

Dr. Denis Borges Barbosa 0:06:53.1

Boa tarde. Obrigado. O meu tema é o que está no quadro: Propriedade Intelectual na Constituição Brasileira. Curiosamente eu vou singrar por outros campos nacionais do sistema constitucional porque, na verdade, existe uma integração desses sistemas no referente à propriedade intelectual – o que dificilmente se encontra em outros setores, talvez, só proximamente, nos direitos humanos.

A primeira coisa que encontramos de interessante quanto à principal questão da propriedade intelectual é o que D. Pedro II nos traz (o Imperador do Brasil), falando de improviso à comissão que redigiu o Código Civil em 1887 ou 8:

"O pensamento não pode ser objeto de propriedade, como as coisas corpóreas. Produto da inteligência, participa da natureza dela, é um *atributo da personalidade* garantido pela liberdade da manifestação, *direito pessoal*. Uma vez manifestado, ele entra na comunhão intelectual da humanidade, não é suscetível de apropriação exclusiva. O pensamento não se transfere, comunica-se. . . chamo a atenção da Comissão sobre a necessidade de harmonizar os direitos do autor com a sociedade..." (Ata sessões Comiss. Org. Proj. Cód. Civ. 1889 Rev. Inst. Hist., vol. 68, 1ª parte, 33). D. Pedro II (1889)

Ele aponta duas questões principais. Primeiro, há a questão da propriedade intelectual ser radicalmente uma decisão política, que não é vinculada - como direito exclusivo - a qualquer estamento pré-legal. A propriedade intelectual é um ato político que se exerce politicamente, não obstante haver interesses que sejam pré-constitucionais ou pré-legais.

Dizia ele, então: é o pensamento, pode ser objeto da propriedade. Muitos de vocês se surpreenderão do plágio que o Imperador faz de Thomas Jefferson. E vocês diriam: "Mas como? O Imperador citando um republicano americano?" Na verdade, D. Pedro II tinha um profundo conhecimento da constituição americana. Eu tive ocasião de ver os comentários manuais dele à Constituição de 91. Ele demonstra um profundo conhecimento da tradição constitucionalista americana, por incrível que pareça.

Muito bem. O ponto final desta intervenção de D. Pedro mostra o elemento central do constitucionalismo brasileiro, quando ele diz:

"Chamo à atenção da Constituição sobre a necessidade de harmonizar os direitos do autor com o da sociedade".

Esse é o ponto crucial do desenho da propriedade intelectual: a conciliação dos direitos daquele que cria, autor, ou inventor, ou originador, ou o quem seja, com os da sociedade.

Uma coisa que ainda não foi tratada até o momento, passa a ser tratada inclusive em relação à proposta de modificação feita pelo Ministério da Cultura em relação à nova Lei Autoral, é o de um elemento na Constituição Brasileira que ainda não foi reconhecido pela doutrina. É a incorporação aparente, como parte da constituição brasileira, do direito de acesso à cultura e à tecnologia.

DECRETO N° 591, DE 6 DE JULHO DE 1992

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Artigo 15

1. Os Estados Signatários do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a:

Participar na vida cultural;

Gozar dos benefícios do progresso científico e de suas aplicações;

c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe corresponda em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autora.

2. Entre as medidas que os Estados Signatários do presente Pacto deverão adotar para assegurar o pleno exercício deste direito, figuraram as necessárias para a conservação, o desenvolvimento e a difusão da ciência e da cultura.

3. Os Estados Signatários do presente Pacto se comprometem a respeitar a liberdade indispensável à investigação científica e à atividade criadora.

4. Os Estados Signatários do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e desenvolvimento da cooperação técnica e das relações internacionais em questões científicas e culturais.

Por força da emenda 45 à Constituição ¹, os tratados de direitos humanos passam, atendidas determinadas circunstâncias, a integrar o corpo da Constituição. Em nenhuma constituição que eu tenha jamais visto existe, integrada no texto constitucional, o direito da sociedade de ter acesso aos frutos da cultura, da ciência e da tecnologia.

¹ Emenda 45:

"[o]s tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais." (art. 5º, § 3º).

Em muitas existe uma forma de expressão do item dois do mesmo pacto ou do item 27.2 da Declaração Universal de Direitos Humanos, que é a proteção dos interesses morais e materiais do autor.

Agora, além desta proteção, que é expressa na nossa Constituição em três artigos, a partir da Emenda 45, temos a incorporação do direito da sociedade de ter acesso à cultura, não obstante o direito autoral e o direito da sociedade de ter acesso aos frutos da ciência, da tecnologia e da saúde, não obstante, ou mais precisamente, em equilíbrio com o interesse da proteção das patentes e das marcas.

Para quem não se atentou ao que acontece, a emenda 45 manda incorporar como elemento integrante da tessitura constitucional os tratados de matéria dos direitos humanos; fica apenas o problema do requisito formal dos três quintos.

Temos, no entanto, depois de uma recusa preliminar, o STJ, no *habeas corpus* 18799 ², entendeu que não obstante em caso de tratados anteriores não haver esse requisito, que haveria alguma forma de incorporação. Então, à luz desse entendimento, eu acho razoável postular a incorporação no direito constitucional brasileiro, do direito de acesso, o A2K, que tanto se discute no nível internacional.

O que é a propriedade intelectual na nossa Constituição? Há muitas discussões sobre a natureza jurídica, discussões essas que eu acho uma perda de tempo discutir. E, simplesmente, me basta um tipo de interpretação que, ao nível constitucional, se ponha de pé e permaneça de pé. Essa interpretação é de que é um bom monopólio. Esse caso é o caso de 1603, *Darsey versus Ailen*, que representa um dilema constitucional atualmente no Supremo Tribunal Federal. O dilema entre o novo e aquilo que já está em dois mil e pouco:

A construção da Propriedade Intelectual como um discurso natural e essencialmente constitucional

O primeiro caso inglês de monopólio - *Darcy v. Allin*, 77 Eng. Rep. 1260 (King's Bench, 1603) fixou a questão do que viria a ser a propriedade intelectual – uma exclusividade concorrencial – matéria de conflito entre o poder real e as liberdades públicas

Disse o juizinho do caso *Darcy versus Allin*, apreciando um ato da Rainha Elizabeth I: Como a carta de baralho objeto do monopólio concedido pela Elizabeth I já era do domínio público, que nem um

² STJ. Habeas Corpus 18.799-RS. Rel. Min. José Delgado. Julgamento de 09 de maio de 2006. Primeira Turma. DJ de 08.06.2006. p. 120. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas hierarquia constitucional.



privilégio real poderia superar este problema. É bem verdade que o fundamento que o julgado deu não foi a constituição, mas foi algo ainda mais básico, que é o Velho Testamento, que diz que você não pode tirar do moleiro os objetos do seu trabalho. É esse o

ponto central. Não se pode tirar do domínio público algo que já ai está.

O Estatuto de Monopólio de 1624 coloca exatamente isto ³: ficam proibidos todos os monopólios. No entanto, excetua-se um monopólio específico que é o monopólio de patentes, o monopólio sobre o novo, pois que neste monopólio, de nada é privada a sociedade, pois que o objeto do monopólio não estava em domínio público. Ou seja, não se tirou da liberdade dos povos, não se tirou do moleiro a sua mó e, conseqüentemente, este seria um bom monopólio, um monopólio constitucionalmente válido.

“(um) monopólio é uma instituição ou permissão do rei, por sua outorga, comissão ou de outra forma para qual(is)quer pessoa ou pessoas, corpos políticos ou societários de ou para a exclusividade de compra, venda, produção, trabalho ou uso de qualquer coisa, pelo qual qualquer [outra] pessoa ou pessoas, corpos políticos ou societários devam ser restritos em qualquer liberdade *que antes tinham*, ou que venham a ser coarctados em sua atividade lícita.

Edward Coke, 3 Institutes of The Laws of England (London 1644).

Esse é o promotor, o membro do MP, Lorde Coke que atuou no caso e, depois, comentou apontando exatamente essa circunstância: qual é o elemento, já não digo nem constitucional, mas o elemento estrutural da proteção deste nosso monopólio? É que seja o monopólio sobre o novo, não é? É um requisito tão estrutural da propriedade intelectual e que ele não só é ínsito na medula espinal da

³ O estatuto dos Monopólios de 1624 -

“Todos os monopólios e todas as comissões, outorgas, licenças, privilégios e cartas patentes feitos ou outorgados até agora, ou que o sejam no futuro a qualquer pessoa ou pessoas, corpos políticos ou societários que sejam, para exclusividade de compras, vendas, fabricações, trabalhos ou usos neste Reino ou quaisquer outros monopólios, sejam de poder, liberdade ou faculdade... são totalmente contrários às leis deste Reino, e serão tidos como nulos e sem efeito e de forma alguma deverão ser postos em uso ou executados. O estatuto dos Monopólios de 1624

1.Considerando, não obstante, e que isso seja declarado e promulgado, que qualquer declaração supra mencionada não se aplicará a quaisquer cartas patentes e outorgas de privilégio com o prazo de quatorze anos, ou menos, efetuadas para produção ou fabricação, de qualquer forma, de uma nova manufatura neste Reino, ao(s) primeiro(s) real(is) inventor ou inventores de tais manufaturas, não utilizadas por outros à época da expedição de tais outorgas de cartas patentes, de forma que estas não sejam contrárias a lei, nem daninhas ao Estado, pelo aumento de preços de mercadorias no território, ou por prejudicarem o comércio ou serem, no geral, inconvenientes.

Constituição, mas ele se radica no próprio solo onde a Constituição é construída, que é a liberdade dos povos.

Quanto à classificação do que é ou não uma patente, uma marca, um direito autoral, eu só me remonto à decisão do próprio Supremo, publicada pouco tempo atrás, em 2007, que diz exatamente que os monopólios legais se dividem de duas espécies: os que visam impelir o agente econômico ao investimento e a propriedade industrial. É isso:

Supremo Tribunal Federal STF; ADI 3.366-2; DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Eros Grau; Julg. 16/03/2005; DJU 16/03/2007; Pág. 18)

1. O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões "monopólio da propriedade" ou "monopólio do bem".

2. Os monopólios legais dividem-se em duas espécies.

(I) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento --- a propriedade industrial, monopólio privado; e

(II) os que instrumentam a atuação do Estado na economia.

Abandonando a discussão sobre propriedade ou monopólio, a querela do sexo dos anjos: para efeitos constitucionais, a patente é um monopólio, no sentido utilitarista. Ele é um monopólio não para atender um direito prévio, um direito pré-constitucional, mas para se ter um efeito específico, que é o efeito da utilidade, o efeito da função social, que resulta do incentivo ao investimento.

O Sérgio Paulino mencionou a atuação do INPI, recentemente. E um ponto que a atuação do INPI foi historicamente crucial foi o ímpeto pelo qual o INPI, como órgão de propriedade industrial do Governo Federal, fez a proposta e conseguiu incluir *litera ad literam* o que foi gerado no INPI como Proposta de Regulação do Sistema de Propriedade Industrial. A cláusula é a que vocês vêem:

Art. 5º (...)

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

Existem mais dois dispositivos constitucionais sobre propriedade industrial. Os outros dois são da área autoral e de direito esportivo, mas esse que se vê foi elaborado organicamente. Ele tem um planejamento de grande importância. Esse planejamento está no

seguimento final, que é a cláusula funcional, a cláusula que faz construir a propriedade industrial com um fim determinado, e esse fim explicitamente é o interesse social, o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Como me foi dado, como Procurador-Geral do INPI à época, redigir essa cláusula, indico qual é a fonte desse dispositivo. A fonte próxima é a própria lei, o Código de Propriedade Industrial de 71, que tinha uma redação parecida com essa. Mas a fonte estrutural é a Constituição dos Estados Unidos. O que se trouxe deliberadamente para a nossa Constituição é a funcionalização dos direitos de propriedade intelectual, de tal forma que não se pudesse alegar fundamentalismo ou a pré-constitucionalidade de um outro direito.

Diz lá, a Constituição Americana, num texto que é original, que precede o *Bill of rights*, que precede os Direitos de Garantias Fundamentais:

The Congress shall have Power

{To promote the Progress of Science and useful Arts}

by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries

O Congresso está autorizado a baixar leis com a finalidade específica de promover as ciências e as artes, concedendo privilégios por tempos determinados às produções dos autores e dos inventores.

A nossa Constituição segue a mesma estrutura, dizendo: Tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, o Congresso Nacional pode redigir, pode criar leis que façam, protejam patentes, etc.

Ou seja, de cara, a propriedade industrial é para atender finalidades específicas. E por que trazer este aporte do direito constitucional? Este aporte que D. Pedro II bebeu no próprio direito constitucional americano ao ler a função social do sistema da propriedade industrial? Já vamos ver.

O ponto principal é a contribuição do direito constitucional americano pelos tribunais, não só por isso, mas para manter a noção clara do que é a função social. Diz lá, no caso *Graham versus John Deere*, de 1966, o caso cuja autoridade foi reafirmada recentemente, no ano retrasado, pela Suprema Corte Americana, o Poder Legislativo, no exercício do poder de patentes não pode ir além das restrições

impostas pelo propósito constitucional; por aquela cláusula que vocês acabaram de ver: para o progresso das ciências e das artes ⁴.

Ou, no caso brasileiro, para promover o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Nem pode aumentar o monopólio de patentes sem levar em conta a inovação, o progresso, o benefício social ganho dessa natureza.

Nesse mesmo caso, continuo dizendo, falando de um sistema de estrutura constitucional que em muito, se não em tudo, replica o sistema constitucional brasileiro. Vale lembrar que o poder federal de patentes decorre de um dispositivo constitucional específico, que autoriza o Congresso a promover o progresso das artes. A cláusula tanto é uma outorga de poder quanto uma limitação. Só existe o poder de criar patente para um fim específico. No caso deles é o progresso das ciências e das artes; no nosso é o desenvolvimento ⁵.

Há dois SIPIDs atrás, a nossa colega Margareth Chon, de Seattle, foi muito enfática: Leia-se na Constituição Americana “progresso”, o que se lê na nossa “desenvolvimento”. Estamos falando a mesma coisa.

Neste mesmo caso, apontando diretamente para o nosso caso de 1603, apontando para o Estatuto de Monopólios, e não menos apontando para o nosso sistema constitucional, diz a Suprema Corte Americana: O Congresso não pode autorizar a emissão de patentes cujos efeitos sejam remover o conhecimento existente do domínio público ou restringir o livre acesso à matéria já disponível. É exatamente aquele elemento que eu identifiquei como sendo a coluna, a medula espinal do sistema constitucional, e algo que radica no chão das constituições, que é a liberdade dos povos ⁶.

Vamos adiante. Como a cláusula finalística se incorpora na lei ordinária?

⁴ O Poder Legislativo no exercício dos poderes de patente não pode ir além das restrições impostas pelo propósito constitucional. Nem pode aumentar o monopólio da patente sem levar em conta a inovação, o progresso ou o benefício social ganho desta maneira. Suprema Corte dos Estados Unidos em *Graham v John Deere Co* 383 US 1 at 5-6 (1966)

⁵ *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1 (1966) - Já de início vale lembrar que o poder federal de patentes decorre de um dispositivo constitucional específico que autoriza o Congresso “a promover o progresso de ... Artes úteis, por assegurar por prazos limitados a inventores o Direito exclusivo às suas ... Descobertas” Art. I, § 8, cl. 8. A cláusula é tanto uma outorga de poder e uma limitação. Este poder condicionado, diferentemente do poder usualmente exercido nos séculos dezesseis e dezessete pela coroa inglesa, é limitado à promoção de avanços nas “artes úteis”.

⁶ *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1 (1966) -O Congresso, no exercício do poder de patentes, não pode exceder as restrições impostas pela finalidade declarada pela constituição. Nem pode aumentar o monopólio de patente independentemente de inovação, avanço ou benefício social auferido em decorrência dela. Ademais, o Congresso não pode autorizar a emissão de patentes cujos efeitos sejam remover o conhecimento existente de domínio público, ou restringir livre acesso a matéria já disponível.

No momento, está se discutindo, como todos nós sabemos, a questão da constitucionalidade das patentes *pipeline*. Essa provavelmente é a questão constitucional de maior monta, de maior peso e de maior consequência no momento.

E renomados autores apontam para esse tipo de patente como uma correção de uma injustiça ou de uma inconstitucionalidade passada. No entanto, este caso julgado pelo STF na vigência da lei anterior, que não concedia patentes, foi muito claro quanto (já que estamos falando de recurso extraordinário) a compatibilidade com o nosso sistema, da recusa, então, de se dar patente farmacêutica de produtos químicos, etc. Diz, em essência, o Supremo que no equilíbrio dos elementos constitucionais, cabe ao Congresso estabelecer o sistema da lei ordinária que constitui o sistema de patente, marcas, direitos autorais e assim por diante:

1.a Turma do STF de 13.4.82, no RE 94.468-1-RJ, do qual foi relator o Min. Néri da Silveira (RDM 56/130 e ss.)

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

Ai, na continuação do mesmo caso *Graham versus John Deere* aparece o eco ou a reverberação do que disse D. Pedro II:

Graham v. John Deere Co., 383 U.S. 1 (1966)

A filosofia de Jefferson quanto à natureza e o propósito do monopólio de patente consta de uma carta para Isaac McPherson (Ago., 1813), parte que descrevemos à margem.

Ele rejeitou uma teoria de direitos naturais à propriedade intelectual e claramente reconheceu a racionalidade social e econômica do sistema patentário.

O monopólio de patentes não buscava assegurar ao inventor o seu direito natural às suas descobertas.

Na verdade, era uma recompensa, como incentivo, para que fosse gerado novo conhecimento.

A outorga de um direito exclusivo a uma invenção foi a criação da sociedade - contrariamente à natureza livre inerente de idéias divulgadas - e não deveria ser dado de graça.

Somente invenções e descobertas que contivessem conhecimento humano, novas e úteis, justificavam a especial indução de monopólio privado limitado.

A filosofia de Jefferson quanto à natureza do propósito do monopólio de patentes rejeitou a teoria que os direitos naturais à propriedade intelectual claramente reconheceu a racionalidade social e econômica do sistema patentário.

O monopólio de patentes não buscava assegurar ao inventor o seu direito natural as suas descobertas. Na verdade, é uma recompensa como incentivo para que fosse gerado um novo conhecimento - precisamente o que o Supremo disse (estou falando do nosso Supremo). É um monopólio com vistas ao incentivo ao investimento em algo que a sociedade precisa ⁷.

O problema da necessidade desta cláusula, que ao mesmo tempo é uma outorga de poder, o Congresso pode (e uma limitação), mas ele só pode se for para atender o interesse social e o desenvolvimento econômico e social do país, o custo desses monopólios para a sociedade:

GREAT ATLANTIC & PAC. TEA CO. v. SUPERMARKET EQUIPMENT CORP. Supreme Court USA, 1950. 340 U.S. 147, 71 S.Ct. 127, 95 L.Ed. 162

Devemos enfatizar que cada caso de validade de patente traz uma questão que requer referência a um padrão escrito na Constituição. O Artigo I, § 8, contém uma outorga de poder ao Congresso para permitir a outorga de patentes.

Mas, diferentemente da maioria dos poderes específicos dados ao Congresso, tal outorga é qualificada.

O Congresso não tem liberdade, por exemplo, para decidir que patentes devam ser dadas sem critério ou discricionariamente. O Congresso age sob restrições impostas pelos fins dispostos no Art. I, § 8. O fim é “promover o Progresso da Ciência e Artes úteis”. O meio de alcançar tal fim é a outorga por prazo limitado a inventores do direito exclusivo às suas invenções.

É longa a discussão a respeito disso, em que se aponta que em cada patente existe uma incidência de tributo. Esse caso, em particular, aponta num trecho um pouco mais adiante, que toda patente é um tributo à sociedade, quer dizer, tem que pagar um preço, um monopólio, uma exclusão, uma exclusão de acesso:

GREAT ATLANTIC & PAC. TEA CO. v. SUPERMARKET EQUIPMENT CORP. Supreme Court USA, 1950. 340 U.S. 147, 71 S.Ct. 127, 95 L.Ed. 162

⁷ Kendall v. Winsor, 62 U.S. 21 How. 322 (1858) - É inegável que o monopólio limitado e temporário outorgado aos inventores nunca visou benefício ou vantagem exclusiva deles; o benefício ao público ou à comunidade em geral foi sem dúvida o objetivo primordial ao outorgar e assegurar tal monopólio. Isso foi desde logo o equivalente dado pelo público pelos benefícios resultantes da ação do gênio, as reflexões e talentos dos indivíduos, e o incentivo para prosseguir com esforços visando tais importantes propósitos. A verdadeira política e propósito das leis de patente promulgadas sob este governo são configuradas neste artigo da Constituição, a fonte de todas as leis, visando, “promover o progresso da ciência e artes úteis”, contemplando e necessariamente implicando em sua extensão e contínua adaptação aos usos da sociedade

Toda patente é a outorga de um privilégio de cobrar tarifas do público. Os Constituintes não só queriam que monopólios fossem gratuitamente dados.

A invenção, para justificar a patente, teria que seguir aos propósitos da ciência – levar adiante as fronteiras da química, da física e semelhantes, para fazer uma clara e distinta contribuição ao conhecimento científico.

Toda patente é a outorga de um privilégio de cobrar tarifas ao público. Os constituintes não queriam que os monopólios fossem gratuitamente dados. A invenção, para justificar a patente, teria que seguir os propósitos da ciência, levar adiante as fronteiras da química, para fazer uma clara e distinta contribuição ao conhecimento científico - são os requisitos essenciais. Uma patente tem que não só contribuir um novo, mas um novo significativo, um novo que represente um contributo mínimo à sociedade.

Prossigamos o trajeto:

GREAT ATLANTIC & PAC. TEA CO. v. SUPERMARKET EQUIPMENT CORP. Supreme Court USA, 1950. 340 U.S. 147, 71 S.Ct. 127, 95 L.Ed. 162

O padrão de patenteabilidade é um padrão constitucional, e a questão da validade de patente é uma questão de direito legal. *Mahn v. Harwood*, 112 U. S. 354, 112 U. S. 358.

Ai se aponta a questão essencial: o padrão de patente de patenteabilidade é um padrão constitucional, e questão da validade da patente é uma questão de direito legal (porque é *statutory right*), não de constituição pelos juízes. A questão da invenção volta ao padrão constitucional em cada caso. Falando com autoridade em matéria constitucional, eles, a Suprema Corte dos Estados Unidos, como falamos em relação aos outros, nós vamos dizer em relação à patente, o que a Constituição diz em relação à patente.

E o julgado diz um ponto muito importante, e nisso não vai nenhum demérito do INPI (lugar onde passei dez anos e que muito estimo), mas o que a Suprema Corte aponta á uma tendência universal de todos os INPIs:

GREAT ATLANTIC & PAC. TEA CO. v. SUPERMARKET EQUIPMENT CORP. Supreme Court USA, 1950. 340 U.S. 147, 71 S.Ct. 127, 95 L.Ed. 162

As tentativas ao longo dos anos de chegar a uma concepção mais ampla de patentes do que o contemplado na Constituição foi persistente.

O Escritório de Patentes, como a maioria das agências administrativas, demonstrou favorecer a oportunidade em que o exercício de sua vontade expandiu sua própria competência.

Assim, colocou um número de artefatos sob a proteção de patentes – artefatos que obviamente não têm lugar nenhum no esquema constitucional de progresso do conhecimento científico.”

As tentativa, ao longo dos anos, de chegar a uma concepção mais ampla das patentes do que o contemplado na Constituição foi persistente. O escritório de patentes, como a maioria das entidades administrativa, demonstrou favorecer à oportunidade que o exercício de sua vontade de expandir a sua própria competência. Assim, colocou um número de artefatos sob proteção de patentes, artefatos que obviamente não têm lugar nenhum no esquema constitucional, de progresso do conhecimento científico.

Isso, o nosso querido Nuno Carvalho da OMPI tanto repete: todo INPI do mundo tem a vontade e a tendência de favorecer os donos de patente. Essa é uma tendência universal; a própria Suprema Corte diz isso. É por isso que Peter Drahos, dois anos atrás disse: “Tem que haver um controle social do INPI; tem que ter gente fazendo o controle”. Como tem o controle da justiça pelo Conselho Nacional de Justiça, os INPIs não podem estar longe de uma fiscalização social. É esse um ponto importante que a Suprema Corte aponta na sua tradição.

Indo além:

Graham v. John Deere Co., 383 U. S. 1 (1966)

o Congresso não pode autorizar a concessão de patentes cujos efeitos sejam remover conhecimento existente do domínio público, ou restringir o livre acesso aos materiais já disponíveis.

O congresso brasileiro - ou o americano - não tem poderes de dar uma patente que tire do domínio público algo que já está. Esse é o ponto crucial. A rainha Elizabeth II não tinha; o Congresso não tem; é uma questão estrutural de qualquer sistema constitucional que leve em conta a liberdade dos povos.

Desde um caso decidido em 1829, a Suprema Corte Americana vem repetidamente entendendo que o fim primário das nossas leis de patente não é a criação de fortunas privadas para os donos da patente, mas promover o progresso das ciências e das artes. Vale dizer aquela cláusula constitucional que o INPI pôs por sugestão, e os constituintes aceitaram, na constituição brasileira. É para isso. Não é para fazer a fortuna de “A”, nem “B”, nem “C”. Isso é uma tradição constitucional do sistema americano, que se perde na névoa dos tempos:

Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co., 243 U.S. 502 (1917)

“3º. Desde o caso *Pennock v. Dialogue*, 2 Pet. 1, que foi decidido em 1829, esta Corte vem repetidamente entendendo que o fim primário de nossas leis de patentes não é a criação de fortunas privadas para os donos de patentes, mas ‘promover o progresso da ciência e artes úteis’ (Constituição, Art. I, § 8)

Trinta anos depois, voltando novamente a essa questão, o tribunal americano voltou a dizer a mesma coisa ⁸. É indiscutível que o monopólio temporário e limitado, outorgado aos inventores, jamais foi elaborado para garantir o lucro ou vantagem exclusivo a eles. O benefício ao público e a comunidade em geral foi, sem dúvida nenhuma, o propósito principal de outorgar ou assegurar o monopólio. Esta corte nunca alterou esse entendimento quanto à importância relativa aos interesses públicos e privados envolvidos em toda outorga de patentes, mesmo quando declarou que interpretando as patentes o inventor teria que ser tratado de uma forma favorável ⁹.

Enfim, este é o ponto principal. É isso que persiste pela paralela funcional do sistema constitucional americano e brasileiro - intencionalmente paralelos -, construção essa que se reflete no próprio entendimento (ao meu ver) da constituição brasileira.

Adiante:

Precision Instrument Mfg. Co. v. Automotive Co., 324 U.S. 806 (1945)

“Uma ação para dar execução a patentes e aos contratos a elas relacionados envolve o interesse público, bem como interesses das partes adversas. P. 324 U.S. 815. (...)

A posse e afirmação dos direitos patentários são ‘questões de grande importância para o público’ *Hazel-Atlas Glass Co. v. Hartford-Empire Co.*, 322 U. S. 238, 322 U. S. 246. Vide também *Mercoind Corp. v. Mid-Continent Investment Co.*, 320 U. S. 661, 320 U. S. 665; *Morton Salt Co. v. Suppiger Co.*, supra, 316 U. S. 278 ¹⁰.

⁸ *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.*, 243 U.S. 502 (1917) - Trinta anos depois esta Corte, voltando novamente à questão, em *Kendall v. Winsor*, 21 How 322, novamente destacou e de forma significativa disse: ‘É indiscutível que o monopólio temporário e limitado outorgado aos inventores jamais foi elaborado para [garantir] o lucro ou vantagem exclusiva a eles; o benefício ao público ou comunidade em geral foi outro e sem dúvida nenhuma o propósito principal de outorgar e assegurar tal monopólio.’

⁹ *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.*, 243 U.S. 502 (1917) - Esta Corte nunca alterou este entendimento quanto à importância relativa dos interesses públicos e privados envolvidos em toda outorga de patente, mesmo quando declarou que, interpretando as patentes e as leis patentárias, os inventores deverão ser tratados de forma justa e até mesmo liberal. 1 U. S. 241; *Winans v. Denmead*, 15 How. 330; *Walker, Patents*, § 185.”

¹⁰ *Precision Instrument Mfg. Co. v. Automotive Co.*, 324 U.S. 806 (1945) - Uma patente, pela sua própria natureza, é sujeita ao interesse público. Como reconhecido pela Constituição, a patente é um privilégio especial que visa o fim público de promoção ‘do progresso das ciências e artes úteis’. Ao mesmo tempo, uma patente é uma exceção à regra geral contra monopólios, assim como uma exceção ao direito de

Diz o julgado: uma ação, para dar execução à patente, uma ação de infração, ou os contratos, envolve interesse público bem como os interesses das partes diversas. A posse e a afirmação jurídico-patentárias são questões de grande importância para o público. Esse é o ponto principal ¹¹.

Vamos adiante.

No caso que o Nelson Brasil acabou de me citar, *Diamond versus Chakrabarty* caso fundamental para o patenteamento de biotecnologia. O ponto constitucional que ele fala, que não é tão posto em foco é interessantíssimo. Diz ele:

Diamond V. Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980).

A autoridade do Congresso é exercida na esperança de que 'o esforço produtivo aqui favorecido venha a gerar um efeito positivo na sociedade através da introdução de novos produtos e processos de manufatura na economia, e que assim gere empregos e melhores condições de vida para os cidadãos'.

Aqui, a Suprema Corte não fica no progresso da ciência e da arte, mas fala exatamente do desenvolvimento do interesse social e do desenvolvimento econômico do país, e que assim gera empregos e melhores condições de vida para os cidadãos. Não estamos falando só em desenvolvimento econômico ou progresso hipotético das ciências e das artes, mas falando de condições de vida e de substancialidade, desenvolvimento no sentido social.

Nos encaminhando para o fim (já fui notificado) o próximo ponto, em que se radica também no sistema constitucional brasileiro e no seu réplica do americano é o fato de que tudo aquilo que não está sob proteção exclusiva é de domínio público, é livre e de acesso.

Isso está no caso de 89, de uma Suprema Corte Americana integralmente conservadora que diz:

acesso ao mercado livre e aberto. Por isso as profundas conseqüências econômicas e sociais da patente dão ao público um interesse prevalente em assegurar que monopólios patentários sejam gerados em situações livres de fraudes ou de quaisquer condutas questionáveis, e que tais monopólios sejam mantidos dentro de sua extensão legítima.”

¹¹ Morton Salt Co. v. G. S. Suppiger Co., 314 U.S. 488 (1942) - Mas a política pública que inclui as invenções ao monopólio outorgado exclui tudo que não seja compreendido pela invenção. Igualmente proíbe o uso da patente para assegurar um direito exclusivo ou monopólio limitado não outorgado pelo Escritório de Patentes que seja contrário à política pública de outorga. É um princípio de aplicação geral que os tribunais, e especialmente as cortes de equidade, podem recusar sua assistência onde o autor estiver utilizando seu direito contrariamente ao interesse público.”

"A própria cláusula de patentes reflete uma ponderação entre as necessidades de incentivar a inovação e evitar monopólios que afetem a competição sem significar concomitantemente qualquer avanço no progresso das ciências e das artes". Como notamos no passado, a cláusula contém tanto um outorga de poder como limitações ¹².

E continua:

“Desde o princípio, as leis federais de patentes incorporaram o balanço cuidadoso entre a necessidade de promover a inovação e o reconhecimento que a imitação e o aperfeiçoamento através da limitação são ambos necessários para a própria invenção, que constitui a verdadeira essência da vitalidade de uma economia competitiva” ¹³.

Quem lê isso chega à conclusão, ou poderia chegar de que patente *pipeline* é comunista, eis que proíbe exatamente esse tipo de coisa: uso livre daquilo que está em domínio público, já que esta cópia que é permitida pelo domínio público é essencial à economia de mercado, não é preciso muita construção retórica para chegar a mesma conclusão ¹⁴.

O último ponto é como a Constituição aponta a missão da propriedade intelectual - a missão basicamente de mutação de dinâmica. Saímos aqui do parâmetro da Constituição Americana e da Superior Corte Americana, para ir para o outro lado, que é o da Corte Constitucional Alemã.

O primeiro caso é um caso que todo mundo que estuda propriedade intelectual costuma saber. É um caso em que se discute a limitação das patentes para se fazer pesquisa. Diz lá a Corte Constitucional Alemã: “Se patente é voltada para o futuro, é voltada para a mutação tecnológica e para a inovação, é inconcebível imaginar que se possa usar uma patente para impedir a pesquisa, a inovação e os testes que sejam necessários para a inovação”:

¹² Bonito Boats v. Thunder Craft Boats, 489 U.S. 141 (1989) - A própria Cláusula de Patente reflete uma ponderação entre a necessidade de incentivar inovação e evitar monopólios que afetem a competição sem significar concomitantemente qualquer avanço no ‘Progresso da Ciência e Artes úteis’. Como notamos no passado, a cláusula contém tanto uma outorga de poder como também determinadas limitações sobre o exercício daquele poder.

¹³ Bonito Boats v. Thunder Craft Boats, 489 U.S. 141 (1989) - A própria Cláusula de Patente reflete uma ponderação entre a necessidade de incentivar inovação e evitar monopólios que afetem a competição sem significar concomitantemente qualquer avanço no ‘Progresso da Ciência e Artes úteis’. Como notamos no passado, a cláusula contém tanto uma outorga de poder como também determinadas limitações sobre o exercício daquele poder.

¹⁴ Bonito Boats v. Thunder Craft Boats, 489 U.S. 141 (1989) - Desde o princípio as leis federais de patentes incorporaram um balanço cuidadoso entre a necessidade de promover a inovação e o reconhecimento que imitação e aperfeiçoamento através de imitação são ambos necessários para a própria invenção e que constituem a verdadeira essência da vitalidade de uma economia competitiva (...)

Tribunal Constitucional alemão, acórdão no caso “Klinik-Versuch” (BVerfG, 1 BvR 1864/95, de 10.5.2000)

Até onde se tem conhecimento não se discute na jurisprudência ou na literatura que o “privilégio de pesquisa” (Versuchsprivileg) previsto no § 11 Nr. 2 da Lei de Patentes (PatG) é, em conformidade com essas estipulações, uma parte necessária do conteúdo constitucional do Direito de Patente.

A pesquisa e desenvolvimento da ciência e da técnica só são possíveis por meio de experiências que, por sua vez, são construídas a partir de novos resultados de pesquisas. Não há o que criticar frente a Constituição quando o legislador permite que os interesses do titular da patente recuem frente a esses interesses. (...)

E outro ponto é o caso que é crucial, porque é único, é inaugural de uma nova visão do que é propriedade intelectual no campo do acesso à cultura.

É a posição no caso *Germania 3*, caso em que se discutia o direito de usar obras culturais para criar cultura.

Decisão do Tribunal Constitucional alemão no caso “Germania 3 - ” (BVerfG, 1 BvR 825/98 vom 29.6.2000)

O interesse do titular do direito de autor, de não ver sua obra explorada sem a sua autorização para fins comerciais de terceiros, é confrontado com o interesse protegidos pela liberdade artística de outros artistas, sem que com isso, e por meio de um diálogo artístico e processo criativo em relação a obras já existentes, possa surgir o risco de violações de natureza financeira ou de conteúdo.

Assim disse a Corte Constitucional Alemã: Ao direito autoral, por mais que proteja propriedade (porque lá, no sistema constitucional alemão está se falando de propriedade e não de monopólio), por mais que se respeite a propriedade, por mais que a propriedade obrigue (como diz o Código Civil e a Constituição Alemã), verdade é que não se pode usar o sistema de propriedade industrial para impedir o progresso das artes. Não é para isso que patente existe; para segurar a economia e a cultura no passado; é, sim, para impelir a mudança, o crescimento e a construção do futuro.

Essa é também a minha leitura da Constituição Brasileira. Muito obrigado.