



PUC-SP

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Luis Felipe Rivitti de Paula Machado
Orientador: Prof. Dr. Marcelo Figueiredo

Fundamentos Constitucionais da Propriedade Intelectual

MONOGRAFIA

São Paulo
2022

Relatório final, apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como parte das exigências para a conclusão do curso de Direito.

São Paulo, 29 de novembro de 2022.

“A originalidade não é mais do que uma imitação criteriosa.”

(Voltaire)

“A criação de algo novo é consumado pelo intelecto, mas despertado pelo instinto de uma necessidade pessoal. A mente criativa age sobre algo que ela ama.”

(Carl Jung)

Agradecimentos

Agradeço a todos os amigos, parentes e mestres que, durante essa longa e árdua caminhada de descobertas, tornaram o caminho mais claro e confortável.

Aos meus pais, Maria Cecília e Luis Antônio, por serem os maiores responsáveis pelo meu sucesso até aqui, graças a valorização da educação e cultura, sentimento que desde sempre imbuíram em mim; a minha irmã, Maria Beatriz, pela paciência e calma que sempre me passou; e aos meus tios, Maria Augusta e Reinaldo, pela mentoria e conselhos em momentos de dúvida e dificuldade.

Aos meus colegas de sala, Enrico, Dadi, Marcela, Giulia, Bernardo, Felipe e Mariana, pelo apoio e companheirismo nesses 5 anos; aos professores que tanto me ensinaram sobre o Direito e a vocação de ensinar.

Aos grandes amigos que a vida me deu, Rafael, Giovanni, Fábio, André, Guilherme, João, Lucas, Leonardo, Mateus e David, por sempre tornarem qualquer conversa ou experiência algo cativante e divertido, apoiando minha criatividade e perdoando meus erros. Ao amigo que nos deixou esse ano, Hélio, que infelizmente não pode compartilhar comigo desse momento, mas que sem dúvida é um dos responsáveis por eu ser quem sou hoje, e que jamais será esquecido.

Agradeço também ao Alexandre e Pedro, sócios do escritório Mansur Murad, por serem meus guias durante meu início de caminhada profissional.

Por fim, agradeço à Pontifícia Universidade Católica, por ser minha segunda casa, responsável por proporcionar tantos aprendizados, momentos memoráveis e conquistas.

Resumo

O presente trabalho procura contextualizar a origem e a prática da propriedade intelectual através dos valores e direitos constitucionais dos quais retira significado, mediante a pesquisa da doutrina e jurisprudência relevantes. Tal objetivo se dá através de um breve panorama da propriedade intelectual no Brasil, das suas principais características, ligando-a a doutrina constitucional vigente. Apresentam-se uma refutação da noção jusnaturalista da origem da propriedade intelectual, a partir de uma análise da proteção dos bens intelectuais e de como essa proteção gera incentivos práticos à criação intelectual, de forma a beneficiar o desenvolvimento do país, em conformidade com os mandamentos constitucionais relevantes. Atesta o caráter eminentemente fundamental dos direitos da propriedade intelectual, frente às críticas feitas a respeito de elementos constitutivos desse campo jurídico, que teriam supostamente viés exclusivamente econômico. Demonstra exemplos e formas de resolução de conflitos de princípios constitucionais frente aos limites impostos pelos direitos de propriedade intelectual. O trabalho também demonstra a relação existente entre a propriedade intelectual e os direitos fundamentais, com abordagem específica da função social, saúde e meio ambiente, demonstrando que a propriedade intelectual não só impacta diretamente esses direitos, como também é ferramenta útil e indispensável para a efetivação dos direitos fundamentais. O trabalho conclui com a necessidade de se pensar o sistema de normas de propriedade intelectual dentro da Constituição Federal de 1988, como uma maneira de efetivar os direitos ali dispostos.

Palavras-Chave: Propriedade Intelectual. Patentes. Direito Autoral. Direitos Fundamentais. Função Social. Concorrência. Saúde. Meio Ambiente. Efetivação de Direitos.

Abstract

The present work seeks to contextualize the origin and practice of intellectual property through the values and constitutional rights from which it draws meaning, through the research of relevant doctrine and jurisprudence. This objective is achieved through a brief overview of intellectual property in Brazil, its main characteristics, linking it to the current constitutional doctrine. A refutation of the natural law notion of the origin of intellectual property is presented, based on an analysis of the protection of intellectual property and how this protection generates practical incentives for intellectual creation, to benefit the development of the country, in accordance with the relevant constitutional provisions. It attests to the eminently fundamental nature of intellectual property rights, in view of the criticisms leveled at constituent elements of this legal field, which are supposed to have an economic bias. Demonstrates examples and ways of resolving conflicts of constitutional principles against the limits imposed by intellectual property rights. The work also demonstrates the relationship between intellectual property and fundamental rights, with a specific approach to social function, health and the environment, demonstrating that intellectual property not only directly impacts these rights, but is also a useful and indispensable tool for the realization of fundamental rights. The work concludes with the need to think about the system of intellectual property norms within the Federal Constitution of 1988, as a way to enforce the rights therein.

Keywords: Intellectual Property. Patents. Copyright. Fundamental rights. Social function. Competition. Health. Environment. Enforcement of Rights.

SUMÁRIO

Introdução	7
Capítulo 01 - Inserção da propriedade intelectual na constituição brasileira	9
1.1. Origem e evolução: de 1822 a 1890	9
1.2. Origem e evolução: de 1891 a 1988	9
1.3. Na Constituição Federal de 1988	11
Capítulo 02 – Constitucionalidade dos direitos de propriedade intelectual	14
2.1. Ausência de um jusnaturalismo dos bens intelectuais	14
2.2. Caráter fundamental dos direitos de propriedade intelectual	16
2.3. Propriedade Intelectual e Direitos Fundamentais de Quarta Geração ...	18
2.4. Do conflito entre preceitos fundamentais: Livre Concorrência x Propriedade Intelectual	21
2.5. Os princípios Constitucionais da propriedade intelectual	24
Capítulo 03 - Manifestação dos impactos da constituição sobre a propriedade intelectual	26
3.1. A função social	26
3.2. Impactos na Saúde e Biotecnologia	29
3.2.1. A questão das patentes	32
3.3. Impactos no Meio Ambiente	33
Conclusão	35
Bibliografia	37

INTRODUÇÃO

São poucas as Constituições nacionais em que a propriedade intelectual é incorporada diretamente ao seu texto básico. Quanto mais político é o teor da Carta, menos provável é que ela aborde diretamente as patentes, o direito autoral e o direito das marcas. A Constituição brasileira de 1988 é uma exceção. Na longa lista de direitos e garantias fundamentais listados no art. 5º, está ali prevista, no inciso XXIX, a proteção aos autores de inventos industriais, a proteção às criações industriais, à propriedade das marcas e aos nomes de empresas, bem como uma série de proteções aos direitos de autor nos incisos XXVII e XXVIII do mesmo artigo.

Logo, é norma de supremacia federal a regra de que o autor de criações intelectuais tem garantido o seu direito à proteção de suas realizações. Contudo, apesar da inclusão desses direitos diretamente na Magna Carta, a discussão em torno do tema, no Brasil, tem sido feita de forma rasa, principalmente em comparação com países de capitalismo e democracia mais desenvolvidos e enraizados, como é o caso dos Estados Unidos.

Falta em muitos casos aos aplicadores e interpretadores do Direito brasileiro a percepção da importância econômica, interna e externa, bem como diplomática, da propriedade intelectual para um Estado que deseja assegurar o desenvolvimento de sua capacidade criativa, seja no campo intelectual e cultural ou econômico e industrial, e mais do que isso, garantir àqueles que contribuem diretamente para esse crescimento o devido reconhecimento e recompensa. Apenas dessa maneira o crescimento econômico a longo prazo é sustentável de um ponto de vista autárquico, em que o Estado depende menos de importar ideias e equipamentos do exterior, garantindo assim o bem-estar da sua população através de um matiz capitalista e competitivo, baseado na livre-iniciativa, conforme prevê a própria Constituição Brasileira no art. 1º, IV e art. 170, caput.

Imaginando um mundo onde a liberdade de mercado impera sem restrições, não é difícil pensar que nessa sociedade a cópia e imitação suprimem o investimento de tempo, capital e conhecimento na criação de um bem intelectual inédito. Portanto, não há um direito natural a propriedade intelectual, e por essa razão é necessária uma intervenção, que é feita através da positivação dos direitos e garantias à propriedade intelectual. Sobre isso discorreu muito bem Thomas Jefferson, em seu texto tão

influyente chamado “Carta a Isaac McPherson”¹ de 1813, em que o *Founding Father* Norte-Americano afirma que:

“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 everyone, and the receiver cannot dispossess himself of it. (...) 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.”

A criação do direito à propriedade intelectual é, portanto, algo conveniente à sociedade, mas não natural dela, algo construído a partir de um movimento político e econômico de viés utilitarista. Pois a verdadeira essência do homem é que ideias fluam naturalmente e se espalhem. Sobre esse assunto, o constitucionalista José Afonso da Silva, ao comentar² o inciso XXIX, 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”

A partir disso, a presente dissertação deverá se debruçar sobre o conflito de princípios entre a tutela da concorrência e a proteção da propriedade intelectual, o caminho da ponderação e razoabilidade para resolver essa tensão, a origem utilitarista dos direitos da propriedade intelectual e o impacto desta sobre outros direitos fundamentais de destaque.

¹ Carta a Isaac McPherson, 1813, recolhido em Kock, A. & Peden, W. (1972). *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*. Modern Library, New York.

² Curso de Direito Constitucional Positivo., pp. 245/46.

CAPÍTULO 01 – INSERÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

1.1. Origem e evolução: de 1822 a 1890

A história da Propriedade Intelectual no Brasil tem seu início logo após a independência, com a primeira Constituição, a de 1824, que estabeleceu em seu art. 179, § 26º, a proteção ao inventor e sua invenção. Diz assim o artigo: “Os inventores terão a propriedade das suas descobertas ou das suas produções. A lei lhes assegurara o privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajão de sofrer pela vulgarização”. Contudo, não continha nenhuma provisão a respeito do direito dos autores. É possível que isso tenha se dado de tal maneira por influência das proibições a imprensa nos tempos coloniais, bem como por resistência pessoal do Imperador D. Pedro I e razão de seu viés autoritário, visando suprimir a nascente imprensa brasileira. (HAMMES, Bruno, 2002, p.28-30)

A lei penal de 1830 (art. 261) proibia “imprimir, gravar, litografar, ou introduzir quaisquer escritos ou estampas que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros enquanto estes viverem, e dez anos depois de sua morte, se deixarem herdeiros”. Essa foi a primeira proteção legal dada aos autores brasileiros, mas em caráter infraconstitucional. (HAMMES, Bruno, 2002, p.22-24)

Continuaria o Brasil apenas com uma leve proteção aos inventores, e quase nada sobre os autores, já que nem o Ato Adicional de 1834 nem a Carta de 1837 fazem menção ao direito de autor. A lei penal de 1890 previa medidas de repressão as violações de autor, sendo empregado o termo “autor” pela primeira vez. As sanções previstas eram semelhantes àquelas dadas as violações de propriedade comum e, portanto, passíveis da proteção penal.

1.2. Origem e evolução: de 1891 a 1988

A Constituição de 1891, em seu art. 72 § 26º, é a primeira a fazer a clara distinção entre o que constituiria o direito de autor e o direito do inventor, afirmando: “aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar”. Em contrapartida, assentando

as diferenças conceituais entre as proteções de autor e inventor, assegurou a propriedade das invenções nos termos a seguir, quase que idênticos em redação a Constituição passada, a de 1824: Os inventores terão a propriedade de suas descobertas ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que haja de sofrer pela vulgarização”. Essa norma continuaria quase que imutável nas seguintes constituições.

Até esse momento não havia no Brasil nenhuma previsão legal a respeito do direito marcário. A proteção as marcas eram inexistentes, havendo apenas algum tipo de repressão por analogia ao direito penal, assim como havia se dado antes com a proteção aos direitos de autor. Em 1875, a lei 2.682 finalmente reconheceu a qualquer indústria ou comerciante o direito de assinalar seus produtos ou serviços com marcas distintivas, oferecendo proteção contra aqueles que decidissem por imitar ou copiar esses sinais distintivos. Nasce aí a última proteção legal, mesmo que infraconstitucional, para o tripé da Propriedade Intelectual: direito de inventor, direito de autor e direito de marcas. (HAMMES, Bruno, 2002, p.31-32)

O Texto Constitucional de 1934, por sua vez, reafirmou mais uma vez os direitos de autor, enquanto o Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7/2/1940), que vigora até hoje, simplificou a regulamentação em três dispositivos dentro do Título II, “Dos crimes Contra a Propriedade Intelectual”.

A Constituição Federal de 1946 (art. 141, §19º), quando tratando do direito de autor e as obras de criação do intelecto, assegurava o “direito exclusivo de reproduzi-las”. Posteriormente, a palavra “reprodução” seria substituída por “utilização”, visto que indica um conceito mais amplo, englobando um número maior de tipos obras e de possibilidades de proteção.

O texto constitucional de 1967 (art. 150, § 25º), e a Emenda Constitucional 1, de 17/10/1969, trazem o direito exclusivo de “utilização”, conforme mencionado acima, do autor sobre sua obra intelectual, dispondo sobre tal no parágrafo 25 do artigo 153, conforme segue: “Aos autores de obra literária, artística e científica pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar”. Tem-se assim estabelecidas as bases constitucionais e históricas sobre as quais os legisladores originários trabalhariam na elaboração da vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1.3. Na Constituição Federal de 1988

Na Carta de 1988, a propriedade é definida da seguinte maneira no caput do Art. 5º e no seu inciso XXII:

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:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade

XXIII - a propriedade atenderá sua função social;

Sua redação deixa claro que o conceito de propriedade está estritamente ligado a ideia de uma finalidade social. Da mesma forma, os direitos de propriedade intelectual estão atrelados a um outro conceito do qual é inseparável, sob pena de se concretizar. O fundamento constitucional da propriedade intelectual, bem como esse outro conceito finalístico ao qual está condicionado são encontrados no art. 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX:

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;

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**; (grifado e negrito)

Essa vinculação finalística que condiciona a Propriedade Intelectual é o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do país. Em outras palavras, a Constituição concretiza os direitos de propriedade intelectual, desde que cumprida a finalidade prevista no final do inciso XXIX. Portanto, o interesse social e o

desenvolvimento tecnológico e econômico do país são a manifestação prática da função social da propriedade prevista no inciso XXIII.

Dessa maneira, a Propriedade Intelectual é justificada pela Lei Maior através de sua função social, que é a promoção do avanço técnico, cultural e científico no Brasil. Caso a finalidade prevista não seja cumprida, os privilégios e a exclusividade na tutela jurídica do bem perde a sua justificativa constitucional.

Além disso, a referência no texto constitucional às leis ordinárias, determinando como se dará a efetivação dos direitos de propriedade intelectual é, na classificação de José Afonso da Silva, uma situação em que as normas constitucionais que garantem os direitos de propriedade intelectual possuem eficácia contida ou limitada³.

Em se tratando de uma Constituição de caráter dirigente como a nossa, é de se esperar que a Carta traga não apenas normas constitucionais e de competência, mas também um espírito imbuído nas regras que reflita os anseios da sociedade no tempo de sua criação. Logo, trata-se de mais do que um documento de Estado ou um apanhado de leis. Passa a ser um guia do que se almeja como sociedade. As normas programáticas são, nas palavras de José Afonso da Silva⁴:

“(...) normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, judiciais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.”

Dessa forma, há de certa forma instruções do legislador constituinte ao legislador infraconstitucional, expressas através de valores e objetivos costurados no texto constitucional, que não podem ser ignorados na criação das leis hierarquicamente inferiores.

A leitura desatenta dos incisos do artigo 5º pode levar qualquer um à conclusão errônea de que o sistema de direitos sobre bens imateriais esboçado na Constituição teria cunho puramente econômico, não devendo ser classificado como direito fundamental. Essa é a opinião defendida por José Afonso da Silva⁵: “O *dispositivo* que

³ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998

⁴ SILVA, José Afonso. Op. cit. p. 138

⁵ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005. p. 245.

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.”

Há certa verdade na afirmação da prevalência do aspecto econômico dos direitos de propriedade intelectual. Todavia, é possível argumentar e justificar o tratamento de direito fundamental dado, especialmente dado o impacto que exerce na prática sobre diversos outros princípios constitucionais.

Logo, tentarei demonstrar no capítulo seguinte que os direitos de propriedade intelectual possuem caráter de princípio fundamental, e que devem ser interpretados a partir da perspectiva dos direitos fundamentais.

CAPÍTULO 2 – CONSTITUCIONALIDADE DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

2.1. Ausência de um jusnaturalismo dos bens intelectuais

As forças de mercado capitalista e a maneira como interagem diretamente e indiretamente com as obras fruto do intelecto é a verdadeira origem da necessidade de se criarem mecanismo de intervenção capazes de restringir as forças da livre concorrência. Isso se dá através da criação de restrições legais a essas forças, já que deixando a liberdade de mercado completamente livre e sem obstruções, o interesse no investimento de tempo, capital e habilidade na criação de novas obras intelectuais seria em muito superada, e mais do que isso, impedida, pela liberdade da cópia, da imitação e do furto de ideias.

Portanto, em razão do exposto acima, não há que se falar em uma origem imutável, universal, atemporal e inviolável do ponto de vista moral da propriedade intelectual. Trata-se de uma criação humana prática, visando coibir as ações de outros indivíduos e protegendo um fim utilitário, enxergado pelos primeiros capitalistas, de que havia a necessidade de resguardar as invenções para se fomentar o inexorável caminho do progresso tecnológico. Se a cópia discriminada existisse, qual seria o impulso e motivação para se criar mais? Conclui-se que o melhor impulso é o monetário. Na formulação juspositivista presente na 2ª revolução industrial, assegurar o lucro do inventor era a melhor forma de proteger a propriedade, a estabilidade e o progresso da sociedade. Nas palavras de Denis Borges Barbosa⁶:

“O direito de exclusive aos bens intelectuais é dado de acordo com a vontade e conveniência da sociedade, em pretensão nem demanda de quem seja. É um movimento de política, e política econômica mais do que tudo, e não um reconhecimento de estado fundamental do homem.”

E complementa⁷:

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

⁶ BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p.230

⁷ Idem

Esse é o mesmo entendimento dado pelo grande doutrinador José Afonso da Silva⁸, ao comentar o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição de 1988:

“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.”

Entretanto, o jusnaturalismo predominava durante a formação do pensamento jurídico acadêmico no Brasil, inclusive atingido o tema da propriedade industrial. Diversos autores influentes fundamentaram suas teorias em um viés jusnaturalista. Um exemplo foi Gama Cerqueira, de forma mais evidente em sua afirmação “os direitos relativos à propriedade industrial [...] fundam-se no direito natural” (GAMA CERQUEIRA, 1946, p.78). Mais recentemente, em autores mais contemporâneos, são comuns afirmações como a que segue: “evidente que um inventor deva ter o direito natural da propriedade do bem imaterial, caracterizado na invenção. A sociedade está obrigada a reconhecer este direito” (DI BLASI, 1998, p.29).

Apesar disso, essa interpretação já era passível de ser contestada suscitando exemplos anteriores a própria síntese do capitalismo moderno e do liberalismo econômico como doutrina filosófica. O desenvolvimento de ambos nos séculos XVII, XVIII e XIX foram a origem do entendimento contemporâneo de direitos de propriedade intelectual, mas antes disso podemos encontrar ecos mais antigos que apontavam para embriões do que posteriormente passaríamos a chamar de propriedade intelectual e industrial.

Primeiro temos um exemplo da antiguidade clássica, em que desejando premiar o inventor por sua invenção, os governantes de Sybaris, uma colônia grega na atual Calábria, sul da Itália, criaram normas destinadas a incentivar inventos socialmente bem avaliados, inovação que data de 720 a 510 a.C. Sobreviveram relatos de que se recompensava os inventores de receitas culinárias com prêmios ou direito de exclusividade sobre a receita por um ano. (CHISUM, 2010, p.7).

Séculos depois, em 1474, conforme a Europa Ocidental passava por um período de avanços tecnológicos e sociais trazidos pelo Humanismo e pelo Renascentismo, a República de Veneza, dominada pela influência das guildas, criou uma lei trazendo pela primeira vez requisitos de novidade, não obviedade e direito exclusivo por tempo limitado (CHISUM, 2010, p.11).

⁸ Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 245/46.

Seguindo o caminho histórico traçado nos séculos seguintes a isso, conclui-se que a propriedade industrial primitiva foi tornada anacrônica pelas mudanças no sistema econômico que ela mesma ajudou a criar. Dessa forma, o conceito de patente é um grande golpe ao monopólio das corporações de ofício e guildas que antes existiam, e contribuíram para sua extinção, que acabou levando ao liberalismo econômico, que por sua vez possibilitou o capitalismo.

2.2. Caráter fundamental dos Direitos de Propriedade Intelectual

A caracterização dos Direitos de Propriedade Intelectual presentes na Constituição Federal de 1988 como equivalentes à Direitos Fundamentais depende da comprovação da relevância dos direitos de propriedade intelectual em relação aos valores fundamentais da ordem constitucional.

Antes de adentrarmos em tal seara, primeiro cabe uma breve explicação do que seriam os Direitos Fundamentais. Conforme o doutrinador Perez Luño, a expressão “direitos fundamentais” surgiu com a expressão francesa “*droits fondamentaux*”, durante a criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. A expressão posteriormente foi absorvida pelo direito alemão, através da expressão “*grundrechte*”, na Constituição de Weimar de 1919⁹.

Direitos fundamentais é uma expressão generalizante, tratada de forma diferente por doutrinas diferentes, mas que, porém, é inequivocadamente fruto da evolução dos direitos, e relaciona-se com o direito natural, o pensamento humanista e iluminista e com a construção histórica do constitucionalismo.

Portanto, os direitos fundamentais são fruto de um processo histórico, ainda que não positivados no ordenamento jurídico, que visam tornar prática comum a garantia a certos direitos considerados indispensáveis. Quanto aos direitos que são amplamente considerados pela doutrina como sendo fundamentais, são exemplos: direito a vida, direito à liberdade e direito a igualdade. Os ditames constitucionais que possuem normas de direitos fundamentais estão estritamente ligados a valores como a dignidade humana, fraternidade, liberdade e igualdade. Segundo Canotilho, são “*as raízes fundamentantes*” dos direitos fundamentais¹⁰.

⁹ PÉREZ LUÑO, Antônio-Henrique. Los Derechos Fundamentales. 9. ed. Madri: Tecnos, 2007. p. 29.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 378.

Feita essa breve explicação, cumpre afirmar que um dos valores mais prezados no preâmbulo constitucional é o desenvolvimento. A importância dada pela Constituição ao conceito de desenvolvimento fica clara no enorme número de vezes que a palavra aparece na Carta. Isso decorre do fato de que a Constituição Federal de 1988 foi inspirada pela chamada ideologia desenvolvimentista, que prega a superação das desigualdades sociais e a promoção do acesso de todos aos benefícios produzidos pelo progresso social. Dessa forma, o desenvolvimento nacional é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, inc. II):

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

[...]

II - garantir o desenvolvimento nacional;

A importância dada ao desenvolvimento no decorrer de toda a extensão do texto constitucional demonstra a sua fundamentalidade, em outras palavras, que é tratado como direito fundamental. Isso se reflete na imposição constitucional de que se adotem medidas de conduta favoráveis ao desenvolvimento nacional. Conforme ensina Guilherme Amorim Campos da Silva¹¹:

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

Não é à toa que Denis Borges Barbosa identifica o desenvolvimento como direito fundamental de terceira geração, apontando para tal fim o seu reconhecimento como direito humano em tratados internacionais, como a “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento”¹².

A partir disso, fica clara a relação com os direitos de propriedade intelectual, já que historicamente a construção narrativa da justificativa dos direitos de propriedade

¹¹ CAMPOS DA SILVA, Guilherme Amorim. Direito Fundamental ao Desenvolvimento Econômico Nacional. São Paulo: Método, 2004. p.67.

¹² BARBOSA, Denis Borges. Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias. Revista Jurídica. Brasília, v. 8, n. 83, p.31-50, fev./mar., 2007. p. 37.

intelectual, conforme já discutido no presente texto, é que são necessários ao desenvolvimento cultural, científico e tecnológico da humanidade. Também possuem um conteúdo moral, traduzido pelo dever de reconhecimento dos trabalhos de autores e inventores.

Conclui-se que um sistema de proteção aos bens intelectuais é essencial no atual desenho das economias pós-industriais contemporâneas. A importância dos ativos intangíveis, sejam eles conhecimento científico ou tecnológico, faz com que sejam indicadores do desenvolvimento econômico e social de uma nação.

A globalização é caracterizada pela interdependência das economias dos países, sendo os direitos de propriedade intelectual a origem de muitas das mais importantes discussões geopolíticas e econômicas atuais. Supondo que tais direitos não existissem em determinada nação, a conclusão óbvia é de que tal país seria alvo de retaliações e restrições pela quebra de direitos alheios.

Os direitos de propriedade intelectual impactam diretamente na criação de estímulos a produção de bens intelectuais, bem como na gestão desses bens pela sociedade, a ponto de tais direitos serem contemplados nos tratados internacionais que tratam da de direitos humanos.

Mesmo que a propriedade intelectual seja classificada como pertencente aos campos do direito comercial e direito privado, ela é tema que figura em diversos documentos das organizações de proteção aos direitos humanos, tanto que se encontram expressamente identificada na “Declaração Universal dos Direitos Humanos” e na “Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, sendo inclusive classificada como Direito Humano. Portanto, não deve restar dúvida alguma sobre o caráter de direito fundamental que possui no ordenamento interno.

2.3. Propriedade Intelectual e Direitos Fundamentais de Quarta Geração

A propriedade intelectual tem impacto direto sobre o desenvolvimento das nações, uma vez que resguarda conhecimentos e informações essenciais aos países em desenvolvimento para que haja o cumprimento efetivo de direitos fundamentais como a saúde ou o meio-ambiente, por exemplo.

Isso se reflete não só no acesso a tecnologias necessárias à manutenção da vida humana, como vacinas, remédios e equipamentos médicos, como também no

acesso às técnicas e conhecimentos essenciais ao respeito à dignidade humana. O sistema de propriedade intelectual foi criado, conforme o capítulo anterior, para efetivar direitos fundamentais relativos ao desenvolvimento, também chamados de direitos de terceira-geração, frutos do pós-Segunda Guerra Mundial.

Na contemporaneidade, como consequência do enorme avanço técnico-social das últimas décadas, surgem diversas questões a respeito do acesso ao conhecimento frente aos paradigmas sociais, culturais, econômicos e tecnológicos. É em relação a esses desafios que uma quarta geração de direitos fundamentais se dedica a combater.

Sobre as diversas correntes doutrinárias que propõem direitos fundamentais de quarta geração, destaca-se uma preocupação com a efetivação da dignidade humana em relação aos desafios trazidos pelos recentes avanços tecnológicos. Segundo José Adércio Leite:

Também incluíam limites ou restrições aos avanços da ciência e especialmente da biotecnologia nos domínios de interferência com a liberdade, a igualdade e dignidade humanas. Assim, temos os direitos bioéticos ou biodireitos, referidos à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia. (...) Lembremos da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e Dignidade do Ser Humano de 1997 e da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos do Homem de 1997, que proíbem discriminações com base em herança genética e a clonagem humana. [...] A propósito dos avanços científicos, uma quarta orientação analisa a proteção da dignidade humana, independentemente do gênero, contra os possíveis abusos do progresso tecnológico como integrante da quarta geração(...). [...] Não falta quem a veja como um era de “direitos de aspiração” ou de “autorealização” de todas as potencialidades do homem, inclusive as latentes e as relativas a formas mais altas e dignas do ser, o que pressupõe o atendimento das necessidades básicas, como indivíduo isolado e como membro de um grupo social, tanto de ordem material, social, política, cultural e psicológica quanto de natureza econômica e intelectual (...) ¹³.

A partir disso, é possível concluir que os direitos propostos são embasados na ideia de que deve haver limites às potencialidades criadas pelos avanços tecnológicos, na mesma medida e pautados pelos fundamentos éticos e morais que embasaram os direitos fundamentais já existentes.

¹³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 298 em seguida

Os direitos de propriedade intelectual são fruto da vontade expressa no ordenamento jurídico de que é benéfico à sociedade regulamentar informações, conhecimentos e tecnologias. A forma em que as normas de propriedade intelectual são criadas e inseridas no ordenamento reflete o compromisso constitucional com o livre fluxo de ideias, sendo a base para uma sociedade livre e democrática.

Outro ponto levantado pelos direitos fundamentais de quarta geração é que os avanços tecnológicos implicam na ampliação da base de necessidades consideradas “básicas” ao ser humano, o que deve se refletir numa reavaliação do conceito da dignidade da pessoa humana.

O que é considerado mínimo não é fixo, necessitando ser ampliado conforme avança o desenvolvimento das sociedades. Caso contrário estaríamos estacionando nosso critério do que seria essencial a um indivíduo para levar sua vida com dignidade em um ponto específico no tempo, sem levar em consideração os impactos do progresso humano. Uma área onde fica clara essa mudança de paradigma na aferição dos elementos constitutivos da dignidade humana é a seara da informação.

Diante da Revolução Digital e o advento da Sociedade da Informação e da Revolução Industrial 4.0, a sociedade se torna mais consciente do conflito entre a liberdade de expressão, o acesso à informação e o os titulares de direitos autorais. Isso fica mais evidente quando se constata que o atual sistema de proteção foi criado no contexto de um paradigma tecnológico e modelo social bastante distinto do atual.

A atual crise do liberalismo no Ocidente demonstra que a Democracia e o pluralismo de ideias e cultural dependem da livre circulação de ideias, sem que haja censura ou manipulação que iniba a difusão de conceitos, informações e dados. Em consonância com tais ideias, Flávia Piovesan argumenta que:

“(...) o direito ao acesso à informação surge como um direito humano fundamental em uma sociedade global em que o bem-estar e o desenvolvimento estão condicionados, cada vez mais, pela produção, distribuição e uso equitativo da informação, do conhecimento e da cultura.¹⁴”

Quando o sistema de propriedade intelectual se desregula e começa a ser usado com finalidade diferente de sua original, há a consequente apropriação de bens

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Propriedade Intelectual. 2007. Disponível em: <<http://www.culturalivre.org.br>>. Acesso em: 08/11/22. p. 38.

intelectuais, tornando-se em empecilho à efetivação dos direitos fundamentais de quarta geração.

2.4. Do conflito entre preceitos fundamentais: Livre Concorrência x Propriedade Intelectual

A existência de um direito de exclusividade de um indivíduo sobre algo cria uma tensão entre esse direito e o Princípio da Livre Concorrência. Em situações nas quais o direito de propriedade intelectual e o direito da concorrência se sobreponham, é possível que haja o surgimento de um conflito nas situações em que a exclusividade, que pode ser definida como todos os bens protegidos pela propriedade intelectual, é objeto de práticas abusivas e lesivas ao mercado, que se traduzam em empecilhos a prática da livre concorrência.

Em outras palavras, tal exclusividade, mesmo que garanta ao titular do bem retorno econômico, acaba por afrontar a livre concorrência quando causar consideráveis impactos no mercado, seja a redução de preços, impedimentos ao aumento de qualidade de um produto ou a impossibilidade criar avanços tecnológicos em determinadas áreas, diante da inexistência de competição com direitos de exclusividade nesse determinado seguimento.

A construção constitucional da livre concorrência começa no art. 170 da Lei Maior, que fundamenta o tratamento dado pela Constituição as relações com a iniciativa privada. É através desse artigo que a liberdade econômica e de iniciativa é transformada em uma regra fundamental, estabelecendo que o investimento privado será livre, sendo reservado ao Estado o poder de fiscalizar e incentivar. No art. 173 a relação do Estado com a iniciativa privada é mais detalhada e restringida, já que o artigo determina que o Estado não poderá exercer diretamente atividade econômica, a não ser que quando necessário por motivos de segurança nacional ou interesse coletivo claro.

Também há o art. 219, no qual se dispõe que o mercado interno serve de propósito ao incentivo do desenvolvimento cultural e socioeconômico, bem como o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do Brasil. Esse artigo está diretamente ligado às patentes. Conforme afirmou Denis Barbosa¹⁵:

¹⁵ BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 266.

“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.”

Portanto, a proteção constitucional dada à propriedade intelectual deve ser enxergada pelo prisma concorrencial. A visão principiológica da concorrência, de forma resumida, é que a criação de monopólios e exclusividades deve ser evitada a todo custo.

Existe um debate doutrinário a respeito da classificação dos direitos de propriedade intelectual como sendo de “propriedade” ou de “monopólio”. Tradicionalmente, os direitos privativos são classificados como propriedade, a exemplo do uso em variadas disciplinas jurídicas, de categorias gerais relativas ao conceito de propriedade. Denis Borges Barbosa argumenta que existe um eixo de classificação, que se desloca conforme o sistema jurídico e o momento histórico, ora na direção de propriedade, ora na de monopólio¹⁶.

Contudo, tomando o ponto de vista do Direito da Concorrência, o tratamento dado passou a ser tratado, no tocante dos direitos privativos, em especial as patentes, como um mecanismo de proteger o poder econômico. Neste cenário, identifica-se uma oposição entre a natureza dos direitos privativos e os propósitos dos ditames Antitruste.

Sob tal ótica, é possível dizer que existe um monopólio de certa maneira. Mas neste ponto é necessário suscitar a mais importante distinção existente em relação a um monopólio no sentido clássico. Trata-se, conforme discutido nos capítulos anteriores, de um monopólio puramente instrumental, diferente do monopólio no sentido estritamente concorrencial. Ou seja, a exclusividade se constitui através de um método de se explorar o mercado, sem excluir a possibilidade de que, através de soluções técnicas novas, terceiros possam explorar as mesmas oportunidades.

O conflito entre a restrição ao livre uso da criação, resultado da exclusividade, e a liberdade de empreender, deve ser superado. Esse antagonismo deve ser pacificado através da aplicação da ponderação e da razoabilidade. Esse método de harmonização das normas constitucionais visa evitar a exclusão total de uma norma

¹⁶ BARBOSA, Denis Borges. A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual – o caso sul-americano, 2005. pp. 19-20.

ou princípio em detrimento de outra em caso de conflito entre ambas, buscando a harmonia das normas constitucionais.

Sendo a Constituição um sistema, e não a mera soma de normas e imperativos sem relação uns com os outros, quando conflitos como esse surgem faz-se necessário aplicar a consagrada técnica da razoabilidade, ponderação e balanceamento, desenvolvida por Canotilho. Segundo ele “a ponderação ou *balancing ad hoc* é a forma característica de alocação do direito sempre que estejam em causa as normas que revistam a natureza de princípios” (CANOTILHO, 2012. p.1109). E complementa¹⁷:

“ponderação (*Abwägung*) ou balanceamento (*balancing*) surge em todo lado onde haja a necessidade de “encontrar o Direito” para resolver casos de tensão (*Ossenbuhl*) entre bens jurídicos protegidos.” (...) “A ponderação é um modelo de verificação e tipificação da ordenação de bens em conflitos concretos. Não é de modo algum um modelo de abertura para uma justiça “casuística”, ou de “sentimentos”.”

Segundo o jurista português, se impõe a ponderação para obter uma solução dos conflitos de bens constitucionais quando cumpridos os pressupostos básicos da (i) 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” em todas as suas potencialidades; (ii) a inexistência de regras abstratas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstrato feito pela norma constitucional; e (iii) é indispensável que a justificação e motivação da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo ter-se em conta, sobretudo, os princípios constitucionais da igualdade e da justiça, da segurança jurídica.

Tomando as lições oferecidas por Canotilho, como deve ser resolvido o conflito entre os dois interesses constitucionais conflitantes: o direito à propriedade intelectual e o direito à livre concorrência? Nos ensina Alexy que o princípio de maior peso deve preponderar¹⁸. Entretanto, o direito brasileiro ainda não foi capaz de solucionar definitivamente esse conflito. Isso não quer dizer que não possamos buscar inspiração e respostas em outros ordenamentos. Nos Estados Unidos, nos julgamentos de *Motion Picture Patente Co. v. Universal Films Mfg. Co.* (1917) e *Feist Publications, Inc.*

¹⁷ CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p.1109 em diante.

¹⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. pp. 88-89.

v. Rural Tel. Serv. Co., Inc. (1991), o conflito foi sanado com as seguintes conclusões, respectivamente:

“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. (...)”

“The primary objective of the copyright is not to reward the labour of authors, but to promote the Progress of Science and useful Arts. To this end, copyright assures authors the right to their original expression, but encourages others to build freely upon the ideas and information conveyed by a work.” (...) “It may seem unfair that much of the fruit of the compiler’s labor may be used by others without compensation. As Justice Brennan has correctly observed, however this is not some unforeseen byproduct of a statutory scheme. It is, rather, the essence of copyright.”

Portanto, ao que parece, na hipótese de confronto em questão, a ponderação dos princípios mais justa à luz da Constituição Brasileira parece ser semelhante a conclusão a que chegaram os juízes norte-americanos. Prepondera a livre iniciativa, concorrência e o progresso tecnológico, das ciências e das artes, em detrimento de limites impostos aos direitos de exclusividade e royalties resultantes da propriedade intelectual.

2.5. Os princípios Constitucionais da propriedade intelectual

O Art. 5º, XXXIX e o restante dos direitos estipulados pela Constituição Federal de 1988 são responsáveis por balizar o teor das demais leis ordinárias de propriedade intelectual, pois criam os limites e condições sobre os quais concessão de patentes, desenhos industriais e marcas se darão, além dos requisitos e procedimentos administrativos pertinentes.

A análise das normas de patentes e marcas deve, conseqüentemente, observar os princípios constitucionais relevantes, não sendo permitido que qualquer norma de caráter infraconstitucional seja capaz de suprimir tais princípios, incorrendo nessa hipótese em flagrante inconstitucionalidade. Nas palavras do Min. Luis Roberto Barroso¹⁹:

“O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os

¹⁹ Luis Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 141 a 143.

princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.” (...) “Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema.”

Uma leitura de viés constitucional do campo da Propriedade Intelectual permite que se identifique quais preceitos fundamentais do texto constitucional condicionam a criação normativa e a aplicação das normas nessa determinada área do conhecimento jurídico, que muitas vezes parece estar tão distante e desconexa da Lei Maior.

A Constituição Federal de 1988 oferece à Propriedade Intelectual como um todo, incluindo campos diversos como a ciência e a tecnologia, um arcabouço de princípios, explícitos e implícitos, a serem observados e estudados.

Já apontei anteriormente um dos princípios implícitos ao estudo da propriedade intelectual imersa no constitucionalismo, que é o princípio da liberdade concorrencial e de iniciativa, e sua relação de antagonismo com o próprio conceito de propriedade intelectual. Outros exemplos de princípios implícitos seria a liberdade de expressão, a dignidade humana, a razoabilidade e até mesmo o uso social da propriedade.

Dentre os princípios explícitos, a doutrina costuma subdividir a categoria em dois campos: dos princípios genéricos aplicáveis a todas as modalidades de Propriedade Intelectual²⁰ e os princípios específicos a determina modalidade de Propriedade Intelectual.

²⁰ BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p.309-10.

CAPÍTULO 3 - MANIFESTAÇÃO DOS IMPACTOS DA CONSTITUIÇÃO SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL

3.1. A Função Social

De forma análoga a propriedade em sentido mais amplo, a propriedade intelectual conta com mecanismos legislativos que permitem a efetivação da função social da propriedade, prevista na Constituição Federal de 1988.

A função social nos direitos de propriedade industrial precede o próprio objeto de proteção, já que os direitos de exclusividade oferecidos servem de incentivo à produção de conhecimentos e tecnologias inéditos, que servem de conduites ao desenvolvimento brasileiro.

Dessa forma, o cumprimento da função social se dá através dos requisitos legalmente previstos para a concessão da proteção desejada. No pedido de patente, há requisito legalmente previsto (art. 24 da Lei de Propriedade Industrial) de que se deverá atender ao critério de que o pedido deva conter todas as informações necessárias para que alguém experiente no campo possa repetir o invento e entender a tecnologia.

Com o advento de direitos de propriedade industrial, a função social é enxergada nos licenciamentos compulsórios. Assim como função social limita os poderes do proprietário, cumpridos certos requisitos, é possível a concessão de licenças para exploração de patentes sem que haja concordância do titular, com o intuito de conter o abuso de direitos patentários e para servir o interesse público.

A licença, em geral, é a autorização daquele que detém o direito de exclusividade sobre a invenção para um terceiro, para que possa usar o objeto de exclusividade. Essa licença fica completamente à critério do titular da patente, podendo ser celebrada sob as condições permitidas pelo direito civil, apenas necessitando ser cadastrada perante o INPI.

Voltando ao licenciamento compulsório, ele se trata de uma prerrogativa do poder público sobre o direito de patente, já que concede a licença para que terceiros possam explorar a patente mediante compensação monetária ao detentor da patente. Trata-se de um mecanismo legal que garante o acesso a uma patente, independentemente de autorização. Essa limitação serve de controle sobre o uso abusivo da patente pelo seu titular e, conseqüentemente, de controle sobre a função

social da patente. Outra preocupação legislativa que mostra a adequação da propriedade industrial a sua função social é a exigência da efetiva exploração da patente que se soma a possibilidade de licença compulsória.

Há previsão legal a respeito das licenças compulsórias nos artigos 68 a 74 da Lei da Propriedade Industrial (LPI). As situações em que são possíveis decorrem do uso abusivo do poder econômico, necessitando comprovação, nos termos da lei, através de decisão administrativa ou judicial.

O abuso é caracterizado pela vontade de se dominar um mercado, eliminando a concorrência para aumentar o lucro. São as mesmas hipóteses previstas no texto constitucional, no art. 173, § 4º, em que há necessidade de intervenção estatal para correção do desequilíbrio no mercado. Outras hipóteses em que as licenças compulsórias podem ser concedidas são quando o titular da patente não estiver a explorando mais ou em caso de a exploração não atender mais às necessidades do mercado. Após a concessão da licença compulsória, o licenciado passa a ter um ano para dar início a exploração econômica da patente.

A concessão de licenciamento por dependência é mais um exemplo das limitações à propriedade industrial impostas pela aplicação da função social da propriedade. Ela ocorre nos casos em que um produto protegido por uma patente necessita de outra invenção, concedida a um terceiro, de uma tecnologia mais básica e abaixo na cadeia produtiva, necessária para que o produto mais sofisticado seja produzido. Essa licença impede que o titular da patente anterior possa prejudicar a o novo produto, já que isso atentaria contra a finalidade da lei patentária.

A caducidade é mais um instrumento para o cumprimento da função social. É previsto pelo art. 80 da LPI, e pode ser requerida por qualquer pessoa com interesse legítimo, junto ao INPI. É, na opinião do autor, a mais comum e efetiva medida de efetivação da função social da propriedade industrial, já que força o detentor da patente a passara a efetivamente utilizá-la e explorá-la, ou a extinguir a patente, fazendo com que passe ao domínio público (art. 78, LPI). Uma vez em domínio público, poderá ser explorada por qualquer um, sem necessidade de autorização ou pagamentos compensatórios.

Portanto, a função social da propriedade industrial passa a ser efetivamente cumprida nos seguintes contextos: (i) assim que a propriedade reverte ao interesse público; (ii) a partir da criação de um invento ou tecnologia estimulado pelo sistema de propriedade intelectual; (iii) com o pedido de proteção e a divulgação do

conhecimento; (iv) através de licenciamentos compulsórios; e (v) coma extinção da patente, passando aquele conhecimento a fazer parte da coletividade.

A partir disso, é possível concluir que o exercício da função social da propriedade industrial decorrerá da convergência de dispositivos legais, licenças, limites temporais e medidas estatais que levem a difusão de novos conhecimentos e tecnologias.

Além disso, não basta apenas uma movimentação legislativa, mas necessitam-se de um debate que inclua a sociedade civil, cientistas, centros de pesquisa, empresas, investidores e governos estrangeiros.

O desafio de se atingir o equilíbrio entre o direito individual e os direitos da coletividade não é uma questão apenas na propriedade industrial, mas também no direito autoral. Quais seriam os limites do direito autoral frente à função social da propriedade?

O direito autoral também deverá cumprir a função social constitucionalmente prevista. De forma bastante reduzida, os direitos autorais conferem titularidade ao trabalho fruto do intelecto, o que permite a exclusividade e conseqüentemente, cobrar pelo aproveitamento dessa criação intelectual.

Ele incide diretamente sobre obras culturais, ligadas a educação, cultura e o lazer. Em razão dessas características, as discussões da função social em direitos autorais costumam envolver temas tais quais o acesso a livros, conhecimentos variados, as artes, a cultura e o lazer. Assim como a efetivação da função social na propriedade industrial parte da limitação dos direitos do titular, o mesmo é verdadeiro no direito autoral.

Uma discussão bastante atual trata-se dos limites do *copyright* no contexto das novas tecnologias e da internet. As restrições impostas são intrínsecas ao próprio direito autoral, não se tratando de exceções, mas do sopesamento de interesses e valores que justificam e compõem o próprio direito discutido.

Através de um prisma constitucional, diz Denis Barbosa que não se deve seguir cegamente a lógica *pro autorem*, uma vez que direito autoral é fruto do equilíbrio entre interesses constitucionais variados. Sobre isso disse:

“As limitações legais em matéria de propriedade intelectual – patentes, registro de cultivares, direitos autorais, etc. - representam uma conciliação entre interesses constitucionais fundamentais. De um lado, a esfera moral e patrimonial

da criação humana, protegida pelo texto básico; de outros, interesses tais como a tutela à educação, o direito de citação, o direito à informação, o cultivo das artes no ambiente doméstico, etc. Argumentar-se-ia, talvez, que tais limitações seriam tomadas sempre como exceções, a serem restritamente interpretadas. Mas exceções não são, e sim confrontos entre interesses de fundo constitucional. Como já tive também a oportunidade de considerar, citando Canotilho: “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. (...) Assim, não é interpretação restrita, mas equilíbrio, balanceamento e racionalidade que se impõe. Outra ponderação que se poderia fazer é que a interpretação se faria sempre em favor do autor. Assim, sempre se restringiriam as limitações ao direito autoral do art. 46 à sua expressão mais augusta. Porém não se argua, de outro lado, o intuito protetor da lei autoral, que faz interpretar em favor do autor as disposições negociais. **No caso, não estamos interpretando negócios jurídicos, mas texto legal, e existem dois objetos de tutela igualmente dignos de proteção – a criatividade e a fruição pública da arte. Assim, a racionalidade e a funcionalidade são os critérios heurísticos relevantes, não o viés pro autorem, que se aplica no contexto privado.**”²¹ (grifado e negrito)

Isso se dá pois o direito autoral é hierarquicamente inferior a mandamentos mais altos, especialmente a liberdade de expressão. Sendo o direito autoral uma exceção a liberdade de expressão, se exceder na determinação do campo de atuação do direito autoral é descaracterizar constitucionalmente esse direito.

Consequentemente, a concretização da função social dos direitos autorais se dá com o equilíbrio entre os interesses públicos e os privados no tocante da criação e uso de obras do intelecto.

Tanto os direitos autorais quanto os direitos de propriedade industrial são apenas capazes de cumprir sua função social através da conciliação dos legítimos interesses privados e públicos de exercer domínio e ter acesso, respectivamente. O domínio é necessário e garante o incentivo à produção de novos trabalhos e remunera os já criados. Já o acesso permite o desenvolvimento cultural, levando ao surgimento de novos trabalhos e autores.

Na mesma medida em que a efetivação da função social da propriedade industrial necessita uma discussão ampla, envolvendo diversos atores que compõem a sociedade, o direito autoral pede o mesmo.

²¹ BARBOSA, Denis Borges. Direito Autoral – Apresentações Gratuitas. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/88.DOC>>. Acesso em: 06/11/22

3.2. Impactos na Saúde e Biotecnologia

Outro valor constitucional diretamente ligado as proteções da propriedade intelectual é o direito fundamental à saúde, ou de acesso a tratamento, dependendo do país, direito esse que é quase que unanimemente, sendo considerado fundamental na grande maioria dos ordenamentos jurídicos.

Ele deriva, como muitos outros direitos fundamentais, do direito à vida, já que seria condição necessária para exercer o restante dos direitos humanos. Portanto, o direito à saúde implica no estabelecimento de um padrão de vida básico que sustente a manutenção da vida humana.

A Constituição Federal brasileira, no Art. 196, lista a saúde como dever do Estado e direito de todos, garantindo mediante políticas sociais e econômicas o acesso universal igualitário às ações e serviços objetivando a promoção, proteção e recuperação, a saber:

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** (...)

Art. 6º. **São direitos sociais** a educação, **a saúde**, (...)

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

A Carta Maior complementa o artigo anterior com o Art. 198, que determina que as ações e serviços de saúde devem garantir um atendimento integral, criando o Sistema Único de Saúde (SUS) para tal, estabelecendo também, no inciso I, as competências concorrentes:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único organizado com as seguintes diretrizes:
I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo.

Na esfera infraconstitucional, a Lei n. 8.080/90 reflete o conteúdo constitucional, e determina que:

Art. 2º. **A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.**

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

(...)

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

I - **universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência**; (grifado e negrito)

No art. 7º, inciso I, são definidos os princípios que deverão reger os serviços de saúde e a universalidade do acesso. Já o art. 43 determina a gratuidade da saúde. Logo, é essencial a ação estatal para assegurar a todos o tratamento, medicamento e assistência necessários para o exercício do direito à saúde. Nesse mesmo sentido aponta o seguinte voto do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

(...) A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política -- que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro -- não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º., caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas,

especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.²²

Contudo, diante de tudo que já foi abordado a respeito do tema propriedade intelectual, não resta dúvida de que a efetivação do direito fundamental à saúde pode encontrar óbices nas patentes, na medida em que elas criam a escassez artificial de certos produtos, bem como a manutenção de preços elevados em razão da exclusividade produtiva.

O impacto disso se dá na população de menor poder econômico, já que causa um significativo aumento na parcela de renda dessa população destinada a compra de remédios e tratamentos médicos.

Para que haja a efetivação do direito fundamental à saúde, é necessário entender o impacto das patentes no sistema de saúde público.

3.2.1. A questão das patentes

A existência e uso dos já mencionados licenciamentos compulsórios, demonstram ser o melhor caminho para atingir a finalidade de proteção ao interesse social do acesso à medicamentos por preços justos e acessíveis.

O art. 71 da LPI prevê explicitamente o licenciamento compulsório como mecanismo de mitigar uma emergência nacional ao atender o interesse público de acesso mais amplo e barato à medicamentos patenteados:

Art. 71: Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

Mais uma vez, é o abuso econômico das patentes, fugindo de sua função social, que torna necessária uma atitude do Estado para corrigir o problema.

O já consagrado licenciamento compulsório é o melhor caminho. Mesmo assim, sua aplicação não impossibilita o lucro por parte do detentor da invenção. Esse continuará

²² RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello.

a produzir e comercializar, porém agora em franca concorrência com o restante do mercado de medicamentos.

Com o conseqüente aumento da oferta do remédio, amplia-se a efetivação do direito à saúde. Aqui temos mais uma demonstração prática da ponderação de princípios e interesses públicos e privados frutos da relação eminentemente constitucional entre o direito à propriedade industrial e direitos fundamentais de terceira geração.

3.3. Impactos no Meio Ambiente

A proteção da gigantesca biodiversidade brasileira, país mais biodiverso do mundo, foi alvo da regulamentação constitucional, tendo a sua defesa sido reconhecida como princípios da ordem econômica no Art. 170, inc. VI:

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:

VI - defesa do meio ambiente;

O meio ambiente é compreendido pelo legislador como um bem de uso comum de todos. Trata-se de direito difuso e fundamental na concepção constitucional brasileira.

São muitos os tratados internacionais de direitos humanos que reconhecem esse mesmo caráter fundamental do direito ao meio ambiente equilibrado e protegido. A Declaração do Meio Ambiente da Conferência das Nações Unidas de Estocolmo, em 1972, é o principal exemplo.

A Constituição Federal brasileira, no seu Capítulo VI, Título VIII - Da Ordem Social, trata exatamente desse tema:

Art. 225. **Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo** e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o **dever de defendê-lo e preservá-lo** para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, **incumbe ao Poder Público:**

I - **preservar e restaurar os processos ecológicos** essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - **preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético** do País e **fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;**

(...)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - **proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica,** provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (grifado e negrito)

O exposto acima demonstra a preocupação do legislador constitucional com o caráter do meio ambiente como grande origem de inovações nos campos da biotecnologia, sendo indispensável ao desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

A determinação Constitucional do meio ambiente como bem coletivo pode ser entendida como o reconhecimento do caráter de domínio público do meio ambiente, em outras palavras, garante que qualquer um pode se beneficiar dos seus frutos. Conseqüentemente, a imposição da preservação ambiental reconhece a importância econômica do meio ambiente na contemporaneidade. Em razão disso, a propriedade intelectual deve incidir sobre o tema regulando como essa riqueza em domínio público deve ser distribuída e explorada, ou seja, como essa riqueza sai do domínio público ambiental e passa a ser patrimônio de uma empresa.

A patente é a forma mais costumeira de se regular esse caminho da riqueza natural, seja ela um gene, um animal, uma planta, enzima ou proteína vegetal ou animal que tenha utilidade e aplicação prática.

Na prática, os conhecimentos populares sobre plantas e animais vem passando por um processo de comoditização, no qual passam a ser comercializados e explorados de forma industrial, visando o lucro.

Portanto, a propriedade intelectual deve abranger ativamente os conhecimentos tradicionais sobre o patrimônio ambiental brasileiro. Para tal fim, é necessário que os direitos constitucionais à proteção dos inventos e conhecimentos de aplicação industrial ampliem a proteção ao meio ambiente.

Conforme visto no Art. 225, a Constituição conferiu ao poder público o poder de definir, através de políticas públicas, a extensão e efetividade da proteção dada ao meio ambiente frente aos interesses comerciais crescentes.

Dessa forma, a função social da propriedade intelectual, conforme discutida em um dos capítulos anteriores, conta com um forte conteúdo ambiental, criando um aspecto conjunto, que inclui o meio ambiente como parte integral de uma sociedade equilibrada.

Conclusão

A propriedade intelectual deve ser estudada dentro de uma perspectiva sistemática, em que o conjunto de normas, emanando da constituição, regula a apropriação de bens imateriais pelo indivíduo, através de regras que tutelem o acesso às informações, conhecimentos e outras criações do intelecto humano.

É a partir dessa perspectiva sistemática e constitucional em sua origem que os conflitos dos direitos de propriedade intelectual com outros direitos fundamentais, em especial a concorrência, deverão ser sanados, fazendo uso das ferramentas da doutrina e prática constitucional.

É de extrema relevância para o estudo sob viés constitucional da propriedade intelectual que se entenda a origem desse tipo de direito. A adoção de uma concepção jusnaturalista aponta para uma maior rigidez da proteção das criações do intelecto, já que petrificaria os direitos, tornando-os intrinsecamente necessários, de forma análoga aos direitos morais.

Contudo, a justificativa utilitarista permite que o Estado delibere com maior liberdade legislativa sobre o sistema de normas de propriedade intelectual, de forma a facilitar o exercício pleno dos outros direitos fundamentais, já que permite concessões e flexibilizações do direito frente aos interesses sociais da coletividade e a necessidade de desenvolvimento.

É inegável o impacto do sistema de normas de propriedade intelectual sobre os mais diversos campos da sociedade, economia e conhecimento humanos. A produção e difusão da cultura, artes, conhecimentos técnicos e científicos são pautadas pela interação que se dá entre o estímulo à criação através dos direitos de exclusividade e a necessidade prática de avançar e aprofundar o conhecimento e técnica humana, sempre sob a baliza constitucional.

Os direitos de propriedade intelectual, assim como os direitos tradicionais de propriedade, podem padecer de abusos visando o controle sobre recursos econômicos, tornando imperativa a construção de uma lógica ímpar de tratamento jurídico dispensado na efetivação dos valores constitucionais basilares.

Os direitos de exploração exclusiva criados pelo sistema garantem o incentivo para o desenvolvimento ao impedir a utilização por terceiros, já que possibilita ao autor ou inventor controlar o uso da criação, cobrando pelo acesso.

O sistema existe a algum tempo, e atesta sua eficiência através da existência bens intelectuais protegidos que se tornaram altamente benéficos a sociedade apesar dos limites impostos à concorrência.

Portanto, a exclusividade é necessária para garantir o incentivo produtivo, na medida em que supre as necessidades e interesses sociais. Caso extrapole esse limite, incorrerá em impacto social excessivo e desvantajoso.

Os direitos de propriedade intelectual caminham uma tênue linha, entre a tensão existente nos incentivos à produção e os limites ao controle dos inventores e autores frente às suas criações, necessitando sempre ter como bússola o favorecimento constitucionalmente estabelecido do interesse social no desenvolvimento do país.

Bibliografia

ABRÃO, E.Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo, Ed. do Brasil, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

BARBOSA, Denis Borges. **Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual**. Revista da ABPI, 2007.

_____. **Direito de autor**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.

_____. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

_____. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTAR, C. A. **Direito de Autor**. 3. ed. São Paulo, Forense, 2001.

CAMPOS DA SILVA, Guilherme Amorim. **Direito Fundamental ao Desenvolvimento Econômico Nacional**. São Paulo: Método, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO, Jonatas; RAPOSO, Vera Lúcia, colab. **A questão da constitucionalidade das patentes “pipeline” à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988**. Coimbra, Almedina, 2008.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CERQUEIRA, João Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. vol. 1.

CHISUM, Donald S. **Understanding Intellectual Property Law**. 3. ed. Durham, 2015

DI BLASI, Gabriel. **A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FISHER, W. **Theories of Intellectual Property**. Cambridge University Press, 2001.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira AGOSTINHO, Eduardo Oliveira. **A tensão entre os baldios e os anti baldios, uma análise econômica da propriedade intelectual voltada ao desenvolvimento**. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

SANTOS, Manuella. **Direito autoral na era digital**. São Paulo, Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antônio-Henrique. **Los Derechos Fundamentales**. 9. ed. Madri: Tecnos, 2007.

PIMENTA, E. **Princípios de Direitos Autorais**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Propriedade Intelectual**. 2007. Disponível em: <http://www.culturalivre.org.br>. Acesso em: 08/11/22.