, com o fito de salvaguardar a honra institucional da mesma Polícia, interesse que se entendeu equilibrar o da privacidade da detida. RCL

que o teste não era de reforço, mas essencial ao atendimento do direito de determinar a paternidade, notou-se o voto de significativa minoria, que dava pela prevalência do dever do paciente do habeas corpus de submeter-se ao teste. Essa mesma minoria agora, no julgado em comento, entendeu que o prato da balança pendia para o lado da privacidade ou dignidade pessoal.

Da aplicação do princípio da razoabilidade à Propriedade Intelectual

Dois óbvios resultados derivam da aplicação do princípio da razoabilidade: um, na formulação da lei ordinária que realiza o equilíbrio, que deve – sob pena de inconstitucionalidade ou lesão de princípio fundamental - realizar adequadamente o equilíbrio das tensões constitucionais; a segunda consequência é a de que a *interpretação* dos dispositivos que realizam os direitos de exclusiva deve balancear com igual perícia os interesses contrastantes.

Por exemplo, não se dará mais alcance ao *conteúdo legal* dos direitos de patente do que o estritamente imposto para cumprir a função do privilégio – de estímulo ao investimento – na mínima proporção para dar curso à satisfação de tais interesses. Como disse a Suprema Corte dos Estados Unidos em *Sears, Roebuck & Co. V. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225 (1964), relator Mr. Justice Black:

“(…) Once the patent issues it is strictly construed”.

Não se dará também à leitura de cada reivindicação mais extensão do que a que resultar do relatório e dos desenhos – não só por uma questão lógica mas por uma imposição *constitucional*; a aplicação da equivalência de fatores em tal contexto presume uma prudência extrema e um aguçado senso do que é indispensável para proteger – sem excessos – os interesses essenciais do titular da patente, sem ampliações desarrazoadas.

No dizer do mesmo acórdão em *Roebuck*:

“(…) Once the patent issues (...) it cannot be used to secure any monopoly beyond that contained in the patent;

Um terceiro resultado da aplicação da razoabilidade aos sistemas da propriedade é a aplicação dos limites legais do direito pertinente – no que a tradição americana chama de *fair usage*. Através de tais limites, a regra de proporcionalidade dos vários interesses em jogo é incorporada ao texto legal, através de uma lista de atos de terceiros ⁴⁷, no que poderia ser uma infração literal da sua exclusividade, que o titular tem de tolerar por força de lei. É o que se verá mais abaixo.

Dessas manifestações da regra de balanceamento de interesses se pode depreender que a lei de patentes ou de direitos autorais não é um estatuto de proteção ao investimento – e nem

2.040-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 21.2.2002. Narra o Informativo 257 do STF: “Fazendo a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição - atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação -, o Tribunal afirmou a prevalência do esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta, ainda, que o exame de DNA acontecerá sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho”

46 (H.C. 71.373/RS - Rel. Min. Francisco Rezek - DJ 10/11/1994 - PP-45.686).

47 Ou lista de critérios gerais de proporcionalidade, como no caso da lei autoral americana.

dos criadores e inventores ⁴⁸; não é um mecanismo de internacionalização do nosso direito nem um lábaro nacionalista; é e deve ser lida como um instrumento de medida e ponderação, uma proposta de um justo meio e assim interpretado. E no que desmesurar deste equilíbrio tenso e cuidadoso, está inconstitucional.

Dos limites à lei ordinária

O balanceamento desses interesses traz uma regra de contenção básica à lei ordinária que protege a propriedade intelectual. A que ela deva realizar adequadamente o *Erforderlichkeit* – não deve afrontar quaisquer dos interesses em questão a não ser na exata e mínima proporção para dar curso à satisfação ao outro, e não mais do que isso.

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. Uma vez 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. Essa convicção – assim como a de que a lei ordinária de marcas, patentes e direitos autorais tem assento necessário na cláusula constitucional de Propriedade Intelectual -, foi intensamente discutida na Suprema Corte Americana ⁴⁹:

The Court did hold that the Intellectual Property Clause is not an open-ended grant of power to Congress to create exclusive rights in information, but a specifically limited grant available only to protect original contributions to the wealth of human knowledge. This limitation on the appropriate subject matter for property rights in information is constitutionally embedded, and is germane to the power of Congress to act in this field. But the Court did not, at least in these cases, state that the limitations in the Intellectual Property Clause applied to all congressional attempts to recognize exclusive rights in information.

From a contemporary perspective, the *Trade-Mark Cases* establish the important principle that the Intellectual Property Clause constrains congressional power, and that it is the proper role of judges to step in and tell Congress when its zeal to enact property rights exceeds its power to do so under the Constitution. The cases also establish the principle that originality is a threshold requirement before information can become the object of exclusive rights under the Intellectual Property Clause.”

O limite apontado pela Suprema Corte é expressamente reiterado o Statute of Monopolies inglês de Jaime I como a matriz legal primígena da tradição da propriedade intelectual. Proibindo todas as restrições legais à concorrência, o Statute apenas isentava da vedação as patentes – pelo fato de não retirarem algo do domínio comum através da restrição à liberdade de competir – mas por corresponderem a algo novo, original, e que jamais havia entrado no domínio comum.

48 Se houvesse uma tônica no estatuto jurídico da propriedade intelectual, seria a sua função social, não a proteção dos interesses pessoais. Vide a tradição constitucional da Suprema Corte dos Estados Unidos, que em uma sólida corrente de decisões insiste em que “this court has consistently held that the primary purpose of our patent laws is not the creation of private fortunes for the owners of patents but is ‘to promote the progress of science and useful arts (...)’”, *Motion Picture Patents Co.v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502, p. 511 (1917).

49 Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information, Yochai Benkler, 15 Berkeley L. & Tech. J. 535 (2000)

As anotações à Cláusula Oitava da Constituição Americana ⁵⁰ evidenciam exatamente esse entendimento:

So far as patents are concerned, modern legislation harks back to the Statute of Monopolies of 1624, whereby Parliament endowed inventors with the sole right to their inventions for fourteen years. Copyright law, in turn, traces back to the English Statute of 1710, which secured to authors of books the sole right of publishing them for designated periods. Congress was not vested by this clause, however, with anything akin to the royal prerogative in the creation and bestowal of monopolistic privileges. Its power is limited with regard both to subject matter and to the purpose and duration of the rights granted. Only the writings and discoveries of authors and inventors may be protected, and then only to the end of promoting science and the useful arts. The concept of originality is central to copyright, and it is a constitutional requirement Congress may not exceed.

Mas o objetivo de favorecer criações novas e originais através do investimento privado não pode exceder o custo público do favorecimento. A lei tem de realizar este equilíbrio da forma adequada e em cada contexto singular. É o que veremos por todo este livro, com as observações que se fazem à razoabilidade de cada solução legal apontada, em face aos vários interesses em balanço.

Da razoabilidade na interpretação das leis

O mesmo cunho de contenção e prudência se aplica à *interpretação das leis de propriedade intelectual*. Quando se interpreta a norma ordinária singular há que se presumir que – salvo inconstitucionalidade – o texto legal já realizou o favorecimento que se deve ao investimento privado. *Lex data*, é momento de se interpretar a norma segundo os critérios próprios ao caso, razoável e equilibradamente.

Este equilíbrio surge à interpretação das normas segundo os critérios da proteção da liberdade de iniciativa em face da restrição imposta pela propriedade intelectual; e segundo o critério tradicional da interpretação contida da norma excepcional.

Diogo de Figueiredo⁵¹, ao pronunciar-se sobre o tema, avalia que:

“os princípios que definem liberdades preferem aos que as condicionam ou restringem; e os que atribuem poderes ao Estado, cedem aos que reservam poderes aos indivíduos, e os que reforçam a ordem espontânea têm preferência sobre os que a excepcionam” (grifos da transcrição).

A liberdade, obviamente, é de iniciativa e de informação, coarctadas pelos privilégios e direitos de exclusiva. A ordem espontânea é o do fluxo livre das idéias e das criações, e da disseminação da tecnologia. O ato do Estado que cumpre estabelecer peias é o da concessão do direito excepcional da propriedade intelectual.

E, como ensina Carlos Maximiliano⁵²,

“O Código Civil [de 1916] explicitamente consolidou o preceito clássico – *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (“interpretam-se as exceções estritissimamente”) – no art. 6º

50 <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/article01/39.html>

51 in A Ordem Econômica na Constituição de 1988, artigo publicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado/RJ nº 42, pg 59.

52 Hermenêutica e Aplicação do Direito, Ed. Forense, 18ª ed., p. 225

da antiga Introdução, assim concebido: ‘A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica’”, dispositivo hoje consagrado no art. 2º, § 2º, da vigente Lei de Introdução ao Código Civil [de 1916].

Continua o pensamento afirmando que igual orientação deve ser adotada para aquelas normas que visem à concessão de um privilégio a determinadas pessoas, pois:

“o monopólio deve ser plenamente provado, não se presume; e nos casos duvidosos, quando aplicados os processo de Hermenêutica, a verdade não ressalta nítida, interpreta-se o instrumento de outorga oficial contra o beneficiado e a favor do Governo e do público”.⁵³

Da razoabilidade como limitação legal aos direitos

Em cada modalidade dos direitos intelectuais, a aplicação da regra de razoabilidade tende a surgir na forma de *limitações* aos direitos – analisados em cada caso nos segmentos pertinentes deste livro.

Assim, por exemplo, no caso das patentes, a limitação que permite a utilização do objeto do monopólio para fazer pesquisas tecnológicas – inclinando-se a propriedade ao interesse constitucional maior de “desenvolvimento tecnológico do país”, como o quer o inciso XXIX do art. 5º da Carta. Ou a que estabelece como fronteira dos direitos de marcas, patentes ou direito autoral a primeira operação comercial que promova retorno ao investimento tecnológico do titular, liberando a partir daí a circulação dos bens físicos relevantes – garantindo a mínima interferência com a liberdade de comércio.

As limitações (em inglês *fair usage*) têm, na verdade, dois fundamentos cumulativos. Um econômico, e outro diretamente constitucional, ambos inteiramente entrelaçados. Quanto à atual lei americana de direito autoral, diz Pamela Samuelson ⁵⁴:

An extensive literature in the United States discusses the economic underpinnings of copyright law. This literature justifies not only the grant of exclusive rights to authors, but also certain limitations on authors’ rights that differentiate American copyright law from European authors’ rights law.

E continuando, quanto ao caso específico das limitações legais aos direitos autorais:

The U.S. copyright statute now codifies the judicially created fair use doctrine. The fair use provision directs courts to consider four factors when determining whether a use is fair and therefore noninfringing: (1) the purpose and character of the defendant’s use; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the defendant’s appropriation; and (4) the harm, if any, to the actual or potential market for the copyrighted work if the use is determined to be fair.

Ao contrário do sistema brasileiro e europeu, a lei ordinária americana assim estabelece os parâmetros, e não os casos específicos, nos quais a propriedade deva se inclinar ao uso de terceiros. Mas tais parâmetros são importantíssimos para avaliar, no Brasil ou em qualquer outro país, a própria adequabilidade – e daí, constitucionalidade – das limitações. Também são instrumentos importantes para interpretar, além da regra geral de que as limitações em

53 ob. cit., p. 232

54 Pamela Samuelson, Economic and constitutional influences on copyright law in the United States, encontrado em www.ssrn.com. Vide também J.H. Reichman, Legal Hybrids Between The Patent and Copyright Paradigms, 94 COLUM. L. REV. 2432 (1994).

Propriedade Intelectual devam ser lidas *extensivamente*, o quão extensivamente deverão ser aplicadas.

Uma leitura extensiva das limitações (e, conseqüentemente, restritiva aos direitos de propriedade) se justifica em particular quando o texto literal das limitações se mostra histórica e constitucionalmente injustificável.

Limitação e constitucionalidade: o direito de fazer testes clínicos e pesquisas

Cabe neste ponto suscitar a questão da constitucionalidade das limitações legais aos direitos, seja por insuficiência, seja por excesso ao modelo constitucional. Uma vez mais, tem-se que extrair da jurisprudência constitucional alemã uma lição importante quanto ao conflito entre o direito de propriedade da patente e a possibilidade de usar, através de testes clínicos, experiências, testes de toxidade ou similares, o objeto patentado. No caso Klinik-Versuch (BverfG, 1 BvR 1864/95, de 10/5/2000) , a Corte Constitucional apreciou o balanceamento de tais direitos, ponderando o seguinte:

Der Bundesgerichtshof ist ebenso bei der Abwägung der widerstreitenden Belange der Bedeutung des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gerecht geworden. Er hat das von ihm im Wege der Auslegung des § 11 Nr. 2 PatG nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte gewonnene Ergebnis anschließend daraufhin überprüft, ob es insbesondere auch mit dem Recht des **Patentinhabers** zu vereinbaren ist. Der Bundesgerichtshof hat in diesem Zusammenhang in nachvollziehbarer Weise dargelegt, dass ein uneingeschränkter Schutz des **Patents** mit Rücksicht auf die Grundsätze der Freiheit der Forschung und die Sozialbindung des Eigentums dort nicht gerechtfertigt sei, wo die Weiterentwicklung der Technik gehindert werde. Dem Zweck des **Patentrechts**, den technischen Fortschritt zu fördern und den Erfindergeist für das Gewerbe in nutzbringender Weise anzuregen, liefe es zuwider, wenn Versuchshandlungen ausgeschlossen würden, die der Forschung und Fortentwicklung der Technik dienten. Da die Wirkung von gentechnisch gewonnenen Arzneimitteln nur durch Erprobung am Menschen ermittelt werden könne, sei es im Interesse der Allgemeinheit geboten, klinische Erprobungen und Untersuchungen mit Wirkstoffen an Menschen als Versuchshandlungen soweit frei zu stellen, als diese Versuche unmittelbar auf die Gewinnung von Erkenntnissen gerichtet seien. Dem stehe nicht entgegen, dass solche klinischen Versuche auf eine arzneimittelrechtliche Zulassung zielten, da sie nach dem Arzneimittelgesetz nur bei dieser Zielvorgabe zulässig seien.

Der Bundesgerichtshof hat dabei auch erkannt, dass eine solche weite Auslegung des Versuchsprivilegs dazu führen kann, dass der Inhaber eines Stoffpatents im Arzneimittelbereich Gefahr läuft, in der ausschließlichen Nutzung seines **Patents** durch eine Massierung von Versuchsprojekten empfindlich beeinträchtigt zu werden. Dies gilt vor allem dann, wenn Dritte aufgrund der gefundenen Versuchsergebnisse Verwendungspatente anstreben und erzielen. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs sind diese Beeinträchtigungen hinzunehmen, da der **Patentinhaber** eines Erzeugnisses durch Gewährung des **Patentschutzes** nur für den Beitrag belohnt werden soll, den er zur Bereicherung der Technik durch die Bereitstellung dieses Erzeugnisses beigetragen hat. Es sei nicht geboten, ihm allein den vollen Lohn auch für solche Verwendungsarten seines Erzeugnisses zuzuweisen, zu deren Auffindung es erst noch der erfinderischen Tätigkeit eines Dritten bedürfe. Zudem könne der Inhaber des jüngeren Verwendungspatents zwar den Inhaber des älteren Erzeugnispatents von der geschützten Verwendung ausschließen, sein Verwendungspatent sei aber von dem Erzeugnispatent abhängig. Da der Inhaber des jüngeren Verwendungspatents in dessen Schutzbereich eingreife, könne er ohne Zustimmung des Inhabers des Erzeugnispatents dieses nicht verwerten. Das Stoffpatent behalte vielmehr in Folge der Abhängigkeit des Verwendungspatents seinen wirtschaftlichen Wert, weil der Inhaber des jüngeren **Patents** zu dessen Benutzung die Zustimmung des Inhabers des älteren **Patents** benötige und das ältere **Patent** gegenüber Dritten auch bezüglich der durch das jüngere **Patent** geschützten Verwendung seine volle

Geltung behalte.

Assim, se o titular da patente tem suas exclusividades baseada – entre outras razões - no interesse do desenvolvimento científico e tecnológico, não lhe é possível usar sua patente exatamente para impedir tal desenvolvimento. De outro lado (utilizando-se de critério muito similar ao quarto fator da lei americana) o efeito econômico direto desfavorável do teste é mínimo quanto aos interesses do titular da patente, especialmente em face das vastas conseqüências indiretas de tal procedimento, favoráveis ao interesse geral.

Os dois outros casos citados acima do Tribunal Constitucional alemão também dizem respeito ao excesso ou insuficiência de limitações aos direitos intelectuais. Mas claramente esse descompasso não é privativo do sistema daquele país.

Por exemplo, o texto do dispositivo da lei brasileira que faculta apenas a cópia *de pequenos trechos* da obra para uso pessoal e sem fins econômicos do copista – como prevê a Lei 9.610/98 – foge à tradição histórica e à prática corrente brasileira; no tocante, por exemplo, ao uso de vídeo doméstico e gravadores, sempre sem fins econômicos, simplesmente criminaliza todo cidadão brasileiro ⁵⁵, aliás sem que isso realmente beneficie o autor dos direitos, por impossibilidade de cobrança e fiscalização. Qualquer interpretação razoável e atenta aos princípios da razoabilidade rejeitará, por inconstitucional, a aplicação literal desse dispositivo.

Da propriedade industrial em geral

O texto do Art. 5º, XXIX da Carta de 1988, não se limitando à declaração dos direitos dos inventores e titulares de marcas, como as anteriores, propõe à lei ordinária a seguinte diretriz:

Art. 5º (...)

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, *tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*; (Grifei) ⁵⁶

⁵⁵ Jornal do Brasil, 06/09/2000, Alexandre Fontoura “MP3 é tema do I Congresso sobre direito autoral - Em um simples assoviar você pode estar cometendo uma violação ao direito autoral. Esta é a afirmação do Procurador do Município e professor de Propriedade Intelectual da PUC-RJ, Denis Borges Barbosa, que esteve presente no último dia do I Congresso Internacional de Direito Autoral. De acordo com a lei, se uma pessoa reproduzir uma obra por inteiro, não importa o modo, ela estará cometendo um crime que implica na violação do direito autoral. O arquivo MP3 é o problema atual mais preocupante no que diz respeito à violação dos direitos autorais. A lei que está em vigor hoje é de 1998 e, segundo ela, apenas a reprodução de um trecho de uma determinada obra não é crime. “Se a lei que trata deste assunto fosse a que estava em vigor antes de 98, a maioria das reproduções de música em MP3 não seria crime”, confirma o procurador. No entanto, as reproduções tinham que ser para uso individual e sem fins lucrativos. “Não vale a pena processar cada internauta que baixa arquivos sonoros. Seria impossível e inviável economicamente. É preciso, sim, processar o principal causador do problema, o Napster”, comentou Borges. “Mesmo que fosse inventado um arquivo de música que se auto apagasse depois de cinco apresentações, por exemplo, continuaria sendo crime”, confirma.”.

⁵⁶ Constituição Política do Império do Brasil de 1824, art. 179, inc. 26: “os inventores terão a propriedade de suas descoberta ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes (sic) remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização. Constituição de 1891, art. 72 § 25: “Os inventores industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável, quando há conveniência de vulgarizar o invento”. Art. 72, §27: “A lei assegurará a propriedade das marcas de fábrica. Constituição de 1934, art. 113, inc. 18: “Os inventores industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário, ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à

Já nos referimos acima à tensão entre a liberdade de iniciativa e de concorrência e a restrição causada pela proteção da propriedade industrial. Aqui cabe analisar a vinculação de tais direitos à cláusula finalística específica do final do inciso XXIX, que particulariza para tais direitos o compromisso geral com o uso social da propriedade – num vínculo teleológico destinado a perpassar todo o texto constitucional.

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

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

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

Com efeito, a lei ordinária de Propriedade Industrial que pretenda (ou tenha como efeito material), por exemplo, atender interesses da *política externa do Governo*, em detrimento do interesse social ou do desenvolvimento tecnológico *do País*, incidirá em vício insuperável, eis que confronta e atenta contra as finalidades que lhe foram designadas pela Lei Maior.

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

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

É inconstitucional, por exemplo, a lei ou norma regulamentar que, optando por um modelo

coletividade”. Art. 113, inc. 19: “A lei assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial”. Constituição de 1937, art. 16 XXI: “Compete privativamente à União o poder de legislar sobre os privilégios de invento, assim como a proteção dos modelos, marcas e outras designações de origem” constituição de 1946, art. 141, §17: “Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio”. Art. 141, §18: “É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial”. Constituição de 1967, art. 150, § 24: “A lei garantirá aos autores de inventos industriais privilégio temporários para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial”. Ec Nº 1, de 1969, art. 153, § 24: “A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial”.

francamente exportador, renuncie ao desenvolvimento tecnológico em favor da aquisição completa das técnicas necessárias no exterior; ou a lei que, a pretexto de dar acesso irrestrito das tecnologias ao povo, eliminasse qualquer forma de proteção ao desenvolvimento tecnológico nacional.

Esta noção de balanço equilibrado de objetivos simultâneos está, aliás, nos Art. 218 e 219 da Carta, que compreendem a regulação constitucional da ciência e tecnologia. Lá também se determina que o estímulo da tecnologia é a concessão de *propriedade* dos resultados - voltar-se-á predominantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional ⁵⁷.

Também no Art. 219 se dispõe que o mercado interno será incentivado de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do País ⁵⁸. Ora, como se sabe, os instrumentos da Propriedade Industrial são exatamente mecanismos de controle do mercado interno - uma patente restringe a concorrência em favor do seu titular, impedindo que os demais competidores usem da mesma tecnologia.

Assim sendo, tanto a regulação específica da Propriedade Industrial quanto os demais dispositivos que, na Carta de 1988, referentes à tecnologia, são acordes ao eleger como *princípio constitucional* o favorecimento do desenvolvimento tecnológico do País (que o Art. 219 qualifica: desenvolvimento *autônomo*) ⁵⁹.

Bases constitucionais da proteção às tecnologias

As patentes de invenção, sob o título historicamente correto e tradicional de *privilégios* ⁶⁰, estão previstas no texto constitucional:

“a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização (...) tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”
61

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

58 Art. 219 - O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

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

60 O CPI 1971 chamava tais títulos de "privilégios", de acordo com a nomenclatura adotada pela Carta de 1988. A Lei 9.279/96, porém, ignorando a diretriz constitucional, prefere denominá-los "patentes". Embora não compatível com a profunda internacionalização da Propriedade Industrial (patent é voz comum a vários idiomas), a antiga expressão, acolhida pela Carta, traduz a gênese autóctone luso-brasileira do direito pertinente, adotada que foi em toda nossa História, e dela tomando seu significado jurídico.

61 Vide, incidentalmente, os propósitos do TRIPs: Art.7 - A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de

Os parâmetros básicos da patente estão assim desenhados no texto da Carta:

a) Os autores de inventos serão os beneficiários da tutela legal

Direito moral do autor do invento

O primeiro direito prefigurado pela Carta é, assim, o chamado *direito autoral de personalidade do inventor*, expresso nesta Lei pelo direito de nomeação ou de anonimato. Vide, no pertinente, o que dizemos abaixo quanto ao direito autoral – de natureza moral, e não patrimonial - sobre obras artísticas, literárias e científicas. Cabem aqui idênticas considerações.

Direito constitucional a pedir patente

O segundo direito é o direito à aquisição da patente ⁶² como um direito constitucional. Note-se que o direito *ao privilégio propriamente dito* (que não é direito constitucional, mas legal) nascerá, ou não, ao fim da prestação administrativa de exame e concessão descrita nesta Lei.

A Constituição protege, assim, o *princípio da invenção ao inventor (Erfinderprinzip)*, por oposição ao princípio do requerimento (*anmelderprinzip*), como notava Pontes de Miranda ⁶³; no art. 6º da Lei 9.279/96, é efetivamente ao autor que se defere o direito, ainda que se presuma (*praesumptio juris tantum*) autor o requerente.

É fato que o art.6º § 2º reconhece titularidade originária a terceiros, que não o autor; mas a redação do dispositivo torna claro que só o terceiro *vinculado ao autor* por norma de lei ou disposição de negócio jurídico, que cabe a titularidade de pedir patente. Os cessionários e quaisquer outros sucessores não terão, a teor da norma básica, senão título derivado.

Mas não terá direito publico subjetivo a obter patente aquele que não for autor, sucessor, ou legitimado originário. Isso justifica, constitucionalmente, o direito de adjudicação previsto no art. 49 do CPI/96.

b) O fundamento da tutela será o invento novo e industrial

Proteção ao invento

O direito constitucional resulta do *invento*. Ou seja, a Carta protege a criação de uma *nova* solução para um problema técnico de utilidade industrial, seja ela *invenção*, seja outro tipo de solução, tal como a definida por *modelo de utilidade*. Não tem proteção por tal dispositivo constitucional as *descobertas*, ou seja, a revelação do já existente, mas ainda desconhecido.

Proteção ao invento industrial

O invento será *industrial*. Não têm guarida nesta cláusula (embora possa ter por outra,

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

⁶² Pontes de Miranda, op.cit.. p. 548, Tratado, XVI, § 1.835. Pontes distingue, porém, entre o direito personalíssimo de autoria e o de nomeação.

⁶³ Pontes de Miranda, Comentários..., p. 561.

como veremos a seguir no tocante às criações industriais) as criações não industriais, ou seja, as que não impliquem em mutação nos estados da natureza ⁶⁴. Vide, mais abaixo, a questão da definição do *técnico* ou do *industrial* como requisito legal de patenteabilidade.

Note-se que o Direito Constitucional Brasileiro não se opõe à proteção de nenhum campo tecnológico, nem a obriga. A Carta de 1988 não limita os campos da técnica onde se deve conceder patente pela norma ordinária, nem impõe que a proteção abranja todos os campos. Assim, é na Lei 9.279/96, e não na esfera constitucional, que se vai discutir a possibilidade e conveniência de patentear cada setor da tecnologia, obedecido sempre o balanceamento constitucional de interesses ⁶⁵. Mas existe em sede constitucional a prescrição de que o invento seja *industrial*, excluindo aqueles que não possam ter tal classificação.

Na noção constitucional de invento está abrangida, obviamente, tanto a invenção quanto o modelo de utilidade – foi com este propósito que este autor escolheu o termo mais abrangente do que o de invenção para propor inserir no texto da Carta ⁶⁶.

Requisito constitucional da novidade

Passemos à questão da novidade. O requisito de novidade das patentes é não só constitucional, mas na verdade ligado ao princípio fundamental da livre concorrência. Só aquilo que ainda não caiu no domínio público pode receber a exclusividade legal sem violar a liberdade da concorrência. É o que resulta da evolução constitucional especialmente na Suprema Corte Americana ⁶⁷:

Specifically, the Court held that the Intellectual Property Clause requires that Congress (a) act only when extending an exclusive right promotes “[i]nnovation, advancement, and . . . add[s] to the sum of useful knowledge” and (b) not recognize exclusive rights “whose effects are to remove existent knowledge from the public domain, or to restrict free access to materials already available.” The Court reasoned that this unusual express limitation on the power granted in the same clause is a reflection of its framers’ aversion to a system of government grants of monopolies in trade—a strategy used by the Crown to reward its favorites.⁶⁸

Assim é que um dispositivo, como o chamado *pipeline*, previsto no art. 229 do CPI/96, que presume proteção a algo que já caiu no domínio público, fere a cláusula constitucional da Propriedade Industrial na Carta de 1988, como feriria a Constituição Americana.

Com efeito, uma vez mais citando Bonito Boats:

Congress may not create patent monopolies of unlimited duration, nor may it "authorize the issuance of patents whose effects are to remove existent knowledge from the public domain,

64 Pontes de Miranda, Comentários..., p. 556. Douglas Daniel Domingues (A Propriedade Industrial na Constituição Federal de 1988, Ver. Forense 304, p. 69) suscita a hipótese de a redação ter desconstitucionalizado os inventos biotecnológicos; claro está que isso não ocorre. “Industrial”, aí, tem o sentido tradicional em Propriedade Industrial, que engloba sem cintilas de dúvida o setor biotecnológico.

65 O mesmo ocorria em relação à Constituição anterior. Ver Pontes de Miranda (1967: v. 5, 550-559).

66 Aqui também suscitou dúvidas, a meu ver, sem razão, Douglas Daniel Domingues, op. cit., p. 70.

67 Yochai Benkler, op.cit.

68 (nota do original) Cf. Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co., 376 U.S. 225, 229-30 (1964) (comparing patent grants under American and English systems). On the aversion to monopolies, and how it resonated in the thinking of the drafters of the Constitution about patents, see Edward C. Walterscheid, To Promote the Progress of Science and the Useful Arts: The Background and Origin of the Intellectual Property Clause of the United States Constitution, 2 J. Intell. Prop. L. 1, 37-38 (1994).

or to restrict free access to materials already available." *Graham v. John Deere Co. of Kansas City*, 383 U.S. 1, 6 (1966).

(O Poder Legislativo não tem poder para criar privilégios de duração ilimitada, nem pode “autorizar a concessão de patentes cujo efeito seja remover conhecimento já existente do teor do domínio público, ou restringir o livre acesso de material que já estivesse disponível”)

Como nota o mesmo acórdão, essencial para a noção dos fundamentos constitucionais da propriedade intelectual em qualquer sistema jurídico, autorizar privilégios onde o invento já estivesse em domínio público seria o mesmo que criar leis privadas que invadissem o direito já adquirido por todos os interessados:

For Jefferson, a central tenet of the patent system in a free market economy was that "a machine of which we were possessed, might be applied by every man to any use of which it is susceptible." 13 Writings of Thomas Jefferson 335 (Memorial ed. 1904). He viewed a grant of patent rights in an idea already disclosed to the public as akin to an ex post facto law, "obstruct[ing] others in the use of what they possessed before." *Id.*, at 326-327.

Traduzindo a dicção de Jefferson para nosso dizer jurídico, o que ocorre no caso do *pipe line* ou de outros mecanismos de gênero similar, que levem à retirada do domínio público de algo que nele já se achava, é uma lei que atenta contra o direito adquirido. Vejamos, logo em seguida, o que se diz quanto à temporariedade necessária do direito de patentes.

A constitucionalidade da atividade inventiva

Note-se que tem sido considerado necessário, como pré-requisito do privilégio, que a novidade tenha um atributo especial de *salto inventivo*, que impeça a criação de monopólios para aquisições tecnológicas irrelevantes. Disse a Suprema Corte Americana, em *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225, 229-30 (1964):

To begin with, a genuine "invention" (...) must be demonstrated "lest in the constant demand for new appliances the heavy hand of tribute be laid on each slight technological advance in an art."

Com toda certeza, não cabe usar a mão pesada da coação pública em cada mínima e irrelevante mutação no estado da arte. Quero crer que também no Direito Brasileiro o requisito da razoabilidade e proporcionalidade, num contexto de tanto impacto sobre o princípio da livre iniciativa, exige a atividade inventiva para a concessão de um monopólio instrumental – como são as patentes.

c) O direito é essencialmente temporário.

Como parte do vínculo que a patente tem com “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”, o autor do invento tem uma exclusiva temporária – e todos terceiros têm, em sede constitucional, um direito sujeito a termo inicial de realização livre do invento ao fim do prazo assinalado em lei.

Tais princípios têm conseqüências interessantes, por exemplo, quanto à possibilidade de prorrogação das patentes. Ao conceder, sob o CPI/71, uma patente por quinze anos, a União ao mesmo tempo constituiu um direito a tal prazo no patrimônio do dono da patente, e garantiu à sociedade em geral, e aos competidores do dono da patente, de que em quinze anos, a tecnologia estaria em domínio público.

Os competidores das titulares de patente tinham um *direito adquirido* a exercer sua

liberdade de iniciativa, em face da patente, *ao fim dos quinze anos do seu prazo*. Se a lei aumentasse o prazo da patente, estaria invadindo o patrimônio do competidor, agredindo uma situação jurídica constituída que esta tinha, de vir a investir livremente no mercado ⁶⁹.

O monopólio de 15 anos constituiu-se contra todos, e pereceu a seu termo em favor de todos, especialmente dos concorrentes. A liberdade de iniciativa foi limitada por quinze anos, em favor do titular, e foi reconquistada, ao fim do prazo, pelos seus concorrentes.

Desde o momento de constituição do direito, pela concessão da patente, os concorrentes adquiriram o direito de, após quinze anos, fabricar produtos competitivos com a tecnologia que fora patenteada. Pela ação do princípio da liberdade de iniciativa, é irrelevante se o concorrente já o era, efetiva ou potencialmente, ao momento da concessão, de modo a subjetivar o direito no seu patrimônio ⁷⁰.

d) o *privilégio* será concedido para a *utilização* do invento,

Tal uso se fará, obviamente, de forma compatível os fins sociais a que o próprio dispositivo constitucional se volta. Não se trata, como no caso da lei de 1830, ou das Cartas de 1824, 1891, 1934 e 1946 (estas, jamais regulamentadas no pertinente), de recompensa monetária aos inventores, mas de um privilégio, ou seja, de uma situação jurídica individualizada e exclusiva, que recai sobre a própria solução técnica a qual, sendo *industrial*, vale dizer, prática, propiciará, no mercado, o retorno dos esforços e recursos investidos na criação.

Tem-se assim, dois limites constitucionais para o *alcance* do privilégio, além do limite temporal: ele se exerce sobre a própria solução técnica que o justifica, e não sobre outros elementos da tecnologia ou sobre outros segmentos do mercado; e mesmo no tocante à oportunidade de mercado assegurada com exclusividade pela patente, o privilégio não poderá ser abusado, tendo como parâmetro de utilização compatível com o Direito o *uso social da propriedade*.

e) o pedido de privilégio será sujeito a exame substantivo de seus requisitos;

A excepcionalidade da restrição à livre concorrência, através do privilégio, e o relevante interesse público envolvido, por força da cláusula final do inciso XXIX do art. 5º impõem que o direito exclusivo só seja constituído na presença dos requisitos legais e constitucionais, ou seja, como notou Paul Roubier, o procedimento da concessão da patente é sempre de direito público.

Procedimento administrativo plenamente vinculado na concessão de patentes

Nota Pontes de Miranda ⁷¹ que a tutela constitucional recai sobre o direito público subjetivo

⁶⁹ Quanto à extensão de prazo em matéria de Direitos Autorais, após a expiração do prazo inicial, vide Paul Edward Geller, *Zombie and Once-Dead Works: Copyright Retroactivity After the E.C. Term Directive*, Entertainment and Sports Lawyer, vol 18 (no. 2), at p. 7.

⁷⁰ Ao momento em que se conclui esta edição, a Suprema Corte dos Estados Unidos aprecia o caso No. 01-618 Eric Eldred, et al., *Petitioners v. John D. Ashcroft, Attorney General*, onde se discute a prorrogação de direitos autorais. No caso, o tribunal regional federal pelo distrito de Columbia entendeu que não haveria empecilho constitucional a essa prorrogação.

⁷¹ *Idem*, p.565. Vide, quanto ao tema, Foyer e Vivant, *op.cit.*, p. 83; André Bertrand, *La Propriété Intellectuelle*, Ed.

resultante da criação, que é o *direito de pedir patente*. O privilégio, propriamente dito, é posterior, e regulado pelo Direito Comercial. De outro lado, presentes os requisitos fixados impessoalmente em lei para a concessão da patente, há direito público subjetivo, de cunho constitucional, na concessão.

Como repetido, já não existe a opção das constituições anteriores, que deferia à União conceder patentes ou indenizar o titular da pretensão relativa ao invento. A única alternativa existente é a concessão, em procedimento constitucionalmente determinado como vinculado. Havendo interesse público no objeto da patente, abrem-se as alternativas constitucionais da desapropriação ou, então, de requisição – a qual se configura através do mecanismo de licença compulsória por interesse público.

Certamente os entes públicos podem ter atos discricionários, de opção pela conveniência e pela oportunidade, como o que ocorria com os contratos de tecnologia examinados pelo INPI à luz da legislação anterior; o poder discricionário da autarquia, no caso, tinha completo amparo constitucional, como determinou o STF no acórdão publicado em RTJ 106/1057-1066. Não assim no caso de patentes, em face da garantia constitucional do procedimento vinculado.

Procedimento de patentes e o devido processo legal

Em um sem número de aspectos, o procedimento de exame de patentes se acha jungido às regras do *procedural due process of law* inserido no art. 5º LIV da Carta de 1988, que impõe pleno direito de defesa. Pertinente, assim, o dispositivo da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, 29 de janeiro de 1999):

Art. 2º A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

Como bem retratam Robert A. Choate e William Francis⁷²,

“The concession of the patent privilege by the state is an act having a threefold character. As a reward bestowed the inventor for his past invention, it is an act of justice. As an inducement to future efforts, it is an act of round public policy.

As a grant of temporary protection in the exclusive use of a particular invention, on condition of its immediate publication and eventual surrender to the people, it is an act of compromise between the inventor and the public, wherein which concedes something to the other in return for that which is conceded to itself.”

Portanto, sabendo-se que a concessão de um monopólio implicará a restrição de liberdade de iniciativa de terceiros, o procedimento administrativo deverá obedecer aos princípios de publicidade dos atos administrativos, de ampla defesa e do contraditório, todos contidos no princípio maior do devido processo legal.

Delmas, 1995, vol. II, p. 126; Mousseron, Le Droit au Brevet, Juris Classeur Brevets, fascículo 240; Singer (rev. Lunzer), The European Patent Convention, Sweet and Maxwell, 1995, p. 218 e seg., Gama Cerqueira, Tratado, Vol. II, p. 192 e seg.

72 in ob. cit., pg. 77.

Ele se materializa, por exemplo, na medida em que o depósito do pedido de privilégio é publicado em revista oficial, a fim de que terceiros interessados possam a ele se opor ou apresentar subsídios ao exame do invento.

Uma hipótese em que isso é particularmente relevante é o da alteração do inicialmente reivindicado no pedido de patente, objeto de uma seção específica deste trabalho. Tendo, por exemplo, permitido a alteração de quadro reivindicatório resultante na ampliação do escopo de proteção do invento, ato por si só ensejador de anulabilidade do ato administrativo, tal anulabilidade poderia ter sido sanada pelo respeito ao *due process of law*.

Em outras palavras, através do respeito ao contraditório, deve sempre a autarquia federal reabrir prazo para manifestações, através de nova publicação indicando a existência de modificações ocorridas no pedido. Afinal, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, “a tutela jurídica do direito à defesa é dever do Estado, qualquer que seja a função que esteja desempenhando”⁷³.

Aliás, não se pode olvidar que o princípio da publicidade tem guarida constitucional, tanto em matéria processual, quanto administrativa, haja vista o teor dos artigos 93, IX e art. 137 caput da Constituição Federal.

Registros de desenhos industriais

Acredito, igualmente, que estará sob a tutela constitucional sob a cláusula de inventos os desenhos industriais suscetíveis do registro próprio. O fato de que não se designem os títulos como patentes, e se proceda a uma concessão resolúvel e antecipada, sob o nome de registro, não desfigura os requisitos e garantias básicas acima indicadas. O que a Carta exigirá, como já o entendeu a jurisprudência, é que perante um registro nunca examinado não se especiem garantias, tutelas e liminares que emprestem a uma simples alegação jamais verificada o peso de um monopólio privado.

Criações Industriais

Além dos *inventos industriais*, protegidos desde a Carta de 1824, a atual Constituição dispõe:

a lei assegurará (...) proteção às criações industriais (...), tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País

Quanto a tais criações, não se prevê a nível constitucional privilégio, isto é, direito exclusivo, nem temporariedade; não se designa autoria, nem se vincula o direito aos *inventos*. Desta forma, além dos *inventos industriais*, o texto constitucional prevê a possibilidade de proteção, sempre dentro dos parâmetros do interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, de *criações industriais*. Quais serão tais criações?

Serão elas *criações*. Aqui, como na hipótese anterior, não se trata de proteção a descobertas. E serão elas *industriais*, ou seja, práticas, numa acepção econômica. A Carta

73 Jessé Torres Pereira Jr., in O Direito de Defesa na Constituição de 1988, apud José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, Ed. Lumen Júris, 4ª ed., p. 630

não vincula tal proteção à utilização do próprio invento, como também não dá o privilégio da utilização exclusiva. A temporariedade, que é limite do direito mas também é garantia de sua perenidade, enquanto dure, não se acha expressa no texto constitucional: a proteção durará enquanto o exigir o interesse público, ou enquanto persistir o fato que lhe dá causa (por exemplo, o segredo subjacente).

Ao propor tal texto, como terminou por ser incorporado à Constituição, o autor tinha em mente a teoria das criações industriais abstratas, que se deve a André Lucas⁷⁴. São elas simultaneamente *industriais*, no sentido de serem práticas, destinadas a uma finalidade econômica, mas abstratas, pois não resultam em mudanças no estado da natureza. Exemplos seriam os sistemas ou métodos de produção ou organização da produção, como o método *PERT*, e os programas de computador.

Como se verá, por serem abstratas, tais criações não satisfazem os pressupostos de patenteabilidade, especialmente o requisito de utilidade industrial.

Regime constitucional dos programas de computador

Entendo que, ao adotar a nomenclatura proposta por Lucas, a Constituição inclui entre os direitos suscetíveis de proteção a luz do Art. 5º XXIX os programas de computador, de uma maneira uniforme com os outros objetos de direito de propriedade intelectual do mesmo tipo. A base constitucional da proteção hoje assegurada pela Lei. 9.609/98 aos programas de computador seria, não os dispositivos pertinentes aos direitos autorais, aos quais não acedem quaisquer limites ou compromissos específicos com a ordem econômica, mas a mesma cláusula que ampara as marcas, patentes e demais direitos intelectuais de fundo econômico.

O regime de proteção dos programas de computador segue, em parte, o da Lei 9.610/98, que protege no Brasil os Direitos Autorais. No entanto, com a muitas alterações introduzidas pela Lei 9.609/98, e a natureza claramente tecnológica dos programas de computador, inegavelmente estamos, na Lei em vigor, na presença de um *tertius genus*, à maneira de certos Direitos Conexos, cuja regulação acompanha talvez, na esfera internacional, o da Convenção de Berna - vale dizer, o da matriz internacional dos Direitos Autorais - no que com ela não contraste.

No tocante à propriedade resultante da proteção aos programas de computador, das patentes e dos demais direitos intelectuais de funções essencialmente econômicas, a Carta aceita sem dúvida a restrição à concorrência, mas evitando que os poderes dela resultantes tenham o caráter absoluto - o monopólio só existe em atenção ao seu interesse social e para propiciar o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Pode-se concluir que, ao menos no nível legislativo, a intervenção do Estado é, no caso, não só facultada mais possivelmente obrigatória⁷⁵.

74 André Lucas, *La Protection des Creations Industrielles*, Lib.Technique, 1975. Martha M. Rezende Lemos, *Introdução aos Estudos das Criações Industriais Abstratas*, Anuário da Propriedade Industrial, 1977, p. 19.

75 "As any undue expansion of the protection accorded to technology may impair rather than stimulate the progress of the industry, the new Constitution subjects the enactment of any Industrial Creation right to the fulfilling of some requirements. The law protecting abstract or other industrial creations must therefore take into consideration the social interests of the country and, furthermore, contribute to the technological and economic development of Brazil. Those requirements are, by the way, exactly those imposed on the exploitation of industrial property rights in Brazil by Art. 2º of Law 5.648/70; now they were granted Constitutional status in order to prevail over the ordinary Legislative process

Assim, sem prejuízo das eventuais *patentes de software*, a Carta prevê, sob o pálio das *criações industriais*, a tutela dos programas de computador, como categoria distinta dos privilégios industriais.

Note-se que, mesmo se intergrasse a categoria de direitos autorais, a proteção aos programas de computador não estaria livre de compromisso com a função social da propriedade; em sua co-essência patrimonial, todos os direitos autorais estão vinculados à restrição constitucional à propriedade em geral.

Outras criações industriais

Abrangeria tal cláusula constitucional outras criações industriais, que não as relativas aos programas de computador? Certamente, sob os limites e condicionantes do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico nacional, a lei poderia prever outras hipóteses; aventou-se, por exemplo, a proteção dos segredos de indústria, ou do *know how*, dos semicondutores, e certamente as variedades de plantas.

Se o faz, é para vincular aos requisitos constitucionais de uso social, independentemente de conferir a tais direitos o estatuto de propriedade ou exclusividade.

O estatuto constitucional dos signos distintivos

Dentro dos mesmos critério finalísticos, a Carta de 1988 dá ampla proteção aos signos distintivos:

Art. 5º (...)

XXIX - a lei assegurará (...) proteção à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Marcas

As Constituições, desde 1891, têm previsto a tutela das marcas, em teor similar à atual:

XXIX - a lei assegurará (...) proteção à propriedade das marcas, (...) tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País

A CF/88 eliminou a referência às “marcas de indústria e comércio”, que vinham da tradição histórica. O autor, ao formular a proposta de redação do texto constitucional, optou pela expressão simples “marcas”, em preferência à adição das marcas de serviços à lista dos objetos protegidos. A disposição constitucional, que se refere ao direito exclusivo marcário, não exclui a proteção da marca não registrada, como veremos na seção dedicada à concorrência desleal ⁷⁶.

Marca como direito constitucional ao registro

Como nota Pontes de Miranda, há direito público subjetivo à proteção assegurada na lei ordinária, e direito regido pela lei comercial no tocante à exclusividade resultante do

itself”. Do autor, Software, Marjoram & Rosemary: A Brazilian Experience, WIPO's Regional Forum on the impact of Emerging Technologies, Montevideo, Dez. 1989. Doc. WIPO/FT/MVD/89/7

76 Domingues, Douglas Gabriel. A propriedade industrial na Constituição Federal de 1988. Revista Forense, vol. 84 no. 304 p 69 a 76 out/dez 1988.

registro ⁷⁷. É tal direito público, de sede constitucional, que ampara a objeção do pré-utente ao registro, solicitado por terceiros; mas prevalece o registro caso não objetada a pretensão, pelo usuário anterior, até a expiração do prazo reservado para tanto.

É de notar-se que, também para o caso das marcas, a cláusula constitucional finalística vincula a propriedade ao seu uso social - o que representa um compromisso necessário com a utilidade (uso do direito), com a veracidade e licitude, sem falar de seus pressupostos de aquisição: a distinguibilidade e a chamada novidade relativa.

Marca não pode desequilibrar patente

Um aspecto importante na elaboração dos signos distintivos é que não se pode usar marcas com o propósito de frustrar o equilíbrio constitucional básico relativo a patentes ou outros títulos: por exemplo, utilizando-se do sistema de marcas para proteger matéria própria de patentes. Disse a Suprema Corte dos Estados Unidos quanto à Lei de Marcas (Lanham Act):

("[W]hen the operation of the Lanham Act would upset the balance struck by the Patent Act, the Lanham Act must yield. The functionality doctrine serves this purpose by eliminating the possibility of a perpetual exclusive right to the utilitarian features of a product under trademark law, which would be impossible (as well as unconstitutional) under the Patent Act."); cf. *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340 (1991)

Nomes empresariais

Como já tradicional no nosso sistema constitucional, a Carta de 1988 se volta aos nomes empresariais, abandonando, em antecipação à modificação do Código Civil de 2002, a expressão "nomes comerciais":

Art. 5º (...) XXIX - a lei assegurará (...) proteção (...) aos nomes de empresas

Assim, sob a tutela constitucional se acham os nomes de empresas *civis e comerciais*, mesmo antes da unificação de nosso direito privado. A Carta não prescreve que a proteção seja em forma de propriedade.

Note-se que expressão "nomes de empresa" foi traduzida pelo Código Civil de 2002 como "nome empresarial".

A Constituição e outros signos distintivos

A atual Carta dá amparo à proteção em lei de outros signos distintivos, além das marcas e nomes empresariais, que consistiam nos objetos tradicionais de tutela constitucional:

XXIX - a lei assegurará (...) proteção (...) à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Mais uma vez, a constitucionalização de tais objetos de direito se deve à proposição, por este autor, da redação enfim incorporada ao texto proclamado. Tais signos, até 1988 sem tutela constitucional expressa, incluíam as expressões e sinais de propaganda, abolidas na Lei 9.279/96, as indicações de procedência, os títulos de estabelecimento, as insígnias, as *appellations d'origine*.

⁷⁷ Tratado de Direito Privado, vol. XVII, p. 570.

A proteção constitucional dos direitos autorais.

Desde a primeira Constituição Republicana, e com exceção da Carta de 1937, os direitos de autor têm tido amparo constitucional ⁷⁸. Na presente Carta, o texto relevante se espalha em dois incisos do art. 5º

No primeiro destes (XXVII) a Carta indica que

“aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

Aí se ancora a proteção do direito do autor, *stricto sensu*. Como um direito exclusivo, patrimonial, um *monopólio de reprodução, utilização e publicação* sujeito aos limites e condicionamentos constitucionais. Como veremos abaixo, os direitos morais, configurados até mesmo como *direitos humanos*, ancoram-se em outros dispositivos constitucionais e de tratados internacionais.

Já no inciso XXVIII a Constituição prevê que

“são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

A expressão dos interesses coletivos

A Carta de 1988 não só indica a tutela dos direitos subjetivos, interesses individuais, à produção autoral, mas também aponta para a existência de interesses coletivos ou societários no mesmo âmbito temático, cometendo ao Estado o dever de garantir o acesso a tais objetos culturais. Tal se dá, por exemplo, nos seguintes dispositivos da lei básica:

Art. 215 - O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. (...)

Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, fazer e viver;

78 Constituição de 1891, art. 72, § 26: “Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por outro processo mecânico. Os herdeiros exclusivos de reproduzi-las pela imprensa ou por outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. Constituição de 1934, art. 113, inc. 20: “Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de reproduzi-las. Esse direito transmitir-se á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar.” Constituição de 1937: Omissa. Constituição de 1946: art.141 § 19: “Aos autores de obras literárias, artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Natureza dos direitos patrimoniais do inciso XVII

O legislador constitucional optou – no caso dos incisos XXVII e (por consequência) XXVIII do art. 5ºo. – por conceder um “direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução” aos direitos do autor de obras intelectuais. Como diz J. Cretella Junior ⁷⁹.

Optando pela expressão “direito exclusivo”, o legislador constituinte não se vinculou a nenhuma das teorias concernentes à natureza jurídica do direito de autor.

No entanto, exclusividade que é, e, por força dos tratados em vigor no País, definido como *propriedade* ainda que “intelectual”, o estatuto constitucional pelo menos da parcela patrimonial do direito autoral é assimilável ao das propriedades. Assim, ambos incisos circundam a noção de direitos exclusivos – direitos de cunho patrimonial.

Natureza dos direitos morais

A co-essência moral do direito autoral tem abrigo não nos incisos XXVII e XXVIII, mas nos dispositivos gerais da tutela da expressão (o direito de fazer pública a obra) e de resguardo da entretela moral da vida humana:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A rigor, a tutela dos direitos morais é estranha à Propriedade Intelectual; tematicamente afim, mas ontologicamente distinta. No entanto, a interpretação dos dispositivos constitucionais é sempre afetada pela natureza dos direitos – patrimoniais ou morais – e a extensão da personalidade protegida.

É possível direito autoral sem direito moral?

Para o Direito Americano, que restringe, no momento, os direitos morais a uma parcela das obras visuais, a questão constitucional é sempre enfatizada como equilíbrio entre interesses econômicos e a consideração do benefício coletivo, com exclusão enfática da tutela dos Direitos Humanos. Diz Paul Geller ⁸⁰ quanto ao papel dos direitos autorais em sua modalidade européia (e brasileira) e a americana:

While a marketplace norm only allows for fashioning copyright narrowly, an authorship norm gives it a broader scope. On the one hand, marketplace norms do not authorize legislating rights stronger than necessary for inducing the making and marketing of works. The law of the United States enumerates a closed bundle of rights, further limited by the open-ended exception of fair use which, for example, the U.S. Supreme Court invoked in excusing certain cases of home copying. On the other hand, authorship norms justify rights

79 Comentários à Constituição de 1988, Vol. I, p.394.

80 Paul Geller, *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)* (Jan. 1994), no. 159, at p. 3

broad enough to make authors the masters of their self-expression, however this expression might be eventually used. The French and German laws conceptualize authors' rights in broad and flexible terms and limit them in restrictively construed, specific exceptions. The German Constitutional Court even faulted legislative exceptions as unfaithful to this approach because they were not narrow enough.

Each of these norms implies a different relation of priority between economic and moral rights. To maintain a reliable market in works, a marketplace norm avoids burdening the contractual transfer of economic rights. Anglo-American laws tend to codify previously inchoate moral rights in terms that permit authors contractually to waive invoking these rights against transferees. By contrast, to empower authors to control the use of their works, an authorship norm leads to recognizing inalienable moral rights that authors may assert in the face of contracts to contrary effect. Consequently, French and German copyright laws both formulate such moral rights in broad terms that enable them to survive contractual transfers. Suppose claims that an author transfers the economic right to adapt a work but later claims the moral right to stop adaptations that distort the work. In such cases, unlike a marketplace norm, an authorship norm might well lead courts to enforcing just such rights.

Coisa inteiramente distinta do direito americano, pois, ocorre nos direitos de tradição continental, em especial o francês e o alemão. Neste último, inclusive, entende-se que o elemento pessoal prevalece a tal ponto que não se pode alienar nem sequer os direitos patrimoniais, só abertos à licença. Na tradição francesa, que se ecoa na nossa, distinguem-se os dois segmentos do direito autoral.

Quais são os direitos morais?

O primeiro e mais radical dos direitos morais é o de exprimir-se ou calar-se, o chamado *direito de divulgação*. A raiz deste direito, claramente, é o inciso IX da nossa declaração de direitos ⁸¹. O inciso X, embora se refira ao *dano moral*, não esgota de forma alguma os direitos morais do autor, que se constroem essencialmente do inciso IX.

Isso porque não se pode deixar de considerar os direitos *morais* acessórios à liberdade de expressão que tem o autor da obra, em face à autoria, como o direito à nomeação, o de retirar a obra de circulação, o do inédito, o da integridade, e o de promover alterações.

Quanto a esse último ponto, lembra Wolgran Junqueira Ferreira ⁸²:

Além do aspecto econômico, contido na obra, o preceito Constitucional visa principalmente proteger o direito de liberdade de manifestação do pensamento, garantindo-se o direito ao autor de utilizar as obras literárias, artísticas e científicas proibir-se que a expressão de seu pensamento seja deturpada.

Mais do que proteção à propriedade, existe proteção à liberdade de pensamento. Mas, há que se ter em conta que protegido o direito à liberdade de pensamento, todos os outros direitos ligados à criação intelectual também estão protegidos.

Assim, o direito de afirmação da autoria, na contrariedade e direito de toda contrafação ou dano à obra, o direito de vedar alterações que proíbe ao dano da tela, da escultura, ou da arquitetura, alterá-las sem permissão do artista, assim como a proteção ao direito de nomeação que consiste na oposição do nome do autor na obra.

Note-se, porém, que as legislações nacionais estabelecem balanceamentos específicos para o exercício de tais direitos, inclusive em face do direito de propriedade. Assim, não só a lei

81 Vide Thierry Joffrain, Deriving a Moral Right for Creators, Texas International Law Journal, Sep. 2001, p. 762. Vide também Claude Colombet, op. cit., p.116

82 Comentários à Constituição de 1988, vol. 1. p. 154, Ed. Julex.

brasileira mas muitas outras condicionam o exercício do direito de retirada da obra à indenização do editor que, de boa fé, publicou a obra que será alterada.

Outras consequências do direito moral

O conceito de direito moral tem repercussões fundamentais no direito autoral, muito além do que se pode ler dos art. 24 a 27 da Lei 9.610/98. É elemento central para a questão da autoria conjunta, das obras feitas sobre encomenda, da titularidade original por pessoas jurídicas, da comunicabilidade nos regimes matrimoniais, da penhorabilidade dos bens imateriais, todos esses elementos com eminente repercussão no campo dos direitos patrimoniais. Também é central na questão do direito de paródia, de comentários, e de todas outros exercícios da liberdade de expressão sobre obra preexistente.

A opção feita pelas várias leis, na história brasileira e no direito vigente, no tocante aos direitos morais não passou, até o momento, por uma análise significativa do parâmetro constitucional. É constitucionalmente razoável, por exemplo, a restrição da lei do software aos direitos morais dos seus autores? É constitucionalmente permissível que se prive a pessoa jurídica da autoria originária? Tais ponderações não passam, evidentemente, pela simples análise da lei ordinária, em face dos tratados pertinentes.

Direitos patrimoniais e uso social da propriedade

Como vimos extensamente acima, no contexto constitucional brasileiro os direitos intelectuais de conteúdo essencialmente industrial (patentes, marcas, nomes empresariais, etc.) são objeto de tutela própria, que não se confunde mesmo com a regulação *econômica* dos direitos autorais. Em dispositivo específico, a Carta sujeita a constituição de tais direitos a condições especialíssimas de funcionalidade (a *cláusula finalística*), compatíveis com sua importância econômica, estratégica e social. Não é assim que ocorre no que toca aos direitos autorais.

Certo é que, no que for objeto de *propriedade* (ou seja, no alcance dos direitos patrimoniais), o direito autoral também está sujeito às limitações constitucionalmente impostas em favor do bem comum - a *função social da propriedade* de que fala o Art. 5º, XXIII da Carta de 1988. Note-se, uma vez mais, neste contexto, que a proteção autoral, como propugna boa parte da doutrina, não se esgota na noção de propriedade, em particular pela presença dos direitos de personalidade ou direitos morais em geral.

O Art. 5º, XXII da Carta, que assegura inequivocamente o direito de propriedade, deve ser sempre contrastado com as restrições do inciso seguinte, a saber, as de que a propriedade atenderá sua função social. Também no Art. 170 a propriedade privada é definida como princípio essencial da ordem econômica, sempre com o condicionante de sua função social⁸³.

Direitos patrimoniais, livre concorrência, e liberdade de informação e de expressão

A relação difícil entre os interesses do autor e os da sociedade passa ainda por duas questões principais: a relação de competição no mercado, alterada pelas restrições próprias aos direitos exclusivos; e o equilíbrio da proteção em face dos interesses da liberdade de

⁸³ José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. RT, 1989, p. 241: "a propriedade (sob a nova Constituição) não se concebe senão como função social".

expressão e do direito à fruição dos bens do intelecto.

O estatuto constitucional dos direitos autorais tem outra vertente além da propriedade – o da liberdade de informação. E isso se dá de forma dupla: existe a tensão entre o direito à informação de terceiros e exclusividade legal do titular da obra, e a tensão entre a propriedade e o direito que tem um outro autor (ou qualquer um do povo) de se expressar de maneira compatível com sua própria liberdade.

Vimos, em seção acima, a elaboração do Tribunal Constitucional Alemão sobre o balanceamento de interesses entre o direito de propriedade e os direitos de informação e de expressão. Como qualquer instância de aplicação do princípio da razoabilidade, ele se faz materialmente e em cada caso. Mas, seja através da aplicação de algum dos limites legais ao direito, seja através da interpretação da lei autoral, é preciso ficar claro que a propriedade intelectual não pode coibir, irrazoável e desproporcionalmente, o acesso à informação por parte de toda a sociedade, e o direito de expressão de cada um.

Dos direitos previstos no inciso XXVIII

O inciso XXVIII do art. 5º Da Carta de 1988 introduziu matéria nova no texto constitucional, ao prever que a lei ordinária assegurará, em seus termos, a proteção às participações individuais em obras coletivas. Tal princípio obviamente já decorreria da proteção genérica do inciso anterior, e jamais foi negado seja na história do direito brasileiro, seja no direito comparado.

A ênfase constitucional, porém, obviamente responde a uma demanda específica de reconhecimento do autor, do intérprete ou de executante, em particular no contexto de obras *coletivas*, que são – como diz a Lei 9.610/98 – as criadas por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma. Assim, por imposição constitucional, em tais obras (como novelas, filmes, etc.) a *fusão* da participação de todos numa criação autônoma não exclui a prevalência do interesse individual, a nosso ver tanto no plano dos direitos morais, quanto nos patrimoniais.

A questão da indústria cultural

Embora tal interpretação pareça contraditória à natureza de *investimento cultural* tão freqüente nas obras coletivas, é um mandamento da lei básica, e deverá ser observada, ainda que com enfático balanceamento de direitos, tanto na interpretação das leis autorais quanto na regulamentação das profissões artísticas.

Não será possível, provavelmente, conceder tal direito em proporção tal que cada partícipe possa exercer direitos que impeçam a exploração econômica da obra como um todo, ou numa proporção economicamente significativa. O reconhecimento de uma dessas participações individuais relativamente insignificante não poderia, num adequado balanceamento constitucional, levar à vedação da apresentação da obra, ainda que devesse ser garantido o pagamento pertinente, se previsto ⁸⁴.

84 Direito Autoral. Retransmissão não autorizada de telenovela. Interpretação, nos "créditos" de telenovela, da arte de cabeleireiro e maquilador de fama. Retransmissão da peça televisiva. Necessária autorização do autor. Desde o CC a cessão dos direitos de autor, para os efeitos econômicos, pode ser parcial ou definitiva. A Lei de Direitos Autorais, por

A indústria cultural tem relevância econômica de amplíssimo espectro, com repercussão crescente, e merece atenção constitucional; nas obras coletivas, a *iniciativa*, organização e responsabilidade merece tutela como parte da liberdade de investimento e de exploração econômica, à luz do art. 1º e 173 da Carta, o que requer equilíbrio com o dispositivo do art. 5º, inciso XXVII.

Voz e imagem. Direito de Arena. Direitos Conexos.

A tutela constitucional da reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas não tem, necessariamente, qualquer cunho autoral. Embora possa servir de substrato aos direitos conexos dos intérpretes e executantes o interesse jurídico tutelado é de caráter personalíssimo, embora com eventuais repercussões econômicas. De outro lado, tal texto ancora os direitos de arena ⁸⁵ e as práticas de *merchandising* esportivo.

Já o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas, ainda que nada absolutamente acresça ao direito autoral historicamente praticado no Brasil, vale como suporte constitucional aos direitos conexos (ou a alguns deles), indicados na expressão “intérpretes”. Assimilados aos autores, “no que couber”, os intérpretes e titulares de direitos conexos têm interesses distintos e até contraditórios aos autores.

Bibliografia sobre Constituição e PI

Direito, Carlos Alberto Menezes, A disciplina constitucional da propriedade industrial, Revista de Direito Administrativo, n 185 p 19 a 25 jul/set 1991.

Douglas Gabriel Domingues, A propriedade industrial na Constituição Federal de 1988, Revista Forense – vol. 304, pág. 69.

Silveira, Newton, Garantias constitucionais aos bens imateriais, RDM, nova serie, vol 24 n 60 p 18 a 23 out/dez 1985.

outro lado, presume que a permissão para a publicação da obra é para cada vez. Procedência do pedido de pagamento de retransmissão não autorizada previamente. Referência: Apelação Cível nº 2.476 - Rio de Janeiro - 6a. Câmara Cível do TJ/RJ - Por unanimidade, em 25/09/90 - Rel. Cláudio Lima - Arq. CDA.

85 LEI Nº 9.615, DE 24 DE MARÇO DE 1998, Art. 42. Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem. §1º Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento. §2º O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins, exclusivamente, jornalísticos ou educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três por cento do total do tempo previsto para o espetáculo. (...).