

Vetores constitucionais da propriedade intelectual

Constitutional vectors of intellectual property

Vectores constitucionales de la propiedad intelectual

José Antonio Dias Toffoli

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça (2018-2020) e ex-presidente do Tribunal Superior Eleitoral (2014-2016).

Walter Godoy dos Santos Jr.

Juiz auxiliar do gabinete do ministro Dias Toffoli. Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Professor do curso de pós-graduação *stricto sensu* em direito da Universidade Nove de Julho. Doutor e mestre em direito comercial pela Universidade de São Paulo.

RESUMO: Este artigo busca fornecer panorama a respeito dos fundamentos constitucionais que guiam a compreensão do instituto jurídico da propriedade intelectual. Para tanto, adota-se como premissa o delicado equilíbrio entre, de um lado, a justa recompensa pelo esforço intelectual garantida pela proteção exclusiva e, de outro, o estímulo à evolução industrial e cultural, que requer a temporalidade dessa proteção visando garantir o posterior acesso ao domínio público. Diante desse cenário, a presente análise percorre a evolução histórica da proteção à propriedade intelectual no Brasil, desde o período colonial até a Constituição Federal de 1988, perpassa por conceitos doutrinários pertinentes e, ao final, examina a interpretação conferida ao tema pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529, especialmente no que tange à função social da propriedade intelectual e à livre concorrência.

PALAVRAS-CHAVE: propriedade intelectual; função social da propriedade; livre concorrência; desenvolvimento econômico.

ABSTRACT: This article provides an overview of the constitutional foundations underlying the legal concept of intellectual property. It is based on the premise of a delicate balance between the fair reward for intellectual effort – secured through exclusive protection – and the promotion of industrial and cultural development, which requires the temporariness of such protection to ensure subsequent access to the public domain. Within this framework, the analysis traces the historical development of intellectual property protection in Brazil, from the colonial period to the 1988 Federal Constitution, incorporates relevant doctrinal perspectives, and examines the interpretation given by the Federal Supreme Court in its judgment of Direct Action of Unconstitutionality 5,529, particularly regarding the social function of intellectual property and the principle of free competition.

KEYWORDS: intellectual property; social function of property; free competition; economic development

RESUMEN: Este artículo ofrece un panorama de los fundamentos constitucionales que sustentan la comprensión del instituto jurídico de la propiedad intelectual. Parte de la premisa de que existe un delicado equilibrio entre, por un lado, la justa recompensa al esfuerzo intelectual —garantizada mediante la protección exclusiva— y, por otro, el fomento del desarrollo industrial y cultural, el cual requiere la temporalidad de dicha protección para asegurar el posterior acceso al dominio público. En este marco, el análisis recorre la evolución histórica de la protección de la propiedad intelectual en Brasil, desde el período colonial hasta la Constitución Federal de 1988, incorpora conceptos doctrinarios relevantes y examina la interpretación dada por el Supremo Tribunal Federal en el juicio de la Acción Directa de Inconstitucionalidad 5.529, en particular en lo que respecta a la función social de la propiedad intelectual y a la libre competencia.

PALABRAS CLAVE: propiedad intelectual; función social de la propiedad; libre competencia; desarrollo económico.

O desenvolvimento da propriedade intelectual, expressão que compreende os institutos da propriedade industrial e dos direitos autorais, tem levado ao distanciamento cada vez maior de seus fundamentos, de maneira que, muitas vezes, é difícil estabelecer-se a relação entre as categorias de direito criadas para atender às novas realidades de mercado e seus vetores constitucionais, o que acarreta a perda da sistematização necessária à organização desse ramo da ciência do direito.

De fato, no campo da propriedade intelectual, em que é fértil a criação de novos direitos, discute-se, de maneira apaixonada, a tensão entre a necessidade de proteção adequada das criações intelectuais e os obstáculos que uma proteção demasiada poderia trazer em desfavor dos vetores de desenvolvimento tecnológico, econômico e social que as fundamentam.

O que se põe em causa é o tênue equilíbrio entre a justa recompensa do esforço intelectual humano consistente na concessão de uma proteção exclusiva e o estímulo à evolução industrial e cultural, que aconselha impor-se um prazo a essa proteção, findo o qual as referidas criações intelectuais passam ao domínio público.

O ato criativo, denominado pelos italianos de *magia*, é a fonte primária desses direitos, reconhecidos desde a Constituição imperial de 1824, tendo-se reservado ao legislador ordinário a tarefa de conferir a forma e a extensão de seu exercício, as quais devem impulsionar o desenvolvimento tecnológico e econômico, tendo em vista o interesse social do país (art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988).

No Brasil, a proteção da propriedade industrial remonta ao período colonial, conforme se extrai do texto do Alvará de 28 de abril de 1809, expedido pelo príncipe regente de Portugal, Dom João:

VI. Sendo muito conveniente que os inventores e introdutores de alguma nova máquina, e invenção nas artes, gozem do privilégio exclusivo além do direito que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em benefício da indústria e das artes; ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano do seu novo invento à Real Junta do Comércio; e que esta, reconhecendo a verdade, e fundamento dele, lhes conceda o privilégio exclusivo por quatorze anos, ficando obrigadas a publicá-lo depois, para que no fim desse prazo toda a nação

goze do fruto dessa invenção. Ordeno outrossim, que se faça uma exata revisão dos que se acham atualmente concedidos, fazendo-se público na forma acima determinada, e, revogando-se todos os que por falsa alegação, ou sem bem fundadas razões, obtiveram semelhantes concessões.

No plano constitucional, a proteção da propriedade intelectual tem origem em 1824. A Constituição imperial estabelecia, em seu art. 179, inciso XXVI, que:

[...] os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda, que hajam de sofrer pela vulgarização.

Alargando o escopo de proteção da matéria, nossa primeira Constituição republicana, de 1891, previa, em seu art. 72, § 25, o seguinte:

[...] Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

O § 26 do mesmo artigo esclarecia, ainda, que:

[...] aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

E, finalmente, no § 27, aparece, pela primeira vez, uma tímida, porém relevante, referência às marcas: “A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica”.

Caminhando pela história das constituições brasileiras, cumpre destacar que a de 1934 estabelecia, em seu art. 113, número 18, que “os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade”.

Adicionalmente, dilatou-se a proteção conferida aos sinais distintivos, estipulando-se, no número 19 do mesmo artigo, que “[...] é assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial”. O número 20 desse artigo completava a proteção à propriedade imaterial, declarando o seguinte: “Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de produzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar”.

Na contramão dos movimentos constitucionais anteriores, a Constituição Federal de 1937 conferiu ao legislador ordinário ampla autonomia para regulamentar a proteção da propriedade intelectual, porquanto o art. 122, número 14, estabelecia que:

[...] a Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

14. [...] o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

A Constituição Federal de 1946, por muitos apontada como o mais belo trabalho do legislador constitucional brasileiro até os dias atuais, remonta, por sua vez, à Constituição de 1891, estabelecendo, em seu art. 141, §§ 17, 18 e 19, que:

[...] os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio. É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial [...] [e que] aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

Na mesma linha, a Constituição Federal de 1967, em seu art. 150, § 24, estabelecia que “[...] a lei garantirá aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial”, aglutinando, num mesmo parágrafo, a proteção patentária e marcária.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 mostrou-se especialmente rica em disposições concernentes ao sistema de propriedade intelectual, bastando verificar o disposto em diversos incisos do art. 5º:

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

[...]

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

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

Note-se que, embora a orientação a respeito do objetivo de se alcançar o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil estivesse presente em algumas constituições anteriores, a de 1988 é a primeira a trazê-la refletida expressamente nos incisos concernentes à propriedade intelectual.

Por essa razão, apesar do decurso do tempo e do desenvolvimento notável da disciplina da propriedade intelectual nas universidades e nos tribunais, deve-se sublinhar que os dispositivos constitucionais transcritos aqui mantêm a subordinação da proteção conferida aos institutos jurídicos compreendidos por esse ramo do direito ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil.

Trata-se, portanto, de matéria com finalidade determinada pela Constituição e que não se circunscreve a um direito individual, pois diz respeito à coletividade e ao desenvolvimento do país.

A esse respeito, Newton Silveira ensina o seguinte:

As constituições modernas contemplam, ao lado da liberdade de iniciativa, a utilidade social, criando mecanismos de controle da atividade econômica coordenada a fins sociais. Tal atitude se reflete diretamente sobre a tutela dos chamados bens imateriais resultantes da criação intelectual, limitando sua duração para o fim de harmonizá-los com o progresso técnico e cultural e a tutela do consumidor, buscando delimitar tais direitos, em especial no campo industrial. (Silveira, 1985, p. 18-23)

Na mesma vertente, Denis Borges Barbosa ressalta que:

Não menos essencial é perceber que o art. 5º, XXIX, da Carta estabelece seus objetivos como um triângulo, necessário e equilibrado: o interesse social, o desenvolvimento tecnológico e o econômico têm de ser igualmente satisfeitos. Foge ao parâmetro constitucional a norma ordinária

ou regulamentar que, tentando voltar-se ao desenvolvimento econômico captando investimentos externos, ignore o desenvolvimento tecnológico do país, ou o nível de vida de seu povo. (Barbosa, 2002, p. 25)

Assim, os vetores fundamentais, ao redor dos quais gravita o conjunto de disposições normativas que rege o sistema de proteção ao esforço intelectual humano, são constituídos, indiscutivelmente, pelo interesse social e pelo desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil.

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

Karin Grau-Kuntz anota que, não obstante o art. 5º, inciso XXIX, da Constituição de 1988 preveja um direito individual, o escopo maior da norma é incrementar o bem-estar social, o que ocorre por duas vias:

- a) pela garantia do privilégio (uma vantagem concorrencial), que funciona como incentivo para os inventores assumirem os riscos vinculados a investimentos em projetos de desenvolvimento de novas tecnologias (inventos);
- b) pelo incremento da concorrência de imitação ao fim do privilégio, fator que gera alternativas nos mercados, preços e qualidades melhores (temporiedade/adequação econômica da duração do privilégio). (Kuntz, 2021, p. 156)

Tomando-se como exemplo a patente, por ser um dos principais institutos desse sistema, deve-se esclarecer que ela é um instrumento de incentivo à inovação e ao desenvolvimento tecnológico, pois possibilita aos inventores – ou seja, àqueles que dedicaram tempo e recursos para criar algo novo e útil a toda a sociedade – a apropriação dos resultados econômicos do invento, mediante a estipulação de instrumentos jurídicos destinados à dissuasão e à repressão civil e penal da imitação e da exploração indevida por terceiros.

Dessa maneira, a patente é um instrumento que favorece o investimento em pesquisa e desenvolvimento no setor da indústria, ao possibilitar o retorno financeiro aos que assumiram o risco da inovação.

Repita-se, por oportuno, que o art. 5º, inciso XXIX, da CF/88 determina que seja assegurada por lei a proteção à propriedade industrial mediante um privilégio temporário, com observância do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Por consistir em uma exclusividade para exploração de determinado produto ou processo produtivo, a patente traduz-se em um privilégio, além de um

instrumento de reserva de mercado, sendo que, embora seja relevante para remunerar e incentivar a inovação, ela deve ser necessariamente temporária, tendo em vista sua aptidão para barrar a concorrência, para impor uma única política de preços e para reduzir consideravelmente a capacidade de escolha dos consumidores.

Foi exatamente a essa conclusão que se chegou no julgamento da ADI 5.529/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal considerou que a temporalidade prevista no texto constitucional deve ser interpretada à luz do escopo da proteção patentária, que não se restringe a tutelar os interesses dos inventores das patentes, garantindo, também, o usufruto do invento por toda a sociedade, (i) a partir de regras claras e (ii) em prazo razoável.

Vale lembrar que o objeto da mencionada ADI envolveu a discussão sobre a constitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei n. 9.279/1996 (Lei da Propriedade Industrial), que permitia a dilação do prazo de proteção de patentes proporcionalmente ao tempo de tramitação do processo administrativo no Instituto de Propriedade Intelectual (Inpi).

Nesse cenário, concluiu o Supremo Tribunal Federal que a vantagem concorrencial concedida a autores de invenções deve ter vigência determinada e previsível, de forma que não só o beneficiário mas também os demais atores da indústria possam aferir com exatidão a data do término da vigência da patente.

Nesse diapasão, o ministro e professor Eros Grau, ao responder a consulta formulada pela Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e Especialidades (Abifina) acerca do dispositivo questionado na ADI 5.529/DF, apontou que:

[...] Privilégio temporário, no contexto da totalidade normativa que a Constituição do Brasil compõe, é privilégio concedido por prazo certo, predeterminado, conhecido pelo mercado. De modo distinto – mais do que distinto, adverso – privilégio por tempo indeterminado é o concedido por prazo incerto, não determinado, não conhecido pelo mercado.

O art. 5º, XXIX, da Constituição do Brasil, repita-se, concede privilégio temporário de utilização de patentes. Temporário, no contexto do preceito, é o que perdura por tempo determinado, provisoriamente, transitoriamente. O preceito constitucional, diversamente do que o parágrafo único do art. 40 da Lei n. 9.279/1996 enseja, não diz que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio por tempo indeterminado.

Por isso, à toda evidência, o parágrafo único do art. 40 da Lei n. 9.279/1996 afronta a Constituição. [...]

Ora, o caráter temporário da proteção patentária não pode significar uma mera limitação do privilégio no tempo, pois há direitos individuais e coletivos que surgem a partir da extinção da patente e que demandam regras claras e segurança jurídica para sua plena satisfação. Dessa forma, um prazo determinado mostra-se essencial para a observância da regra constitucional que impõe temporariedade à exclusividade concedida à exploração econômica de invenções e modelos de utilidade.

Além de vigência determinada e previsível, a patente deve vigor por prazo razoável. Consoante aponta Karin Grau-Kuntz, se, de um lado, “um privilégio garantido por pouco tempo não seria suficiente como incentivo para os inventores assumirem os riscos vinculados ao desenvolvimento de novas soluções técnicas”, de outro, “o privilégio garantido por um período muito longo tem por efeito gerar poder de mercado, *i.e.*, uma nova falha de mercado”, razão pela qual a autora conclui que:

[...] um dos ingredientes principais que faz a receita de sucesso do sistema de patente é encontrado na medida ideal de duração do privilégio. Esta, a seu turno, seguindo o *standard* internacional (art. 33 do Acordo do TRIPS), aparece determinada no art. 40 da LPI: 20 anos a contar da data do depósito. (Kuntz, 2021, p. 156-157)

Destaco que a busca pelo equilíbrio entre os interesses público e privado alicerça a propriedade intelectual e o Acordo TRIPS, conforme se depreende dos objetivos e dos princípios inscritos nos arts. 7 e 8 do documento:

Art. 7º

Objetivos

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

Art. 8º

Princípios

1. Os membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e

para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

No caso da ADI 5.529/DF, o prazo de extensão de proteção de patentes previsto no parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial, posteriormente revogado pelo Congresso Nacional, também ensejava violação da função social da propriedade intelectual.

Nesse sentido, deve-se reafirmar que a natureza imaterial dos bens que compõem a cesta de direitos da propriedade intelectual não os torna imunes à imposição constitucional de observância da função social da propriedade (verdadeira hipoteca social) e, como tal, demanda a harmonização de interesses individuais e coletivos, o que é realizado, entre outros instrumentos previstos pela Lei de Propriedade Industrial, pela previsão de extinção da patente pela expiração do prazo de sua vigência ou mesmo pela imposição de licença compulsória, com a consequente liberação para a atuação dos demais concorrentes.

É importante mencionar também a livre concorrência que figura no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal como um princípio da ordem econômica e diz respeito à liberdade dos agentes econômicos para o exercício de suas atividades, dentro de determinado mercado, sem embaraços por parte do Estado e protegidos do abuso de poder econômico “que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º, da CF/1988).

A esse respeito, José Afonso da Silva ensina que:

A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa, e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º). (Silva, 2009)

Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antisocial. Cabe, então ao Estado intervir para coibir o abuso (Silva, 2009. p. 795).

Embora a livre concorrência não comporte intervenções arbitrárias por parte do Estado, cabe a ele agir proativamente para garantir que os agentes econômicos usufruam da liberdade em situação igualitária, sem abuso de poder econômico. Nesse sentido, na ordem econômica constitucional, a liberdade é a regra, e a restrição, a exceção.

De igual forma, a defesa do consumidor consta como princípio da ordem econômica, nos termos do art. 170, inciso V, estando, por sua vez, intimamente ligada à ideia de livre concorrência.

Isso porque a Constituição Federal, ao promover uma ordem econômica em que haja competição entre os agentes do mercado de forma igualitária, busca garantir, também, a liberdade de escolha dos consumidores, cujo exercício depende da multiplicidade de opções. Assim sendo, sem livre concorrência, não há que se falar em livre escolha de consumo.

Por natureza, a concessão de uma patente importa em quebra da igualdade de condições dos atores da indústria, pois se concedem, por questões de mérito evolutivo, a um ou a alguns deles a exclusividade temporária na exploração econômica de determinado invento e, conseqüentemente, o poder de estipular preços e de auferir os lucros correspondentes livres da pressão dos concorrentes.

A obtenção de patente, todavia, é um privilégio constitucionalmente garantido e plenamente justificável que deve ser interpretado restritivamente, diante da função que exerce no incentivo à inovação e ao desenvolvimento tecnológico, conforme já mencionado.

A Constituição Federal concede o privilégio da proteção à propriedade intelectual mas garante que, a partir de determinado prazo, os demais agentes da indústria tradicional e cultural venham a se igualar ao titular do direito na possibilidade de exploração do objeto protegido, liberando-o à dinâmica concorrencial do mercado.

O direito de propriedade intelectual, para ser exercido, deve ser considerado necessário e adequado para o fim a que se destina, sem incorrer em agressão

ou abandono dos demais preceitos constitucionais aplicáveis, como os princípios que regem a ordem econômica.

Convidado a refletir sobre a qualidade da proteção à propriedade intelectual que se almeja para o país, tendo em vista, também, os objetivos da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária, o Supremo Tribunal Federal respondeu, na ADI 5.529/DF, que todos os vetores e princípios constitucionais devem ser igualmente observados pelo Estado e pelos titulares desses direitos.

A propósito, é emblemática a manifestação da ministra Rosa Weber sobre o caso:

O art. 5º, XXIX, da Constituição da República dispõe que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país”. A redação do texto constitucional deixa clara a natureza peculiar desta espécie jurídica: privilégio concedido ao particular, com vista à realização de um fim social. A fruição desse privilégio pelo particular, todavia, somente é possível se cumpridas as exigências previstas na legislação.

[...]

Como dito anteriormente, o art. 5º, XXIX, da Lei Maior condiciona o legislador, na concessão do privilégio temporário ao autor de invento industrial, a ter em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico.

[...]

A Constituição submete a proteção patentária, assim, à satisfação de uma finalidade que a justifica. Para ser legítima perante a ordem constitucional o privilégio temporário concedido ao autor de invenção deve cumprir com a finalidade de promover o interesse social e o desenvolvimento tecnológico.

[...]

A adequada compreensão do sistema de proteção da propriedade intelectual, pois, é a que não o divorcia da sua finalidade constitucional, a qual consiste, na expressa dicção do art. 5º, XXIX, em promover “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país”. Na expressa e literal dicção do preceito constitucional, o privilégio temporário de utilização exclusiva, a ser conferido aos inventores por meio do sistema de patentes, somente se legitima quando voltado à promoção do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

A legitimidade dos desenhos normativos produzidos na seara do direito patentário em absoluto pode se divorciar da sua conformação histórica, dos princípios que lhe são inerentes e, especialmente, da teleologia inscrita na cláusula constitucional que o instituiu.

Não foi outro o entendimento manifestado pelo ministro Edson Fachin:

É sabido que a proteção reconhecida constitucionalmente para a propriedade industrial materializa-se por meio da concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, cujo principal objetivo é recompensar o inventor pelo trabalho, pelo tempo e pelas despesas feitas para desenvolver o produto.

Importante registrar que a norma constitucional também garante, no âmbito de proteção do direito fundamental expressamente previsto no inciso XXIX do art. 5º do texto constitucional, a atenção para os seguintes objetivos: i) interesse social do país; ii) desenvolvimento tecnológico do país; e iii) desenvolvimento econômico do país.

Assim sendo, além da temporariedade do privilégio de proteção, a norma constitucional e o sistema nela embutido garantem a todos os cidadãos brasileiros a possibilidade de aproveitar a criação industrial, após o prazo de vigência da exclusividade de exploração.

[...]

Os direitos decorrentes da propriedade intelectual em geral, e da propriedade industrial em particular, permitem que uma pessoa física ou jurídica controle o uso de uma parcela específica do conhecimento, em virtude de um monopólio que geralmente é concedido pela legislação.

Percebe-se que, pela evidência dos fatos, alguns bens sejam mais suscetíveis de apropriação do que outros. A ideia original ou invenção só pode estar sob o poder de um indivíduo ou grupo de indivíduos enquanto não for compartilhada com os demais indivíduos da comunidade, pois a partir do momento em que a ideia ou invenção é divulgada passa imediatamente ao domínio de todos. Peculiar, nesse contexto, é o fato de que ninguém deixa de ser possuidor de uma ideia porque outros também a possuem.

É possível afirmar, portanto, que a exclusividade que se cria a partir do instituto de patentes é uma construção artificial do legislador ou, em outras palavras, um artifício da legislação empregado para que a ideia inovadora, na condição de bem imaterial, possa ocupar um lugar e ter o seu valor no mercado.

Assim, os direitos de exclusividade decorrentes do regime de patentes cumprem a importante função de incentivo à produção dos bens imateriais, cumprindo o principal e importante objetivo de gerar bem-estar

social, a partir de determinação constitucional específica (art. 5º, XXIX, parte final, da CRFB).

Na verdade, os sujeitos que são excluídos da posse da ideia inovadora, bem imaterial, no momento em que se garante o direito exclusivo de sua exploração, anteriormente disponível a todos, e artificialmente transformado pelo ordenamento jurídico em bem de exploração econômica exclusiva, transmudam-se em sujeitos beneficiários do bem imaterial difuso ou coletivo, em face do progressivo incremento do bem-estar geral por ele proporcionado, o que acaba por garantir um estímulo à própria eficiência econômica.

Assim posto, pode-se dizer que o conhecimento, naturalmente, não permite sua apropriação privada por meio dos mecanismos econômicos, de modo que para que se estabeleça o regime de patentes, torna-se necessária a utilização do aparato jurídico do Estado, a fim de gerar uma forma particular de monopólio que, se num primeiro momento exclui a utilização ampla do bem, num momento imediatamente seguinte serve ao propósito de incrementar, sob algum aspecto, a vida em sociedade.

[...]

Nesse contexto, importante dizer que o exercício do direito de propriedade industrial não pode transmudar-se em abuso do poder, pressupondo, portanto, que seja respeitado um regime de concorrência que conduza a uma participação na economia de mercado pelo uso estratégico do poder, a fim de garantir competitividade, renovação e desenvolvimento. (ADI 5.529/DF)

Esclarece, a propósito e com firmeza, o ministro Alexandre de Moraes que:

[o] binômio constitucional consagrado no art. 5º, XXIX, da CF, de proteção à propriedade e ao interesse coletivo, se equilibra tenuemente na temporariedade das patentes. O parágrafo único do art. 40 permite um desequilíbrio nesse binômio, permite que essa temporariedade seja prolongada *ad aeternum* ou por prazo absolutamente injustificado. No momento em que passa a existir a impossibilidade de previsibilidade da duração da patente, exatamente em face da previsão do termo inicial ser absolutamente discricionária, potestativa à Administração, parece que temos realmente uma inconstitucionalidade.

Aqui se inverte, fica como se a regra fosse a duração *ad aeternum* da patente, que gera inúmeros problemas, todos detalhados pelo eminente ministro Dias Toffoli, com fundamento em informações apresentadas nos autos pelo Inpi sobre o estado de fato relacionado ao trâmite dos pedidos de patente, como o estoque atual de pedidos de patente pendentes, o tempo de espera conforme a divisão técnica (setor tecnológico), o tempo médio de espera, também conforme o setor, e a indicação de

quantas patentes estariam em vigor há mais de 20 anos, entre outros detalhamentos.

A partir disso, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, razoável duração do procedimento administrativo estão sendo absolutamente ignoradas.

Mais do que isso, também não me parece que continue sendo respeitado o binômio que a Constituição consagrou de forma direta no art. 5º, XXIX, da CF, com base na temporariedade. Essa possibilidade de prorrogação *ad infinitum* simplesmente mitiga os prazos definidos, fixos e razoáveis, que encontram paralelo no ordenamento jurídico internacional. Não desrespeitam, em sua previsão abstrata, nenhum tratado internacional do qual o Brasil seja signatário, pois são prazos que respeitam o indivíduo, a propriedade e o coletivo, após um determinado período.

Dessa forma, essa injustificada e injustificável condição potestativa, absolutamente discricionária do Poder Público, leva aos problemas que o eminente professor e ex-ministro desta Casa, professor e ministro Eros Grau, apontou do ponto de vista sistemático, em parecer escrito apresentado nos autos da presente ação direta.

Prolongar injustificadamente o privilégio de exploração exclusiva de produtos e processos industriais acaba gerando um monopólio, porque prejudica aqueles que eventualmente querem, após o prazo fixado em lei, entrar na livre concorrência. A incerteza quanto à extensão da proteção conferida ao detentor da patente, que pode ir muito além do prazo original de 20 anos, desestimula a ação de outros agentes econômicos, do investimento em processos produtivos com tecnologias de domínio público, o que é de grande interesse social.

Inibe-se, portanto, a livre concorrência, pois a prorrogação da patente limita o acesso a tecnologias e mercados, beneficiando de forma desproporcional o titular da patente. Veja-se que a delonga no trâmite administrativo igualmente inibe que potenciais concorrentes formulem qualquer outro pedido, de modo a competir no mesmo mercado em igualdade de condições. E há a possibilidade, por parte da administração pública, de retardamento do processo de análise, não só por problemas administrativos e de estrutura, mas por problemas de preferência, vamos dizer assim, quebrando a impessoalidade.

Parece-me que só essa indagação resolveria a questão: qual o prazo final de vigência de uma patente no Brasil? Ninguém pode, antes da concessão da patente, afirmar com segurança qual é o termo final da mesma, de modo a definir a partir de quando é possível realizar um investimento sem violar direitos de terceiros.

Ora, isso afeta o binômio estabelecido pelo art. 5º, XXIX, da CF.

Volto a insistir: como também destacado pelo ministro relator, fere a segurança jurídica, a eficiência da Administração e, acrescento, fere a impessoalidade e a livre concorrência, princípios da ordem econômica.

Por fim, o ministro Gilmar Mendes ponderou que a solução jurídica da norma também não está de acordo com os postulados da eficiência, da liberdade econômica e da defesa do consumidor, apresentando em seu voto dados que revelam que a dilatação do prazo de vigência em relação a medicamentos, por exemplo, provoca custo adicional de bilhões de reais.

Assim, ao examinar o caso paradigma na área de propriedade intelectual, o Supremo Tribunal Federal constatou, objetivamente, a necessidade de revisar os vetores constitucionais da matéria para verificar se estavam sendo respeitados os preceitos neles expressos.

Concluiu o Tribunal que o Brasil não pode continuar sendo o “paraíso” dos países desenvolvidos, mantendo monopólios, por décadas, sobre produtos que já caíram em domínio público naquelas jurisdições, nas quais podem ser adquiridos por preços muito mais acessíveis do que no Brasil.

O modelo atual, que tem sido habilmente lapidado pelo Congresso Nacional, não pode levar à oneração desproporcional do Estado e dos cidadãos brasileiros. Monopólios intermináveis, além de serem irracionais, sufocam a concorrência e a inovação, desestimulando o ingresso de novos empreendedores nos nichos monopolizados.

Todas essas conclusões ficaram devidamente assentadas no voto vencedor que proferi – na qualidade de relator da ADI 5.529/DF – a partir do qual se consolidou o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a preocupação da Constituição de 1988 não se restringiu ao fato de que os direitos de propriedade intelectual devem ser concedidos e exercidos com algumas limitações em favor do interesse comum⁴⁹, mas também de que sejam propulsores do desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil,

49 Para Miguel Reale, “O direito, porém, não visa a ordenar as relações dos indivíduos entre si para satisfação apenas dos indivíduos, mas, ao contrário, para realizar uma convivência ordenada, o que se traduz na expressão: ‘bem comum’. O bem comum não é a soma dos bens individuais, nem a média do bem de todos; o bem comum, a rigor, é a ordenação daquilo que cada homem pode realizar sem prejuízo do bem alheio, uma composição harmônica do bem de cada um com o bem de todos. Modernamente, o bem comum tem sido visto, – e este é, no fundo, o ensinamento do jusfilósofo italiano Luigi Bagolini, – como uma estrutura social na qual sejam possíveis formas de participação e de comunicação de todos os indivíduos e grupos”. (Reale, 2001, p. 55)

em razão do que não são tolerados abusos⁵⁰ em nome de interesses ilegítimos⁵¹ de seus titulares⁵².

Referências

BARBOSA, Denis Borges. *Bases constitucionais da propriedade intelectual*.

2002. Disponível em: <https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/bases-constitucionais-da-propriedade-intelectual.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2025.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, ano 139, 11 jan. 2002.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. 1. ed., v. 1, t. 1. Rio de Janeiro: Fonense, 1946.

GIACCHETTA, André Zonaro. *A evolução do direito industrial e a sua relação com o direito da concorrência*. Trabalho apresentado em curso de pós-graduação na Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

50 Para Pedro Marcos Nunes Barbosa, “[...] caso a liberdade do dono da patente ultrapasse as finalidades constitucionais de uso do direito de excluir, ele ‘despreza o direito fundamental de cada um à independência da arbitrariedade que obriga de outros e abusa do poder estatal para fazer valer sua arbitrariedade privada [...] ele qualitativamente não se distingue do despotismo qualquer’. [...] E tal deslize material fica ainda mais evidente quando se enxerga o titular da patente como alguém que recebe um poder jurídico na condição de promovê-lo dentro das metas constitucionais” (Barbosa, 2016, p. 65-66).

51 André Giacchetta aponta que “a exploração dos direitos advindos da propriedade industrial não podem ficar sujeitos tão-somente ao arbítrio do seu titular, que deve se amoldar às funções sociais e econômicas do privilégio desenvolvido. E é nesse compasso que a defesa da concorrência exercerá papel importante para a delimitação das práticas concorrenciais saudáveis à ordem econômica”. E continua: “o direito industrial é uma ferramenta de desenvolvimento econômico e como tal deve também se submeter à ordem econômica” (Giacchetta, 2004, p. 4). Afirma, ainda, que, se por um lado, “o exercício dos direitos industriais pode ocorrer de forma natural e legal ou pode derivar de atos ou condutas que visem tão-somente o alcance de interesses individuais, em desprezo aos interesses coletivos” e “os fatores econômico e social da propriedade industrial estão, dessa forma, relacionados à maneira pela qual o título concedido ao particular é por ele utilizado, posto que concedido com o fim único de sustentar o desenvolvimento econômico e tecnológico do país”, por outro lado, vê-se “necessidade de fiscalização pelo Estado da exploração dos direitos industriais, para que, de um lado, seja preservada a leal concorrência e, de outro lado, seja preservada a ordem econômica, pela manutenção da exploração da propriedade industrial dentro dos limites sociais e coletivos” (Giacchetta, 2004, p. 11).

52 Gama Cerqueira adverte, nesse sentido, que “As leis da propriedade industrial podem ainda ser interpretadas e aplicadas tendo-se em vista a ordem pública, grandemente interessada nessa matéria, de modo que não se lhes sobreponham meros interesses individuais e, principalmente, convenções privadas que possam afetar os interesses da coletividade e burlar a aplicação do direito. Não se deve, porém, abusar desse conceito, invocando, sem propósito ou a propósito de tudo, os interesses da ordem pública ou da coletividade para cercear o exercício dos direitos da propriedade industrial e prejudicar injustamente as classes interessadas” (Cerqueira, 1946, p. 78). *Vide*, ainda a respeito, o disposto nos arts. 187 e 1.228 do Código Civil.

KUNTZ, Karin Grau. Parecer Prof^a Karin Grau-Kuntz. 12, dez. 2020. In: SVENSSON, Gustavo (org.). *As Inconstitucionalidades da extensão dos prazos das patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 151-198. Disponível em: https://ibpieuropa.org/wp-content/uploads/2021/05/PDF_As-Inconstitucionalidades-da-Extensao-dos-Prazos-das-Patentes.pdf. Acesso em: 27 mar. 2025.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Newton Silveira. Garantias constitucionais aos bens imateriais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 60, p. 18-23, out./dez. 1985. Disponível em: <https://rdm.org.br/wp-content/uploads/2024/09/018-023.-SILVEIRA-Newton.-Garantias-constitucionais-aos-bens-imateriais-1.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2025.