

Garantias constitucionais aos bens imateriais

NEWTON SILVEIRA

Doutor em Direito pela Faculdade de
Direito da USP. Advogado

SUMÁRIO

- 1) *Introdução — a nova Constituição*
- 2) *Tratamento do tema nas Constituições brasileiras*
- 3) *Patentes para a indústria farmacêutica no Brasil*
- 4) *A pressão dos países desenvolvidos — indústria farmacêutica e programas de computador*
- 5) *A experiência italiana*
- 6) *A Ordem Econômica e Social*
- 7) *Conclusão*

1. Está na ordem do dia a elaboração de uma nova Constituição para o Brasil, que se espera surja do consenso do povo e dos juristas, de forma que aos anseios populares se some a melhor técnica jurídica, indispensável para que a nova Constituição seja um instrumento eficaz para a almejada ordem política e social.

Na discussão de tantos temas aptos a empolgar a opinião pública, é possível que passem despercebidos outros não menos importantes, que por seu tecnicismo correm o risco de serem considerados de importância secundária, deles se desinteressando os políticos e tornando-se, assim, alvo fácil do *lobby* dos grupos de pressão.

Entre estes, de magna importância para o desenvolvimento nacional, encontram-se as normas que garantem a exclusividade

sobre os chamados bens imateriais, as patentes, sinais distintivos dos empresários e direitos de autor.

É preciso, pois, que a Assembléa Constituinte esteja alertada sobre a questão, para que não se abandone a tradição do nosso direito e se ponha em perigo o desenvolvimento econômico, exatamente quando o País se aproxima do estágio de industrialização plena.

2. O legislador constitucional brasileiro sempre foi muito prudente e sábio, ao acolher no seio da Constituição os monopólios sobre os bens imateriais, equilibrando-os com a liberdade de indústria, seja sob o manto do livre exercício de trabalho ou profissão, seja sob o da liberdade de iniciativa.

Assim é que o art. 72 da Constituição de 24-2-1891 previa, em seu § 24, a liberdade do exercício de qualquer profissão moral, intelectual ou industrial.

O § 25 dispunha que "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*".

O § 26 protegia as obras literárias e artísticas, tanto em relação aos seus autores, quanto aos seus herdeiros, "pelo tempo que a lei determinar". O § 27 também delegava ao legislador ordinário a incumbência de assegurar a propriedade das marcas de fábrica.

A Constituição de 16-7-1934 arrolava no art. 113 os mesmos direitos: no § 13, a liberdade de profissão; no § 18, o privilégio temporário para os inventores, outorgado pela lei, a qual deveria prever a alternativa de justo prêmio pela vulgarização do invento, *quando convenha à coletividade*; no § 19, a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial e, no § 20, o direito dos autores de obras literárias, artísticas e científicas, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei determinar.

A Carta Magna de 10-11-1937 fez menção, tão-somente, à liberdade de profissão, trabalho, indústria ou comércio, em seu art. 122, § 8º, omitindo-se quanto aos direitos sobre os bens imateriais.

Na Constituição de 18-9-1946, voltou o art. 141 a prever, ao lado da liberdade de profissão (§ 14), o privilégio temporário, garantido por lei, aos inventores, com a alternativa de justo prêmio pela vulgarização do invento (§ 17), a propriedade das marcas e a exclusividade do nome comercial (§ 18) e o direito exclusivo dos autores, transmissível aos herdeiros (§ 19).

O art. 153 da Emenda Constitucional de 17-10-69 repete, de forma quase idêntica, o teor do art. 150 da Constituição de 24-1-67, nos §§ 23, 24 e 25. Os §§ de mesmos números do texto vigente tratam, a par da liberdade de trabalho, ofício ou profissão (§ 23), da propriedade industrial (§ 24) e do direito autoral (§ 25). Enquanto para estes assegura, diretamente, o direito exclusivo dos autores, deixando à lei apenas o encargo de determinar o tempo de proteção para os herdeiros, no que toca à chamada propriedade industrial delega à lei ordinária garantir privilégio temporário aos autores para a utilização de inventos industriais e assegurar a propriedade das marcas e a exclusividade do nome comercial. Prudentemente, reserva a Constituição o termo *propriedade* somente para as marcas, utilizando as expressões *privilégio temporário* e *direito exclusivo* para os demais bens imateriais, sem quebrar a tradição das Constituições precedentes. Trata-se de posição coerente e consciente do legislador, que nada tem a ver com a definição da natureza jurídica do direito sobre tais bens, pois essa tarefa não compete ao legislador constitucional.

3. As leis de propriedade industrial de todos os países do mundo excluem certas classes de invenções do rol dos inventos que podem ser objeto dos monopólios temporários garantidos por patentes. Assim é com as invenções contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes. Alguns países, cada qual de acordo com as suas conveniências, excluem, também, certos produtos ou ramos industriais da patenteabilidade, e as Convenções Internacionais reconhecem e respeitam as restrições estabelecidas pelas leis internas de cada país contratante, como é o caso da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, da qual o Brasil é signatário.

No Brasil, já a Lei nº 3.129, de 14-10-1882, declarava que não podiam ser objeto de patente as invenções contrárias à lei ou à moral, as ofensivas da segurança pública e as nocivas à saúde pública. As mesmas proibições foram mantidas pelo Decreto nº 16.264, de 19-12-1923. O Código da Propriedade Industrial de 1945, instituído pelo Decreto-Lei nº 7.903, ampliou o rol das invenções não privilegiáveis em seu art. 8º, passando a proibir, entre outras, em seu inciso 2º, a concessão de patentes para “invenções que tiverem por objeto substâncias ou produtos alimentícios e medicamentos de qualquer gênero”.

Informa João da Gama Cerqueira, em seu *Tratado da Propriedade Industrial*, que o projeto da lei de 1882 já incluía os produtos alimentares e farmacêuticos entre as invenções não patenteáveis, ressalvados os privilégios relativos aos processos de fabricação, mas que, no Senado, a Comissão de Obras Públicas combateu essa proibição, fundando-se na Constituição e na resolução do Congresso

internacional reunido em Paris, em 1878, segundo a qual as patentes deviam ser concedidas também aos inventores de produtos químicos, alimentares e farmacêuticos (cf. nota ao pé da p. 114 do vol. II, tomo I, do *Tratado*, ed. de 1952).

Acerca da proibição estabelecida no nº 2 do art. 8º do Código de 1945, comentava GAMA CERQUEIRA que “a lei visa a evitar os abusos que poderiam praticar-se à sombra dos privilégios, não só no que se refere ao preço desses produtos, que poderiam elevar-se arbitrariamente, como no tocante à sua produção. Entende-se que produtos que podem ser essenciais à subsistência ou à saúde devem ser livremente explorados”. E conclui: “Parece-nos acertada a disposição que exclui os produtos alimentícios e medicinais do regime das patentes” (*op. cit.*, pp. 114/115).

O Código da Propriedade Industrial vigente, promulgado pela Lei nº 5.772, de 1971, relaciona no art. 9º as invenções não privilegiáveis, entre elas, no item c, as substâncias, matérias, misturas, ou produtos alimentícios químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, ampliando-se, desde a lei anterior, a proibição, para incluir também os processos da fabricação de tais produtos.

Sobre tais exceções já escrevia GAMA CERQUEIRA, em seu *Tratado*, que “não dependem do direito do inventor, sendo determinadas por motivos de ordem econômica ou outros” (*op. cit.* p. 128).

4. Exatamente devido a motivos de ordem econômica, o Brasil vem sendo pressionado pelos países desenvolvidos a conceder proteção a certas criações que exigem grandes dispêndios em pesquisas, como é o caso das indústrias farmacêuticas e, mais recentemente, dos programas de computador, ou *software*.

Quanto aos últimos, essa pressão tem sido aberta e declarada, normalmente vinculada à concessão ou renovação de empréstimos internacionais. Os países desenvolvidos optaram por conceder direitos de autor ou *copyrights* sobre as criações de programas de computador e pretendem que o Brasil adote idêntica postura, o que implicaria em enorme evasão de divisas por pagamentos de *royalties* a título de direitos autorais, visto que estes não foram previstos e nem se acham limitados pela Lei nº 4.131, de 1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior.

A indústria farmacêutica tem sido mais sutil e tem tentado derrubar a proibição pela via de declaração judicial de inconstitucionalidade da proibição estabelecida no art. 9º, c, do Código da Propriedade Industrial. Não tem logrado sucesso, entretanto.

A constitucionalidade desse dispositivo foi confirmada por acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal de 13-4-82, no Recurso Extraordinário nº 94.468-1-RJ, do qual foi relator o Ministro Néri da Silveira (*RDM*, nº 56, pp. 130 e segs.), e tem a seguinte ementa:

“O legislador ordinário pode definir o que não é patenteável, seguindo critérios técnicos. Não dispôs o legislador ordinário em afronta ao espírito do dispositivo constitucional referido quando, no art. 9º, letra c, da Lei nº 5.772/71, vedou a privilegiabilidade quanto às substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como aos respectivos processos de obtenção ou modificação.
Recurso extraordinário não conhecido.”

O apelo extremo foi interposto pela Universidade de Strathclyde, da Escócia, a qual impetrara mandado de segurança contra o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, que lhe indeferira pedido de patente para um “processo de preparação de derivados de pteridina”. Denegada a segurança, a impetrante recorreu ao TFR, que, pela 3ª Turma, negou provimento à apelação, unanimemente, em acórdão da lavra do Min. Armando Rollemberg, em cuja ementa destacou:

“A fixação de limites à garantia do privilégio de invenção, atendendo ao interesse público e à tradição do nosso direito, está implicitamente autorizada na Constituição, à qual se ajusta, portanto, o art. 9º, c, da Lei nº 5.772/71.”

Em seu relatório, perante o TFR, o Min. Armando Rollemberg refutou a alegada inconstitucionalidade nos seguintes termos:

“O privilégio não decorre, no caso concreto, diretamente da norma constitucional, que não é auto-executável nem bastante em si mesma, mas da lei ordinária... Na elaboração da lei, deve o legislador ordinário atender às diretrizes de ordem programática, limitativas do direito de propriedade, cuja função social é reconhecida e será mantida mediante a repressão ao abuso do poder econômico (art. 160, III e V, da Constituição federal”).

No STF, o Relator, Min. Néri da Silveira, transcreveu parecer da Procuradoria-Geral da República, o qual referiu decisão anterior do TFR, em caso similar, cujo voto vencedor assim concluía:

“Isto posto e levando em conta que a proibição, em tais casos, objetiva o bem coletivo, pelo que prevalece sobre a disciplinação que anteriormente regulava a matéria, reformo a sentença e casso a segurança.”

Referiu, ainda, o Min. Relator, decisão do Plenário da Suprema Corte que já se manifestara pela constitucionalidade da norma em apreço, quando votara, contra o Min. Clóvis Ramallete e seguindo o voto do Min. Moreira Alves, no sentido de que a norma constitucional não garante a patenteabilidade de qualquer invento, cabendo ao legislador ordinário disciplinar a matéria tendo em conta o espírito da norma constitucional.

A decisão da 1ª Turma do STF foi unânime, nos termos da ementa acima mencionada.

Comentando, entretanto, essa decisão, o advogado Sebastião Silveira (in *RDM*, n. 56, p. 136), assim se manifestou:

“A decisão terminativa, retratada na ementa supra-transcrita, envolve matéria constitucional de suma importância, altamente controvertida e ainda suscetível de polêmica.”

Por aí se vê quão delicada é a questão da redação do texto constitucional, o qual não deve deixar margem a dúvidas ou perplexidades.

5. Em livro editado em 1972, sob o título *Patents Why* e dirigido aos executivos de empresas farmacêuticas com sede em países industrializados, são feitas severas críticas à lei italiana, que à época também negava privilégios aos produtos farmacêuticos e seus processos de fabricação. Para demonstrar que a falta de patentes no setor não evita os monopólios estrangeiros, seu autor, JUCKER, alegava que “uma análise da indústria farmacêutica italiana mostra que este setor é dominado por grupos estrangeiros na extensão de 72%. O grupo italiano controla somente 28% deste setor” (p. 95). Contraditoriamente, em sua conclusão, afirma que a não-concessão de patentes elimina o incentivo para que os industriais nacionais e estrangeiros invistam em novas empresas, investimento esse de que, é claro, necessitam desesperadamente os países em desenvolvimento (p. 108).

Referindo-se ao direito italiano, TULLIO ASCARELLI, em sua *Teoria da Concorrência e dos Bens Imateriais*, mencionava que o direito considera demasiado gravosa a carga resultante da patenteabilidade de determinados tipos de inventos, que por isso são excluídos e por isso se admite que possam ser livremente utilizados por qualquer um (Ed. Barcelona, 1970, p. 507), acrescentando que o art. 14 da lei excluía a patenteabilidade dos inventos relativos a produtos e a processos medicinais (p. 509). Cita em sua obra

decisão da Corte Constitucional da Itália, de 26-1-57, que admitiu a constitucionalidade do art. 14 da lei de patentes (p. 511).

Posteriormente, por decisão de 20-3-78 a mesma Corte Constitucional declarou inconstitucional o art. 14, § 1º, da Lei de Patentes italiana de 1939. Em consequência, a partir daquela data, os produtos farmacêuticos e seus processos de fabricação são patenteáveis na Itália. A nova lei italiana de patentes de 22-8-79 não faz qualquer referência a patentes para produtos farmacêuticos, tendo eliminado a restrição do § 1º do art. 14 da lei anterior.

As consequências da modificação da lei logo se fizeram sentir, pois atingiu fabricantes italianos que exploravam invenções de boa fé, certos de que os pedidos de patentes em tramitação seriam rejeitados por não serem privilegiáveis.

Em 1981 foi apresentado projeto de lei buscando minimizar os efeitos da nova lei de patentes, o qual foi aprovado pelo Senado italiano em 18-3-81, mas não chegou a ser discutido na Câmara dos Deputados. O projeto era defendido pelas pequenas empresas italianas e atacado pelas empresas estrangeiras e grandes empresas italianas.

6. TULLIO ASCARELLI, em sua obra citada (p. 9), considera como base do direito industrial o interesse geral no progresso cultural e técnico e o interesse do consumidor.

Tal posição destaca a constante contraposição entre os direitos exclusivos dos autores e inventores e o interesse geral da comunidade.

As Constituições modernas contemplam, ao lado da liberdade de iniciativa, a utilidade social, criando mecanismos de controle da atividade econômica coordenada a fins sociais.

Tal atitude reflete-se diretamente sobre a tutela dos chamados "bens imateriais" resultantes da criação intelectual, limitando sua duração para o fim de harmonizá-los com o progresso técnico e cultural e a tutela do consumidor, buscando delimitar tais direitos, em especial no campo industrial.

Na Constituição brasileira, o direito exclusivo conferido aos autores de inventos e obras artísticas através dos §§ 24 e 25 do art. 153 encontra sua recíproca na liberdade de iniciativa e na função social da propriedade (Tít. II, "Da Ordem Econômica e Social", art. 160, I e III). A ordem econômica e social apareceu pela primeira vez no Brasil na Constituição de 1934, constando

também nas Cartas de 1937 e 1946, tendo sido o desenvolvimento econômico erigido, na Constituição de 24-1-67, em um dos princípios basilares da ordem econômica brasileira, tendo como fim a realização da justiça social, precedido pelos princípios da liberdade de iniciativa, função social da propriedade e repressão ao abuso do poder econômico, entre outros (art. 157). A Emenda Constitucional de 17-10-69, também relaciona, no art. 160, os mesmos princípios para o fim de realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social.

Tais restrições no campo das patentes, reflexo do dirigismo estatal contemporâneo, quanto à exclusão do amparo da lei a certas classes de invenções, à redução de seus prazos de vigência, à caducidade por falta de exploração do privilégio, à obrigatoriedade do pagamento de taxas de manutenção das patentes, se somam à territorialidade da proteção e ao formalismo no exame e concessão das patentes.

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.

Ocorre, no caso, um confronto entre direitos de naturezas diversas, sendo o legislador forçado a optar por aquele que mais beneficie a coletividade. Essa contraposição evidencia-se no art. XXVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (aprovada na II sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas a 10-12-48), cuja primeira parte prevê o direito de todos de participar da vida cultural, fruir das artes e participar do progresso científico e de seus benefícios, enquanto o inciso 2 garante ao autor a proteção de seus interesses morais e materiais.

7. Há que estar atento, assim, o legislador constitucional, para que a proteção aos bens imateriais não ultrapasse a justa medida, vindo a conflitar com as normas programáticas da ordem econômica e social.

Aliás, tratando tais bens imateriais de bens econômicos, melhor estaria localizada sua proteção não no capítulo dos direitos e garantias individuais, mas no título da ordem econômica e social. Para que não haja mais dúvidas na interpretação do texto constitucional, o novo, a ser elaborado, deveria deixar clara a delegação ao legislador ordinário para estabelecer a duração, forma e requisitos do exercício dos direitos exclusivos sobre as inovações técnicas e obras artísticas, de acordo com sua função social.