

DELIBERAÇÕES DA ASSEMBLÉIA GERAL
DO TRATADO DE COOPERAÇÃO EM MA-
TÉRIA DE PATENTES ADMINISTRADO PE-
LA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRI-
IDADE INTELECTUAL. AUMENTO DE
PRAZO PARA A ENTRADA NA FASE NA-
CIONAL. DESNECESSIDADE DE APROVA-
ÇÃO CONGRESSUAL NO BRASIL.

<u>DA CONSULTA</u>	1
<u>DO PARECER</u>	3
<i>Da incorporação dos tratados ao sistema jurídico interno</i>	3
<i>A noção de “ tratados” e de "atos internacionais"</i>	4
<i>Competência da União</i>	6
<i>O Tratado e a Constituição.....</i>	8
<i>Susceptibilidade de incorporação dos tratados.....</i>	8
<i>Tratado e lei interna: a questão da especialidade.....</i>	9
<i>Eficácia e validade interna dos tratados</i>	9
<i>As normas dos tratados e seus destinatários</i>	11
<i>Das peculiaridades do PCT.....</i>	12
<i>Propósitos do PCT</i>	12
<i>Interpenetração PCT – Lei Interna</i>	12
<i>A Adaptação do PCT ao CPI.....</i>	14
<i>Do sistema de modificação de normas do PCT.....</i>	15
<i>Do status do art. 22(1) antes da alteração feita pela Assembléia do PCT</i>	17
<i>Da atividade normativa confiada a ente internacional</i>	18
<i>Da natureza das normas emitidas pela Assembléia do PCT em face do sistema jurídico nacional</i>	18
<i>A necessidade de ação pela Assembléia do PCT.....</i>	20
<i>Do mito da proibição das delegações normativas.....</i>	21
<i>Vedação de delegação legislativa e prazos adjetivos.....</i>	23
<i>Da inexistência de delegação legislativa quanto ao art. 61 do PCT.</i>	24
<i>Da colaboração internacional como preceito constitucional e a ação concertada do PCT</i>	27
<i>As decisões da Assembléia do PCT prescindem, por sua natureza, da aprovação do Congresso</i>	29
<u>DAS CONCLUSÕES</u>	32
<i>O PCT atua no estágio funcional e informacional do pedido, não na esfera jurídica</i>	32
<i>A alteração ao art. 22(1) é neutra nos planos objetivo e subjetivo</i>	33
<i>A deliberação da Assembléia do PCT é compatível com a Constituição</i>	34
<i>A deliberação da Assembléia Geral do PCT prescinde de aprovação do Congresso Nacional.....</i>	35

Da consulta

Consultam-nos a quanto à possibilidade de incorporação imediata no sistema jurídico nacional de certas modificações no Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes, sem a aprovação do Congresso Nacional.

Como precisa a ABPI em sua Resolução nº 50, de 17 de agosto de 2003, narrando o episódio que levou à modificação em questão:

“Reconhecendo essas limitações e presumindo que um número expressivo de depositantes requeria o exame preliminar internacional apenas para se beneficiar de um prazo adicional de 10

meses para iniciar as diversas fases nacionais¹, partiu daquelas mesmas autoridades a proposta de uniformizar o prazo do artigo 22 àquele do artigo 39, de modo que o depositante passasse a dispor de 30 meses, independentemente de ter ou não requerido o exame preliminar internacional². Dessa forma, presumiram os autores da proposta, apenas os depositantes efetivamente interessados na realização de um exame preliminar internacional passariam a requerê-lo, resultando em uma redução do número de pedidos a depositar.

A alteração do prazo do art. 22 foi aprovada por unanimidade na 13ª Assembléia do PCT, realizada em Genebra de 24 de setembro a 3 de outubro de 2001, com participação da delegação brasileira.

Continua a Resolução, indicando o impasse ora vigente:

(...) Não obstante, em virtude de dúvidas sobre a via apropriada para internalizar a alteração do art. 22, o governo brasileiro enviou notificação à OMPI resguardando-se da aplicação dessa alteração.

(...) O tratado, como aprovado pelo Congresso através do Decreto Legislativo nº 110, de 30 de Novembro de 1977, e como promulgado pelo Decreto N. 81.742, de 31/05/1978, contém artigo dispondo o seguinte:

“Art. 47 – Prazos

2) a) Todos os prazos estabelecidos nos Capítulos I e II deste Tratado poderão, fora de qualquer revisão do acordo com o artigo 60, ser modificado por decisão dos Estados contratantes.

b) A decisão é tomada pela Assembléia ou por voto por correspondência e deverá ser unânime.

Art. 60 - Revisão do Tratado

1) O presente Tratado poderá sofrer revisões periódicas, por meio de conferências especiais dos Estados contratantes.

¹ [Nota do original] Pelas normas antigas, um depositante que não tivesse requerido o exame preliminar internacional devia iniciar as fases nacionais - i.e., depositar pedidos individuais em diversos países - no prazo de 20 meses contados da prioridade (art. 22 do PCT). Ao requerer o exame preliminar internacional, o depositante passava a gozar de um prazo de 30 meses (art. 39 do PCT).

² O texto modificado e a nota quanto à possibilidade de não aplicação da modificação são os seguintes: “Article 22 - Copy, Translation, and Fee, to Designated Offices. (1) The applicant shall furnish a copy of the international application (unless the communication provided for in Article 20 has already taken place) and a translation thereof (as prescribed), and pay the national fee (if any), to each designated Office not later than at the expiration of 30* months from the priority date. Where the national law of the designated State requires the indication of the name of and other prescribed data concerning the inventor but allows that these indications be furnished at a time later than that of the filing of a national application, the applicant shall, unless they were contained in the request, furnish the said indications to the national Office of or acting for the State not later than at the expiration of 30* months from the priority date. (2) Where the International Searching Authority makes a declaration, under Article 17(2) (a), that no international search report will be established, the time limit for performing the acts referred to in paragraph (1) of this Article shall be the same as that provided for in paragraph (1). (3) Any national law may, for performing the acts referred to in paragraphs (1) or (2), fix time limits which expire later than the time limit provided for in those paragraphs. * Editor’s Note: The 30-month time limit, as in force from April 1, 2002, does not apply in respect of any designated Office which has notified the International Bureau of incompatibility with the national law applied by that Office. The 20-month time limit, as in force until March 31, 2002, continues to apply after that date in respect of any such designated Office for as long as Article 22(1), as modified, continues not to be compatible with the applicable national law. Notifications concerning any such incompatibility and any withdrawals of such notifications are published in the Gazette. Ao momento em que se escreve apenas 11 países persistem não aplicando o prazo de 30 meses.

2) A convocação de uma conferência de revisão será decidida pela Assembléia”.

Verifica-se que o tratado já estabelecia que a alteração dos prazos dos Capítulos I e II não é considerada como uma revisão formal nos termos do art. 60. Somente a revisão de que cuida o art. 60, dando base a alterações aprovadas em conferências diplomáticas, demanda sua internalização por meio do processo legislativo apropriado”.

Portanto, o Congresso Nacional aprovou o PCT em sua totalidade, aí incluído o mecanismo de alteração de prazos dos Capítulos I e II, fora de um processo de revisão formal. Assim, no exercício de seu poder de soberania, o Governo brasileiro (via Poder Executivo e Congresso Nacional) manifestou previamente sua aquiescência com qualquer alteração de prazo no PCT, empreendida pelos Estados Contratantes com base no respectivo art. 47.

Uma vez empreendida a alteração de prazo de que cuida o art. 47 do PCT, não há necessidade de submetê-la novamente a um processo de aprovação perante o Congresso Nacional. Não há que se referendar uma aquiescência que já havia sido precedentemente concedida. Isto seria desnecessário bis in idem, contrário ao princípio de economia de atos e à vontade real das Partes Contratantes.

Não por outra razão, a alteração em 1984 do prazo do art. 39 do PCT (Capítulo II) de 25 para 30 meses prescindiu de qualquer processo legislativo. Não há motivo, pois, para tratamento diverso no tocante à alteração em foco.

Conforme explicitado pelo ilustre Presidente do INPI, a decisão de se notificar à OMPI pela incompatibilidade da mudança com a legislação interna não resultou de nenhum pronunciamento jurídico formal daquela autarquia, ou de outro órgão da União, mas tão somente de uma postura de prudência do Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual.

Motiva-se assim o presente parecer, aliás precedido pela excelente análise constante da Resolução ABPI no. 50, capaz, por si só, de destrinchar os pressupostos da questão jurídica em análise.

Qual é essa questão? Não é certamente se existe previsão da mudança no texto do PCT, eis que, como indica a ABPI, a matéria claramente está fixada no Tratado aprovado pelo Congresso Nacional. Também impressiona, pelo precedente, o fato de ter havido uma idêntica modificação, em 1984, sem aprovação do Congresso, e sem que tal procedimento sofresse quaisquer questionamentos.

A questão é: a forma de modificação prevista para o art. 22(1) PCT, que importa em ação *legislativa* a um órgão de uma Organização de Direito Público Internacional, é compatível com o nosso sistema constitucional?

Do Parecer

Da incorporação dos tratados ao sistema jurídico interno

Tratemos nesta seção dos procedimentos constitucionais, no Brasil, pelos quais um tratado adquire força normativa interna e externa.

A noção de "tratados" e de "atos internacionais"

Com a entrada em vigor da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em 27 de janeiro de 1980³ fixou-se, em texto jurídico multilateral, a noção de "Tratado", como sendo

"um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular" (Art. 2º, 1)

Ressalta da definição que, para configurar um tratado - qualquer que seja seu nome - é necessário que, como *parte*, se tenha pessoa jurídica de direito público externo. Ou seja, que o centro de imputação de relações jurídicas seja legitimado, segundo as regras próprias do Direito Internacional, a contrair direitos e obrigações na esfera supraestatal⁴.

Em uma formulação talvez ainda mais precisa, Rezek define tratado como um acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos⁵. Do conceito distila, uma vez mais, o pressuposto da *capacidade* para ser parte no negócio jurídico, dita *jus tractuum* ou *treaty-making power*, que só é reconhecida aos entes sujeitos ao Direito Internacional Público.

Quais são tais entidades? Primordialmente, os Estados⁶. Depois, os organismos internacionais⁷.

Parte considerabilíssima da jurisprudência dos tribunais internacionais e nacionais sobre Direito Internacional Público versa sobre a existência de um Estado, capaz de contrair direitos e exercer obrigações, em nome próprio⁸. Parece, contudo, indiscutível que o Estado seja o ente que se encontra subordinado direta e imediatamente à ordem jurídica internacional, sem qualquer outra coletividade de permeio⁹. É, numa palavra, o ente de direito público dotado de soberania.

³ Curiosamente, coube a este advogado, então assessor jurídico da Delegação Brasileira à Conferência Diplomática de Revisão da Convenção de Paris, em Genebra, dar a notícia oficial da entrada em vigor da Convenção de Viena, em parecer lido perante a Assembléia Geral do órgão das Nações Unidas, poucas horas após a confirmação da última acessão ao texto convencional. A Convenção ainda não vincula o Brasil.

⁴ Não é outra a definição de Reuter, ao dizer que o tratado é uma manifestação de vontades concordantes imputável a dois ou mais sujeitos de direito internacional e destinada a produzir efeitos jurídicos, segundo as regras do Direito Internacional. Paul Reuter, *Introduction au Droit des Traités*, Paris, Armand Colin, 1972, *apud* João Grandino Rodas, *Tratados Internacionais*, RT 1991, pg. 10.

⁵ *Direito dos Tratados*, Forense, 1984, pg. 21.

⁶ Rezek, *op. cit.*, pg. 7: "O direito internacional repousa sobre o consentimento. (...) O consentimento de que tratamos é estatal.

⁷ Ainda Rezek, pg. 8: "Não perde sua origem estatal o consentimento expresso pelo intermédio das organizações internacionais." Incluem os especialistas ainda no rol a Santa Sé. Que é, acredito, não obstante sua minimalidade, um Estado. Outros autores, como Celso Mello, *op. cit.*, pg. 126, mencionam os beligerantes como titulares do *jus tractuum*.

⁸ Por exemplo, o acórdão da Câmara dos Lordes, *The Arantzazu Mendi*, [1939] A.C. 256: "it seems to me that the recognition of a Government possessing all those attributes in a territory while not subordinate to any other Government in that territory is to recognize it as sovereign, and for the purposes of international law as a foreign sovereign state".

⁹ Celso D. de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, Freitas Bastos, 1979, pg. 242.

Mas serão todos os atos internacionais tratados? A nomenclatura, variadíssima, de nada aproveita à análise ¹⁰. O que importa é fixar, mais uma vez, a noção de tratado ou convenção como de um ato bilateral ou multilateral, entre partes capazes segundo o Direito Internacional, com o propósito de produzir efeitos jurídicos ¹¹.

Assim, para que se tenha um tratado ou convenção, essenciais três elementos:

a) subjetivamente, que seja celebrado entre partes que, sob o Direito Internacional, tenham o *jus tractuum*.

b) objetivamente, que tenha por fim produzir efeitos jurídicos ¹².

c) sistematicamente, que a matéria do acordo seja regulada pelo Direito Internacional Público ¹³.

De outro lado, há que se entender como atos internacionais, simplesmente, os resultantes de manifestações de vontade oriundas de pessoas capazes a tanto, vinculadas, no tocante a tal manifestação, a sistemas jurídicos distintos ¹⁴.

¹⁰ "O que a realidade mostra é o uso livre, indiscriminado, e muitas vezes ilógico dos termos variantes daquele que a comunidade universitária (...) vem utilizando como termo padrão. (...) Há referência na França a contagens que terão detectado nada menos que trinta e oito..." Rezek, pg. 84.

¹¹ Cf. Pinto Ferreira, Comentários à Constituição Brasileira, Saraiva, 1990, vol. 2º, pg. 505, citando Verdoss, Voelkrech, pg. 132.

¹² Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1969, Tomo II, pg. 11, falando da noção de tratados: "Aqui, como em todo o direito, é preciso que se forme o *ato jurídico*". Já Rezek, op. cit., pg. 72, enfatiza: "Reconhecendo que o *acordo*, à luz do léxico, pode significar mera sintonia entre pontos de vista, perceberemos que acordos existem, e se renovam, e se perfazem às centenas, a cada dia, entre os membros da comunidade internacional. Não convém negligenciar a possibilidade de se exprimirem *formalmente* acordos desta natureza. Aí não haveria *tratados*, em razão da falta do *animus contrahendi*, ou seja, da vontade de criar autênticos vínculos obrigacionais entre as partes pactuantes"

¹³ Pontes, op. cit., Tomo II, pg. 12, falando ainda da competência da União quanto aos tratados: "O inciso I só se refere a atos de direito das gentes. Posto que sujeito de direito das gentes, pode o estado inserir-se na ordem jurídica interna de outro Estado, ou na sua própria, e praticar atos de direito interno com outros estados, ou com pessoas jurídicas intra-estatais de Direito Público ou privado, ou com pessoas físicas. A questão concerne à natureza do ato, e não ao sujeito". O requisito acabou consagrado pela Convenção de Viena; vide Rezek, op.cit. pg. 78.

¹⁴Nota Pontes de Miranda que sob a noção de "internacional" cabem três conceitos diversos: o que se refere à esfera supra-estatal (em alemão *ueberstaatlich*), à esfera interestatal na qual cabem os tratados (*zwischenstaatlich*) e à esfera das manifestações de vontade que permeiam o âmbito de um Estado, como por exemplo, as relações de família e a aplicação de normas de direito estrangeiro no território nacional através dos mecanismos do Direito Internacional Privado. Comentários, op. cit., tomo III, pg.110. De sua parte, diz Mariângela F. Ariosi, Conflito entre tratados internacionais e leis internas: a opção do Judiciário brasileiro e as possíveis tendências frente aos movimentos de cooperação regional e globalização das relações internacionais, Pág. 497 Revista Forense – VOL. 344 Estudos e Comentários: "De uma forma genérica, nossa acepção de atos internacionais engloba as duas últimas categorias. Cabe dizer que o conceito de tratado internacional é entendido, na sua forma genérica, como qualquer ato internacional. O Itamarati, em sua publicação anual, Relatório, do MRE, denomina por atos internacionais qualquer tratado internacional, independente de seu escopo, seja este bilateral ou multilateral, assinado pelo Brasil. Não cabe aqui portanto, a distinção entre um tratado de geração de Direito uniforme ou um simples pacto ou nota de compromisso. Os tratados, grosso modo, são enfocados por um mesmo prisma, que é o princípio da *pacta sunt servanda*, não importando, para este artigo, o escopo do tratado, mas, o sentido de seu cumprimento. De fato, a existência dessa diferença deve também ser discutida, principalmente, porque a Constituição brasileira, de 1988, fala, em seu art. 49, I, em "tratados, acordos ou atos internacionais"; contudo, a supra diferenciação não deve comprometer o princípio da *pacta sunt servanda*, que afirma a obrigatoriedade dos compromissos assumidos internacionalmente pelos Estados, e remete, portanto, à sua responsabilidade perante a sociedade internacional. Vale ressaltar o que Grandino Rodas diz sobre o conceito de tratados Internacionais: "Sob o prisma do Direito Internacional, a denominação

Presente tal conceito, conceber-se-ia a possibilidade de atos internacionais não integrantes da categoria de tratado ou convenção.

Aí estariam, em primeiro lugar, os atos unilaterais ¹⁵.

Seriam também atos internacionais (mas não tratados) os manifestados entre pessoas capazes segundo seus próprios direitos internos (isto é, sem capacidade específica sob o Direito Internacional Público), cujo poder de agir, no entanto, é reconhecido *by commity* pela comunidade dos Estados. Tais partes podem ser de direito privado ou público.

Na mesma classificação estariam os atos não destinados a ter efeitos jurídicos, como os chamados *gentlemen's agreements* ¹⁶.

Possivelmente poderiam ser classificáveis como atos internacionais os conduzidos não entre estados ou organismos capacitados ao *jus tractum*, mas, por exemplo, por órgãos de organismos internacionais. É esse o objetivo de nossa ponderação.

Por fim, também aí estariam os inúmeros atos, entre quaisquer partes, públicas ou privadas, não regidas pelo Direito Internacional, mas por um Direito Interno qualquer. Como os milhões de contratos entre partes sujeitas a diferentes sistemas jurídicos, que se celebram a cada ano.

Competência da União

Qual a competência privativa da União no plano internacional? Di-lo o art. 21, I da Carta da República:

Compete à União: (...) I - Manter relações com os Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (...)

Como nota José Afonso da Silva, ao fazê-lo, a União está adstrita aos princípios do art. 4º, que estabelece os parâmetros de sua atuação na esfera internacional ¹⁷.

É neste âmbito, e em nenhum outro, que se entende a competência do Legislativo e do Executivo, a seguir enunciada:

Art. 44 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I) resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos para o patrimônio nacional (...);

escolhida não tem influência sobre o caráter do instrumento. A prática, por seu turno, demonstra que, via de regra, cada termo não significa modalidade determinada de compromisso internacional, sendo sua utilização livre e muitas vezes não muito lógica".

¹⁵ Pinto Ferreira, op. cit. pg. 505: "Os atos jurídicos interestatais bilaterais devem conformar-se à regra de ratificação prevista no art. 49, I, da Constituição, porém com respeito aos atos jurídicos interestatais unilaterais (...)."

¹⁶ Rezek, op. cit., pg. 76: "a boa essência do *gentlemen's agreement*: nenhum vínculo jurídico para os Estados em causa, mas um bem definido compromisso moral (...)."

¹⁷ Curso de Direito Constitucional Positivo, RT 1990, pg. 428. Note-se que não se pode extrair deste art. 4º a idéia de que só a União possa manter relações internacionais; como veremos abaixo, a própria Carta prevê hipóteses em que outros entes possam manter relações jurídicas com partes sitas fora do território nacional.

Art.84 - Compete privativamente ao Presidente: (...) VII - Manter relações com os Estados estrangeiros (...) X - Celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (...)"

Quanto aos tratados e convenções (ou no dizer preciso de Pinto Ferreira, os *atos jurídicos bilaterais interestatais*), como fartamente demonstrado, a intervenção do Congresso é obrigatória, em qualquer hipótese. Quanto aos demais atos internacionais, que não convenções e tratados, não nos é possível concluir pela competência exclusiva do Congresso Nacional.

Em duas notáveis passagens, a Carta enfatiza o papel da União no tocante a atos internacionais, outros que tratados e convenções. No art. 178 § 1º, a Constituição diz que "a ordenação do transporte internacional cumprirá os acordos firmados pela União", estabelecendo área específica em que a capacidade federal é privativa. Inútil tal precaução, se em todos os atos internacionais, em todas outras áreas, a União fosse ator necessário, por exclusão de outros entes.

Também em disposição de grande relevância, o art. 52, V confere ao Senado o poder de autorizar "operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios". Ora, fossem tais operações "tratados ou convenções", a competência de autorização seria do Congresso, e não do Senado ¹⁸.

Seriam tais operações, então, daqueles atos internacionais cuja celebração é de competência privativa do Presidente da República, com "referendo" do Congresso? Certamente que não: se assim fosse, impossível a garantia da União, prevista no mesmo artigo, inciso VIII, eis que esta presume a alteridade: garante-se crédito alheio ¹⁹.

Assim, da própria Constituição se depreende a viabilidade de que outros entes distintos da União atuem como partes ou partícipes em atos internacionais de caráter diverso dos tratados ou convenções. Já estudamos o tema no tocante aos estados e municípios ²⁰; mas, até certo ponto, o mesmo se aplicaria quanto a órgãos de direito público externo.

Tampouco se encontram na sistemática constitucional subsídios para a afirmação de que caiba à União (através do Senado, do Congresso ou do Presidente) a autoridade para aprovar ou controlar as relações internacionais, seja das pessoas privadas, seja das públicas. A competência é própria quanto aos atos interestatais, inclusive por participação em entes

¹⁸ No que se contradita Manoel Gonçalves Ferreira Filho (vide abaixo), que sustenta a obrigatoriedade de aprovação do Congresso mesmo para esses atos. Importante notar, também, que fosse privativa da União a prática ou autorização para a prática de *todos* os atos internacionais de Direito Privado pelos Estados e Municípios, a Lei 8666/93, ao dispor sobre licitações e contratos internacionais - sendo exatamente a fonte das normas gerais sobre o tema - teria certamente disposições específicas quanto a isto.

¹⁹ A prática inalterada, sob várias constituições, é que Estados e Municípios sejam beneficiários de tais operações financeiras, como parte nos instrumentos pertinentes. Cabe lembrar que em muitos casos, é parte do negócio jurídico ente de Direito Internacional Público, como o BID ou BIRD.

²⁰ [A Capacidade do Município de Participar de Atos Internacionais \(1994\)](#), (Revista Virtual da Faculdade de Direito da UERJ, 1998, Revista da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, no. 3 (2000))(inserido em A Eficácia do Decreto Autônomo, Estudos de Direito Público, Ed. Lumen Juris 2002.

interestatais; e só se encontra controle e poder de aprovação, em todo texto constitucional, no dispositivo referente às operações financeiras internacionais.

Certo que os atos internacionais (pelo menos os bilaterais), quando concluídos no âmbito da União, serão da competência negocial do Presidente da República, e submetidos à aprovação do Congresso Nacional. Mas disto não decorre necessariamente que os atos jurídicos internacionais sejam matérias exclusivas de competência do Congresso.

O Tratado e a Constituição

No sistema jurídico brasileiro - ao contrário, por exemplo, do que ocorre na Holanda - os atos internacionais não prevalecem sobre a norma constitucional. Criação exógena ao sistema vigente, o tratado que conflita com a Carta da República nem é recebido, como ocorre com a lei que, defectiva por inconstitucionalidade, prossegue tendo sua fraca iluminação de aparências²¹.

Assim precisa a jurisprudência de nossa Suprema Corte, repositório único de nosso Direito Internacional Público:

Recurso Extraordinário N 172720-9 - RJ. Fonte: Data do julgamento: 6 de fevereiro de 1996. Relator: O Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio. Ementa. Indenização - Dano moral - Extravio de mala em viagem aérea - Convenção de Varsóvia - Observação mitigada - Constituição Federal - Supremacia. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República - incisos V e X do artigo 5o, no que sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.

Suscetibilidade de incorporação dos tratados

Como expõe o julgado seminal do Supremo na ADIMC-1480, uma vez aprovados pelo Congresso Nacional, os atos internacionais de caráter normativo passam a ser *constitucionalmente suscetíveis de incorporação* ao sistema legal brasileiro. Caso sejam efetivamente integradas, as normas internacionais se internalizam, adquirindo uma hierarquia equivalente - pelo menos - a lei ordinária.

O que ocorre, se existe conflito com lei precedente? Sem alvitrar a superioridade das normas internacionais sobre as demais - e assim resolver o eventual conflito entre normas com base na simples hierarquia - cabe aplicar à hipótese os mesmo princípios que presidem a revogação de leis que se sucedem no tempo.

²¹ O que não ocorre em todas as Cartas. Diz Jacob Dolinger, As soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um exercício de ecletismo, Pág. 71 Revista Forense – Vol. 334 Doutrina: “O art. 94 da Constituição holandesa de 1983 estabelece que: “estipulações legais vigentes no Reino não devem ser aplicadas se em conflito com disposições normativas universalmente obrigatórias contidas em tratados ou resoluções de organizações internacionais”.

Menção especial merece o dispositivo do Código Tributário Nacional que determina a prevalência da norma internacional tributária sobre a norma interna que a suceda no tempo; tal dispositivo não tem aplicação, porém, em áreas diversas da que se destina.

Tratado e lei interna: a questão da especialidade

Os atos internacionais do tipo das Uniões, ou de normas uniformes, ao dispor em normas auto-executivas, criam direitos e obrigações para com nacionais e domiciliados (e outros beneficiários) nos países membros do Tratado, inclusive para os brasileiros. Para com os estrangeiros domiciliados no exterior, beneficiário do Tratado, cria-se um regime de exceção quando às normas internas, que se aplicam em caráter genérico. Desta forma, ao estrangeiro não beneficiário do PCT e da União de Paris (ou de outros Tratados), aplica-se integralmente o preceituado no CPI, sem alterações nem mitigações; para os beneficiários dos Tratados, aplica-se o regime destes.

Assim preceituou o STF na precisa determinação da ADIMC-1480-DF de 1997, cuja ementa extensa se transcreve mais abaixo:

A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade.

Ora, o PCT é assim uma norma especial, que, a teor da LICC não altera nem é alterada pela norma geral, a do CPI. Em outras palavras, nem os tratados revogam o CPI, nem a subsistência do CPI impede o pleno exercício normativo dos tratados. Convivem ambos em suas respectivas esferas de normatividade.

Eficácia e validade interna dos tratados

Igualmente encontram-se em decisão do Supremo Tribunal Federal²² as regras básicas relativas à eficácia e validade interna dos tratados:

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da compe-

²² ADIMC-1480 / DF ACAO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA CAUTELAR Min. CELSO DE MELLO Publicação DJ DATA-18-05-01 PP-00429 EMENT VOL-02031-02 PP-00213 Julgamento 04/09/1997 - Tribunal Pleno

tência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.

As normas dos tratados e seus destinatários

Um ponto de especial relevância é a natureza das normas convencionais, quanto a seus destinatários ²³:

1. Têm-se nos tratados normas típicas de Direito Internacional Público, dirigidas *aos Estados Soberanos* em suas funções de Direito Externo: regras de como a Convenção vai ser revista, ratificada ou denunciada, quais são as obrigações dos Estados membros da União quanto ao pagamento de anuidades, e assim por diante.
2. Têm-se, também, normas igualmente dirigidas aos Estados, mas quanto aos seus poderes de Direito Interno: são regras que prescrevem ou facultam o conteúdo da legislação interna, com teor do gênero: “Os Estados tem poderes de legislar de uma determinada forma, ou são obrigados legislar de uma forma”.
3. Em terceiro lugar, têm-se normas de efeito dispositivo, normas de aplicação direta - algo que os tratadistas chamam normas auto-executivas. Distinguem-se, dentre estas,
 - as normas que criam direito substantivo e absoluto (por exemplo): não se poderá decretar a caducidade de uma patente, antes de decorridos tantos anos) e,
 - as normas de direito substantivo, mas relativas, como a que assegura ao nacional *pelo menos* o mesmo tratamento jurídico interno concedido ao estrangeiro.

Assim, a análise dos textos trazidos, a cada momento, como norma internacional pertinente deve partir do reconhecimento do destinatário das normas: é o Estado, ou são os indivíduos. Ou, mais precisamente: esta norma cria *direitos subjetivos* em favor dos indivíduos, ou apenas obrigações de Direito Internacional Público, entre Estados?

Dirigindo-se a norma aos Estados, em particular determinando-lhes a obrigação, ou vedação, de legislar em determinado sentido, a não satisfação do preceito importa em violação da norma convencional, mas não cria direitos ou obrigações para as pessoas, em relação às quais a norma interna deveria - obrigação no plano internacional - ser instituída, ou tornada inaplicável. Se tal inadimplemento perante a norma internacional se verifica, a sanção é de Direito Internacional Público, tal como prevista no ato internacional pertinente, e não aproveita, em princípio, os beneficiários virtuais da norma interna ²⁴.

23 Bodenhausen, Guide to the Paris Convention, BIRPI, Genebra, 1967, p. 10 e seg.

24 Deixamos de considerar, neste passo, a questão do acesso direto das partes privadas na esfera internacional, seja através de mecanismos como os regulamentos de solução de controvérsias no âmbito da OMC, seja como postulação em resguardo de direitos humanos; nem consideraremos, aqui, a hipótese de mandado de injunção em face de uma obrigação internacional ad legislandum não satisfeita.

Das peculiaridades do PCT

O PCT (Patent Cooperation Treaty), ato internacional subsidiário à Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial²⁵, está em vigor entre nós pelo Dec. 81742 de 1978²⁶, cuja pertinência ao sistema brasileiro foi inclusive consagrado na Carta de 1988²⁷.

Propósitos do PCT

Por tal tratado criou-se a possibilidade de se fazer um só pedido internacional de patente, ao invés de múltiplos depósitos nacionais. O Patent Cooperation Treaty também prevê, em seguida ao depósito, a busca internacional, que vai pesquisar o estado da técnica mundial em relação ao pedido, a Publicação Internacional, a qual faz entrar o invento no estado da técnica, e por último, o Exame Preliminar Internacional. Na esfera internacional, existem projetos de alteração do PCT, com vistas à criação de um certificado de patenteabilidade e – eventualmente – uma patente internacional²⁸.

Interpenetração PCT – Lei Interna

No caso do PCT, as esferas de normatividade, interna e externa, não são excludentes. Ao contrário, o regime da Lei 9.279/96 e o do PCT se interpenetram; o depositante que faz uso do PCT vai, a partir de certo ponto do processamento, cair sob a égide do CPI.

Isto ocorre porque o PCT regula basicamente o processo de concessão de patentes, e, assim mesmo, só determinados estágios deste. O Tratado não dispõe sobre as condições objetivas de patenteabilidade, por exemplo, nem cobre as fases de concessão, recurso, outorga, etc. O que faz é unificar o depósito e a publicação, para evitar a repetição de tais etapas em cada país membro, e criar uma busca internacional e um exame preliminar igualmente internacional, ambos sem vincular a decisão das autoridades nacionais.

²⁵ Vide o nosso Patent Cooperation Treaty - Efeitos no Brasil (1985), inserido em Patentes e Problemas: cinco questões de Direito Patentário. (Revista de Direito Mercantil, dezembro de 1989) e a seção sobre o mesmo tratado no nosso Uma Introdução à Propriedade Intelectual, 2ª. Edição, Lumen Júris, 2003.

²⁶ Vide o AN INPI N° 128 que “Dispõe sobre aplicação do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes”.

²⁷ Num comentário que pelo menos esse autor não discerne a inteira extensão, Douglas Gabriel Domingues, em A propriedade industrial na Constituição Federal de 1988, Pág. 69 Revista Forense – VOL. 304 Doutrina, assim fala do estatuto constitucional do PCT: “Pelo Tratado de Washington-PCT, os Estados Contratantes ficam constituídos em Estados de União para cooperação no terreno dos depósitos, pesquisas e exames dos pedidos, assim como para a prestação de serviços técnicos especiais. A União Internacional de Cooperação em Matéria de Patentes, instituída pelo Tratado de Washington-PCT, considera pedido internacional de patente aquele depositado em obediência ao PCT-Tratado de Washington. No PCT, as patentes podem ser nacionais ou regionais. Patentes regionais são expedidas por uma administração nacional ou intergovernamental credenciada a conceder patentes com validade em mais de um Estado. São chamadas patentes internacionais, que muito diferem das patentes nacionais, válidas apenas no Estado em que foi depositado o pedido. Considerando que o CPI, Lei n. 5.772, prevê apenas patentes nacionais, as disposições do PCT-Tratado de Washington, ampliam substancialmente o alcance da norma contida no inciso XXIX do art. 5.º da Constituição Federal de 1988”.

²⁸ Fernández, Wilfrido. El Tratado de Cooperación en Materia de Patentes- PCT. Posibilidad de Modificaciones. Revista da ABPI, N° 50 - Jan./Fev. de 2001, p. 14.

Uma vez feito o depósito, a publicação, a busca e, em certos casos, o exame preliminar, os efeitos do Tratado cessam (salvo em certos pontos específicos que, quando interessarem ao raciocínio, serão mencionados adiante). Além deste ponto, funciona a legislação nacional.

Conscientes que esta imbricação seria difícil, pois importaria em conjugar um Tratado uniforme com dezenas de legislações díspares, os elaboradores do PCT estabeleceram um mecanismo complexo de articulação entre as duas esferas. Em muitos pontos, o Tratado impõe como esta articulação se fará; em outros, prescreve limites para a ação da lei nacional de integração; em outros pontos ainda, dá à administração nacional do sistema de propriedade poder normativo suplementar para regular aspectos subsidiários da questão.

O caráter de tais normas se distingue pela identificação dos seus destinatários. Quando a norma é impositiva, ou quando faculta aos países membros ação legislativa dentro de certos parâmetros, o endereço é Estado, ele mesmo. Quando a faculdade normativa subsidiária é conferida às administrações nacionais, estas são os destinatários do comando do PCT. Assim se o Tratado diz “O Estado designado poderá ...”, é o poder legislativo deste Estado que foi incumbido de legislar; se diz “a administração nacional poderá” ..., a esta se remete para conferir o poder normativo inferior²⁹.

Outras tantas vezes, e prevendo a dificuldade de alterar a legislação nacional em todos os países, o PCT prescreve uma norma, para depois facultar a disposição da lei nacional em sentido diverso, sempre dentro de certos limites.

Assim, para entender a aplicação do PCT em cada caso, é preciso lembrar:

- a) que suas normas só alcançam a fase inicial do procedimento do pedido de patentes (quanto às fases posteriores, vide o PLT);

²⁹ Esta conclusão foi seguida pelo próprio INPI na edição do AN 45, que assim expôs o que entendia ser sua competência: O Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), no uso de suas atribuições, e considerando que o PCT, em seu art. 29.2 (i) e (ii), não delega ao INPI competência normativa, reservando o poder normativo suplementar aos órgãos que, no sistema constitucional brasileiro, exercem o poder legislativo nacional;”. Realmente, nesse dispositivo específico o PCT fala de “lei nacional”, e não “autoridade nacional”. Sobre a questão, vide Arnold Wald, em Prevalência da Lei Sobre a Regulamentação e Inviabilidade da Redução, Por Ato Regulamentar, de Prazo Legalmente Fixado (Considerações Sobre a Ilegalidade do Item 15 do Ato Normativo INPI N. 44 De 26.9.1980 e do Item 2.2. Do Ato Normativo INPI N. 45, De 4.11.1980), Pág. 231 Revista Forense – Vol. 289 Pareceres, assim nota: o próprio INPI reconheceu, nos considerandos do Ato Normativo n. 45 acima transcritos, a sua incompetência para regulamentar os prazos de pedidos de prioridade, reconhecendo que não tinha delegação do PCT, como se um Tratado internacional pudesse atribuir competência a uma autarquia local. Também vimos que, pela lei brasileira, falece competência, na matéria, ao INPI. Assim sendo, o INPI não tem qualquer competência para legislar ou regulamentar os mencionados prazos e o modo de calculá-los, nem em virtude do Tratado, nem em virtude da lei”. O mesmo, porém não seria possível dizer das hipóteses em que o PCT comete diretamente competências à autarquia local. Com devida vênia ao eminente jurista, sem dúvida o PCT, que é lei por seu processo de incorporação, e lei *federal* por sua matéria, poderia sim cometer funções a uma entidade da União. Os *consideranda* do AN 128, posteriormente, refletem o papel interpretativo e, no que há de decisão cometida pelo PCT à autarquia, *decisional* do ato próprio do INPI: “CONSIDERANDO a necessidade de interpretar os dispositivos da legislação, procedimentos e normas internas brasileiras, no sentido de harmonizá-las com as disposições do regulamento de execução do PCT; CONSIDERANDO, por fim, a necessidade de exercer as opções que o PCT defere às repartições receptoras, designadas ou eleitas no campo específico de sua competência, (...)”

- b) que suas normas só são aplicáveis quando o texto pertinente não indicar a aplicação da lei nacional, ou quando esta não existir.
- c) a lei brasileira é aplicável na proporção que a lei nacional (quando o próprio PCT assim indique) ou a norma administrativa do INPI (outra vez, quando o próprio PCT assim indique) não dispuser em contrário.

Os atos internacionais do tipo do PCT estabelecem uma relação de caráter complexo, simultaneamente contratual e normativo. Entre os Estados participantes, existe sinalagma, vínculo obrigacional residindo na esfera do Direito Internacional Público; para com os submetidos ao império do sistema legal brasileiro, existe norma legal. Esta dupla natureza não pode ser perdida de vista.

Assim é que o PCT cria direitos e obrigações para com nacionais e domiciliados nos países membros do Tratado, inclusive para os brasileiros. Para com os estrangeiros domiciliados no exterior, beneficiário do Tratado, cria-se um regime de exceção quando às normas internas, que se aplicam geralmente. Desta forma, ao estrangeiro não domiciliado num país membro do PCT e da União de Paris (ou de outros Tratados), aplica-se integralmente o preceituado no CPI, sem alterações nem mitigações; para os beneficiários dos Tratados, aplica-se o regime destes.

Note-se que também para os brasileiros abre-se a hipótese de se valer do Tratado ou da via do CPI. Exercendo-se a opção, configura-se o regime jurídico próprio³⁰.

Ora, o Tratado é assim uma norma especial, que, a teor da LICC não altera nem é alterada pela norma geral, a do CPI. Em outras palavras, nem o PCT revogou o CPI de 1971, nem a superveniência da Lei 9.279/96 impede o pleno exercício normativo do PCT. Convivem ambos em suas respectivas esferas de normatividade.

A Adaptação do PCT ao CPI

No caso brasileiro, não se introduziu qualquer modificação na legislação interna para adaptá-la ao PCT. Os dois regimes se acoplaram utilizando-se os mecanismos do próprio Tratado. Para fixar, por via de simples interpretação administrativa, o procedimento de imbrica-

³⁰ Segundo o INPI, “O Pedido Internacional depositado no INPI seguirá o seu processamento pelo PCT, podendo vir a se converter em patentes nacionais nos países designados. No Brasil, o pedido não será processado pelo PCT, mas é o seu pedido nacional original, que serviu como base para o direito de prioridade unionista do Pedido Internacional, que será processado normalmente, de acordo com o processamento comum de pedidos nacionais”. (http://www.inpi.gov.br/patente/conteudo/p_instit.htm#topico_03, visitado em 22/10/03) Entendo ser equivocado esse procedimento. A Lei 9.279/96 reproduz uma das mais importantes disposições constantes da Lei 5.772/71, como garantia de isonomia entre os brasileiros e residentes no País e os estrangeiros não residentes ou domiciliados, mas beneficiários de tratados. É perfeitamente possível que os tratados concedam aos estrangeiros benesses negadas pela legislação nacional aos locais, e o PCT tem tais regras. Note-se que, no CPI 1971, a equiparação se fazia mediante requerimento, ou seja, acolhia-se a pretensão específica manifestada caso a caso. A redação da Lei 9.279/96 deixa de exigir a pretensão específica, devendo a autoridade aplicar, de ofício, os direitos e garantias asseguradas aos estrangeiros, ou prever em atos regulamentares, independente de lei nacional, as normas aplicáveis geralmente aos estrangeiros, beneficiários de tratados, aos outros estrangeiros, residentes no País, e aos brasileiros. Excluem-se apenas os estrangeiros, não beneficiários de tratados. Esse é, segundo entendo, o direito; se essa é, ou não, uma alternativa prática, é consideração à parte.

ção entre PCT e CPI, o INPI baixou o Ato Normativo nº 44, posteriormente substituído pelo AN 128. Tal ato, que tem por destinatário a própria Administração, visou prescrever do funcionário do INPI normas de conduta que tivessem a propriedade da coerência e previsibilidade, desta forma assegurando a equidade no tratamento do público.

Em nenhum momento, o Ato teve por intenção criar norma que vinculasse terceiros - a não ser quando este poder lhe fosse explicitamente delegado pelo Tratado. Não tivesse o INPI emitido norma de interpretação, para uso de seus próprios funcionários, seria impossível aplicar o ato internacional, seguramente dos mais complexos instrumentos legais promulgados no Brasil.

A interpretação incorporada no Ato Normativo nº 128 partiu dos seguintes princípios:

- a) O PCT está em vigor no Brasil a partir do Dec. 81742/78, e deve ser aplicado como norma interna;
- b) O Estado brasileiro não exerceu quaisquer dos poderes legislativos que o PCT assegura aos países membros dentro dos limites do Tratado; assim, sempre que o instrumento internacional dispuser de uma certa forma, mas conferindo aos Estados o poder de legislar diferentemente dentro de certos limites, aplica-se o disposto no Tratado;
- c) Sempre que não exista norma de compatibilização no PCT, aplicar-se-á as regras gerais do CPI. Por exemplo, quando a interpenetração exigir o cumprimento de uma etapa no procedimento dentro do INPI que não estava prevista no CPI, o prazo para a satisfação desta etapa é o da lei interna;
- d) Quando a norma do PCT conflitar com a do CPI, no campo específico da aplicação do Tratado, este prevalece, pelo princípio da especialidade;
- e) A não ser quando o Tratado disponha em contrário, a partir da entrada na fase nacional vige o CPI sem alterações.

No tocante ao princípio interpretativo mencionado na letra b) do parágrafo anterior, raciocina-se que, ao dispor sobre uma questão, abrindo espaço, porém, para que a legislação nacional optasse por outra solução dentro de limites determinados, o Tratado revogou ou excepcionou a lei que o precedia, impondo-se, pois, preceito que estabeleceu. Na inexistência da lei de compatibilização, não foi exercida a opção prevista pelo PCT.

Do sistema de modificação de normas do PCT

O PCT é sujeito a um sistema duplo de alteração de normas. Quanto ao primeiro método, adota-se um sistema clássico de Direito Internacional Público, como descrito em documento da OMPI de outubro de 2002 ³¹:

³¹ PCT/R/WG/3/3

The PCT provides for a classical method of revision of the Treaty, which is set in Article 60,³² namely, that the Treaty may be revised at a special conference of the Contracting States.³³ Article 60 treats the PCT like any other treaty and makes no special provision for transitional arrangements, in the case of a revision, that might take into account the special nature of the PCT as a Treaty that establishes an administrative system of cooperation, involving dependent relationships between public bodies and private persons. Accordingly, on the basis of Article 60 and established practice for the revisions of treaties, a revised PCT could come about only as a result of a two-stage process, involving: (i) the adoption of a revised text by the Contracting States at a special conference; and (ii) the ratification of, or accession to, the revised treaty by States on an individual basis.

No entanto, em certas matérias, *previstas especificamente no texto do Tratado* como aprovado pelo Congresso Nacional, a modificação se dá por ação, não de uma Conferência de Revisão, mas de uma decisão da Assembléia Geral do Tratado. Isso ocorre, *opcionalmente*, no tocante a determinados artigos do Tratado, mencionados no Art. 60³⁴; e, *necessariamente* nos casos de simples mudança de prazos do procedimento administrativo citados no art. 47 do PCT³⁵.

Quando se faz tal alteração através da Assembléia Geral, o procedimento é o previsto no Art. 61, e não mais do Art. 60³⁶:

³² [Nota do original] PCT Article 60 (“Revision of the Treaty”) reads: “(1) This Treaty may be revised from time to time by a special conference of the Contracting States. (2) The convocation of any revision conference shall be decided by the Assembly. (3) Any intergovernmental organization appointed as International Searching or Preliminary Examining Authority shall be admitted as observer to any revision conference. (4) Articles 53(5), (9) and (11), 54, 55(4) to (8), 56, and 57, may be amended either by a revision conference or according to the provisions of Article 61.”

³³ [Nota do original] Article 61 of the PCT also empowers the Assembly of the PCT Union to amend certain of the administrative provisions of the Treaty.

³⁴ Como visto logo acima, são os casos previstos no art. 60 (4): Articles 53(5), (9) and (11), 54, 55(4) to (8), 56, and 57, may be amended *either* by a revision conference or according to the provisions of Article 61.

³⁵ O dispositivo por inteiro é o seguinte: “Artigo 47 – Prazos - 1) O cálculo dos prazos previstos neste Tratado será determinado pelo Regulamento de execução. 2)a) Todos os prazos estabelecidos nos Capítulos I e II deste Tratado poderão, fora de qualquer revisão de acordo com o artigo 60, ser modificados por decisão dos Estados contratantes. b) A decisão é tomada pela Assembléia ou por voto por correspondência e deverá ser unânime. c) Os pormenores do processo serão estabelecidos pelo Regulamento de execução”. O Regulamento assim dispõe, no pertinente: “1)a) A Assembléia será constituída pelos Estados contratantes, ressalvado o artigo 57.8). b) O governo de cada Estado contratante será representado por um delegado, que poderá ser assistido por suplentes, conselheiros e técnicos. 2)a) A Assembléia: I) tratará de todas as questões referentes à manutenção e ao desenvolvimento da União e à aplicação deste Tratado; II) desempenhará as funções que lhe forem expressamente designadas em outras disposições deste Tratado; (...)6)a) Com ressalva dos artigos 47.2)b), 58.2)b), 58.3) e 61.2)b), as decisões da Assembléia serão tomadas com uma maioria de dois terços dos votos expressos. A regra pertinente é a 81, que assim dispõe: “Modification of Time Limits Fixed in the Treaty (...) 81.2 Decision by the Assembly (a) When the proposal is made to the Assembly, its text shall be sent by the Director General to all Contracting States at least two months in advance of that session of the Assembly whose agenda includes the proposal. (b) During the discussion of the proposal in the Assembly, the proposal may be amended or consequential amendments proposed. (c) The proposal shall be considered adopted if none of the Contracting States present at the time of voting votes against the proposal.

36 Nossa leitura do PCT teve a confirmação da própria Consultoria Jurídica da OMPI/PCT, em carta de 21/10/03, subscrita por Matthew R. Bryan: “Firstly, PCT Article 61 was not the basis for the modification to

Artigo 61 - Modificações de certas disposições do Tratado

1)a) Propostas de modificação dos artigos 53.5), 9) e 11), 54, 55.4) a 8), 56 e 57 poderão ser apresentadas por qualquer Estado membro da Assembléia, pelo Comitê Executivo ou pelo Diretor-Geral.

b) Essas propostas serão comunicadas pelo Diretor-Geral aos Estados contratantes, pelo menos seis meses antes de serem submetidas ao exame da Assembléia.

2)a) Qualquer modificação dos artigos a que se refere o parágrafo 1), será adotada pela Assembléia.

b) A adoção requererá três quartos dos votos expressos. (...)

Assim, as modificações relativas às disposições de caráter meramente *funcional* são realizadas por decisão de um órgão da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, qual seja, a Assembléia do PCT.

Do status do art. 22(1) antes da alteração feita pela Assembléia do PCT

O art. 22(1) foi objeto de alteração, adotada pela Assembléia do PCT em 3 de outubro de 2001³⁷. A delegação do Brasil esteve presente e não se opôs à modificação³⁸. A decisão foi unânime³⁹.

O que isso modificou? O conteúdo original do art. 22(1) não foi incorporado à legislação interna por qualquer outra lei que não a própria aprovação do Tratado. Vigia, à época, a Lei

the time limit in PCT Article 22(1). Article 61 provides a basis for amendments to provisions of the Treaty itself. However, the modification to Article 22(1) was made pursuant to Article 47 and Rule 81, since the change only dealt with the applicable time limit. Further information can be found on the Article 22(1) modification in the preparatory documents and the report of the 30th Session of the PCT Assembly. Those documents may all be consulted on our website at: http://www.wipo.int/documents/en/document/govbody/wo_pct/index_30.htm

³⁷ Doc. PCT/A/30/7

³⁸ A declaração do voto brasileiro foi o seguinte: “The Delegation of Brazil, while stating that it was not opposed to the proposal, emphasized that the quality of PCT search and examination results needed to be improved. One had to consider the implications of the proposal on developing countries like Brazil which were making considerable efforts to reduce their backlog in examination of patent applications and to provide improved services to users. The Delegation was concerned that, while the proposal would resolve, in the short term, the problem faced by International Preliminary Examining Authorities, it might cause other problems for countries like Brazil which relied heavily on international preliminary examination reports. Further consideration would be needed if the current growth rate in PCT filings were to continue. The Delegation was also concerned about the effect of the delayed issuance of those reports. In particular, the proposal would have the effect of extending the period of legal uncertainty in respect of third parties and could prevent investors from making decisions until they received the results of substantive national examination. Even though many PCT applicants made use of international preliminary examination only in order to “buy time,” many others used international preliminary examination reports as a basis for deciding whether and where to enter the national phase. One result of the proposed amendment might be an increase in the number of applications which entered the national phase without international preliminary examination reports, which would result in national Offices having to bear the full burden of examination as to patentability.”

³⁹ The Assembly (i) unanimously adopted the modifications of the time limits fixed in Article 22(1) of the PCT as set out in Annex II to this report and the amendments of Rule 90*bis* as set out in Annex III to this report, and (ii) unanimously adopted the decisions, as set out in Annex IV to this report, relating to entry into force and transitional arrangements in respect of those provision

5.772/71. A superveniência da Lei 9.279/96 em nada modificou essa situação, eis que a nova Lei de Propriedade Industrial não se refere ao prazo do PCT, como a antiga não se referia. Ou seja, a regra não modifica em nada o texto legal interno ⁴⁰.

A todo tempo, o prazo de 20 meses persistia no nosso sistema jurídico apenas e exclusivamente como norma de origem internacional, vigente como *jus specialis*, apenas aplicável aos demandantes de patentes *não residentes no País* como exceção ao regime geral das Leis 5.772/71 e 9.279/96 ⁴¹. Ao passar a exigir o prazo de 30 meses, o novo regime continua como direito especial, que não afeta a lei geral, nem modifica o estatuto jurídico daqueles submetidos à lei interna ou a outros Tratados.

O prazo de 20 meses só existia no Ato Normativo do INPI que dá instruções aos funcionários da autarquia de como aplicar o PCT internamente. A modificação igualmente só estará refletida em ato normativo.

Não existe, assim, qualquer hipótese em que a decisão da Assembléia tivesse que se defrontar contra texto de lei interna.

Da atividade normativa confiada a ente internacional

Analisaremos nesta seção a questão da necessidade de uma ação normativa por parte da Assembléia do PCT, da natureza dessa ação normativa, e das objeções eventuais que se poderia suscitar quanto à aceitação dessa ação sendo exercida por parte de um órgão internacional.

Da natureza das normas emitidas pela Assembléia do PCT em face do sistema jurídico nacional

A Assembléia do PCT, prevista no art. 53 do Tratado, é o órgão deliberativo das atividades da União do PCT. Ela é constituída de todos os países pertencentes ao Tratado, e sua competência se resume à economia interna da União ou deliberações de cunho funcional ou administrativo. No Direito Internacional Público corrente, as deliberações da Assembléia do PCT não terão, em princípio, *status* de norma substantiva de Direito, com efeito externo ⁴².

Não é inusitado, e aliás torna-se freqüente, esta forma de ação normativa:

⁴⁰ Senão o próprio texto do Tratado, incorporado em sua integridade como norma nacional.

⁴¹ O regime do PCT não se aplica aos demandantes brasileiros ou residentes no País, no tocante ao procedimento nacional, a não ser por força do art. 4º. da Lei 9.279/96, o que, no entanto, não tem sido levado em conta pelo INPI.

⁴² Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, O direito ambiental internacional, Pág. 127 Revista Forense – Vol. 317 Doutrina: “O Estatuto da Corte Internacional de Justiça não menciona dentre as fontes do direito internacional as resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas e das demais organizações internacionais, sejam elas globais ou regionais. Em matéria ambiental exercem uma profunda influência, sendo que em inúmeros casos têm importância *in statu nascendi*. O que se discute é o valor das resoluções. Na opinião de alguns, as resoluções tem caráter obrigatório e os Estados são obrigados a cumpri-las. Mas semelhante ponto de vista tem pequena aceitação. No fundo é necessário examinar caso por caso. A Corte Internacional de Justiça classificou porém uma resolução da Liga das Nações como sendo um ato quase-legislativo em ICJ Reports, 1966, p. 319. South West Africa cases (second phase).

(g) Powers of legislation delegated to organizations. In certain instances states have delegated important law-making powers to organizations. Thus the High Authority of the European Coal and Steel Community may make decisions and regulations which are legally effective within the legal system of member states. Other forms of delegation exist involving various procedures for acceptance of the regulations by members. Some organs, for example the World Health Assembly of WHO or the Council of ICAO may make regulations by majority decision, leaving states to contract out by express rejection or by entering reservations⁴³.

No nosso caso específico, as normas em questão têm *status* intermédio entre o simples regulamento (mutável, em princípio, por simples decisão de maioria da Assembléia⁴⁴) e o da modificação por via de reforma, aprovação congressual e ratificação. A simples decisão da Assembléia basta, mas tal decisão *tem de ser unânime*. Como na verdade foi, contando com o voto do Brasil.

Tal quorum qualificado, porém, não retira o aspecto meramente funcional e adjetivo da norma mudada. Alterar um prazo de entrega de um documento, com a entrada na fase nacional do PCT, não é matéria de direito substantivo. É matéria de direito administrativo *procedimental*.

⁴³ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th. P. 701. Como se lê em Newsweek Online: August 28, 2000 Issue, parece que seria uma tendência irresistível. "That's why the business community is already pressuring politicians to harmonize conflicting commercial regulation. And it's why, in the 21st century, government will become increasingly global. Countries will sign more cooperative treaties, and ever-increasing power will be delegated to international rule-making bodies. "Standardization has really been the driving force of the tech industry," says Intel Corp. Vice-President Michael Maibach. "Now it's going to be the driving force of government as well." No entanto, há relevantes razões de direito contra tal tendência, e não é só quanto à questão da soberania estatal. Nota Eard Evanoff, School of International Politics, Economics, and Business, Aoyama Gakuin University, Tóquio, Japão: "At the global level as well, decision-making power is being increasingly delegated to international institutions such as the World Bank, the International Monetary Fund, and the World Trade Organization. Such organizations attempt to legitimate themselves by claiming to act in the interests of "all." In fact, the voices of ordinary citizens, as expressed through citizens groups and NGOs, are typically excluded from the decision-making process, while the interests of multinational corporations and international investors are heavily represented (*cf.* Hancock 1989; Nader et al. 1993; Chatterjee 1994; Chatterjee and Finger 1994; Danaher 1994; Rich 1994; Mander and Goldsmith 1996; Merrett 1996; Chossudovsky 1997; Martin and Schumann 1997; Madeley 1999; Dunkley 2000). One goal of the anti-globalization movement has been to increase citizen participation in the global decision-making process", encontrado em <http://www.biol.tsukuba.ac.jp/~macer/EJ123/ej123c.htm>, visitado em 21/10/03. Outras ponderações também são relevantes: "Consequently the academic world had opened an inquiry with reference to single person sovereignty pertaining to the State sovereignty concept. As a result some sovereign functions had been delegated to international organizations, regional and integrative structures. In such case the main reason of the diplomatic service was a basic management of these sovereignties, because it was understood that their collision would inevitably degenerate in a worldwide anarchy.", зонова т.в. Современная модель дипломатии: истоки становления и перспективы развития. М.1.07.2003 16:53 | В.С.Денисенко, encontrada em <http://www.humanities.edu.ru/db/msg/24496>, visitado em 21/10/03.

⁴⁴ Artigo 58 Regulamento de execução 1) O Regulamento de execução, anexo ao presente Tratado, contém regras relativas: I) a questões a respeito das quais o presente Tratado reporta expressamente ao Regulamento de execução ou estabelece expressamente que constituam ou constituirão objeto de prescrições; II) a qualquer requisito, assunto ou procedimento de ordem administrativa; III) a qualquer pormenor útil à execução das disposições deste Tratado. 2)a) A Assembléia poderá modificar o Regulamento de execução. b) Ressalvado o parágrafo 3), as modificações exigirão a maioria de três quartos dos votos expressos. 3)a) O Regulamento de execução especificará as regras que só poderão ser modificadas: I) por decisão unânime, ou II) se não houver surgido qualquer desacordo quer de parte de um dos Estados contratantes cuja Repartição nacional funcione como Administração encarregada da pesquisa internacional ou do exame preliminar internacional, quer, quando uma tal Administração for uma organização intergovernamental, de parte do Estado contratante membro dessa organização com mandato dos demais Estados membros reunidos no organismo competente dessa organização, especificamente para esse fim.

Em sistemas constitucionais compatíveis com o brasileiro ⁴⁵, como o dos Estados Unidos da América do Norte, nos quais a norma internacional prescinde de convalidação por norma interna, o efeito das decisões da Assembléia é apenas admitido através de norma de efeito meramente administrativo, similar ao AN INPI 128. A publicação correspondente americana ⁴⁶ assim precisa:

Administrative Procedure Act

The changes in this final rule relate solely to Office practices and procedures for patent applications filed under the PCT. Accordingly, this final rule involves rules of agency practice and procedure under 5 U.S.C. 553(b) (A), and may be adopted without prior notice and opportunity for public comment under 5 U.S.C. 553(b) and (c), or thirty-day advance publication under 5 U.S.C. 553(d). See *Bachow Communications Inc. v. FCC*, 237 F.3d 683, 690 (D.C. Cir. 2001). However, the Office did provide notice and an opportunity for comment on the change to § 1.491 in order to obtain the benefit of public comment on this change.

Assim, a regra do 30 meses entrou no sistema jurídico americano sem qualquer alteração legal, como mera *norma do INPI local*.

A necessidade de ação pela Assembléia do PCT

Por que deferir a um órgão interno de um ente internacional, ainda que constituído por Estados votantes, a decisão em tais matérias? A Resolução ABPI no. 50 esclarece as razões:

O Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes, ou Patent Cooperation Treaty ou PCT, estabelece um sistema multilateral de processamento de pedidos de patente em uma primeira fase de tramitação internacional unificada que visa a contribuir para o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, a aperfeiçoar a proteção legal das invenções e a simplificar e tornar mais econômica a obtenção da proteção das invenções quando requisitada em vários países, além de outros objetivos estabelecidos no preâmbulo daquele tratado.

Um dos pilares do PCT consiste no estabelecimento de um sistema homogêneo e de direitos recíprocos, em que nacionais ou residentes de cada país contratante pode gozar dos benefícios nos demais países membros em igualdade de condições. Essa homogeneidade é rompida se um ou um grupo de países falha em adequar-se rapidamente às alterações feitas no tratado.

Ora, como já se procurou demonstrar, as normas em questão são de natureza meramente funcional, sem criar direitos e deveres substantivos aos pretendentes de patentes; a mudança é de caráter *procedimental*.

⁴⁵ Note-se que esse tipo de delegação é especificamente previsto pelo Art. 20.1 da Constituição da Dinamarca: Section 20 Constitution of the Kingdom of Denmark [Delegation of Powers]. (1) Powers vested in the authorities of the Realm under this Constitution Act may, to such extent as shall be provided by Statute, be delegated to international authorities set up by mutual agreement with other states for the promotion of international rules of law and co-operation. (2) For the passing of a Bill dealing with the above a majority of five-sixths of the Members of the Parliament shall be required. If this majority is not obtained, whereas the majority required for the passing of ordinary Bills is obtained, and if the Government maintains it, the Bill shall be submitted to the Electorate for approval or rejection in accordance with the rules for Referenda laid down in Section.

⁴⁶ Federal Register / Vol. 67, No. 3 / Friday, January 4, 2002 / Rules and Regulations, p. 520

A Secretaria Geral do PCT tem enfatizado que o procedimento tradicional de revisão do Tratado através das regras do Art. 61 é inapropriado mesmo para as normas de cunho mais substantivo, devido ao longo tempo de ratificação dos Estados Membros⁴⁷. *A fortiori*, normas procedimentais de mutabilidade necessária, variando com o fluxo de demanda e peculiaridades do sistema de patentes, o ciclo lento de uma ratificação formal é incompatível com a imposição de coordenar num todo orgânico centena e tanto de legislações nacionais diferentes.

Do mito da proibição das delegações normativas

O ponto que me parece crucial no tocante ao art. 61 do PCT é se, aprovando esse dispositivo, não estaria o Congresso Nacional admitindo uma delegação legislativa. Essa constatação traz, a princípio, um certo temor ao jurista brasileiro. Diz Márcio Tadeu Guimarães Nunes⁴⁸:

"No Direito Constitucional clássico, anotam os autores, a regra é a indelegabilidade, como corolário, aliás, da doutrina da separação de poderes teorizada por Montesquieu. Locke, no *Segundo Tratado de Governo Civil*, deixa expresso *que nenhum poder pode delegar atribuições, porque o poder é exercido por delegação de soberano e quem age por delegação do soberano não pode delegar o que não lhe pertence, o que se anuncia na máxima latina: delegada potestas delegari non potest.*" (Carlos Mário da Silva Velloso, "**Delegação legislativa** – A Legislação por Associações", in *Revista de Direito Público*, 90/179. Os itálicos são do original e os grifos nossos.)

Com a visível superação do conceito absoluto da teoria de separação dos poderes acima preconizada, pela flexibilidade que se lhe impôs a doutrina constitucional norte-americana, orientouse o direito constitucional interno, assumindo a já referida construção do sistema de freios e contrapesos como o norte das funções estatais.

Sem prejuízo dessa asserção, as lições do Ministro Velloso continuam de pé para o caso, pois à luz do *checks and balances system* as hipóteses de interferência entre os poderes, por serem excepcionais, *somente se darão onde houver previsão expressa, e mais, se esta for constitucionalmente válida*. Fora destes casos, não é legítimo a um poder exercer as funções do outro.

Acompanhando esta ordem de idéias, repise-se as lições de Luís Roberto Barroso, em parecer já anotado, *verbis*:

"A nova Constituição não abriu disposição expressa para a vedação da delegação de atribuições. Nem era necessário fazê-lo. A doutrina da indelegabilidade assenta-se em premissas que decorrem de outras normas e princípios, como (i) o da separação de poderes; (ii) o da representação política; (iii) o da supremacia da Constituição, e (iv) o do devido processo legal. Sobre este ponto não tergiversam os autores. Diogo de Figueiredo Moreira Neto averbou:

⁴⁷ "The inconvenience of the revision mechanism established in Article 60 of the PCT is, obviously, the gradual and individual nature of the process of ratification of and accession to the revised treaty. This inconvenience is demonstrated by the experience of the revision of a number of other WIPO-administered treaties. For example, the Paris Convention for the Protection of Industrial Property was revised at Stockholm in 1967, some 35 years ago. There are still two States that are party to previous versions of the Paris Convention and that have not ratified or acceded to the Stockholm Act. Similarly, the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works was revised in Stockholm in 1967 and in Paris in 1971. There are still three States that have not ratified or acceded to the Stockholm or the Paris Acts". (Doc. PCT/R/WG/3/3, October 30, 2002)

'Delegação de funções de Poder a Poder: é a hipótese que se denomina, em doutrina, de delegação de poderes. *Está implicitamente vedada pela adoção do princípio da separação dos poderes (art. 60, § 4º, III).*'

No mesmo sentido é a lição de José de Afonso da Silva:

'As Constituições anteriores estabeleciam o princípio da divisão de poderes, especificando que era vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições, e quem fosse investido na função de um deles não poderia exercer a de outro, salvo as exceções nelas previstas. *Essas especificações realmente são desnecessárias, até porque a Constituição, agora como antes, estabelece incompatibilidade relativamente ao exercício de funções dos poderes (art. 54), e porque os limites e exceções ao princípio decorrem de normas que comporta pesquisar no texto constitucional.*' (Ob. cit., pp. 207-208. Grifamos e sublinhamos.)

Assim, se se entendesse que o PCT, nos dispositivos em questão, estaria criando uma Delegação legislativa a órgão internacional, não seria a aprovação do Tratado pelo Congresso que sanaria esse problema:

Aliás, homologar mal pode suceder em dois sentidos. *Ou se homologa algo que não se poderia homologar, porque estaria maculado de ilegalidade, ou se homologa mal porque na hora de homologar, praticou-se alguma incorreção, como, por exemplo, não se ratificando o que deveria necessariamente ser ratificado, vez que a homologação é, conforme já assinalado, apenas controle da legalidade.*⁴⁸

As delegações legislativas *stricto sensu*, no texto vigente da Carta, são limitadas e controladas quanto ao conteúdo⁴⁹. No entanto, como se constata do art. 25 do ADCT, o cometimento por lei de atividade normativa a órgãos dos demais poderes não é inconstitucional por si só⁵⁰. Sê-lo-ia, entende a doutrina, se invadir a reserva constitucional da manifestação democrática através do Parlamento, para estabelecer, alterar ou extinguir direitos⁵¹.

Uma vez mais Márcio Tadeu Guimarães Nunes:

⁴⁸ Márcio Tadeu Guimarães Nunes, *op.cit.loc.cit.*

⁴⁹ Art. 68 - As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. § 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. § 3º - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

⁵⁰ Art. 25 - Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa; II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie (...)

⁵¹ Arnoldo Wald, *Do Direito Adquirido À Remessa de Dividendos (Da Inconstitucionalidade da Circular N. 1.725 Do Banco Central)*, Pág. 115 Revista Forense – Vol. 313 Pareceres: “(...)A melhor doutrina reconhece que tudo que se refere aos direitos individuais, seja das pessoas físicas, seja das pessoas jurídicas, abrangendo a aplicação das garantias mencionadas no art. 5º da Constituição, não pode ser objeto de delegação legislativa ou de regulamentação pela administração. As normas que protegem a empresa, nos planos civil e comercial, abrangendo a sua propriedade e o exercício dos seus direitos somente podem sofrer limitações em virtude de legislação oriunda ou aprovada pelo Congresso Nacional”.

Quanto a tal prática, Pontes de Miranda é eloqüente ao negar-lhe curso, *verbis*:

"Onde se estabelecem, *alteram-se ou extinguem-se direitos*, não há regulamento – *há abuso de poder regulamentar, invasão de competência legislativa.*" (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69, 2ª ed.*, Ed. Forense, p. 314. Grifamos e sublinhamos.)

Adotando semelhantes postulados, orienta-se Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre o art. 25, I, do ADCT, *verbis*:

"*A reserva relativa de lei, todavia, não significa, em nenhuma circunstância, que o legislador possa abdicar da decisão política que lhe compete, nem tampouco que possa abster-se de estabelecer os parâmetros dentro dos quais irá agir o administrador. Embora não esgote integralmente os juízos atinentes ao motivo ou ao objeto do ato a ser praticado, o legislador há de balizá-los adequadamente. Remarque-se bem: somente por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer.*"

O dispositivo transcrito foi uma clara tomada de posição em relação aos abusos que se praticaram no regime constitucional anterior, e figura como uma espécie de interpretação autêntica do texto constitucional em vigor, *em que o próprio constituinte cuidou de remarcar que as delegações não mais seriam toleradas. (...) Mas, qualquer que seja a evolução do tratamento jurídico da matéria, o fato é que serão sempre inconstitucionais, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, as disposições regulamentares produzidas na conformidade de delegações disfarçadas, resultantes de leis que meramente transferem ao Executivo o encargo de disciplinar o exercício da liberdade e da propriedade das pessoas.*" (Ob. cit. p. 28. Grifamos.).

Vedação de delegação legislativa e prazos adjetivos

Note-se que mesmo em área reservada à estrita legalidade, a jurisprudência do STF tem distinguido como permissível o exercício de atividade normativa fora do Poder Legislativo quando se trata de mero estabelecimento de prazo de cumprimento de obrigação, sem afetar o conteúdo dos deveres e seu montante⁵²:

RE 180224 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 14/05/2002. Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ DATA-14-06-02 PP-00142 EMENT VOL-02073-04 PP-00679 EMENTA: O despacho agravado, embora sucinto, enfrentou a tese trazida no recurso extraordinário, ao entender que o acórdão proferido no TJSP não violou os princípios constitucionais da legalidade, anterioridade e da vedação de Delegação legislativa, ao considerar legítima a antecipação da data de recolhimento do ICMS, realizada por meio do Decreto 33.188/91. Agravo regimental desprovido.

RE 253395 / SP - SÃO PAULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO. Julgamento: 19/10/1999. Primeira Turma. Publicação: DJ DATA-19-11-99 PP-00077 EMENT VOL-01972-10 PP-02027 EMENTA: ICMS. DECRETO Nº 35.386/92-SP: ANTECIPAÇÃO DO PRAZO DE RECOLHIMENTO. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA VEDAÇÃO DE PODERES LEGISLATIVOS. Não se compreendendo no campo reservado à lei a definição de vencimento das obrigações tributárias, legítimo o Decreto nº 33.386/92, que modificou a data de vencimento do ICMS. Improcedência da alegação de infringência ao princípio da vedação de Delegação legislativa. Recurso que, de resto, carece de questionamento. Recurso extraordinário não conhecido.

⁵² Vide, no entanto, o pronunciamento isolado em ADI 1296/PE-PERNAMBUCO-AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO.

RE 154248 / SP - SÃO PAULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 26/03/2002. Primeira Turma Publicação: DJ DATA-17-05-02 PP-00066 EMENT VOL-02069-02 PP-00257 EMENTA: ICMS. Correção monetária. Conversão do débito em unidades fiscais (UFESP). Lei do Estado de São Paulo nº 6.374/89. - O Plenário desta Corte, ao julgar os RREE 154.273 e 172.394, não acolheu a alegação de ofensa ao princípio constitucional da legalidade. - Por outro lado, ainda no julgamento do citados RREE, ficou decidido que, no caso, "não se compreendendo no campo reservado à lei, pelo Texto Constitucional, a definição do vencimento e do modo pelo qual se procederá à atualização monetária das obrigações tributárias, também não se pode ter por configurada delegação de poderes no cometimento desse encargo, pelo legislador ordinário, ao Poder regulamentar". - A questão relativa à alegação de violação ao art. 34, § 8º, do ADCT não foi prequestionada (súmulas 282 e 356). Recurso extraordinário conhecido pela letra "c" do inciso III do art. 102 da Constituição, mas não provido.

Da inexistência de delegação legislativa quanto ao art. 61 do PCT.

É nosso entendimento que não há delegação legislativa alguma na aprovação, que fez o Congresso Nacional, do art. 61 do PCT. Mas comecemos por frisar que, ainda se houvesse, o estatuto constitucional para tal autorização seria discernível.

Com efeito, há uma vigorosa previsão na Carta da República da colaboração entre Estados no alcance de fins comuns:

Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional; (...)

V - igualdade entre os Estados;(...)

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; (...)

Parece certamente aplicável, num contexto de ponderação de interesses políticos internos e externos, a decisão do STF, em julgado sob a Carta de 1946:

"**Delegação legislativa.** Tabela de preços. Lei e regulamento. A proibição de delegação de poderes não é absoluta; deve ceder quando houver necessidade de assegurar a execução de outro preceito constitucional. Interpretação do art. 36, § 2.º da Constituição Federal."⁵³

Mas, como indicado, não há delegação legislativa. Trouxemos acima a evidência de que as alterações de prazo previstas no art. 22(1) c/c art. 61 do PCT não são de natureza legal, mas não-legal, de procedimento administrativo que, em países comparáveis, teve tratamento de mera norma administrativa de cunho autárquico. Não se delega *lei* quando apenas se pretende emitir norma não-legal. Indicamos, igualmente, que a alteração não afeta o regime legal brasileiro, por revogação, exceção ou qualquer outra hipótese de alteração que exigisse ação de hierarquia por norma de estrita legalidade.

⁵³ 68 RDA 21/134-139, jul./set. 1950

O exercício de atividades normativas por órgão diverso do Legislativo, o que a doutrina erroneamente designa como Poder Regulamentar, não presume delegação de poderes, mas simples exercício de poder próprio do normatizador⁵⁴:

Nestes casos, o que temos, na realidade, é a execução pela Administração Pública da lei, que, contudo, deixou de estabelecer maiores detalhamentos quanto à matéria legislada, fixando apenas *standards* e finalidades gerais. Não é o fato de a lei ter optado por adotar conceitos mais ou menos abstratos que a caracteriza como uma impensável delegação de poder legislativo, com o que toda outorga de poder regulamentar à Administração Pública consistiria em uma delegação.

Contrariamente, entendendo tratar-se de delegação, mas admitindo-a, pronunciou-se Rui Barbosa: “Do regular ao legislar, do legislar ao regular, nem sempre são claras as raias. Entre as duas competências medeia uma zona de fronteira, indecisa, mista, porventura comum, em que ora as leis regulamentam, ora os regulamentos legislam (...). Se contestássemos a existência de delegação e sua validade, em nome de uma doutrina abstrata, daríamos por terra com a construção de nosso direito administrativo quase todo”. (*apud* Caio Tácito, Comissão de Valores Mobiliários. Poder Regulamentar, *in Temas de Direito Público*, t. 2, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997, p. 1.080). Em igual sentido, mais incisivamente, Miguel Reale acha que “não é exato que ao Executivo só caiba a missão secundária de prover e garantir a exequibilidade das resoluções parlamentares, como, infelizmente, ainda pensam alguns políticos brasileiros, contrários a qualquer forma de Delegação legislativa, revelando total ignorância das modernas técnicas de delegação e de controle que, assegurando ao governo processos eficazes de atualização das normas genericamente elaboradas pelos parlamentares, a estes asseguram controle não menos eficaz, para prevenir ou reprimir abusos da Administração” (Miguel Reale, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 5ª ed., Ed. Saraiva, 2000, p. 353).

Como se vê, falava-se imediatamente acima de exercício de poder regulamentar. Tivemos oportunidade de escrever sobre a questão em obra recente⁵⁵, falando da possibilidade de atividade normativa (mas não *regulamentar*) no caso de exercício de poder discricionário:

Com efeito, sempre que a lei dá a uma autoridade um poder discricionário, de agir segundo uma avaliação de conveniência e oportunidade, este poder de agir deverá ser exercido de alguma forma. No nosso sistema constitucional, o instrumento de que dispõe o Chefe do Executivo para manifestar sua vontade, *inclusive quando exercitando poder discricionário de fundo infraconstitucional*, é o decreto.

Nem se pode postular - como na verdade ninguém o fez - que o atual texto constitucional vede o exercício do poder discricionário. Nem se firmou jamais que a manifestação do poder discricionário deva ser necessariamente subjetiva, pontual, expressa em cada caso por um ato condição. A oportunidade e conveniência, objeto da avaliação do agente público, não será tão fugaz, tão individualizada, tão subjetiva, que só comporte uma manifestação única, inaugural, irreduzível a um parâmetro, ainda que tentativo.

Note-se, aliás, que mesmo no caso de regulamento para fiel execução, a possibilidade lógica de baixar tal regulamento presume alguma parcela de escolha discricionária entre as hipóteses do

⁵⁴ Alexandre Santos de Aragão, O poder normativo do CONTRAN e seus reflexos nas relações contratuais administrativas, Pág. 174 REVISTA FORENSE – VOL. 367 PARECERES. Sobre a questão, ainda Márcio Tadeu Guimarães Nunes, *op. cit.*, *loc. cit.*: “A delegação legislativa enseja a prática de **ato normativo primário**, de ato com força de lei, ao passo que o exercício do poder regulamentar resulta em atos normativos secundários de cunho administrativo. Classicamente, no direito brasileiro, o regulamento é ato emanado do Executivo, destinado a explicitar, detalhar o modo e forma de execução da lei. Vale dizer: é ato inferior à lei e a ela subordinado”.

⁵⁵ A eficácia do decreto autônomo, Ed. Lúmen Júris, 2002.

comando legal. É um truísmo a mais do Direito Administrativo ⁵⁶. Não fora assim, e o conteúdo dos regulamentos de fiel execução seria o recomendado pelo Barão de Itararé: “Artigo único - Cumpra-se a lei”.

Mas o que ressalta do bom senso e da prática cotidiana é que as atividades de cunho efetivamente discricionário podem ser objeto de decreto *por direito próprio*. Jean Rivero indica a existência, no âmbito do Direito Administrativo Francês, desta margem de manifestação geral e prescritiva, sem caráter de *regulamento de fiel execução*, nem de *regulamento independente*:

“En marge des lois et règlements, les “directives” adoptées par une autorité investie d’un pouvoir discrétionnaire posent, elles aussi, des principes relatifs à l’usage qu’elle entend faire de ce pouvoir, mais réservent la possibilité de les écarter, compte tenu des cas d’espèce. Ces attitudes, qui tendent à substituer à la légalité traditionnelle une légalité “souple”, moins contraignante pour l’administration, répondent à certaines nécessités dont la jurisprudence tient compte (...)”
⁵⁷.

Não se restringe ao Direito Francês a noção de diretivas de autolimitação ao poder discricionário. Com efeito, teve o subscritor ocasião de sustentar, perante o Supremo Tribunal Federal, a compatibilidade com o sistema constitucional pátrio de uma egrégia diretiva de aplicação do poder discricionário, o Ato Normativo no. 15 do INPI, que regulou por mais de quinze anos a transferência de tecnologia no Brasil.

A nossa excelsa corte, em longo e minucioso acórdão relatado pelo Ministro Oscar Dias Correia ⁵⁸, enfrentou exatamente a insurgência de impetrante contra atos fundados no Ato Normativo em questão, alegando a violação dos limites do regulamento para fiel execução. No acórdão unânime, o Supremo identificou na norma legal de regência do controle de transferência de tecnologia uma inegável atribuição de poder discricionário, sem que a diretiva de autolimitação ficasse sujeita à pecha de incompatibilidade constitucional.

Essa ponderação tem, mais recentemente, tido tratamento detalhado e inovador da doutrina constitucional, no tocante ao poder regulatório das agências autônomas (das quais a OMPI é apenas uma versão internacional):

Uma das mais intrincadas questões afetas às agências reguladoras e ao direito da regulação é sua compatibilização com o princípio da reserva legal, que ainda hoje é da essência do modelo democrático. Para além dos temas recorrentes, como o poder regulamentar e as delegações legislativas, há a questão específica da chamada *deslegalização*, que contrasta com os conceitos tradicionais ao contemplar a transferência de competências normativas primárias para uma entidade da Administração. ⁵⁹

⁵⁶ Diz Luciano Ferreira Leite, *op.cit.*, p. 31: “Decorre a discricionariedade regulamentar, de autorização contida no comando das normas legais. Nessa hipótese, escolhem as autoridades administrativas uma ou mais, dentre uma pluralidade de soluções contempladas na lei” Idêntico entendimento tem Celso Antônio Bandeira de Mello: “A matéria do regulamento, seu objeto, é a disciplina das situações em que cabe discricionariedade administrativa no cumprimento da lei, da qual resultariam diferentes comportamentos administrativos possíveis”, Ato Administrativo e direitos dos administrados, Ed. RT, 1981, p. 91.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 107.

⁵⁸ RTJ 106/1057, decisão de 5 de agosto de 1983

⁵⁹ Luís Roberto Barroso, Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática, Pág. 85 Revista Forense – Vol. 365 Doutrina. Citando de suas notas de rodapé: “Sobre o tema da deslegalização, ver: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Direito da regulação, 2002, e as dissertações de mestrado de Alexandre Santos de Aragão, A função e a posição das agências reguladoras no Estado contemporâneo, mimeografado, 2001, p. 450 e segs.; e Patrícia Ferreira Batista, Transformações do direito administrativo contemporâneo: constitucionalização e participação na

Sem dúvida, há quem aponte, mesmo no caso das Agências, o risco de normatividade inconstitucional:

Questão que se coloca à nossa frente é a constitucionalidade ou não das leis delegificadoras. Alguns, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, admitem que apenas as agências previstas em nível constitucional, tal como a ANP e ANATEL, podem expedir regulamentos que tenham força além da dos regulamentos administrativos em geral. Ao tratar das agências reguladoras que não foram previstas expressamente na Constituição da República, dispõe o seguinte:

“As demais não têm previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta”⁶⁰.

Da colaboração internacional como preceito constitucional e a ação concertada do PCT

O elemento central deste Parecer é a constatação de que a ação concertada dos membros do PCT, 110 países, é um fator essencial para a manutenção de um sistema internacional de patentes. Essa ação, que tem de ser rápida, flexível, adequada, cobre cerca de oitenta por cento dos pedidos internacionais depositados no Brasil. O aumento de pedidos PCT é tamanho que, sem uma ação como a aqui estudada, o caos administrativo impedirá o funcionamento adequado do sistema.

Esse parecerista está bem ciente de certos aspectos pelo menos discutíveis do problema PCT. Em intervenção no V REPICT, tive ocasião de dizer o seguinte:

No ano passado, foram depositados 103 mil pedidos de patentes pelo PCT; em 1990 eram, aproximadamente, 19 mil. No entanto, a enorme ampliação de pedidos não é acompanhada por um substancial aumento de investimentos em Ciência e Tecnologia, nem em nível público e nem privado.

A falta de uma nova geração de clones extremamente inteligentes e criativos, sendo a humanidade a mesma e tomando como postulado que a produção científica e tecnológica tem uma constante necessária, que é o investimento, há de depender necessariamente da mudança abissal

construção de uma dogmática administrativa legitimadora, mimeografado, 2001, em que averbou com rigor técnico: “Tradicionalmente, nos países que se inspiraram no modelo francês, o conteúdo deste princípio (o da legalidade) foi associado à idéia da vinculação positiva à lei: à Administração somente é lícito fazer aquilo que a lei expressamente autoriza. Entretanto, com a superação do Estado liberal e a crise da lei formal, desapareceram as condições que justificavam a tese da vinculação positiva à lei. A deslegalização, por meio da qual se abre ao poder regulamentar o trato de matérias antes atribuídas ao poder legislativo, é uma das provas da insuficiência daquela tese para a realidade contemporânea. Desenvolveu-se, assim, a teoria da vinculação da Administração Pública ao Direito, especialmente aos princípios e regras do ordenamento constitucional. Subsiste, de qualquer forma, a regra da vinculação positiva à lei para aquelas matérias submetidas, pelo constituinte, à reserva de lei e para as atividades administrativas de natureza gravosa, passíveis de limitar ou extinguir direitos subjetivos dos administrados.”

⁶⁰ Rodrigo Santos Neves, A Função Normativa das Agências Reguladoras e o Princípio da Legalidade, Pág. 490 Revista Forense – Vol. 358 Suplemento. O autor, prossegue no tema: “No entanto, parece-nos uma visão por demais tradicionalista, a qual queremos aqui nos afastar. Todas as agências estão previstas em nossa Carta Magna. Fazendo uma releitura analítica do art. 174, percebemos que o Estado é agente *normativo e regulador da atividade econômica*. Assim, através das leis instituidoras das agências, é feita a degradação das leis que tratam sobre aquele setor, inclusive da própria lei degradadora, dando liberdade para que as agências tenham plena liberdade para regular seu respectivo mercado dentro, é lógico, dos limites do marco regulatório, isto é das políticas públicas e outras normas que são criadas de acordo com os interesses nacionais com o fim de harmonizar o mercado”

dos números de pedidos de patentes para que seja indicado um novo parâmetro de concessão de privilégios, parâmetro este indicado pelas 3.411 patentes da IBM.

Indicado também pela concessão de uma patente àquele inventor de cinco anos de idade sobre técnicas de balançar um balanço pendurado por uma corda em uma árvore. Onde estará tanta capacidade inventiva da IBM, onde está a atividade inventiva, a novidade, a utilidade industrial no método de balançar um balanço? A notícia do inventor de cinco anos e da pluralidade infinita de patentes da IBM aponta precisamente no vértice do aumento dos pedidos do PCT. Algo estranho vem acontecendo nos escritórios de patente como o americano, famosos pela generosidade infinita dos examinadores. A suavidade das exigências à respeitabilidade das regras faz com que se ampliem as patentes.⁶¹

No entanto, *abusus non tollet usus*. O bom funcionamento do PCT favorece o abuso das invenções ridículas americanas, mas também auxilia a pretensão do criador nacional que pretende proteção no exterior. Quanto às críticas brasileiras relativas à proposta ora em exame, refletidas na declaração de voto sob a nota 37 deste Parecer, são elas de extrema relevância, no que toca à administração do sistema como um todo, mas não afetam a substância jurídica da deliberação da Assembléia, tomada, aliás, (repete-se a informação) com assentimento do Brasil.

O ponto juridicamente pertinente, porém, é o da aplicação, no caso, do princípio constitucional da cooperação entre os povos, ou mais precisamente, da “integração coordenante de relações administrativas internacionais de serviço público”⁶². O fato, relativamente novo, mas certamente constitucionalmente motivado, de se tomarem decisões colegiadas em órgãos administrativos de um ente internacional, com efeitos internos, atuando as nações para um propósito comum, não se distingue, em essência, das demais instâncias de cooperação entre entidades de Direito Público.

Vale trazer à memória, como exemplo seminal, o do CONFAZ, espaço de compatibilização de políticas fiscais, apenas em parte sujeitas à ratificação pelas Assembléias estaduais. Embora tecidas sobre uma entretela constitucional comum, as relações interestaduais do Conselho de Política Fazendária mimetizam em boa parte as que existem no âmbito da Assembléia do PCT: múltiplas legislações locais, compatibilizadas por entendimento coletivo, de forma a possibilitar os fluxos da economia sem desigualdades legais estiolantes. Num e noutro caso, no que transcende à necessidade de compatibilização, a lei local se exerce em sua plenitude.

Não menos ilustrativo é o exemplo das negociações tarifárias coletivas no âmbito do GATT/OMC, cujo resultado se internaliza, não através de aprovação do Congresso, mas simples utilização do decreto executivo (ao abrigo de permissão constitucional específica para os tributos aduaneiros). Embora, neste caso, não se tenha deliberações uniformes de um ente internacional, mas simples aplicação de uma cláusula de generalização de vanta-

⁶¹ Anais do V Encontro de Propriedade Intelectual e Comercialização de Tecnologia, julho de 2002).

⁶² A expressão é de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, in Administração internacional do Estado, Pág. 67 Revista Forense – Vol. 292 Doutrina: “integração coordenante de relações administrativas internacionais de serviço público, entre Estados e organismos internacionais (*formalmente* atinente ao **Direito Internacional** Administrativo, capítulo do **Direito Internacional** Público; *materialmente*, ao Direito Administrativo Internacional, capítulo do Direito Administrativo interno)”

gens (MFN), tem o exemplo e o PCT em comum a necessidade de flexibilidade, de uniformidade e de um procedimento que prescinde de aprovação congressional.

Em suma, tanto no nível interestadual quanto no interestatal, avoluma-se a necessidade de compatibilização funcional e normativa entre sistemas jurídicos distintos e autônomos; sem que haja prejuízo necessário de autonomias e soberanias, cria-se uma legitimidade consagrada – no caso do PCT e do GATT – pelo ambiente do art. 4º. da Carta de 1988. Ou seja, uma presunção inicial de cooperação e interesse compartilhado que, salvo a existência de empecilhos constitucionais veementes, deve-se prestigiar.

As decisões da Assembléia do PCT prescindem, por sua natureza, da aprovação do Congresso⁶³

Nesta seção examinaremos um outro tema: o de se as deliberações da Assembléia do PCT seriam atos sujeitos à aprovação do Congresso.

A questão dos atos sem *status* de lei, ou de caráter unilateral, no âmbito do Direito Brasileiro (como, aliás, do americano) se fez particularmente extensa no tema dos chamados *acordos executivos*; vale dizer, de certos atos internacionais que independeriam de aprovação pelo Congresso. Ocorre que, tradicionalmente, o Poder Executivo da União celebra acordos em forma simplificada, concluídos sem autorização expressa e específica do Legislativo, em certas categorias negociais⁶⁴.

Segundo tal doutrina, estariam isentos da aprovação do Legislativo, entre outras categorias, os acordos sobre assuntos de importância restrita ou de interesse local⁶⁵. 42 A raiz da tese se encontrava no texto das constituições de 1891, 1934 e 1946, que exigiam a aprovação do Congresso somente para os tratados e convenções⁶⁶. Forte reação se levantou contra tal entendimento, em particular de Afonso Arinos de Mello Franco⁶⁷.

⁶³ Esta seção contou com pesquisa complementar de Leila Maron Srur.

⁶⁴ Rodas, *op.cit.*, pg. 28-47, e Rezek, pg. 295-328, fazem extenso relato desta prática no âmbito do MRE. A importância destes acordos executivos é evidenciada pelo número de instrumentos do gênero em vigor nos estados Unidos: em junho de 1983 haviam apenas 906 tratados em vigor, contra 6571 acordos executivos, cf. *Transnational Legal Problems*, Steiner e Vagts, Foundation Press, 1989, pg. 611.

⁶⁵ Accioly, *apud* Rodas, pg. 30. Levi Carneiro, também consultor jurídico do MRE, em fase posterior, também admitia tais acordos quando incluídos na competência privativa do executivo, desde que sem transcendental importância. Resende Rocha, Nascimento e Silva e Pereira de Araújo, assim como a prática inalterada do MRE seguiram a opinião de Accioly. Rodas, pg. 33.

⁶⁶ Carta de 1891: "Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: Resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras; (...) Art. 48 - Compete privativamente ao Presidente da República: (...) 14) Manter relações com os Estados estrangeiros (...) 16) Entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso (...). Constituição de 1934: "Art. 5º - Compete privativamente à União: (...) Manter relações com os Estados estrangeiros (...) celebrar tratados e convenções internacionais; Art. 40 - É da competência exclusiva do Poder Legislativo: a) resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz. (...); Art.56 - Compete privativamente ao Presidente da República: (...) 5º) Manter relações com os Estados estrangeiros (...) 6º) Celebrar convenções e tratados internacionais (...). Constituição de 1937: "Art. 15 - Compete privativamente à União: (...) Manter relações com os Estados estrangeiros (...) celebrar tratados e convenções internacionais; Art. 54 - Terá início no Conselho Federal a discussão e votação dos

Após ter sido Ministro da Relações Exteriores, coube a Afonso Arinos colaborar na elaboração da Constituição de 1967, na qual, sem surpresa, o texto pertinente à aprovação do Legislativo passou a incluir "tratados, convenções e atos internacionais" (art. 83, VIII). Não obstante a mudança, não se reduziram em nada as instâncias em que o Itamaraty celebrou acordos executivos; ao contrário, aumentaram⁶⁸.

Mesmo Rezek, implacável crítico da doutrina, aceita a possibilidade deste acordo - diverso do tratado ou convenção - desde que, simultaneamente:·

- a) na matéria, se restrinja à *rotina diplomática*;
- b) quanto à força vinculante, que seja plenamente reversível (isto é, não coativo);
- c) que não exija, para seu cumprimento, dotação orçamentária especial⁶⁹.

É de se notar que os três requisitos apontam decisivamente para uma categoria de atos internacionais sejam unilaterais, sejam sem efeitos jurídicos (pois não obrigatórios), possivelmente similar a dos *gentlemen's agreements*.

Relevantes autores seguem entendimento similar, como, por exemplo, Celso Duvivier Mello⁷⁰. Accioly⁷¹ manteve posição de que poderiam ser diretamente tratadas pelo Chefe do Executivo, sem interferência de qualquer outro Poder:

projetos de lei sobre: a) tratados e convenções internacionais (...); Art.74 - Compete privativamente ao Presidente da República: (...) c) Manter relações com os Estados estrangeiros (...) d) Celebrar convenções e tratados internacionais, ad referendum do Poder Legislativo (...)". Constituição de 1946: "Art. 5º - Compete à União: (...) Manter relações com os Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções; Art. 66 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I) resolver definitivamente sobre tratados e convenções com os Estados estrangeiros, celebrados pelo Presidente da República.(...); Art.87 - Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI- Manter relações com os Estados estrangeiros (...) VI- Celebrar convenções e tratados internacionais, ad referendum do Congresso Nacional (...)". Constituição de 1967: "Art. 8º - Compete à União: (...) I - Manter relações com os Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções internacionais; participar de organizações internacionais (...) Art. 40 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I) resolver definitivamente sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República. (...); Art.56 - Compete privativamente ao Presidente: (...) VII - Manter relações com os Estados estrangeiros (...) VIII- Celebrar tratados, convenções e atos internacionais, ad referendum do Congresso Nacional (...)". Constituição de 1969: "Art. 8º - Compete à União: (...) I - Manter relações com os Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções internacionais; participar de organizações internacionais (...) Art. 44 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I) resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República. (...); Art.81 - Compete privativamente ao Presidente: (...) IX - Manter relações com os Estados estrangeiros (...) X - Celebrar tratados, convenções e atos internacionais, ad referendum do Congresso Nacional (...)".

⁶⁷Em seus Estudos de Direito Constitucional, Forense, 1957, pg. 265-266, elaborados à luz da Carta de 1946: "ao falar em tratados e convenções [a Constituição] empregou duas palavras para exprimi o mesmo objeto jurídico, o que é de má técnica constitucional. O que é mais grave, porém, é que não ficaria excluída a hipótese de se entender que outros atos internacionais ficariam dispensados da fiscalização do Legislativo. Este é o aspecto que por si só recomendaria uma emenda ao texto constitucional". Haroldo Valladão, Pontes de Miranda, Marotta Rangel e Themistocles Cavalcanti, encarado a mesma tendência que Rezek denomina "constitucionalista", opuseram-se aos "acordos executivos".

⁶⁸ Rodas, pg. 42.

⁶⁹ Op. cit., pg. 319.

⁷⁰ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque, Curso de Direito Internacional Público, RJ, Renovar, 1992.

⁷¹ ACCIOLY, Hildebrando, Manual de Direito Internacional Público, SP, Saraiva, 1991.

- os acordos sobre competência privativa do Executivo;
- os acordos concluídos por agentes ou funcionários competentes para tanto, sobre assuntos de importância restrita ou interesse local;
- os acordos que unicamente interpretam cláusulas de tratados já vigentes;
- os acordos decorrentes e complementares de tratados já vigentes;
- os de *modus vivendi*, desde que deixem as coisas no estado em que se encontram ou estabeleçam bases futuras para próximas negociações.

O texto da Carta de 1988, apesar de várias sugestões na Constituinte sobre os acordos executivos ⁷², não chegou a introduzir modificações substanciais no tema, salvo uma possível redução do papel do Congresso na aprovação dos instrumentos internacionais ⁷³.

Note-se que, além do texto literal da Constituição, a doutrina afirma, com razoabilidade, que também têm de ser submetidos ao Congresso os atos internacionais que impliquem modificações de normas do ordenamento jurídico interno ⁷⁴.

Vê-se que se interpreta com serenidade a obrigação de submeter ao Congresso os atos internacionais. Há, porém, quem disso radicalmente discorde. Manoel Gonçalves Ferreira Filho ⁷⁵ manifestou seu entendimento de que **todos** os atos internacionais deveriam ser submetidos à apreciação do Congresso, com base no supra citado artigo 84, inciso VIII da CF/88. Para este autor, até mesmo as aplicações financeiras que façam União, Estados, Distrito Federal e Municípios no mercado internacional pressupõem tal autorização ⁷⁶.

Não cabe aqui retomar tal discussão, porém, a não ser para constatar que, entre os atos internacionais, *lato sensu*, existem alguns que têm seguidamente dispensado a aprovação do Congresso ⁷⁷.

⁷² Documentados em Rodas, pg. 43 a 48.

⁷³ Constituição de 1988: "Art. 21 - Compete à União: (...) I - Manter relações com os Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (...) Art. 44 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I) resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos para o patrimônio nacional (...); Art.84 - Compete privativamente ao Presidente: (...) VII - Manter relações com os Estados estrangeiros (...) X - Celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (...)". Assim, não seriam mais todos os instrumentos internacionais sujeitos à aprovação do Legislativo, mas apenas aqueles "que acarretem encargos ou compromissos gravosos para o patrimônio nacional".

⁷⁴ RANGEL, Vicente Marotta- Direito e Relações Internacionais, SP, Ed. RT, 1993, CRETELLA JUNIOR, José- Comentários a Constituição Federal de 1988, RJ, Forense, 1997, v.5

⁷⁵ Neste sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; Curso de Direito Constitucional- SP- Saraiva, v.1, 1994

⁷⁶ Neste sentido: FERREIRA, Pinto- Comentários a Constituição Federal, SP, Saraiva, 1994, v.2.

⁷⁷ Cabe aqui mencionar também a questão dos *stand by agreements* celebrados com o FMI. Em algumas hipóteses, como no caso do Acordo mencionado no Diário do Congresso de 26/07/1989, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional Cid Heráclito de Queiroz expressou parecer no sentido de inexigibilidade sequer da aprovação pelo Senado prevista no art. 52, V da Carta, eis que se tratava de *ato de execução de tratados-quadro*. Tese interessante para o nosso caso, não fosse a carga emocional do tema. Embora eu pudesse concordar que, no caso de *standby arrangements* com o FMI nas modalidades *golden tranche* e segunda *tranche*, em que o Brasil só retira até 50% seus próprios fundos não parece configurar operação sujeita à análise do Senado, nos outros casos a aplicação do Art. 52, V pareceria inevitável, embora, jamais, o "referendo" do Congresso todo previsto no art. 44, I. Minha convicção vem de uma constatação muito simples: trata-se de operação financeira. E só isso. Os "arranjos" do FMI, que não são coativos, seguramente não criam norma interna; compõe-se de compromissos de conduta, de um lado, e de autorização de saques, de outro, *sem sinalagma*. Assim, para reali-

Proporemos, aqui como mera hipótese, que as deliberações da Assembléia Geral do PCT são atos internacionais que não causam efeitos no orçamento federal, que já se convolveram em rotina, e que, vinculantes para o procedimento administrativo coletivo sob o Tratado, são, no entanto, plenamente modificáveis pela própria Assembléia a qualquer tempo. Que, no conceito de Aciolly, são atos que unicamente interpretam cláusulas do PCT, ou são decorrentes e complementares desse tratado já vigente. Em suma, seriam atos que fugiriam à competência do Congresso.

Das conclusões

O PCT atua no estágio funcional e informacional do pedido, não na esfera jurídica

O exame e concessão de patentes, em todos países do mundo, presume a consideração de dois fatores:

1. a *informação tecnológica*, pressuposto e fundamento da patente, e
2. uma decisão de cunho estritamente jurídico, que
 - a. *declara a existência dos pressupostos de concessão*, essencialmente a existência de informação tecnológica, e sua divulgação de forma adequada,
 - b. *e constitui a exclusividade legal*, em que se constitui a patente.

Isso se dá em cada sistema jurídico singular, nacional ou regional. O demandante pela patente, que pretende suscitar seu direito em múltiplas jurisdições, terá que repetir ao infinito a satisfação dos dois requisitos – a submissão das informações tecnológicas que dão base à patente, com vistas à sua publicação, e a persecução do procedimento declaratório e constitutivo. Os custos dessa multiplicação, os ônus administrativos e a simultaneidade dos procedimentos representam uma séria barreira à obtenção de patentes em vários países ao mesmo tempo.

Uma forma de obviar esses ônus e dificuldades seria unificar, num procedimento único internacional, a fase informacional da demanda de patentes, num só *pedido*, numa só *busca de anterioridades*, ou ainda numa *publicação única*, ou ainda, com um só *exame preliminar do conteúdo da informação* para se verificar os pressupostos de novidade, atividade inventiva e utilidade industrial. A obtenção e fixação desses dados de fato, e a unificação dos procedimentos de caráter informacional, em nada afetaria a fase *jurídica* de declarar a existência dos pressupostos (fáticos e legais) e de constituir o direito.

zar os ajustamentos previstos nas cartas de intenção: a) ou o Executivo tem de valer-se de lei ou medida provisória, o que implicaria em ação congressual necessária; ou b) aplicaria seus poderes próprios do Executivo, e qualquer intervenção violaria o equilíbrio dos poderes. O que o discurso ideológico finge ignorar é que na maior parte dos casos os Executivo já poderia fazer implantar os ajustes independentemente de qualquer carta de intenção, pelo simples exercício de seu poder constitucional. A questão assim é de plena responsabilidade política, mas (salvo a hipótese de se precisar mutação legislativa) inteiramente excluída da apreciação legal.

O Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes, tal como aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Dec. nº 81.742, de 31 de maio de 1978, constituiu exatamente um sistema de interpenetração normativa entre uma fase internacional e uma fase nacional de pedidos de patentes; uma vez ingressados na fase nacional, aplica-se integralmente a legislação brasileira substantiva e adjetiva. A fase internacional se destina a facilitar o procedimento do pedido, a prover informações, e, eventualmente, a unificar o conhecimento público da tecnologia para a qual se pede a patente.

A cooperação internacional visa, assim, a uniformizar procedimentos, a racionalizar a administração e diminuir custos, sem prefigurar, de nenhuma forma, a constituição de direitos de exclusiva, sujeitos à lei brasileira. A natureza dos procedimentos ao abrigo do PCT é, essencialmente, de cunho *informativa* e *funcional*, e apenas no que se assegura o devido processo legal ao pretendente do título, mantém um teor também jurídico.

A alteração ao art. 22(1) é neutra nos planos objetivo e subjetivo

Para manter uma administração flexível e funcionalmente adequada, o Tratado, como aprovado pelo Congresso, prevê que certas decisões regulamentares ou de alteração se façam por voto unânime da Assembléia Geral do Tratado, onde deliberam todos os países membros. Assim, é um órgão administrativo, embora internacional e de cunho coletivo, que toma tais decisões. Esse elemento organizacional e político é co-essencial aos propósitos do Tratado, parte de sua razão de ser, pois assegura a integração de cento e dez sistemas legais nacionais, em sua multiplicidade variegada, num só sistema macio e operativo.

Desde sua entrada em vigor, o PCT se firmou como o mais importante, quase que totalizante, meio de se pedir patentes na esfera internacional. O número de demandantes decuplicou, e a necessidade de atender às novas características dessa demanda obrigou a Assembléia a exercer o poder de alterar certos prazos de entrada na fase nacional. Antes, o depositante poderia optar por entrar na fase nacional em 20 meses (art. 22(1) do PCT), ou, se optasse por pedir *exame preliminar internacional*, em 30 meses.

Assim, o prazo de trinta meses estava *in facultas* para o demandante já no regime anterior, sob a condição de que pedisse exame *preliminar* internacional, o qual, no entanto, não altera o poder de decisão das administrações nacionais. Apenas aumenta o número e a qualidade das informações disponíveis para a decisão nacional.

Agora, se assegura o mesmo prazo, sem o encargo do exame internacional. Premidas pelo excesso de demandas, as autoridades internacionais de exame internacional optaram por desencorajar o pedido de exame apenas para obter prazo mais dilatado. Vale lembrar, sempre, o voto da Delegação Brasileira na Assembléia Geral: “A delegação demonstrou preocupação pelo fato de que, embora a proposta resolva, a prazo curto, o problema enfrentado pelas autoridades de exame internacional preliminar, ela pode causar outros problemas para países, como Brasil, que confiem amplamente nos relatórios internacionais do exame preliminar”.

Quanto ao prazo em questão, assim, a alteração em nada modificou a situação jurídica do demandante. O que estava como *faculdade do demandante* assim permanece, alterando apenas uma condição de resultado essencialmente administrativo, de interesse da autoridade nacional. Na análise da situação jurídica subjetivada, e no impacto de tal posição na esfera jurídica de terceiros, estamos num *status quo ante*.

Qual foi, assim, o impacto jurídico da mudança, no plano do direito objetivo? O conteúdo original do art. 22(1) não foi objeto de nenhuma legislação interna senão a própria aprovação do Tratado. Vigia, à época, a Lei 5.772/71. A superveniência da Lei 9.279/96 em nada modificou essa situação, eis que a nova Lei de Propriedade Industrial não se refere ao prazo do PCT, como a antiga não se referia. Ou seja, a regra não modifica em nada o texto legal interno ⁷⁸.

A todo tempo, o prazo de 20 meses persistia no nosso sistema jurídico apenas e exclusivamente como norma de origem internacional, vigente como *jus specialis*, apenas aplicável aos demandantes de patentes *não residentes no País* como exceção ao regime geral das Leis 5.772/71 e 9.279/96 ⁷⁹. Ao passar a exigir o prazo de 30 meses, o novo regime continua como direito especial, que não afeta a lei geral, nem modifica o estatuto jurídico daqueles submetidos à lei interna ou a outros Tratados.

O prazo de 20 meses só existia no Ato Normativo do INPI que dá instruções aos funcionários da autarquia de como aplicar o PCT internamente. A modificação igualmente só estará refletida em ato normativo. Não existe, assim, qualquer hipótese em que a decisão da Assembléia tivesse que se defrontar contra texto de lei interna.

A deliberação da Assembléia do PCT é compatível com a Constituição

A atribuição de certas competências a entidades internacionais, até mesmo de cunho regulatório, tem sido mais e mais uma tendência do Direito, sem que se tivessem suscitado rejeições de nosso sistema constitucional. Mais e mais, se prestigiam deliberações de tais órgãos na legislação interna, sem intermediação do Poder Legislativo; as Resoluções da Assembléia geral da ONU, por exemplo, têm sido implementadas na ordem interna por decreto executivo.

A aprovação pelo Congresso Nacional de normas institucionais de organismos internacionais, assim, tem sido entendida como afirmando a competência dos órgãos políticos integrantes das respectivas estruturas. Tal se dá, no nosso ambiente constitucional, em cumprimento dos princípios do Art. 4º. da Carta, em particular no que presume a cooperação internacional. Uma vez que as deliberações de tais órgãos políticos internacionais se mantenham no estrito alcance de suas próprias normas institucionais, e realizem os propósitos necessá-

⁷⁸ Senão o próprio texto do Tratado, incorporado em sua integridade como norma nacional.

⁷⁹ O regime do PCT não se aplica aos demandantes brasileiros ou residentes no País, no tocante ao procedimento nacional, a não ser por força do art. 4º. da Lei 9.279/96, o que, no entanto, não tem sido levado em conta pelo INPI.

rios para os quais as entidades foram criadas, o nosso sistema constitucional não repugna o exercício normativo exógeno.

O Tratado do PCT prevê normas institucionais, inclusive a que dá à Assembléia Geral da União do PCT certas competências normativas. Tais atribuições se afiguram como necessárias devido aos fins *funcionais* e *informativos* dos exercícios do PCT, com cunho jurídico predominantemente adjetivo, e pelo fato de que é necessário coordenar num todo operativo pelo menos cento e dez sistemas jurídicos nacionais. A dinâmica e crescimento exponencial da demanda internacional de patentes impõe que a ação normativa seja expedita e adaptável, como assegura o espaço deliberativo da Assembléia Geral.

A Carta de 1988, como textos anteriores, reconhece o imperativo da adaptabilidade ao cenário internacional de múltiplos atores autônomos, mutável e inconstante, como razão de renúncia à atividade congressual de minúcia. Isso é comprovado pela fixação de alíquotas dos tributos incidentes sobre o comércio internacional por simples decreto executivo, mesmo num contexto em que, fora da esfera internacional, se exige o regime de *estrita legalidade*. A cooperação internacional não terá menos amparo da principiologia de nossa Constituição.

Tais conclusões parecem especialmente pertinentes quando se considera a natureza das normas confiadas à Assembléia Geral do PCT, e ora sob exame. Seu caráter meramente adjetivo, e seu endereçamento à autarquia federal de Propriedade Industrial, como preceito de alcance meramente administrativo, foi documentado pela história da implementação do PCT desde sua incorporação, e pelo exemplo da assimilação das modificações em estudo em outros sistemas constitucionais comparáveis. A alteração dos prazos do art. 22(1) não é matéria de cunho legal, mas simplesmente administrativo.

Em certos sistemas constitucionais, de dualismo exacerbado, a implementação do PCT (ou de qualquer texto internacional) dependeu de promulgação de lei interna; nestes Estados, haverá restrições à implementação da mudança pela formalidade do texto legal. O mesmo não ocorre em países, como o Brasil e Os Estados Unidos, onde as normas do PCT entram na esfera interna através do seu próprio texto, como aprovado pelo Congresso.

A deliberação da Assembléia Geral do PCT prescinde de aprovação do Congresso Nacional

Tudo isso considerado, resta apenas ponderar se a Constituição permite o exercício normativo em questão por qualquer órgão (nacional ou internacional), senão o Congresso Nacional. O entendimento reiterado de nossa Suprema Corte já tem excluído da vedação constitucional de delegações legislativas as simples fixações e alterações de prazos de cunho adjetivo. O caso em análise, onde se põe em questão apenas norma de cunho funcional, informativo e adjetivo, não pode jamais ser assimilado ao de uma delegação legislativa. Muito mais razão há, pois, para excluir dela qualquer pecha de invasão de competência própria do Congresso Nacional.

Mais ainda, a nossa prática constitucional tem excluído da intervenção congressual certos atos, descritos pela doutrina como não causando efeitos no orçamento federal, de caráter rotineiro, e plenamente modificáveis. Atos que unicamente interpretam cláusulas de Trata-

dos aprovados pelo Congresso, ou são decorrentes e complementares desse tratado já vigente. Queremos crer que as Deliberações da Assembléia do PCT, e especialmente a modificação do prazo do art. 22(1) desse Tratado, se ajustam com perfeição a esse parâmetro.

Por todas essas razões, entendo que a incorporação no sistema jurídico brasileiro da deliberação da Assembléia Geral do PCT que alterou o prazo do art. 22(1) do Tratado de 20 para 30 meses independe de aprovação pelo Congresso Nacional.

É meu entendimento, salvo o juízo dos mais doutos.

Em 23 de outubro de 2003,

Denis Borges Barbosa
OAB/RJ 23.865