



A função social da propriedade intelectual na Constituição da República de 1988

Walter Godoy dos Santos Junior
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

A propriedade intelectual¹ é o ramo do direito que se ocupa da proteção ao produto do esforço intelectual humano, seja no plano da racionalidade, seja no que advém do subconsciente como inspiração (ato de arte), e que os italianos denominavam “*magia*”².

A propósito das etapas percorridas desde a inspiração até se chegar à obra de arte, Walter Moraes ressalta o seguinte:

¹ Gama Cerqueira ensina que “[...] Ao conjunto desses direitos resultantes das concepções da inteligência e do trabalho intelectual, encarados principalmente sob o aspecto do proveito material que deles pode resultar, costuma-se dar a denominação genérica de propriedade intelectual [...]”. (CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1, t. 1, p. 68-69.). Vide, ainda, outro trecho do referido tratadista no sentido de que a “propriedade industrial, que pode ser definida como o conjunto dos institutos jurídicos que visam garantir os direitos de autor sobre as produções intelectuais do domínio da indústria e assegurar a lealdade da concorrência comercial e industrial”. A propriedade industrial poderia também ser definida, de modo mais geral, como “o conjunto de normas legais e princípios jurídicos de proteção à atividade do trabalho, no campo das indústrias, e a seus resultados econômicos, abrangendo, assim, a proteção das produções intelectuais do domínio industrial (invenções, modelos de utilidade e desenhos e modelos industriais) e toda a matéria relativa à repressão da concorrência desleal, inclusive as marcas, o nome comercial, as indicações de origem dos produtos, etc. Preferimos, porém, a primeira definição por ser mais restrita, particularizando melhor o objeto da propriedade industrial”. (Id. *Ibid.*, p. 72-73.). Poder-se-ia dizer, em síntese, que a expressão Propriedade Industrial engloba assuntos referentes a marcas, patentes (de invenção e de modelo de utilidade), desenhos industriais, assim como contratos de licença de uso ou exploração de tais direitos e contratos de transferência ou fornecimento de tecnologia ou know-how e de franquia. Quando a isto se somam os direitos autorais, fala-se em Propriedade Intelectual, categoria mais ampla, que abarca a Propriedade Industrial.

² Para Silveira, “[...] o esforço, a inspiração, o impulso ou mesmo o que os italianos chamavam de ‘magia’ para chegar a algo perceptível aos sentidos”. (SILVEIRA, Newton. *Abuso de patentes*. p. 8. Disponível em: <<http://www.lex-net.com/new/wp-content/uploads/2014/10/50-Abuso-de-patentes.pdf>>.). E mais, “Essa concepção unitária da arte e da técnica já se podia vislumbrar na criação de Leonardo Da Vinci, para quem a atividade artística e a atividade científica nasciam de uma inspiração única, nutriam-se sem cessar uma da outra, e as conquistas de uma influenciavam o desenvolvimento da outra”. (SILVEIRA, Newton. *Direito de autor no design*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44-45.). De acordo com Regis de Oliveira: “A inspiração não vem quando eles [os artistas] querem ou é buscada. Simplesmente vem. Sem avisos ou receios. Aparece quando menos se espera. Explode na mente do artista. Brota como água da montanha. As fontes são as mais vitais.” (OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Direito e arte*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 54.).



O belo objetivo descobre-se na natureza a cada passo. Mas os homens aprenderam desde cedo a criar as condições capazes de ativar a emoção estética, ou seja, alcançaram abstrair, em momentos de alta intuição (ou inspiração), que são momentos de emoção estética absoluta, condições objetivas suprarreais da *àisthesis*, supostamente acessíveis à análise racional, e lograram impregnar delas supores naturais. Tal resultado é a obra de arte. Tal operação, que é em si estética, pois é carga emocional estética espontânea do artista que a alimenta e lhe dá consistência, o ato de arte, que não pode submeter-se a regras de procedimento na sua primeira fase (a da concepção), mas deve, na segunda fase (a execução), obedecer a certos preceitos, cumprir determinadas condições, necessárias a tornar a obra suscetível de perfeita comunicação: pois aqui não basta a inteligência estética, impondo-se habilidades específicas que conduzam a criação ao objetivo colimado que é a emoção estética.³

Por essa razão é que Cláudio Roberto Barbosa assevera que o formato juridicamente protegível pela propriedade intelectual é a representação da ideia e não a ideia em si, seja na forma de sinal distintivo (marca), seja na forma de um quadro reivindicatório (patente), seja na obra artística.⁴

Dessa maneira, o direito consegue captar e proteger apenas aquilo que possa adotar determinada forma, uma vez que concepções puramente abstratas, como um pensamento, uma ideia ou uma determinada sensação não são suscetíveis de tutela, porquanto não são considerados objeto de direito.⁵

³ MORAES, Walter. Arte. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 8, p. 142. Em seu “Ensaio sobre a pintura”, Diderot afirma o seguinte: “Sou pouco versado nas leis sobre a maneira de drapejar as figuras; ela é inteiramente poesia quanto à invenção, inteiramente rigor quanto à execução.” (DIDEROT, D. *Ensaio sobre a pintura*, p. 92.).

⁴ Segundo o autor: “Cabe desenvolver melhor esta noção. Para a propriedade intelectual o objeto a ser comunicado é a idéia, o conceito criado, o qual não pode ser juridicamente protegido dentro do sistema da propriedade intelectual que exige a transcrição da informação em um meio tangível. A representação da idéia, portanto, é o formato juridicamente protegível pelo Direito, seja um sinal distintivo, seja um quadro reivindicatório de uma patente de invenção, seja uma obra artística. Todavia o valor está associado à informação e é a dificuldade de transposição deste valor à proteção jurídica da representação que também acarreta perdas e, conseqüentemente, custos sociais.” (BARBOSA, Cláudio Roberto. *Propriedade intelectual enquanto informação. Uma perspectiva de “Law and Economics”*. California Digital Library. University of California, 2007. p. 14. Disponível em: <<https://cloudfront.escholarship.org/dist/prd/content/qt9q80d5w8/qt9q80d5w8.pdf>>.)

Neste ponto, é importante lembrar a lição de Newton Silveira no sentido de que o processo mental das criações é unitário, ou seja, “o mesmo esforço que deu origem à indústria (satisfação das necessidades materiais) criou as artes para a satisfação das necessidades espirituais do ser humano”.⁶

Do ponto de vista estritamente jurídico também se verifica a unidade deste ramo do direito, porquanto não há diferenças entre a relação jurídica⁷ que se estabelece entre o sujeito (criador) e o objeto do direito (obra), uma vez que está devidamente assentado na doutrina e na jurisprudência que a natureza jurídica de tais vínculos jurídicos é tipicamente de propriedade, verdadeiro amálgama do sistema de proteção ao esforço intelectual humano.

Registre-se, portanto, que a unidade do sistema⁸ inicia-se pelo processo mental das criações, estende-se para sua exteriorização e encontra eco no ordenamento jurídico, que classifica a relação jurídica estabelecida entre o criador e a obra como de direito de propriedade.

Da mesma maneira, em termos de princípios, a propriedade intelectual orienta-se, basicamente, pela repressão à concorrência desleal, que constitui, nas palavras de Gama Cerqueira, o fundamento e a razão de suas leis, *in verbis*:

⁵ De acordo com os ensinamentos de Darcy Bessone: “[...] o Direito Autoral nasce de uma ideia, de uma abstração intelectual, de um sentimento forjado sócio-culturalmente na pessoa, portanto, uma propriedade incorpórea e, também recebe o ‘status’ de propriedade corpórea no instante em que essa ideia, essa abstração, esse sentimento, materializa-se num bem corpóreo.” (BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 499.)

⁶ Newton Silveira ressalta “Os célebres textos de H. Poincaré sobre seus processos de *invenção* no campo da matemática revelam ‘processos que são, no fundo, análogos ao da invenção artística’”. (SILVEIRA, Newton. *Direito de autor no design*, cit., p. 29.)

⁷ “O que importa saber, portanto, é se a relação jurídica entre o autor e a criação intelectual é idêntica à que existe entre o proprietário e a coisa corpórea que constitui objeto de seu direito, pois é a natureza dessa relação que caracteriza os direitos reais, em geral, e o de propriedade, em particular, constituindo, ainda, o critério de distinção entre os direitos reais e os de obrigações.” (CERQUEIRA, João da Gama. O direito de autor como direito de propriedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 47, v. 270, p. 22, abr. 1958.) “Resumindo tudo quanto nesta parte ficou exposto, podemos dizer que o direito de autor e de inventor é um direito privado patrimonial, de caráter real, constituindo uma propriedade móvel, em regra temporária e resolúvel, que tem por objeto uma coisa ou bem imaterial, denomina-se, por isto, propriedade imaterial, para indicar a natureza de seu objeto.” (Id. *Ibid.*, p. 25.)

⁸ “Nessa medida, devem ser lembrados os ensinamentos de Geraldo Ataliba: ‘O sistema jurídico [...] tem profunda harmonia interna. Esta se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras’”. (ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 33.)

[...] a propriedade industrial constitui um sistema jurídico, um todo orgânico, como se costuma dizer, subordinando-se os seus diferentes institutos aos mesmos princípios gerais, que podem variar em suas aplicações particulares, mas que não perdem a sua unidade fundamental, [...]

ressaltando que

[...] todo o edifício da propriedade industrial, como, aliás, o da propriedade literária, científica e artística, repousa no princípio ético da repressão da concorrência desleal, que constitui o fundamento e a razão de suas leis, podendo-se mesmo dizer que em nenhum outro ramo da ciência jurídica se manifesta de modo mais eloquente o fundamento moral do Direito.⁹

Ademais, cumpre salientar que os direitos de propriedade intelectual podem ser agregados pela sua finalidade, na medida em que devem ser concedidos e exercidos consoante o interesse comum, com vistas a que sirvam de vetores para o desenvolvimento cultural, tecnológico e econômico do País, notadamente diante do disposto no art. 5º, XXIX, da Constituição Federal, residindo precisamente neste ponto sua função social.¹⁰

⁹ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, cit., v. 1, t. 1, p. 8-9. Alf Ross adverte que “a tarefa da ciência do direito é expor o direito vigente. Esta tarefa requer que a exposição possua um sistema, que a ordem e a conexão nas quais o material é apresentado sejam dispostos segundo um plano definido. O ordenamento sistemático é valioso, primeiramente, por razões práticas: é essencial por questão de clareza, a título de meio de entrever o caminho no complexo tema do direito [...] O sistema também serve de fundamento para uma divisão do estudo do direito que, pelo menos na atualidade, é indispensável. A organização sistemática é valiosa, também, por razões teóricas. Se baseada em critérios relevantes, ajuda o estudioso a analisar o material jurídico, revela problemas e exhibe semelhanças e diferenças ocultas”. (ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000. p. 239.). Hans Kelsen debruçou-se sobre a questão, desenvolvendo sua teoria sobre o sistema jurídico. Em sua opinião, o ordenamento jurídico seria composto como uma ordem escalonada de normas, dispostas hierarquicamente na forma de uma pirâmide. Na base da pirâmide estariam as normas individuais e concretas, que encontrariam seu fundamento de validade em uma norma de hierarquia superior, de caráter geral e abstrato, e assim sucessivamente, até nos depararmos, no topo da estrutura, com a constituição, que seria a norma posta de maior nível hierárquico dentro de um sistema jurídico. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.).

¹⁰ Para Miguel Reale, “O Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem [...] parece, à primeira vista, uma expressão redundante: pessoal, de homem para homem. Se é pessoal, por que dizer de homem para homem? É que, para Dante, o Direito tutela as coisas somente em razão dos

De uma perspectiva histórica, é importante lembrar que em 1873 se iniciaram, na cidade de Viena, os trabalhos preparatórios da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial ou, simplesmente, Convenção da União de Paris, cujo escopo é a proteção de direitos ligados à criação industrial (marcas, patentes, desenhos industriais, nome empresarial, dentre outros institutos abarcados pela Propriedade Industrial). O Brasil esteve entre os primeiros a assinar a referida Convenção em 1883.¹¹

Por outro lado, para a proteção dos direitos autorais (propriedade literária, artística e científica), foi concebida a Convenção de Berna de 1886, fruto dos trabalhos que resultaram na *Association Littéraire et Artistique Internationale* de 1878, criada por insistência do escritor francês Victor Hugo.¹²

Posteriormente, já no século XX, as convenções de Berna e Paris passaram a ser administradas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI (WIPO na sigla em inglês), constituída também por um Tratado firmado por diversas nações no ano de 1967, após o fim da Segunda Guerra Mundial. A OMPI, por sua vez, foi incorporada como órgão das Nações Unidas em 1974.

O referido Tratado unificou os escritórios internacionais que administravam as Convenções de Paris e Berna e fundiu os conceitos de propriedade industrial e direito de autor ao definir, em seu art. 2º, VIII, como propriedade intelectual a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, as interpretações dos artistas intérpretes e as execuções de radiodifusão, as invenções em todos os domínios da atividade humana, as descobertas científicas, os desenhos e modelos industriais, as marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como as firmas comerciais e denominações comerciais, a proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

homens: a relação jurídica conclui-se entre pessoas, não entre homens e coisas, mas é 'real' quando tem uma coisa (res) como seu objeto". (REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 56). "Não pensem que há na ordem jurídica a preocupação de levantar paredes em torno da atividade individual. O ideal é que cada homem possa realizar os seus fins da maneira mais ampla, mas é intuitivo que não poderia coexistir o arbítrio de cada um como o dos demais sem uma delimitação harmônica das liberdades, consoante clássico ensinamento de Kant. Desse modo, o Direito delimita para libertar: quando limita, liberta." (Id. *Ibid.*, p. 56.).

¹¹ A Convenção de Paris já foi revista sete vezes: em 1890, em Madri; em 1900, em Bruxelas; em 1911, em Washington; em 1925, em Haia, em 1934, em Londres; em 1958, em Lisboa; em 1967, em Estocolmo (em vigor no Brasil desde 1992) e teve novo processo de revisão iniciado em 1980, em Genebra.

¹² A Convenção de Berna foi revista em Paris (1896) e Berlim (1908), complementada em Berna (1914), revista em Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e Paris (1971), e emendada em 1979.

Pois bem, delimitado o objeto da propriedade intelectual, é necessário examinar os princípios em torno dos quais orbitam o que Norberto Bobbio denominou “direitos da mente”¹³, a fim de que seja possível estabelecer a devida hierarquia entre eles no plano vertical e sua devida convivência ou compatibilização no plano horizontal diante da profusão de leis especiais sobre a matéria.

Com efeito é clássica a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao ensinar que princípio é, por definição,

[...] o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹⁴

Não menos importante é a afirmação de João da Gama Cerqueira, já referida anteriormente, no sentido de que a propriedade intelectual constitui um sistema jurídico, um todo orgânico, subordinando-se os seus diferentes institutos aos mesmos princípios gerais, que podem variar em suas aplicações particulares, mas que não perdem sua unidade fundamental.¹⁵

¹³ Vide, nesse sentido, a citação de Pedro Marcos Nunes Barbosa: “Bobbio faz pertinente citação de Thomas Paine: São direitos naturais os que cabem ao homem em virtude de sua existência. A esse gênero pertencem a todos os direitos intelectuais, ou direitos da mente.” (BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016. p. 45.).

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 817-818. Ascarelli ensina que “Tarea de la doctrina es precisamente la elaboración de principios que sean como tales susceptibles de coordinar, según un criterio de continuidad, varias soluciones”. (ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, p. 56.). Savigny ensina que “O conteúdo do sistema é a legislação, isto é, os princípios do Direito. Necessitamos de um meio lógico da forma, ou seja, da condição lógica do conhecimento de todo o conteúdo da legislação para conhecer este princípios, em parte de forma particular, em parte na sua conexão. Tudo o que é forma tem por objetivo desenvolver a determinação dos princípios particulares do direito – geralmente isto é denominado de definições e distinções –, ordenar a vinculação de vários princípios particulares e sua conexão. Isto é habitualmente denominado de verdadeiro sistema”. (SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodología jurídica*. Campinas: Edicamp, 2004. p. 36-37.). Geraldo Ataliba ressalta, ainda, que “o caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduz o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa do reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior. A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema”. (ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*, cit., p. 4.).

¹⁵ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, cit., v. 1, t. 1, p. 8-9.

De posse desse repertório, impõe-se examinar o tratamento constitucional conferido à propriedade intelectual desde o advento da Constituição Imperial de 1824 até a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, para identificar as diretrizes sobre as quais se assenta o referido sistema.¹⁶

Nesse sentido, convém ressaltar que a Constituição de 1824 estabelecia, em seu art. 179, XXVI, que “os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação”.¹⁷

Posteriormente, em 1891, nossa primeira Constituição Republicana¹⁸ estipulou o seguinte: “os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.” (art. 72, § 25).

No que se refere ao direito autoral esclarecia, ainda, que “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” (o § 26 do mesmo artigo). Em complementação, no § 27, aparece, pela primeira vez, uma referência às marcas: “A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.”¹⁹

¹⁶ Uma completa descrição da evolução constitucional em matéria de propriedade intelectual pode ser obtida no artigo de autoria do Professor Newton Silveira intitulado: Garantias constitucionais aos bens imateriais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 24, n. 60, p. 18-23, out./dez. 1985.

¹⁷ Gama Cerqueira afirma que “A Constituição de 1824, porém, não cogitava ainda das marcas de fábrica e de comércio, nem de outras garantias e prerrogativas industriais.” CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, cit., v. 1, t. 1, p. 31.

¹⁸ “O Brasil, como visto, encontra-se organizado política e administrativamente como uma República Federativa. Essa conformação do Estado brasileiro veio à lume com a proclamação da República, em 1889, consolidando-se definitivamente com a primeira constituição republicana, que passou a vigorar a partir de 1891. Recordar-se que a federação foi implantada provisoriamente no País, através do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, que adotou a República como forma de governo e fixou ‘as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais’. Antes desse momento, mais precisamente, de 1824, ano da promulgação da primeira Constituição, até 1889, data da proclamação da República, o Brasil constituía um império, estruturado como um Estado unitário, que se subdividia em províncias, com autonomia muito limitada.” (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A reforma do judiciário e o federalismo brasileiro, p. 40.)

¹⁹ Gama Cerqueira ensina que a “marca de fábrica e de comércio pode ser definida como todo sinal distintivo apostado facultativamente aos produtos e artigos das indústrias em geral para identificá-los e diferenciá-los de outros idênticos ou semelhantes de origem diversa”. (CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, cit., v. 1, t. 1, p. 364-365.)

Em seguida, veio a Constituição de 1934 que previa, em seu art. 113, número 18, que “os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade”. No número 19 do mesmo artigo estabeleceu que “é assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial”. O número 20 completava o quadro da proteção à propriedade intelectual, declarando que “aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de produzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar”.

Ato contínuo, a Constituição Federal de 1937 conferiu ao legislador ordinário ampla autonomia para regulamentar a proteção da propriedade intelectual, porquanto no art. 122, número 14, estabelecia simplesmente o seguinte: “a Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício; [...]”

A Constituição Federal de 1946²⁰, apontada como o mais belo trabalho do legislador constitucional da nossa história republicana, reestabeleceu o que se continha na antiga ordem constitucional de 1891, em seu art. 141, parágrafos 17, 18 e 19, *in verbis*: “os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio. É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial” e “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”.

De modo similar, a Constituição Federal de 1967, em seu art. 150, § 24, dispôs que “a lei garantirá aos autores de inventos industriais

²⁰ Renata Pozzato Carneiro informa que “O direito de propriedade possuía sentido exclusivamente individual. Tal sentido foi convertido em uma expressão nitidamente social com a Constituição Federal de 1946. A propriedade deixou de ser concebida na seara do direito privado, visto que sua finalidade, eminentemente social, passou a ser, sobremaneira, superior em relação às demais funções desempenhadas. Dá-se espaço à socialização do direito de propriedade. É o entendimento da doutrina especializada. A propriedade protege-se e garante-se, sobretudo em razão de sua função social, pelo qual sofre limitações novas, acentuando-se a tendência para a socialização do direito de propriedade”. (CARNEIRO, Renata Pozzato. A função social da propriedade na Constituição da República de 1988 e a propriedade industrial. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 69, p. 23-30, mar./abr. 2004.).



privilégio temporário para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial”, aglutinando, num mesmo parágrafo, a proteção de marcas e de patentes. A proteção aos autores permaneceu isolada no § 25, que preceituava: “aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.”²¹

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 enunciou, no art. 5º, responsável pela consolidação dos direitos e garantias fundamentais, que a propriedade atenderá a sua função social (XXIII)²²; aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (XXVII); 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 (XXVIII); e que 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 (XXIX).

Deve-se ressaltar, ainda, a dicção do art. 170, no sentido de que a ordem econômica²³, fundada na valorização do trabalho²⁴ humano e na

²¹ A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, reproduziu integralmente os dispositivos da Constituição Federal de 1967 acima referidos.

²² Renata Pozzato Carneiro informa que “o princípio da função social da propriedade deve estar sempre presente nas questões que, direta ou indiretamente, tratem do direito de propriedade, com o fim de emprestar-lhe seu caráter valorativo e proporcionar-lhes solução mais equitativa. Nesse sentido, tem-se imprescindível sua condição de princípio fundamental da ordem econômica e do regime das propriedades”. (CARNEIRO, Renata Pozzato. A função social da propriedade na Constituição da República de 1988 e a propriedade industrial, cit., p. 26-27.). Lembra Luiz Leonardos que “a proteção à propriedade intelectual e sua importância social e econômica viram-se expressas em nível constitucional, pela primeira vez, na Constituição Federal de 1988. A preocupação social é de um desenvolvimento mediante o reconhecimento dos direitos de propriedade industrial, o que era apenas implícito nas constituições anteriores”. (LEONARDOS, Gabriel F. A relação entre o direito antitruste e o direito da propriedade industrial. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. esp. p. 119-124, 1996.)

²³ Para Calixto Salomão: “A mudança operada no texto constitucional de 1988 é, de resto, muito eloquente nesse sentido. Na carta constitucional de 1967 o abuso do poder econômico e a dominação do mercado surgiam como figuras centrais. O aumento arbitrário dos lucros e a eliminação substancial da concorrência surgiam como meras consequências do ilícito principal e único. Essa redação era ainda consequência da gênese do direito concorrencial brasileiro, que, como destaca B. Shielber, teve origem nos dispositivos constitucionais e penais de proteção à economia popular. Em função dessa origem, a idéia de proteção direta do consumidor através da concorrência



livre iniciativa²⁵, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: “[...] II – propriedade privada; III – função social da propriedade²⁶; IV – livre concorrência²⁷; V – defesa do consumidor [...]”.²⁸

destacava-se, transparecendo de maneira clara na prevalência exegética da fórmula ‘abuso do poder econômico’. E, ainda, que: “O segundo fim da lei econômica é evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou a restringir a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do País.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 107.)

²⁴ Ascarelli ensina que “La ley ya no es considerada solamente como garantía para el desarrollo de iniciativas económicas individuales, que actuando libremente, conseguiría un equilibrio óptimo, sino como un factor positivo para un progreso económico que por el contrario no se conseguiría a través del libre juego de las iniciativas individuales. Esta premisa se pone en conexión con la afirmación de una concepción democrática que reconoce en la historia la obra de una voluntad humana y racional y no el resultado de fuerzas naturales”. (ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, cit., p. 25.). Vide, ainda, Alexandre de Moraes: “Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa: é através do trabalho que o homem garante sua subsistência e o crescimento do País, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade ao trabalho (por exemplo: CF, arts. 5, XIII; 6º; 7º; 8º; p. 194-204). Como salienta Paolo Barile, a garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalho subordinado, mas também aquele autônomo e o empregador, enquanto empreendedor do crescimento do País.” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 17.)

²⁵ Paula Forgioni ensina que: “Eis o papel central do princípio da livre iniciativa na economia capitalista: garantir que os agentes econômicos tenham acesso ao mercado e possam nele permanecer.” (FORGIONI, Paula A. *Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais*, cit., v. 1, p. 765.)

²⁶ Sobre o tema, são ricas as lições de Paula Forgioni: “Ademais, a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente, a busca pelo pleno emprego e o escopo da redução das desigualdades regionais, são vetores constitucionais nitidamente sociais, que se colocam além da mera viabilização das trocas entre os agentes e do azeitamento do fluxo de relações econômicas.” E, ainda, que “Se a dimensão política do mercado diz respeito à distribuição (= alocação) de riquezas, sua dimensão social tocará à redistribuição. O perfil social liga-se a uma ‘regulation’ concebida não para o mercado, mas para a atuação de uma política social corretiva da *lex mercatoria*, em uma espécie de redistribuição equânime e justa, ou mesmo solidária, das vantagens e das perdas que se realizam no sistema como um todo. É preciso que haja controle sobre a força persuasiva do mercado”. (FORGIONI, Paula A. *Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais*, cit., v. 1, p. 779-780.)

²⁷ Sobre a definição de concorrência em sentido amplo, vide as lições de Ascarelli “La concurrencia (que entendida en su más amplio sentido se encuentra también fuera del mundo económico) puede definirse, en primer lugar, como un hecho que tiene su raíz en la misma limitación de los medios de cada sujeto, ante el que, en una vastísima y primera acepción, todos los deseos se presentan en concurrencia, de tal modo que todos no pueden ser ilimitadamente satisfechos, alcanzando tan sólo a algunos deseos y dentro de determinados límites y con una determinada sucesión cronológica, lo que supone precisamente una natural concurrencia entre los bienes respectivos, objeto de estudio en la teoría económica”. (ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, cit., p. 31.). Eros Grau adverte, ainda, que: “A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre outros. Trata-se, normalmente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental - a competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordena-



Não menos importante é o que se contém no art. 215, ou seja, o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, bem como apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. Para tanto, a Constituição tornou imunes a qualquer incidência tributária livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, além de fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil, contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros, bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.²⁹

Nesse sentido, emblemática a manifestação do Ministro Eros Grau:

No caso, se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Ora, na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os desígnios de lucro e de acumulação de riqueza da empresa e o direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes, não apresenta maiores dificuldades.³⁰

ção, como base da formação dos preços, o que se supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Nesse sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada.” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 207.).

²⁸ Para Eros Grau: “A expressa referência aos ‘ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico’ e a afirmação de que a ‘coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei’ definem a amplitude do conteúdo da Lei n. 8.884/94. Ela não é, meramente, uma nova lei antitruste; assim, seu fundamento constitucional não se encontra apenas, exclusivamente, no § 4º do art. 173 da Constituição de 1988 - trata-se de lei voltada à preservação do modo de produção capitalista [...]”. (Id. *Ibid.*, p. 208.).

²⁹ Vide, ainda, o disposto nos arts. 216 e 216-A da Constituição Federal que tratam, respectivamente, do patrimônio cultural brasileiro e do Sistema Nacional de Cultura. Note-se, por fim, que, nos termos do art. 24, IX, da Carta da República, a competência para legislar sobre cultura é concorrente entre a União e os Estados.

³⁰ ADI 1950, Relator o Ministro Eros Grau, DJU 2/6/2006.



Percebe-se, assim, que desde o Império, passando pelo período Republicano e, mais recentemente, pelas Constituições editadas durante o período militar, nenhum texto apresentado pelo constituinte originário foi mais generoso do que o de 1988 no que se refere à propriedade intelectual, matéria de índole indiscutivelmente constitucional.

De fato, são marcantes os traços analíticos da nossa Carta Magna, que, no afã de sacralizar matérias que deveriam ser disciplinadas pelo legislador ordinário, como, por exemplo, o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras artísticas (art. 5º, XXVIII), produziu efeitos deletérios, principalmente no Supremo Tribunal Federal, chamado a decidir questões de toda ordem.

Outro ponto digno de destaque é o de que a propriedade intelectual sempre esteve inserida na esfera dos chamados direitos e garantias fundamentais, talvez em razão de uma preocupação exacerbada com a proteção do indivíduo em face do poder do Estado, mas não sem a fundamentada crítica de alguns juristas.³¹

Também é preciso lembrar que, embora a diretriz constitucional no que concerne ao objetivo de se alcançar, por meio da concessão de direitos de propriedade intelectual, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, estivesse presente em algumas Constituições anteriores, a de 1988 é a primeira a trazê-la refletida expressamente no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, o que mitiga o caráter absoluto dos direitos de propriedade intelectual, podendo-se falar em verdadeiros “direitos funcionalizados”.

³¹ José Afonso da Silva, ao tratar da propriedade de inventos, de marcas e indústrias e de nome de empresas, ressalta que “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. Seu enunciado e conteúdo bem denotam, quando a eficácia da norma fica dependendo de legislação ulterior [...]”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 280-281.). Manoel Gonçalves Ferreira Filho segue na mesma linha, salientando que “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”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4, p. 51.). No mesmo sentido, Pedro Marcos Nunes Barbosa: “Contudo, não se concebe a propriedade intelectual - especialmente no âmbito patrimonial - como um direito natural, posto ser proveniente de uma ficção, de um artifício criado e mantido pelo Estado. [...] Não obstante a aparente - e ultrapassada - discussão sobre a relação jusnaturalista entre criador e criação, hodiernamente permanecem inúmeras críticas quanto ao posicionamento da tutela à propriedade imaterial patrimonial no rol dos direitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil no art. 5º, incisos XXVII e XXIX.” (BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual*, cit., p. 45-46.).

Vide, nesse sentido, o percurso dos incisos XXVII a XXIX, do artigo 5º, da Carta da República, desde o Substitutivo 1, da Comissão de Sistematização, de 26 de agosto de 1987, passando pelo Substitutivo 2, de 18 de setembro daquele ano, em seguida pelos Projetos A, B, C e D, respectivamente, de 24 de novembro de 1987, 5 de julho de 1988, 15 de setembro de 1988 e 21 de setembro do mesmo ano até se chegar ao texto promulgado em 5 de outubro de 1988.³²

Como bem salientado pelo Ministro Celso de Mello, após a instalação da nova ordem constitucional,

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.³³

Simetricamente, no campo da propriedade intelectual, pode-se afirmar que o interesse social, assim como o desenvolvimento cultural, tecnológico e econômico do País são elementos da hipoteca social em que se sustenta e se legitima a concessão pelo Estado de tais direitos, os quais devem ser exercidos em consonância com o interesse coletivo.³⁴

³² LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilene; NICOLA, João Rafael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília, DF: Gráfica do Senado Federal, 2013. p. 74-45.

³³ ADI 2.213/DF. Relator o Ministro Celso de Mello, j. 4/4/2002, P, DJ de 23/4/2004.

³⁴ Calixto Salomão Filho assevera que “de há muito inserido em nossa Constituição, o princípio da função social da propriedade teve por muito tempo sua aplicação bastante restringida. Aplicado ao clássico conceito romano de propriedade estática, permitia limitação ao uso do bem e à sua disposição. Assim sua larga aplicação em matéria de desapropriação. Essa interpretação do princípio, como bem destacado pela doutrina, restringe seu verdadeiro alcance. O princípio refere-se também – e talvez de forma primordial – à propriedade dos bens de produção, isto é, ao exercício do poder de controle empresarial. Nesse caso a função social significa a utilização dos bens em benefício de terceiros. A classificação ‘bens de consumo/bens de produção’ não esgota, no entanto, a variedade dos bens que podem estar sujeitos à aplicação do princípio da função social. Existem também os bens de cuja utilização depende a possibilidade de concorrer em um determinado mercado. Trata-se dos chamados ‘bens de acesso necessário’. Em relação a estes deve-se falar, sem dúvida, em *função*

Ora, se por um lado o sistema de proteção da propriedade³⁵ intelectual pode ser considerado o método de incentivo³⁶, de premiação³⁷, mais eficiente para fomentar o desenvolvimento cultural, econômico e tecnológico do País³⁸, nota-se que sofreu, durante a marcha constitucional reproduzida acima, temperos e mitigações, os quais apareceram de maneira explícita na Constituição da República de 1988.

social, consistente não apenas em sua boa utilização, mas também em sua disponibilização a terceiros (geralmente concorrentes). Pode-se dizer que esta função existe toda vez que tais bens sejam detidos por monopolista de fato ou de direito. Como se verá mais adiante, esse conceito será extremamente útil na análise de uma série de condutas anticoncorrenciais. Em relação a estas muda completamente a face da política antitruste, transformado um direito antitruste geralmente passivo em algo interventivo, capaz de impor deveres de contratar. Também com relação às justificativas ocorre uma mudança. Como se verá, em especial aquelas jurídicas, baseadas na existência de monopólios legais (patentes, por exemplo), transformam-se radicalmente. Essas circunstâncias, antes que fontes de imunidade ao direito antitruste, geram deveres adicionais, consistentes exatamente no acesso supramencionado”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas, cit., p. 113.).

³⁵ Para Franco Montoro Filho: “A descoberta dessa propriedade de compatibilização do interesse individual com o interesse coletivo entusiasmou muitos economistas que a generalizaram e passaram a olhar o mundo real pela ótica de modelos de concorrência perfeita, por meio dos quais se demonstra, matematicamente, a eficiência alocativa dos mercados livres. Como decorrência dessa visão, surge a recomendação de que o governo deve ter a menor interferência possível no livre funcionamento dos mercados. Essa foi a primeira versão da moderna ideologia do Estado mínimo.” (MONTORO FILHO, André Franco. Convite ao diálogo. In: DIREITO e economia. São Paulo: Saraiva, 2008. p. X e XII.).

³⁶ Com respeito à remuneração do titular do direito sobre um bem intelectual, Remédio Marques entende que: “estes *direitos subjectivos* constituem ainda a *forma* e o *instrumento jurídico* adequado através do qual a remuneração daquela criação ou da simples *prestação empresarial* pode ser alcançada no mercado econômico; eles constituem os *titulos jurídicos* que melhor podem orientar as *escolhas racionais* dos consumidores (finais ou intermediários) e determinar os mecanismos de *avaliação econômica* das *criações* ou *prestações empresariais* susceptíveis de ser objetos de direitos, que o mesmo é dizer, *criações* ou *prestações empresariais* susceptíveis de transacção no mercado com menores custos de transacção.” (MARQUES, João Paulo Remédio. Propriedade intelectual e interesse público, cit., p. 294.). Para Cláudio R. Barbosa: “O desequilíbrio sistêmico da propriedade intelectual cria tensões políticas e externalidades as quais, ao serem absorvidas, alcançam resultado ineficiente pela exploração exacerbada ou limitada da informação consubstanciada nos bens intelectuais, ou pelo engessamento dos institutos da propriedade intelectual. Ainda que a tecnologia e os meios de incentivo derivados da propriedade intelectual funcionem como uma mola propulsora ou serviço que tenha algumas características exclusivas será diferenciado.” Continua o autor: “Vários dos questionamentos ao atual sistema jurídico da propriedade intelectual residem na inadequação de requisitos legais ao critério de criação. Patentes têm proteção superdimensionadas, reedições de personagens de uma obra inicial, versões e novas versões de uma mesma obra, enfim, a perpetuação da proteção sem novas ‘criações’, são alguns dos exemplos das críticas formuladas ao sistema de propriedade intelectual, fundado no binômio: ‘criação/não criação’”. (BARBOSA, Cláudio Roberto. *A relação entre informação, propriedade intelectual, jurisdição e direito internacional*, cit., p. 118-119.).

³⁷ Vide, nesse sentido, o ensinamento de Pedro Marcos Nunes Barbosa: “Registre-se que a tutela da propriedade intelectual – mesmo no presente século – é tida como fundamento e fomento aos investimentos, ao desenvolvimento social, tecnológico, e à padronização do comércio internacional.” (BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual*, cit., p. 34.).

³⁸ A respeito do sistema de propriedade intelectual como fomentador da inovação tecnológica, vide interessante artigo de LEONARDOS, Luiz; KUNISAWA, Viviane Yumy. O sistema de propriedade intelectual como fomentador da inovação tecnológica. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 76, p. 16-21,

Em palavras descongestionadas, o constituinte de 1988 não se contentou a deixar expresso que o exercício dos direitos de propriedade intelectual deve levar em consideração o interesse comum³⁹, mas determinou, ainda, que sejam concedidos pelo Estado para servirem de vetores do desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil, com o que, diante da nova ordem constitucional, não são tolerados abusos⁴⁰ em nome de interesses egoísticos⁴¹ de seus titulares.⁴²

maio/jun. 2005. Vide, ainda, Diretrizes da ABPI no sentido de que “O amparo científico da doutrina econômica e jurídica permite concluir que a inovação é importante vetor de desenvolvimento”. SOLOW, Robert. Technical change and the aggregate production function. *The Review of Economics and Statistics*, v. 39, n. 3, p. 312 e ss., Aug. 1957. Algumas teorias consagradas, como, por exemplo, a nova teoria do desenvolvimento econômico, coloca a inovação acima da abundância dos fatores de produção (capital, trabalho e insumo) para a competitividade empresarial, bem como releva a importância dos meios empregados direta e indiretamente pelos poderes públicos para incentivar o progresso tecnológico. ARROW, Kenneth. Economic welfare and the allocation of resources for invention. In: *THE RATE and direction of inventive activity: economic and social factors*. New York: Arno Press, 1962. p. 609-625. Reimpressão, 1975. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c2144.pdf>>. DEMSETZ, Harold. Information and efficiency: another viewpoint. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 12, n. 1, p. 1-22, 1969. LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The economic structure of intellectual property law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2003. DASGUPTA, Partha; STIGLITZ, Joseph. Uncertainty, industrial structure and the speed of R&D. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Santa Monica, v. 11, n. 1, p. 1-28, 1980. Por essa razão, releva-se a importância na proteção aos conhecimentos tecnológicos, que é incentivado indiretamente nas economias de mercado pela classificação desses conhecimentos como bens jurídicos de propriedade e determinação de exclusividade temporária de direitos. LEHMAN, Michael. The theory of property rights and the protection of intellectual and industrial rights. *IJC*, v. 16, p. 524 ss., 1985. (Direito da propriedade intelectual), bem como pela proteção à justa concorrência (repressão à concorrência desleal). ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Resolução Nº 68. Diretrizes para exame de contratos de transferência de tecnologia e licenciamento de direitos da propriedade intelectual sob uma perspectiva do direito antitruste. Disponível em: <<http://www.abpi.org.br/biblioteca2a.asp?Ativo=True&linguagem=Portugu%EA&secao=Biblioteca&subsecao=Resolu%E7%F5es%20da%20ABPI&id=1>>.

³⁹ Para Miguel Reale: “O Direito, porém, não visa a ordenar as relações dos indivíduos entre si para satisfação apenas dos indivíduos, mas, ao contrário, para realizar uma convivência ordenada, o que se traduz na expressão: ‘bem comum’. O bem comum não é a soma dos bens individuais, nem a média do bem de todos; o bem comum, a rigor, é a ordenação daquilo que cada homem pode realizar sem prejuízo do bem alheio, uma composição harmônica do bem de cada um com o bem de todos. Modernamente, o bem comum tem sido visto, – e este é, no fundo, o ensinamento do jusfilósofo italiano Luigi Bagolini, – como uma estrutura social na qual sejam possíveis formas de participação e de comunicação de todos os indivíduos e grupos.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*, cit., p. 55.).

⁴⁰ Para Pedro Marcos Nunes Barbosa: “[...] caso a liberdade do dono da patente ultrapasse as finalidades constitucionais de uso do direito de excluir, ele ‘despreza o direito fundamental de cada um à independência da arbitrariedade que obriga de outros e abusa do poder estatal para fazer valer sua arbitrariedade privada [...] ele qualitativamente não se distingue do despotismo qualquer’. [...] E tal deslize material fica ainda mais evidente quando se enxerga o titular da patente como alguém que recebe um *poder jurídico* na condição de promovê-lo dentro das metas constitucionais.” (BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual*, cit., p. 66.). “Mas a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um direito-função, atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas.” (COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., 1976, p. 307.).

Nesse contexto, cumpre ressaltar que a regra geral pode ser extraída do art. 5º, XXIII, uma vez que no nosso sistema jurídico, “a propriedade atenderá a sua função social.” Esse enunciado vincula o legislador ordinário, o Poder Judiciário e o titular do direito de propriedade, que deve direcionar seu exercício ao fim social a ele imanente.

Da mesma maneira, com relação ao direito de autor, Oliveira Assensão esclarece que

O direito de autor é garantido nos quadros do art. 5º, XXVII, da Constituição de 1988, no que respeita à vertente patrimonial. A Constituição é caracterizada por uma profunda entonação social. Daqui resulta imediatamente que a defesa do direito autoral como uma espécie de soberania sobre a obra ou prestação é equivocada. O direito autoral é protegido porque e enquanto contribui para o progresso social, uma vez que nenhum instituto é consagrado se dele não derivar vantagem social. Mais concretamente, o direito autoral está sujeito a todas as grandes determinações finalísticas coletivas que a Constituição exprime, como sejam

⁴¹ André Giacchetta aponta que “a exploração dos direitos advindos da propriedade industrial não podem ficar sujeitos tão-somente ao arbítrio do seu titular, que deve se amoldar às funções sociais e econômicas do privilégio desenvolvido. E é nesse compasso que a defesa da concorrência exercerá papel importante para a delimitação das práticas concorrenciais saudáveis a ordem econômica”. E continua: “[...] o Direito Industrial é uma ferramenta de desenvolvimento econômico e como tal deve também se submeter à ordem econômica.” (GIACCHETTA, André Zonaro. *A evolução do direito industrial e a sua relação com o direito da concorrência*. Trabalho apresentado no Curso de Pós-Graduação, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. fl. 4. Cópia cedida pelo autor.). Afirma, ainda, que, por um lado, “o exercício dos direitos industriais pode ocorrer de forma natural e legal ou pode derivar de atos ou condutas que visem tão-somente o alcance de interesses individuais, em desprezo aos interesses coletivos” e “os fatores econômico e social da propriedade industrial estão, dessa forma, relacionados à maneira pela qual o título concedido ao particular é por ele utilizado, posto que concedido com o fim único de sustentar o desenvolvimento econômico e tecnológico do país”, por outro lado, vê-se “necessidade de fiscalização pelo Estado da exploração dos direitos industriais, para que, de um lado, seja preservada a leal concorrência e, de outro lado, seja preservada a ordem econômica, pela manutenção da exploração da propriedade industrial dentro dos limites sociais e coletivos”. (Id. *Ibid.*, p. 11.).

⁴² Gama Cerqueira adverte, nesse sentido, que: “As leis da propriedade industrial podem ainda ser interpretadas e aplicadas tendo-se em vista a ordem pública, grandemente interessada nessa matéria, de modo que não se lhe sobreponham meros interesses individuais e, principalmente, convenções privadas que possam afetar os interesses da coletividade e burlar a aplicação do direito. Não se deve, porém, abusar deste conceito, invocando, sem propósito ou a propósito de tudo, os interesses da ordem pública ou da coletividade para cercear o exercício dos direitos da propriedade industrial e prejudicar injustamente as classes interessadas.” (CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, cit., v. 1, t. 1, p. 78.). Vide, ainda, a respeito, o disposto nos arts. 187 e 1.228 do Código Civil.



o serviço da cultura, do ensino, da investigação científica, da informação, da comunicação social, do acesso às fontes de informação. [...] Todo o direito atribuído deve servir simultaneamente o interesse público e o interesse privado. O atual emolumento dos poderes privados faz-se à custa do interesse coletivo. Quando a solução está pelo contrário na busca do necessário equilíbrio, de modo que aqueles interesses não se digladiem mas se combinem harmoniosamente na máxima satisfação das suas finalidades.⁴³

Note-se, assim, que a propriedade intelectual é funcionalizada. Interessa, portanto, saber qual finalidade visa atingir e o modo como são manejados os seus institutos. Assim, quando se fala da função social da propriedade intelectual, deve-se compatibilizar o interesse exclusivo do titular do direito com o interesse coletivo.

Nessa perspectiva, a função social intelectual aponta para o exercício harmonioso do direito de propriedade que satisfaça simultaneamente aos anseios de seu titular e da sociedade.⁴⁴ Com efeito, a vinculação de tais direitos à cláusula finalística referida acima é muito clara e aponta para o compromisso social da propriedade intelectual⁴⁵, com

⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito autoral numa perspectiva de reforma, cit., p. 18-19. Vide, ainda, as seguintes considerações: “O abuso do direito reside em um direito ser utilizado, não para a obtenção da vantagem para que foi concedido, mas como arma contra terceiros ou o interesse geral. Manifesta-se hoje particularmente no domínio do Direito da Concorrência. O titular do direito autoral tem um exclusivo. Pode usá-lo para falsear a concorrência, por exemplo, discriminando injustificadamente alguns concorrentes a quem nega autorizações que concede genericamente a todos os outros. É um ponto muito agudamente sentido hoje, em que o exercício anti-social do direito não pode deixar de ser combatido. A função social tem importância particular por a Constituição brasileira ser, ao que cremos, a que mais relevo dá a esta categoria. Expandem-se em muitos aspectos, como a função social do contrato, que é na sua formulação uma inovação muito importante do Código Civil. Também o direito autoral tem uma função social: não é, dissemos, uma soberania, não é absoluto. Deve ser exercido de maneira que a vantagem pessoal se combine com a social. É um campo importantíssimo de revisão, afastando o entendimento tacanho de um direito sujeito ao arbítrio do titular como critério único.” (Id. Ibid., p. 19.).

⁴⁴ Vide neste sentido as lições de Bobbio sobre chamada teoria “estrutural” do Direito. Uma extensa análise da denominada teoria “funcionalista” pode ser obtida em seu *Dalla struttura alla funzione*. Bobbio ressalta que: “É compreensível que, sendo diversa a perspectiva e, conseqüentemente diverso também o fim – o fim do sociólogo é descrever como vão as coisas, o fim do jurista é descrever como as coisas devem andar, – diverso é o tipo de operações intelectuais que um e outro desempenham sobre a mesma realidade e que, assim, os caracteriza.” (BOBBIO, Norberto. *Direito e ciências sociais*. In: BOBBIO, Norberto. *Da estruturação à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2010. p. 49.).

⁴⁵ A Suprema Corte dos Estados Unidos assim se manifestou sobre o objetivo da proteção conferida aos autores no caso *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co*: “The primary objective of copyright is not to reward the labor of authors, but to promote the Progress of Science and useful



vistas a que possa servir de motor para o desenvolvimento cultural, econômico e tecnológico do Brasil.

Por outro lado, a concessão e o exercício⁴⁶ de direitos de propriedade intelectual⁴⁷ em detrimento⁴⁸ das diretrizes referidas acima referidas desembocará em um estado de coisas inconstitucional, ou seja, contrário às bases constitucionais que lhes servem de justificativa, de fundamento.

Por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que tratou das chamadas “audiências de custódia”, o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu, no caso, o “estado de coisas inconstitucional” e explicou que esta concepção foi desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia ao identificar um quadro permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário.

Quer-se dizer com isso que o princípio fundamental ou núcleo central de atração ao redor do qual gravita o conjunto de normas que regem o sistema da propriedade intelectual é, indiscutivelmente, o progresso cultural, econômico e tecnológico do País, sem o que não se justifica a premiação estatal⁴⁹, sem o que não seria possível retirar

Arts. Art. 1, § 8, cl. 8. *Accord Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975). To this end, copyright assures authors the right to their original [p*350] expression, but encourages others to build freely upon the ideas and information conveyed by a work. Harper & Row, supra, at 556-557. This principle, known as the idea expression or fact-expression dichotomy, applies to all works of authorship. As applied to a factual compilation, assuming the absence of original written expression, only the compiler's selection and arrangement may be protected; the raw facts may be copied at will. This result is neither unfair nor unfortunate. It is the means by which copyrights advances the progress of science and art.”

⁴⁶ Elisabeth Kasznar Fekete ensina que, “No plano europeu, as regras básicas sobre as práticas abusivas de poder econômico encontram-se nos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma, que criou a União Européia” e que “[...] a União Européia estabeleceu distinção fundamental, que deverá cada vez mais prevalecer com relação a marcas, patentes e toda a sorte de know-how: a de que a titularidade dos direitos de propriedade industrial é coisa diversa do exercício de tais direitos – principalmente, quando tal exercício tiver conseqüências no âmbito do espaço comunitário. A primeira encontra-se regulada pela legislação interna de cada Estado-membro; o segundo sujeita-se ao disciplinamento comunitário. De fato, o mero exercício de um direito de propriedade industrial, por exemplo, através do ajuizamento de uma ação em que se pleiteie o amparo do direito outorgado por uma patente ou um registro marcário, ou, ainda, um registro de desenho industrial, não constitui, em si mesmo, uma infração ao art. 85, 1”. (FEKETE, Elisabeth G. *O regime jurídico do segredo de comércio no direito brasileiro*, cit., p. 192.)

⁴⁷ Geiger lembra que: “A propriedade intelectual é uma ilha de exclusividades num oceano de liberdades.” (Geiger apud BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual*, cit., p. 64.)

⁴⁸ Para Raz: “o interesse de uma pessoa não justifica manter outras sujeitas a deveres potencialmente pesados (burdensome) em relação a tais aspectos fundamentais de suas vidas.” (Raz apud BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual*, cit., p. 64.)

⁴⁹ Nesse sentido, Carlos Olavo observa: “Na medida em que fomentam a vontade de cada empresário de desenvolver o valor econômico dos direitos de que é titular, em ordem a aumentar a sua capacidade de ganho, são também instrumento do progresso técnico e econômico. Daí a necessidade de

fundamento válido da Constituição Federal para a concessão ou manutenção de tais direitos pelo Estado.

A propósito, Tullio Ascarelli, em sua *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, considera como base da propriedade intelectual o interesse geral no progresso cultural e técnico, assim como o interesse do consumidor.⁵⁰

Nessa linha de raciocínio, Denis Borges Barbosa também assevera que

[...] 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. [...]

conjugar devidamente o interesse individual do empresário com os interesses gerais da economia e dos consumidores por forma a que o elemento de monopólio contido nos direitos privativos da propriedade industrial não dê lugar a posições abusivas delimitação da concorrência. Tal conjugação implica que os direitos privativos de propriedade industrial, tal como as demais situações de monopólio, fiquem sujeitos ao princípio da tipicidade, como resulta, aliás da remissão constante do artigo 316 e dos artigos 1303, nº 2 e 1306 do Código Civil [Português].” No Brasil, os direitos reais também se subordinam ao princípio da tipicidade, que diz respeito ao seu conteúdo. Por este princípio, deve-se respeitar a moldura legal estabelecida pelo legislador quanto ao conteúdo dos direitos reais (não são elásticos quanto ao seu conteúdo). Correlato e complementar é o princípio da taxatividade, pelo qual são direitos reais somente aqueles previstos em lei (art. 1225 do Código Civil e legislação especial). Trata-se, portanto, de catálogo fechado (*numerus clausus*). Quanto a essas questões, Carlos Olavo lembra, ainda, os ensinamentos de José Oliveira Ascensão: “Terá que ser a norma que delimite, figura por figura, quais os produtos do intelecto que podem ser juridicamente tutelados, através da atribuição de um direito privativo. Nesses sectores, deixou de haver liberdade [...]. Os núcleos de exclusivo têm sido sucessivamente alargados; mas enquanto não surge a lei, por mais justificada que a tutela pareça, o direito não existe.” (Cf. Licções, p. 24 a 26 apud OLAVO, Carlos. *Propriedade industrial: sinais distintivos do comércio, concorrência desleal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 39.).

⁵⁰ “He partido de este cuadro, reafirmando una posición ya expuesta hace treinta años, precisamente de la crítica a la tesis que ve en la hacienda o en el aviamiento o en la idea organizadora un bien inmaterial tutelado, para pasar, al ilustrar la disciplina de la concurrencia y las instituciones que con esta están vinculadas, a poner el acento, remitiéndome a una de las constantes históricas de la disciplina, sobre el interés general al progreso cultural y técnico y sobre el interés del consumidor, identificando en una probabilidad de ganancia el interés tutelado en la disciplina privada de la concurrencia y por tanto también en la de los bienes inmateriales.” (ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, cit., p. 9.).

e que

[...] 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.⁵¹

Especificamente sobre a propriedade industrial, esclarece ainda que

[...] Não menos essencial é perceber que o art. 5º, XXIX, da Carta estabelece seus objetivos como um triângulo, 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.⁵²

Por todas essas razões, não se concebe, sob os auspícios da Constituição Federal de 1988, que direitos de propriedade intelectual sejam concedidos, exercidos ou mesmo interpretados⁵³ de maneira apartada

⁵¹ BARBOSA, Denis Borges. *Bases constitucionais da propriedade intelectual*. Disponível em: <<http://www.nbb.com.br/pub/propriedade13.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2006.

⁵² Id. *Ibid.*

⁵³ Alexandre de Moraes ensina que “a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade* com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüentemente retirada do ordenamento jurídico”. (*Direito constitucional*, cit., p. 11.). E lembra Canotilho que “a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de dicção (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela”. Conforme, ainda, entendimento do Supremo Tribunal Federal, citado por Alexandre de Moraes, “em matéria de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, admite-se, para resguardar dos sentidos que eles podem ter por via de interpretação, o que for constitucionalmente legítimo – é a denominada interpretação conforme a constituição”. (ADI 1.344-1/ES – medida liminar – rel. Min. Moreira Alves. Diário da Justiça, Seção 1, 19 abr. 1996, p. 12.212), p. 11-12.

das diretrizes que lhes servem de fundamento⁵⁴, as quais, repita-se, vinculam não apenas o legislador ordinário e o Poder Judiciário, mas também o próprio titular do direito para que direcione seu exercício ao efetivo desenvolvimento cultural, tecnológico e econômico do País, resumindo-se nesta fórmula o interesse público, social.⁵⁵

A funcionalização dos direitos de propriedade intelectual⁵⁶ também exige atenção especial dos operadores do direito quanto ao seu

⁵⁴Vide, a respeito, Gama Cerqueira: “A livre concorrência econômica é consequência da liberdade de comércio e indústria e age como elemento do progresso econômico de cada país. Mas degenera, transformando-se em agente perturbador desse progresso, quando os comerciantes e industriais, no afã de vencerem seus competidores, lançam mão de práticas e métodos ilícitos ou desleais. Daí a necessidade de intervenção do Estado para regulamentar a concorrência, coibindo os abusos da liberdade individual e mantendo a livre concorrência dentro de seus limites naturais.” (CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, cit., v. 1, t. 1, p. 81-82.). Lembre-se, ainda, a lição de Hely Lopes Meirelles: “Através das restrições impostas às atividades do indivíduo que afetem a coletividade, cada cidadão cede parcelas mínimas de seus direitos à comunidade e o estado lhe retribui em segurança, ordem, higiene, sossego, moralidade e outros benefícios públicos, propiciadores do conforto individual e do bem-estar social. Para efetivar essas restrições individuais em favor da coletividade o Estado utiliza-se desse poder discricionário, que é o poder de polícia administrativa.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 126.).

⁵⁵A respeito do princípio do interesse público ou supremacia do interesse público, vide a lição de Hely Lopes Meirelles: “O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares. [...] Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é o princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade [...]’ (Id. *Ibid.*, p. 96.).

⁵⁶Vide a respeito da função social da propriedade as lições de Fábio Konder Comparato. Essa linha de pensamento tem sua origem e mais forte representação, sem dúvida, nos escritos de Comparato, que ressaltam a função social da grande empresa e de seu controlador. COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 353, p. 14, mar. 1965; Id. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970; Id. *O poder de controle nas S/A*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996; e Id. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 25, n. 63, p. 71 e ss., jul./set. 1986. Esses escritos têm caráter bastante específico, na medida em que, compartilhando o jus-realismo da Escola de Direito Econômico (e sem dúvida influenciando-o, no sentido de busca dos interesses por trás das normas), incluem também forte elemento dogmático-aplicativo (daí o nome escolhido para identificá-la), procurando refazer subsistemas legislativos (direito societário, direito do consumidor, etc.) com base na identificação de interesses sociais e políticos antes revelados e na função que estes devem desempenhar. Nesse sentido, bastante expressivo é o seguinte trecho: “Até agora a doutrina jurídica tem-se preocupado quase que exclusivamente com o direito formal, suscitando querelas especiosas e insolúveis a respeito da autonomia dos diferentes ramos do Direito. Não seria tempo de se admitir modestamente o que outras Ciências Sociais já admitiram desde a primeira hora: que, ao lado de uma análise de conceitos e categorias, existe um estudo de técnicas? Que ao lado de um direito formal deve haver lugar para um direito aplicado? O direito econômico aparece assim como um dos ramos deste Direito aplicado, que supõe evidentemente um conhecimento prévio de categorias formais que se situam tradicionalmente na teoria geral do direito

adequado manejo, com vistas a que sejam atingidos os objetivos idealizados pelo legislador constitucional.⁵⁷

Em caso de confronto entre os interesses egoísticos dos titulares de direitos de propriedade intelectual e o interesse social⁵⁸, deve-se aplicar o princípio da soberania do interesse público sobre o particular, seja por expressa determinação do texto constitucional, seja em razão do que dispõe o art. 2º da Lei de Propriedade Industrial, que encontra ressonância no art. 7º do TRIPS.⁵⁹

Por fim, cumpre rememorar aquilo que já afirmamos na nossa dissertação de mestrado,⁶⁰ ou seja, no campo da propriedade intelectual, em que é fértil a criação de novos direitos absolutos, discute-se, de maneira apaixonada, a tensão entre a necessidade de proteção de novos tipos de criações intelectuais e os obstáculos que uma proteção demasiada⁶¹

privado ou na teoria geral do direito público. E a sua unidade, ou se se preferir, a sua autonomia, nos é dada pela sua finalidade: traduzir normativamente os instrumentos de política econômica do Estado.” A postura institucionalista do direito concorrencial, ora defendida, procura, sem dúvida, filiar-se a esta corrente realista funcional. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*, cit., p. 146.).

⁵⁷ José Afonso da Silva ensina que: “A funcionalização da propriedade é um processo longo. Por isso é que se diz que ela sempre teve uma função social. Quem demonstrou isso expressamente foi Karl Renner, segundo o qual a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção. E toda vez que isso ocorreu, houve transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela [...] Limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do direito, e se explicam pela simples atuação do poder de polícia.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 285.).

⁵⁸ Vide, a propósito, interessante reflexão de Pedro Marcos Nunes Barbosa: “Assim, o comércio e a sociedade capitalista buscaram no direito da propriedade imaterial a resposta desejada, conquanto a proteção de suas atividades lhes apresentassem ser (e foi) interessante. Dessa forma, por muito tempo foram desenvolvidas tutelas dentro do sistema jurídico, no foco capitalista do reino mercadológico, ignorando outros valores insitos ao Estado Social.” (BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual*, cit., p. 34-35.).

⁵⁹ De acordo com o disposto no artigo 7º do acordo TRIPS, “A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de 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 econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”. Ao comentar o referido artigo, Guilherme Carboni explica: “Verifica-se, portanto, que o TRIPS traz um dispositivo prevendo expressamente a função social dos direitos de propriedade intelectual (e, consequentemente, do direito de autor), qual seja: a promoção da inovação tecnológica, bem como a transferência e a difusão de tecnologia, em benefício, inclusive, dos usuários de conhecimento tecnológico.” (CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 108.).

⁶⁰ SANTOS JÚNIOR, Walter Godoy dos. *Contribuição para o estudo da marca tridimensional*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

⁶¹ Cláudio Roberto Barbosa lembra a afirmação de LORD MANSFIELD e KOZINSKI no caso *White vs. Samsung Electronics America, Inc.*: “[...] superproteger a propriedade intelectual é tão nocivo quando

poderia trazer em desfavor dos ideais de desenvolvimento tecnológico, econômico e social que lhes servem de fundamento.⁶²

Com efeito, o que se põe em causa é o ténue equilíbrio⁶³ entre a justa recompensa do esforço intelectual humano, consistindo na concessão de uma proteção exclusiva, e o estímulo⁶⁴ à evolução industrial e cultural que aconselha impor um prazo⁶⁵ a essa proteção, findo o qual o objeto protegido poderá ser utilizado livremente por todos.⁶⁶

subprotegê-la. A criatividade é impossível sem um rico domínio público e mais, nada, hoje, assim como nada, desde que dominamos o fogo, é genuinamente novo: cultura, como ciência e tecnologia cresce por incrementos, cada novo criador construindo sobre o trabalho daqueles que vieram antes. A superproteção tem assim o efeito contrário ao pretendido.” (apud BARBOSA, Cláudio Roberto. *A relação entre informação, propriedade intelectual, jurisdição e direito internacional*, cit., p. 114.). Ver também *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. vs. Kalpakian*, 446 F.2d 738, 742 (9th Cir. 1971); *Apple; Altai*, p. 704; *Feist Publications, Inc. vs. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 354 (1991) (“*This is precisely the kind of ‘wasted effort that the proscription against the copyright of ideas and facts [is] designed to prevent.’*”).

⁶²Gama Cerqueira ressalta que “Malgrado a diversidade dos direitos incluídos na propriedade industrial, quanto ao seu objeto e conteúdo, e as peculiaridades de cada instituto, são idênticos o fundamento e a natureza desses direitos, como idêntica é a natureza dos objetos sobre os quais se exercem. Os mesmo princípios regem, também, os direitos da propriedade literária, científica e artística, que possuem o mesmo fundamento e natureza, recaindo sobre objetos de natureza semelhante. Estabelece-se, assim, não só a unidade dos institutos da propriedade industrial entre si, como a unidade entre esta e a propriedade literária, científica e artística, como partes integrantes de um sistema jurídico mais amplo, o da propriedade imaterial”. (CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, cit., v. 1, t. 1, p. 8.).

⁶³Newton Silveira ensina que “Busca-se limitar o âmbito temporal e territorial das patentes, sem, no entanto, desestimular a criação industrial, para o fim de encontrar um justo equilíbrio entre os monopólios de fabricação e o interesse da comunidade. Mesmo na área de direitos de autor, a exclusividade sobre as obras artísticas não é absoluta, encontrando limites, também, na ordem econômica e social”. (SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual no novo Código Civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.silveiraadvogados.com.br/port/artigo-completo.asp?id=19>>. Acesso em: 13 nov. 2003.). Quanto às marcas, ressalta que “Os dois textos – o constitucional e o da lei ordinária – impõem ao intérprete e aplicador do Código da Propriedade Industrial uma posição de equilíbrio, qual seja, a de procurar coibir a fraude às marca em uso efetivo, sem, entretanto, exagerar nas medidas protetoras, cujos excessos consagrariam ou facilitariam os monopólios”. (SILVEIRA, Newton. Propriedade imaterial e concorrência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 75, n. 604, p. 271, fev. 1986.). Para Remédio Marques, os direitos de propriedade intelectual “constituem direitos subjectivos patrimoniais privados, constitucionalmente tutelados [...], que protegem as diversas formas de criação intelectual ou de prestação empresarial”. O renomado autor assinala que “o próprio regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual procura, apesar de tudo, atingir um equilíbrio entre os interesses individuais dos titulares e os interesses públicos (bem como os interesses gerais) ligados, por exemplo, à promoção da inovação tecnológica (patente, modelo de utilidade, topografias de produtos semicondutores), à competitividade das empresas, à proteção das manifestações artísticas aplicadas aos objetos utilitários (desenhos e modelos e direito de autor), e à proteção das manifestações culturais stricto sensu (direito de autor)”. (MARQUES, João Paulo Remédio. Propriedade intelectual e interesse público, cit., p. 322-323.).

⁶⁴Gama Cerqueira ressalta que “[...] de fato, a proteção legal desses direitos inspira-se na necessidade de animar as ciências e as artes e de promover o progresso das indústrias”. (CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, cit., v. 1, t. 1, p. 102.).

Aqui vale também a transcrição do raciocínio desenvolvido por Karin Grau Kuntz a respeito das patentes, mas que, a rigor, se amolda a todo o sistema da propriedade intelectual:

O reconhecimento do sistema de patentes implica, de forma conclusiva, a afirmação de que a) como instrumento de fomento de bem-estar social este sistema é tomado no corpo do ordenamento brasileiro como um sistema desejado; b) este sistema não é garantido de forma absoluta, estando condicionado aos princípios norteadores do próprio

⁶⁵ Tullio Ascarelli pondera que “La disciplina y la duración del derecho sobre el bien inmaterial (por ello limitado en el tiempo respecto de los diversos tipos de bienes inmateriales), se armoniza con el progreso técnico o cultural o con la tutela de la elección del consumidor a la que se reconduce la misma justificación de su existencia jurídica y, por otra parte, es la gravedad del derecho absoluto a la utilización de una creación intelectual, dados los elementos monopolísticos (en el sentido económico del término) que le son inherentes, la que impone precisamente su delimitación y el cuidado para evitar los peligros que aquella tutela lleva aparejados”. (ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, cit., p. 40-41.).

⁶⁶ Gama Cerqueira ensina: “Objeta-se, porém, que reconhecer esse direito e assegurá-lo ao inventor e seus sucessores, de modo perpétuo, não seria possível, porque a coletividade é também interessada nas invenções que se realizam e que visam satisfazer às suas necessidades, reclamando a livre utilização delas. Assim, se é justo encorajar os inventores e incentivar as suas atividades, em benefício do progresso econômico e social, não é conveniente aos interesses da sociedade que as invenções permaneçam indefinidamente ao serviço exclusivo de pequeno número de inventores, ainda com risco de se concentrarem em mão de pessoas em número mais restrito que se organizassem em trusts para explorá-las com detrimento da coletividade. É necessário, pois, que, dentro de algum tempo, a exploração do invento seja livre. No caso contrário, criar-se-iam monopólios incompatíveis com os interesses da sociedade, acompanhados de todos os seus inconvenientes. Só o inventor poderia explorar a invenção, como lhe conviesse, impondo à coletividade os ônus que entendesse, como poderia deixar de explorá-la, privando-a de seus benefícios e vantagens. Por outro lado, como já vimos, alega-se que, sendo as invenções, de certo modo, um produto do meio social e existindo em todas elas uma parte não original, não pode o inventor pretender a sua propriedade perpétua. São as mesmas objeções de ordem econômica, levantadas contra o direito do inventor, que aqui se erguem contra a perpetuidade de seu direito. De fato, se alguns escritores, principalmente economistas e sociólogos, julgam ilegítimo o direito pretendido pelos inventores, sob o fundamento, entre outros, de que a invenção não lhes pertence integralmente, outros escritores reconhecem o valor da contribuição do inventor, mas consideram-na insuficiente para justificar a perpetuidade de seu direito. Como quer que seja, por esses ou por outros motivos, o certo é que as leis da quase totalidade dos países concedem ao inventor, sob certas condições, o direito exclusivo de usar e explorar a invenção, mas limitam esse direito a certo prazo considerado suficiente para permitir ao inventor que tire de sua criação um proveito legítimo. Mantêm-se, pois, as leis, entre os extremos de recusar ao inventor qualquer direito ou de consagrar a perpetuidade de seu privilégio; e assim se conciliam os interesses antagônicos do inventor e da coletividade.” (CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, cit., v. 1, t. 1, p. 216-217.). O autor lembra, ainda, que “a questão da temporalidade do direito do inventor apresenta-se, portanto, como uma questão de política legislativa, fundada em considerações de ordem prática ou, melhor, de ordem econômico-social”. (Id. *Ibid.*, p. 218.). E que “É sempre, pois, o critério econômico que justifica a temporaneidade do direito do inventor, imposta pela lei, e não a natureza de seu objeto”. (Id. *Ibid.*, p. 220.).



ordenamento ou, em outras palavras, ao interesse público.

Tais assertivas são tão óbvias e lógicas, que na verdade não deveriam ser motivo de surpresas e muito menos de comoções. Então, pergunta-se, por que geram polêmica? Geram polêmica porque o que a doutrina quer discutir não é, na verdade, a interpretação do inciso XXIX do art. 5º da Constituição, mas antes a qualidade da decisão política que instrumentaliza o sistema de patentes. Como instrumento concorrencial que é, o sistema de patentes é potencialmente revestido de grande valor como um meio de implementação de políticas públicas. Não há como negar tal característica a ele. Pretender ver neste instituto um fenômeno estático, não passível de instrumentalização, é expressão de idealismo em sua mais pura concepção. E o idealista, valendo-me das palavras do escritor austríaco Alfred Polga, é aquele que passa sem dificuldade nenhuma através de paredes, mas que acaba por se ferir ao bater contra o ar. A discussão política, a batalha de opiniões de grupos defendendo interesses antagônicos são, não só essenciais para o processo democrático, mas também saudáveis no sentido de propiciar o crescimento intelectual, expresso na chance de se reverem posições pessoais ou de até mesmo ainda mais se convencer do acerto das posições adotadas. Porém, tal discussão só será positiva, tanto do ponto de vista democrático, quanto do ponto de vista de crescimento intelectual, se procedida a partir de premissas verdadeiras ou, em outras palavras, de premissas consoantes com os princípios que norteiam a ordem jurídica brasileira. A discussão calcada em premissas falsas, como aquelas que, ao enaltecerem ao extremo o sistema de patentes, veem nele supremacia sobre a noção do público, como se fosse possível a sua existência fora do ordenamento jurídico, só pode levar a falsas conclusões. Mas ainda muito pior do que estas contendas baldadas, o discurso rabulista é nocivo especialmente porque desvia a atenção do cerne da questão, daquilo que pede urgentemente ser pauta de discussão sóbria e séria no Brasil, nomeadamente da necessidade de se



debater sobre a qualidade e a extensão dos efeitos da política pública que instrumentaliza o sistema de patentes⁶⁷.

À guisa de conclusão e diante do panorama constitucional desenhado acima, percebem-se, com bastante nitidez, os contornos publicísticos do sistema da propriedade intelectual, que não colidem com os interesses individuais dos titulares destes direitos, mas devem ser com eles inteira e plenamente compatíveis⁶⁸, para que sirvam de vetores do desenvolvimento cultural, social e econômico em razão dos quais foram originalmente concebidos, prestigiando-se, assim, a função social dos direitos da mente.

⁶⁷ GRAU-KUNTZ, Karin. *Direito de patentes* – sobre a interpretação do artigo 5º, XXIX da Constituição brasileira. Cruzeiro/Newmarc Propriedade Intelectual. Disponível em: <http://www.newmarc.com.br/ibpi/d_pat.html>.

⁶⁸ A propósito deste tema, vide as seguintes ponderações: “Portanto, na eventual existência de um conflito (aparente) entre o direito individual (propriedade) e o direito social (acesso) e coletivo (concorrência), poderá ser necessário o uso da *ponderação* moderada entre tais interesses juridicamente protegidos. Entretanto, até mesmo a ponderação poderá ser dispensada pelo uso adequado do conceptualismo à titularidade, eis que ‘cada direito corresponde a um conceito que deve levar em conta os fins próprios [...] sua história, as necessidades de convivência social e os demais direitos. Delineados dessa forma, os conceitos dos diferentes direitos formarão uma unicidade harmônica e, assim, eliminando o conflito entre eles’.” (Barcellos apud BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual*, cit., p. 65.). No mesmo sentido, “Quanto mais a intervenção legal afetar expressões elementares da liberdade de ação humana, tanto mais cuidadosamente devem ser sopesadas as razões utilizadas como fundamentação contra a pretensão básica de liberdade dos cidadãos [...]”. “Esse postuladado corresponde, com exceção do aspecto relativo ao cuidado, à lei de sopesamento formulada anteriormente, segunda a qual o aumento no grau de afetação de um princípio exige um correspondente aumento no grau de importância na satisfação do princípio ocidente”. (Alexy apud BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual*, cit., p. 66.).



