



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCIANO LIMA FIGUEIREDO

A FUNÇÃO SOCIAL DAS PATENTES DE MEDICAMENTOS

Salvador
2008

LUCIANO LIMA FIGUEIREDO

A FUNÇÃO SOCIAL DAS PATENTES DE MEDICAMENTOS

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Privado e Econômico na Universidade Federal da Bahia (UFBA), com Linha de Pesquisa em Instituições de Direito Privado Interferentes na Atividade Econômica.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho

**Salvador
2008**

FICHA CATALOGRÁFICA

Figueiredo, Luciano Lima
A função social das patentes de medicamentos / Luciano Lima
Figueiredo. - 2008.
240 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia. Mestrado
em Direito Privado e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho.

1. Propriedade intelectual. 2. Patentes. 3. Medicamentos – Patentes. I.
Pamplona Filho, Rodolfo, orient. II. Título.

CDD:346.0486

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCIANO LIMA FIGUEIREDO

A FUNÇÃO SOCIAL DAS PATENTES DE MEDICAMENTOS

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito,
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Rodolfo Pamplona Filho _____

Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Jonhson Meira Santos _____

Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo (USP).

Edivaldo Machado Boaventura _____

Mestre e PhD pela Pennsylvania State University (Penn State). Doutor em Direito e Docente Livre em Economia pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Salvador, ____/____/2008.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos consistem na parte mais complicada de ser redigida, pois contemplar, em poucas linhas, todas as pessoas fundamentais à confecção do texto, e lhes dizer sucintamente o quão importante elas são, é uma missão difícil.

Em memória, não poderia deixar de agradecer a meu pai, Solon Figueiredo, quem passou a me acompanhar de outro plano a partir do dia 23 de dezembro de 2007.

Vindo de família humilde, oriunda do sertão baiano, chegou até Salvador, ocupando a maioria das atribuições no Ministério Público Estadual e, o mais importante, constituindo uma família maravilhosa. O modelo de conduta pessoal e profissional, os ensinamentos passados mesmo através do silêncio, a presença marcante e, principalmente, a determinação, força e resignação me ensinaram, em muito, nos últimos anos. Conviver ao lado de meu pai me proporcionou saber conferir valor as coisas mais simples da vida, ao que pragmaticamente significa despatrimonializar e repersonalizar.

A primeira versão do capítulo inicial de desenvolvimento fora confeccionado, praticamente em sua inteireza, ao lado de meu pai, em tardes no hospital. Neste momento tive a graça de desfrutar dos seus últimos momentos, sem esquecer dos seus ensinamentos e seguindo em frente com os compromissos. Não haveria lugar melhor para escrever produção que ressalte o ser humano, em detrimento do patrimônio, que não fosse um hospital.

Grande parte do trabalho foi desenvolvida em casa, também ao lado de meu pai, quando assistido pelo serviço de *home care*. Outras tantas linhas produzidas após sua passagem, mas sempre com a sensação de sua presença diária...

O mais estranho foi à percepção de que a conclusão do trabalho, a última linha acompanhada do ponto final, fora confeccionada no mesmo hospital no qual iniciei a produção, agora acompanhando minha mãe em um mal estar passageiro.

Os rituais e ciclos da vida, por vezes, nos trazem situações ao menos interessantes. Nunca imaginei iniciar e fechar o trabalho de dissertação em situações tão sensíveis, as quais apenas me fizeram aumentar a determinação e amor ao que estava produzindo. Redigir sobre acesso a medicamentos em um hospital foi algo que agregou, em muito, ao trabalho.

Agradeço a Ozenir, minha mãe, a maior fortaleza que já conheci em minha vida. Sempre com palavras de conforto, estimulando o seguir em frente, conformando as mais complicadas adversidades, com um bom humor incrível e uma fé impressionante. Ela soube conduzir com maestria todos os contratempos. Nunca desanimou ou me deixou desanimar...

Aos meus irmãos Sérgio, Luiz Alberto e Roberto, o meu muito obrigado pela fonte de força e confiança. Os últimos meses apenas aumentaram em mim a certeza de que vocês estarão comigo todo o sempre. Há um pouco de vocês em tudo que há em mim.

Agradeço ao meu orientador Rodolfo Pamplona, a quem os reais agradecimentos consistiriam em outra dissertação. Mais do que um professor, um amigo incondicional. Soube na medida exata motivar, consertar, pressionar, orientar, ajudar... Esta conquista é tão minha quanto dele. Espero uma nova orientação em um futuro doutorado.

Ao Professor Edivaldo Boaventura, pela orientação metodológica desde a graduação, empréstimo de livros, atenção e ajuda pessoal. Foi Edivaldo a primeira pessoa quem, ainda na graduação, me aconselhou o ingresso na atividade acadêmica. Se hoje estou a exercer a atividade acadêmica, ele foi o primeiro a me estimular.

A Pablo Stolze pela enorme ajuda, tanto no campo pessoal como profissional. Pablo é o responsável por me ensinar a docência no Tirocínio e, posteriormente, me lançar na minha primeira turma de graduação. Os ensinamentos sobre postura em sala, conduta com alunos, oratória me acompanharão por toda a vida.

As minhas grandes amigas Thais Mendonça e Jane Piñeiro. Sempre presentes enquanto eu redigia o trabalho, mesmo que pela Internet. As conversas, a animação, as risadas, a troca de idéias acerca do tema e, principalmente, o estímulo para seguir em frente (especialidade de vocês) foram fundamentais.

A Emmanuela Lins, a maior responsável por meu ingresso no mestrado. Telefonou no dia da publicação do edital de seleção, conseguiu os respectivos livros, me ajudou no projeto e acompanhou diariamente, durante todo um mês, os estudos para as provas.

Ao grande amigo Salomão Resedá. Amizade conquistada no mestrado que hoje integra o grupo de pessoas com as quais mantenho contato diário. Nós conseguimos redigir o trabalho, meu amigo!

A todos meus amigos, cujo lapso de memória não retira a importância e presença essencial. Vocês são as pessoas que acreditam em mim e me apóiam até quando eu mesmo duvido...

Aos alunos, os atuais e aqueles que já não mais me brindam com o convívio diário. As discussões em sala foram salutares para construção do pensamento.

Por fim, a Flávia Lessa (minha Flá). Amor ilimitado, descoberto há cerca de dois anos, que mudou completamente as nossas vidas. Alegre, presente, engraçada, companheira sempre... Sem você amor, esse trabalho não estaria pronto, revisado, arrumado. A sua presença em mim é tão grande que hoje, tanto em mim quanto naquilo que produzo, já não

mais sei dizer o que é meu e seu. Por isso, não me resta outra opção senão dizer que é nosso. Inúmeras foram as festas, fins de semana, viagens e outras abdições por este produto final...

Enfim, a todos vocês, pessoas fundamentais que moram no meu coração, meu **MUITO OBRIGADO!**

A Constituição deve ser, pois, significada, tornada visível, em um acontecer do direito. Afinal, parafraseando Alain Didier-Weil, o que há nessa palavra de tão amedrontador para que o jurista, freqüentemente, em vez de fazê-la falar, a faça tagarelar? [...]. Aliás, haveria de se perguntar o jurista: o que você fez com a palavra Constituição que lhe foi dada? (STRECK, 2003. p. 296-297)

Nessa esteira, passa-se a entender que esse direito subjetivo tem destinatários no conjunto da sociedade, de modo que o direito de propriedade também começa a ser um direito à propriedade. Gera, por conseguinte, um duplo estatuto: um de garantia, vinculado aos ditames sociais, e outro, de acesso. (FACHIN, 2003b, p. 74).

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a aplicação do princípio da função social da propriedade às patentes de medicamentos. Verifica se o princípio da função social impõe aos titulares das cartas-patentes o dever de comercializar remédios a um preço razoável, o qual não gere lucros astronômicos e seja apto a tornar o bem industrial acessível à população mais pobre. Para tanto, foi dividido o trabalho em cinco temas principais, abordados em capítulos específicos: A Constitucionalização do Direito Civil; A(s) Propriedade(s); A Propriedade Industrial; As Patentes de Medicamentos; e a Função Social das Patentes de Medicamentos. Perpassa o trabalho pela migração das normas do direito civil para o bojo da Constituição Federal (constitucionalização); a existência de propriedades; o estudo da espécie propriedade industrial, com atenção às patentes; as patentes de medicamentos, seu custo e inserção da ciência para o pilar da produção; e a aplicação do princípio da função social às patentes de medicamentos. Há a análise de questões atuais, como os remédios genéricos, o patenteamento de genes e do genoma humano, as patentes de transgênicos, diversos acordos internacionais, “quebra” de patentes... Após a pesquisa realizada, concluiu-se que a função social da propriedade, núcleo duro e elemento unificador das propriedades, têm plena aplicação às patentes de medicamentos. Consiste a função social da propriedade em princípio constitucional, sendo sua maximização a observância da legalidade constitucional. Com esta premissa, parte o autor a traçar caminhos para a concretização nacional e global de acesso aos remédios, consignando no seu trabalho medidas funcionais. Devido ao caráter interdisciplinar, para a confecção do trabalho foram analisadas doutrina e legislação de direito constitucional, civil, internacional, comercial, bem como jurisprudência dos principais tribunais pátrios e de direito comparado. De igual maneira recorreu-se a referências relacionadas a questões ligadas a medicamentos e de direito alienígena, legitimando ao máximo a pesquisa realizada.

Palavras-chave: propriedade intelectual; patentes; patente de medicamento; Quebra de Patente; função social.

ABSTRACT

The main objective of this essay is the analysis of the application of the Social Function of Property's principle on the medical patent's. It will be verified that this principle impose the patent titular's to commercialize medicines with reasonable prices, without excessive profits, making possible the access to the poor people. As for that, the text was divided into five main themes, each one treated in a specific chapter: Constitutionallization of Civil Law; The Property; The Industrial Property; The Medical Patents; Social Function of Medical Patents. It will mention different topics as a analyses of the migration of Civil Law to the Federal Constitution (called constitutionalization); the property existence; the study of industrial property, as one of the species of property, with special attention to the patents; the medical patents, their costs and their insertion on science production; the extension of Social Function Principle to the medical patents. It will bring modern issues about the theme, as the generic medicine, the gene's patent, the transgenic patent, all the international deal's about it, the patent's break After the research, it will be concluded that the Property's Social Function, the main and unifying element of all properties, have total application to medical patents. The social function property consists in a constitutional principle witch its maximization observes the constitutional legality. In this matter, the author will trace paths to concretize nationally and globally the medicine access, bringing up functional measures. Due to its interdisciplinary theme, it was analyzed constitutional, civil, international, and commercial doctrine and legislation, and also jurisprudence of the main tribunals in Brazil. It also brought up references related to medical and law from other countries, legitimizing as best the research realized.

Key Word: intellectual property; patents; medical patents; patent's break, social function.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADN (DNA) - Acido Desoxirribonucleico

AIDS (HIV) – Síndrome da Imuno Deficiência Adquirida

Art - Artigo

BGB - Código Civil Alemão

BIRPI - União da Convenção de Paris e de Berna

CC - Código Civil

CCJ - Comissão de Constituição e Justiça

CEP`s - Conselho de Ética e Pesquisa

CF/88 - Constituição Federal da República Brasileira de 1988

CFM - Conselho Federal de Medicina

CJF - Conselho da Justiça Federal

COFINS - Contribuição sobre o Financiamento da Seguridade Social

CONEP - Conselho Nacional de Ética e Pesquisa

CSLL - Contribuição sobre Lucro Líquido

CUP - Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

EC - Emenda Constitucional

EN - Enunciado

EPO - Escritório Europeu de Patentes

FDA - Food and Drug Administration

GATT - Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio

ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias

INPI - Instituto Nacional de Propriedade Intelectual

IOF - Imposto sobre Operações de Crédito

OGM - Órgão Geneticamente Modificado

IPC - Classificação Internacional de Patentes

IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados

IRPJ - Imposto de Renda sobre Pessoa Jurídica

IVA - Imposto sobre Valor Agregado

LPI - Lei de Propriedade Industrial

MERCOSUL - Mercado Comum do Sul.

MICT - Ministério da Indústria e do Comércio e do Turismo

OMC - Organização Mundial de Comércio

OMPI (WIPO) - Organização Mundial da Propriedade Intelectual

ONU - Organização das Nações Unidas

OSC (DSB) - Órgão de Solução de Controvérsia

PCT - Tratado de Cooperação de Patente

PIS - Programa de Integração Social

REsp - Recurso Especial

CEP` s - Conselho de Ética e Pesquisa

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUS - Sistema Único de Saúde

TJ/ RJ - Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJ/RS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJ/SP - Tribunal de Justiça de São Paulo

TRIP` s - Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Industrial

UE - União Européia

UNESCO - Organizações das Nações Unidas para Educação, Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	21
2.1 A QUEBRA DO PARADIGMA DA <i>SUMMA DIVISIO</i>	21
2.2 UMA VISÃO CONSTITUCIONALIZADA DO DIREITO CIVIL	24
2.3 A “REUNIFICAÇÃO” CONSTITUCIONAL E O NOVO CÓDIGO CIVIL	27
2.4 OS PRINCÍPIOS E AS REGRAS CONSTITUCIONAIS	30
2.4.1 Uma Premissa: A Legalidade Constitucional	31
2.4.2 As Normas-Princípios e as Normas-Regras	36
2.4.2.1 O Modelo de Dworkin	37
2.4.2.2 O Modelo de Alexy	40
2.4.2.3 Outros Critérios Distintivos entre Princípios e Regras	42
2.4.3 A Carga Normativa dos Princípios: A Hipótese	46
2.4.4 Os Postulados e Princípios Tópicos da Interpretação Constitucional	49
2.4.4.1 Os Princípios Tópicos da Interpretação Constitucional	50
2.5 O VIGENTE CÓDIGO CIVIL: PRINCÍPIOS INFORMADORES	57
2.5.1 As Cláusulas Gerais	58
2.5.2 Eticidade	60
2.5.2.1 A Boa-Fé nas Relações Patrimoniais	61
2.5.2.2 A Sócio-Afetividade nas Relações Extrapatrimoniais	65
2.5.3 Sociabilidade	69
2.5.4 Operabilidade	73
2.6 EM BUSCA DE UMA CONCLUSÃO	74
3 A(S) PROPRIEDADE(S)	76
3.1 A(S) PROPRIEDADE(S): A PLURALIDADE PRÉ-CODIFICAÇÃO	76
3.2 A PROPRIEDADE: TENTATIVA DE UNIFICAÇÃO	82
3.3 O RETORNO AO PLURALISMO: PROPRIEDADES	84
3.4 AS TEORIAS EXPLICATIVAS DO SURGIMENTO DAS PROPRIEDADES	90
3.5 AS PROPRIEDADES NO BRASIL: DAS SESMARIAS ATÉ OS DIAS ATUAIS	92
3.6 A RELAÇÃO JURÍDICA PROPRIETÁRIA	97

3.6.1 Conceito e Características dos Direitos Reais	99
3.6.2 O Conceito de Propriedade	106
4 A PROPRIEDADE INDUSTRIAL	108
4.1 PREMISSAS CONCEITUAIS	108
4.2 CONCEITO E EVOLUÇÃO	109
4.2.1 Do Surgimento à Revolução Industrial	110
4.2.2 A Propriedade Intelectual: Uma Questão Global	113
4.2.2.1 Os Tratados Internacionais e sua Aplicação no Brasil	114
4.2.2.2 A Convenção da União de Paris (CUP) para Proteção da Propriedade Industrial	117
4.2.2.3 O Tratado de Cooperação de Patentes (PCT) e a Classificação Internacional de Patentes (IPC)	121
4.2.2.4 O Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Industrial (TRIP's)	121
4.2.2.5 Mercosul: Breve Notícia	130
4.3 A PROPRIEDADE INDUSTRIAL E A PROPRIEDADE AUTORAL	131
4.4 A PROPRIEDADE INDUSTRIAL	134
4.4.1 Evolução no Ordenamento Brasileiro	135
4.4.2 Objetos Tutelados pela Lei de Propriedade Industrial (LPI)	138
4.4.3 Os Bens Imateriais Patenteáveis: A Invenção e o Modelo de Utilidade	139
4.4.4 A Patente e o Privilégio: Conceito. Justificativa. Tutela de Defesa	141
4.4.5 Requisitos Legais à Obtenção da Carta Patente	144
4.4.5.1 A Novidade	145
4.4.5.2 A Atividade Inventiva	145
4.4.5.3 A Industriabilidade	146
4.4.5.4 O Desempedimento	146
4.4.5.5 Os Requisitos para Patente do Modelo de Utilidade: Diferenciação para as Invenções	151
4.4.6 O Pipeline	152
4.4.7 A Exclusividade na Exploração da Propriedade Industrial	154
4.4.7.1 Contratos de Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia	156
4.4.7.1.1 O Contrato de Licença	157
4.4.7.1.2 O Contrato de Cessão do Direito Industrial	160
4.4.8 A Extinção das Patentes	161

5 AS PATENTES DE MEDICAMENTOS	163
5.1 A ÉTICA, A VIDA E O DIREITO	163
5.1.1 A Bioética: Nascimento e Evolução	164
5.1.2 O Direito: Constatação do Diálogo	167
5.2 MEDICAMENTOS: O CONCEITO	168
5.2.1 Origem, Evolução e Importância	169
5.3 O PAPEL PRODUTIVO DA CIÊNCIA PÓS-MODERNA	173
5.4 O PROJETO GENOMA E A INDIVIDUALIZAÇÃO DOS MEDICAMENTOS	175
5.5 AS PATENTES DE MEDICAMENTOS E OS CUSTOS DA INVENÇÃO	177
6 A FUNÇÃO SOCIAL DAS PATENTES DE MEDICAMENTOS	181
6.1 O SURGIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL PROPRIETÁRIA	182
6.2 A EVOLUÇÃO NACIONAL: O CONSTITUCIONALISMO PÁTRIO	187
6.3 O CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL	191
6.4 O ALCANCE DO PRINCÍPIO: A FUNÇÃO DA(S) PROPRIEDADE(S)	198
6.5 O VALOR SOCIAL DAS PATENTES	207
6.6 A PATENTE NÃO FUNCIONALIZADA: CONSEQUÊNCIAS	211
6.6.1 A microjustiça: Uma Saída Restrita	212
6.6.2 A Macrojustiça: Uma Conduta Democrática	216
6.7 OS GENÉRICOS E A QUESTÃO NACIONAL	222
6.8 A QUESTÃO INTERNACIONAL	224
7 CONCLUSÃO	229
REFERÊNCIAS	235
ANEXOS	

1 INTRODUÇÃO

[...] que os que me lerem ou me ouvirem não o façam com suposições prévias de nenhuma espécie, nem idéias próprias, mas sim que estejam dispostos a colocar-se ao nível do meu tema, mesmo que acerca dele tenham falado ou discutido, e fazendo de conta que pela primeira vez o estão estudando, como se ainda não soubessem dele, despindo-se, pelo menos enquanto durar a minha investigação, de tudo quanto a seu respeito tenham como conhecido.
Ferdinand Lassalle (2007, p.3-4)

A evolução tecnológica experimentada pela sociedade pós-moderna, com a era do conhecimento e o intercâmbio de informações à velocidade da luz, elevou o saber a um bem de valor supremo. A propriedade imaterial alcança valoração econômica bastante superior à da material, sendo o *know-how* e a tecnologia objetos de sigilo e cobiça.

O sigilo, buscado em virtude do medo da concorrência, dificulta a evolução do mercado e da sociedade. O não-acesso às informações prejudica a troca de conhecimentos e o consequente desenvolvimento mundial.

Nascem as patentes com o escopo de conjugar tutela e divulgação da propriedade imaterial. Confere a patente exclusividade (monopólio instrumental) durante um dado lapso temporal sobre a exploração do engenho, desde que obedecidos certas obrigações legais.

As fórmulas dos medicamentos, as quais integram a propriedade imaterial, inserem-se no conteúdo das patentes, sendo objeto de cobiça dos empresários. Os grandes conglomerados de laboratórios internacionais começam a deter a exploração dos remédios essenciais à manutenção da vida e sua qualidade, devido ao poder econômico e a maior possibilidade de pesquisa.

Com o monopólio instrumental, inicia-se a “comercialização da vida” pelos laboratórios internacionais, os quais impõem à sociedade internacional preços de medicamentos inacessíveis às camadas mais humildes. A busca de lucros exorbitantes leva a morte de inúmeras pessoas.

Todo este cenário encontra sua legitimação na então ideologia liberal. O culto ao individualismo e a proteção à propriedade eram os centros de um sistema no qual o homem ocupava posição secundária: morria para ceder espaço à propriedade e ao lucro. Aliado a isso, percebe-se a migração da ciência do pilar da humanidade para o da produção, sendo utilizada com o único escopo de enriquecimento.

Com o passar dos anos e a criação do Estado Social, em substituição do Liberal, há uma quebra de paradigmas. Observa-se deslocamento no centro do sistema, saindo do

individualismo e da propriedade, para o homem. Adentra no ordenamento jurídico nacional a Constituição Federal de 1988, impregnada de normas solidárias, porém ainda adstrita a alguns valores proprietários anacrônicos.

Dentre tais princípios constitucionais, percebe-se o do artigo 5º, XXIII, a função social da propriedade. Tal norma vem logo após a garantia do direito de propriedade, anunciada no inciso XXII do mencionado artigo. Conjuga o texto constitucional o individualismo liberal, com a garantia ao direito de propriedade, e uma visão solidária, com a determinação de que a propriedade há de atender à sua função social. De igual maneira, assevera o art. 170, III da norma fundamental, a função social da propriedade como princípios da ordem econômica brasileira.

A par de tais questões, passou-se a discutir sobre a posição nacional frente aos laboratórios internacionais e seus preços exorbitantes, devido às patentes de medicamentos. Em sendo a patente uma espécie proprietária (propriedade imaterial), teria a obrigação constitucional de obedecer à sua função social e, para tanto, ser acessível àqueles que não dispusessem de recursos vultosos. Esse é o raciocínio que se coaduna com o preâmbulo constitucional e os objetivos da República Federativa do Brasil, fixados nos arts. 1º a 3º do Texto Constitucional.

Em 1996 é promulgada no Brasil a Lei 9.279, responsável por conferir regramento à propriedade industrial. Tal legislação determina nos seus artigos 68 a 74 a possibilidade do licenciamento compulsório às patentes, em hipóteses restritas e disciplinadas nos tratados internacionais assinados pelo Brasil. Verifica-se, então, norma infraconstitucional apta a concretizar o princípio constitucional da função social na seara das patentes.

Em 2003 entra em vigor o atual Código Civil nacional, fundando na eticidade, sociabilidade e operabilidade, em claro diálogo com a legalidade constitucional e o cenário pós-positivista.

A manutenção de um sistema que legitime lucros astronômicos, através da “comercialização da vida”, afronta de forma direta o texto constitucional, desrespeitando seus princípios expressos, a exemplo da função social da propriedade, dignidade da pessoa humana, justiça distributiva, diminuição das desigualdades sociais e solidariedade.

Do advento da Constituição Federal, aos dias atuais, infere-se uma política nacional de combate ao excessivo valor dos medicamentos, com o escopo de serem obtidos licenciamentos compulsórios e negociações com os laboratórios para a diminuição de valores.

Nesse contexto é que se coloca o título do trabalho: A Função Social das Patentes de Medicamentos.

O problema central do estudo é a busca à resposta à seguinte indagação: A comercialização de medicamentos em altos valores, devido às suas patentes, pode continuar a subsistir após o advento da Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional?

Inserir-se a problemática posta na seara do direito privado, encaixando-se na linha de pesquisa referente a Institutos de Direito Privado Interferentes na Atividade Econômica. Tal relação de pertinência à linha de pesquisa é cristalina, no momento em que versa a produção acadêmica acerca da propriedade, instituto pertencente à seara privada, e discute a sua função social, o que traz importantes reflexos à atividade econômica.

Gravitando ao redor deste problema central existirá a busca de soluções a outras questões, denominadas de orientadoras da pesquisa, sendo estas: a) como deve ser verificado o direito civil após a migração de suas normas para o cerne da Constituição Federal? b) existem diversos tipos de propriedades? c) as patentes de medicamentos consistem em mais uma das espécies proprietárias? b) a função social da propriedade é aplicável aos diversos tipos proprietários? c) as patentes de medicamentos devem atender ao princípio da função social da propriedade? d) os genéricos e a licença compulsória resolvem o não-acesso das camadas mais humildes da sociedade aos medicamentos? e) a comercialização de medicamentos em altos valores, sem mecanismos de exceção, pode subsistir no ordenamento nacional?

Em razão do recorte metodológico proposto não é objetivo do trabalho analisar a faceta personalíssima do direito de propriedade imaterial. Consiste a propriedade intelectual em um feixe de direitos formado por uma faceta personalíssima, decorrente de uma projeção da personalidade humana, e uma patrimonial, passível de comercialização. Prende-se este estudo à sua faceta patrimonial, perquirindo-se sobre sua funcionalização social.

Observa-se, então, que possui o trabalho forte vertente social, no momento em que tem como seu cerne o não-acesso das camadas mais humildes da sociedade aos medicamentos, devido à detenção das patentes por grandes conglomerados internacionais.

Com o desenvolvimento da pesquisa, tentar-se-á trazer à tona uma efetiva hermenêutica do ordenamento jurídico, cujo vértice esteja centrado na Constituição Federal e o escopo primordial seja concretizar a aplicação do princípio da função social da propriedade - instrumento de concretização do preâmbulo constitucional, princípios, fundamentos e objetivos da República.

Resta evidente, portanto, a motivação que levou à escolha de tal tema: a possibilidade de, efetivamente e com base na norma fundamental, realizar uma melhor divisão de rendas, conferindo às camadas mais humildes acesso aos remédios essenciais.

O objetivo geral é a comprovação de que o princípio da função social da propriedade é aplicável às patentes de medicamentos, por força do texto constitucional.

Especificamente demonstrará que: a) o homem é o centro do novo sistema e o direito civil possui, após a Constituição Federal de 1988, uma grande vertente constitucional, não mais prevalecendo uma visão puramente liberal de supremacia da propriedade e do lucro em detrimento da solidariedade e da vida; b) há, segundo o ordenamento pátrio, propriedades, e não uma única propriedade, consistindo as patentes de medicamentos em uma espécie proprietária: propriedade industrial; c) o princípio da função social da propriedade é aplicável às patentes de medicamentos, por decorrência constitucional; d) os genéricos, em que pese proporcionar melhor acesso aos medicamentos pelas camadas mais humildes da sociedade, não colocaram um fim ao problema, principalmente diante dos rumos internacionais sobre o assunto, necessitando a função social das patentes de medicamentos de maior concreção.

A metodologia da pesquisa será teórico-conceitual, abrangendo apreciação, análise e conclusão crítica do tema-problema. A pesquisa englobará documentos nacionais e estrangeiros, perpassando por textos normativos, bibliográficas jurídicas e de outras áreas do conhecimento, análise da jurisprudência e pesquisa eletrônica.

A pesquisa será predominantemente exploratória, visando à informação. Tentar-se-á tornar o problema explícito, estimulando o seu conhecimento e compreensão por grande parte do mundo acadêmico. A linha de pesquisa adotada no trabalho será mais qualitativa, porquanto sua inserção dentro da ciência jurídica.

Para alcançar o objetivo central irá analisar o trabalho o direito civil a partir de um enfoque constitucional; o fenômeno proprietário pós-moderno e a existência de diversas espécies proprietárias; as patentes de medicamentos como espécie inserta na propriedade industrial; o conceito de medicamentos em um viés bioético; o papel da ciência na pós-modernidade e a possibilidade de aplicação do princípio da função social das propriedades às patentes de medicamentos.

Serão objetos de enfrentamento temas atuais, como: legislação dos genéricos; licenciamento compulsório; questões relativas à biotecnologia e às patentes; tratados internacionais sobre o assunto... Todos esses temas e os demais analisados no trabalho serão entrelaçados de forma sistemática, sem perda do enfoque central do problema.

Segundo a estrutura sistemática proposta, inicia-se o trabalho abordando uma visão constitucional do direito civil (direito civil-constitucional), sendo proposta releitura dos clássicos institutos civilistas segundo o paradigma constitucional fundado no ser humano.

Adentra o capítulo seguinte no fenômeno proprietário, partindo de sua gênese em busca dos seus contornos atuais e verificando especificamente se há propriedade, ou propriedades, e qual o seu atual conceito.

Foca o capítulo terceiro a propriedade industrial, com especial atenção às patentes e tutela nacional e internacional sobre tema. Perpassa este capítulo pela revista ao direito industrial e seus institutos pertinentes à pesquisa proposta.

Estudada a patente, passa o capítulo seguinte a pesquisar sobre os medicamentos, fechando o conceito de patente de medicamento. Há neste capítulo busca a um enfoque bioético, propondo diálogo entre o direito, a ética, a ciência e a vida. Verifica-se acerca de qual é o papel da ciência na pós-modernidade e, trazendo tais dados à pesquisa proposta, perquiri-se sobre qual o custo da patente de medicamento.

No derradeiro capítulo de desenvolvimento é pesquisada a função social da propriedade, com especial atenção à sociabilidade das patentes de medicamentos e os mecanismos de solução do tema-problema posto.

O norte central do trabalho é a crença de que há no Brasil um instrumentário legislativo capaz de solucionar boa parte dos problemas, atacando o cerne da dificuldade, qual seja: a desigualdade econômica e a possibilidade de as camadas mais humildes terem acesso aos bens essenciais à vida.

Para resolver tais questões, deve-se apenas (não sendo entendida a expressão “apenas” como algo que seja facilmente alcançado) ser concretizado o texto constitucional, por meio das funções do Estado (Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo) e atuação social.

Esse objetivo, que em última análise é de salvar vidas, há de ser perseguido por cada cidadão brasileiro, principalmente pelos estudiosos e pelas pessoas que têm acesso ao conhecimento, pois de nada vale o conhecimento se este não servir para o mais nobre dos fins: ajudar ao próximo, salvando vidas e construindo um futuro socialmente melhor.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Alguma coisa está fora da ordem, fora da nova ordem mundial [...]
Caetano Veloso (1991)

Tendo em vista a análise de um tema civil-constitucional - envolvendo enfoque de um milenar instituto do direito civil (Propriedade), em sua específica conformação constitucional (função social) - imperioso iniciar-se o desenvolvimento do trabalho verificando o diálogo entre o civilista e o constitucionalista.

Para tanto, nada melhor do que conferir espaço para verificação do fenômeno sob uma perspectiva constitucional, abordando a constitucionalização do direito civil. Avulta a importância desta conduta ao perceber que disciplina o Texto Maior o direito de propriedade em sua feição liberal e social, assegurando a propriedade funcionalizada.

Por questões metodológicas, o princípio da função social da propriedade será devidamente aprofundado em capítulo específico¹, abordando este capítulo a migração do direito civil para o bojo da constituição federal.

2.1 A QUEBRA DO PARADIGMA DA *SUMMA DIVISIO*

O método utilizado na esmagadora, ou senão totalidade das faculdades de direito nacionais, principalmente na graduação, consiste no estudo jurídico de forma isolada, dividido em ramos, sendo estes considerados verdadeiros “braços do ordenamento jurídico”.

Realiza-se o estudo dos ramos como se fossem direitos autônomos, independentes e divididos em compartimentos. Tais compartimentos são inseridos em grupos maiores, denominados de direito público e privado. A única relação feita entre os mencionados ramos se dá no paralelo entre os materiais e processuais (substantivos e adjetivos), como o direito penal e o processual penal, o direito civil e o processual civil - obviedades ululantes.

Este pensamento advém desde a era oitocentista das codificações, remontando à *summa divisio* romana - divisão do direito em dois grandes grupos dicotômicos: o privado e o público, dentro dos quais são estabelecidos os ramos.

¹ É o capítulo sexto de desenvolvimento, o qual irá abordar a função social das propriedades (genericamente), e especificamente a função social das patentes de medicamentos. Neste momento já terá sido construído o arcabouço teórico necessário para o aprofundamento destas idéias.

Com o ideal da *summa divisio* romana não havia de falar-se em interpenetrações, sendo os compartimentos estanques disciplinados por normas, respectivamente, de ordem pública e privada. O Código Civil era visto como o estatuto único a reger as relações privadas, ao passo que a Constituição encerrava em si o diploma apto a disciplinar as relações de direito público.

Diuturnamente não mais merece acolhimento uma divisão do direito em público e privado, nos moldes oitocentistas, percebendo-se grande publicização do ramo privado e privatização do público. O conceito de ordem pública não é mais exclusivo do direito público, sendo que expressões como conglomerados econômicos e individualismo não mais se ligam tão somente ao ramo privado. Afirma Marcos de Campos Ludwig (2002, p. 99 - 103):

Isto representa um dos pontos essenciais que nosso trabalho pretende assentar: também o direito privado, atualmente, contempla normas de ordem pública; o direito privado contém preceitos de interesse geral; também os institutos de direito privado possuem marcada função social.

[...]

Por fim, podemos citar, em nossa legislação pátria, mais alguns exemplos de textos que trazem normas de ordem pública potencialmente incidentes na seara privada, por diferentes razões e de formas distintas: a Lei do Cade, a Lei da Propriedade Industrial [...].

[...]

No sentido oposto ao fenômeno que acabamos de enfatizar, dar-se-ia a chamada “privatização do público”, quando fosse valorativamente verificada a supremacia do privado sobre o público.

Observa-se uma maior confluência entre o público e o privado, não havendo mais demarcações precisas. O Estado tem sobre si a incidência de institutos privados, e a seara particular observa normas de ordem pública, a exemplo da função social da propriedade (TEPEDINO, 1993, p.25). Há um crescimento da zona de atuação do direito civil em relação a temas estatais, sendo que a atividade administrativa aproxima-se do Direito Privado, incorporando sua técnica, método e espírito (GOMES, 2002, p.34).

O ordenamento é então enxergado como um corpo único, dividido apenas por necessidades didáticas. As normas não mais são analisadas de forma isolada, sem a visão do conjunto (unicidade). A interpretação normativa depende do todo, o qual sofre sucessivas, diversas e progressivas interpenetrações. Avulta o papel interpretativo da Constituição Federal, a qual aumenta - ainda que de maneira atrasada, mas legítima - sua função de tábua axiológica informadora e unificadora de todo o sistema. Aduz Gustavo Tepedino (2004, p.7):

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código

Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas de direito privado, passam a integrar a nova ordem pública constitucional.

Os “braços do ordenamento” (ramos do direito), não são mais vistos separadamente em relação à “sua cabeça”, que é a Constituição Federal. É justamente a cabeça quem direciona e confere coordenação à atividade dos membros.

Não mais subsistem motivos para a manutenção da dicotomia entre o público e o privado, sendo que tal pensamento permanece unicamente por razões didáticas e de funcionamento do sistema. O ordenamento, assim como a jurisdição, é uno, apenas admitindo fracionamento a título de competência e efetividade.

Nessa ótica, é enxergado o estudo do direito de forma interdisciplinar, por meio de uma análise constitucional e sistemática, a partir da verificação fática de problemas. Verificado o problema, ele deve ser analisado segundo todo o ordenamento. Menciona-se Pietro Perlingieri (2002, p.55):

O fracionamento da matéria jurídica e do ordenamento em ramos tem um sentido porque divide por competências e por necessidade de exposição de uma matéria única em si mesma, mas não deve significar que a realidade do ordenamento é divisível em diversos setores, dos quais um é totalmente autônomo em relação ao outro, de tal modo que possa ser proclamada a sua independência. O estudo do direito não deve ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas, com especial atenção às exigências emergentes, como, por exemplo, a habitação, a saúde etc... Os problemas concernentes às relações civilistas devem ser colocados recuperando os valores publicísticos do Direito Privado e valores privatísticos do Direito Público. Resta a ser individuada uma nova sistematização do direito. Há de se superar, de qualquer modo, a mentalidade pela qual o Direito Privado é a liberdade de cada um cuidar, por vezes arbitrariamente, dos próprios interesses, enquanto que o Direito Público, manifestação de autoridade e de soberania, dispõe de estruturas e serviços sociais para permitir ao interesse privado a sua livre e efetiva atuação.

Percebe-se gradativamente o aumento da inserção das noções de ordem pública, coletividade, função social e outras ditas de direito público, na esfera privada, especialmente no ramo civil. Normas de natureza cogente (públicas) foram aparecendo e multiplicando-se na legislação civilista, concretizando-se a publicização do direito civil.

A crescente intervenção estatal (dirigismo), especialmente no chamado Estado Social do século XX – *welfare state* – é um dos motores desta publicização. O Estado assistencialista, com a prestação positiva de direitos sociais, teve de intervir nas relações privadas, publicizando-as com normatização constitucional: é a civilização da constituição.

2.2 UMA VISÃO CONSTITUCIONALIZADA DO DIREITO CIVIL

Em uma definição inicial pode-se entender por constitucionalização do direito civil a emigração das normas de tal ramo jurídico para o texto constitucional, asseverando, conseqüentemente, o fenômeno da sua publicização. Constitucionalização e publicação consistem em fenômenos próximos, pois a Constituição Federal é um diploma eminentemente público.

A Constituição Federal de 1988 - constituição prolixa² - em diversas passagens disciplinou matérias de direito civil, seja ao falar sobre a propriedade e sua função social (tema deste trabalho), exemplificativamente nos artigos 5º, XXII, XXIII, e 170, III; seja ao disciplinar a tutela estatal conferida à entidade familiar, crianças, adolescentes e idosos, nos artigos 226 a 230³.

² Prolixa no sentido de ter a Constituição Federal de 1988 disposto sobre matérias que não precisavam constar no seu corpo (matérias formalmente constitucionais).

Apenas a título ilustrativo, faz-se menção ao artigo 242, §2º do texto constitucional, o qual consigna ser o Colégio Dom Pedro II, situado no Rio de Janeiro, da órbita federal. Menciona-se, ainda exemplificativamente, o art. 208, §3º, o qual impõe a obrigatoriedade da chamada (averiguação de presença) no Ensino Fundamental.

Tais normas são completamente descabidas em um texto constitucional. Fatos como estes fazem diversos doutrinadores denominarem, a exemplo do mestre Calmon de Passos, a Constituição Federal brasileira de “catálogo telefônico” (2004, informações verbais).

³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

Há, pois, normas e princípios relacionados ao direito civil situados no bojo da Constituição Federal, constitucionalizados. Trouxe o texto constitucional, também em seu preâmbulo⁴, importantes princípios a serem seguidos pelos operadores do direito, a exemplo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III⁵), da justiça distributiva, solidariedade social e diminuição das desigualdades (art. 3º, I⁶ e III⁷), todos aplicáveis à seara civil.

A civilização da constituição possui suas raízes históricas na Alemanha, mais precisamente na Constituição de Weimar (1919). Cita-se Orlando Gomes (1986, p. 148 - 149):

Normas disciplinadoras de relações jurídicas entre particulares emigraram para a Constituição.

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

⁴ Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o **bem estar**, o **desenvolvimento**, a **igualdade** e a **justiça** como valores supremos de uma **sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na **harmonia social** e comprometida, na ordem nacional e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, s seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Grifa-se)

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

[...]

⁶ Art. 3º - Constituem-se objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – Construir uma Sociedade livre, justa e solidária.

[...]

⁷ Art. 3º - [...]

[...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

[...]

As novas Constituições, elaboradas com o aperfeiçoamento do modelo alemão da constituição republicana de Weimar, conservaram o patrimônio das liberdades políticas e civis, mas se enriqueceram com novas figuras jurídicas que representam, em grande parte, uma projeção dos conteúdos e formas de legislação ordinária.

As novas Constituições passaram a ser no conceito de IRTI, o centro do universo jurídico. Passaram a ser também um ordenamento jurídico da propriedade, do contrato e do trabalho. [...]. Propriedade, contrato e trabalho são institutos de direito privado que se estabeleceram, nos seus princípios básicos, nas Constituições.[...]

Tudo se torna direito público.[...].

Assim, consiste a constitucionalização do direito civil no “[...] processo de elevação ao plano constitucional dos princípios⁸ fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional” (LÔBO, 1999, p.1).

Mas, para que constitucionalizar?

Essa atitude da assembléia constituinte, além de demonstrar necessidade de adaptação em face da quebra da *summa divisio*, levou à reunificação do direito civil, tendo em vista o panorama que se formara à época da elaboração do atual texto constitucional.

Verificava-se, neste contexto, verdadeiro esvaziamento do Código Civil de 1916, devido ao seu anacronismo histórico. A defasagem acabou por gerar crescente e desenfreada promulgação de leis esparsas, com o escopo de regularem diversas matérias civis (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Código de Defesa do Consumidor - CDC, Estatuto da Cidade, Estatuto do Torcedor, etc...).

Percebia-se na tutela das relações privadas, uma verdadeira “colcha de retalhos normativa”, ou, conforme nomeado pelos estudiosos, a presença de inúmeros microssistemas autônomos⁹. Formara-se um direito civil especial, paralelo ao codificado e descodificado. Passa o Código Civil de 1916 a ter função meramente residual, perdendo a sua centralidade de outrora.

⁸ Ressalta-se que no tópico 2.4 será abordado o tema princípios, sua eficácia normativa e distinção entre princípios e regras. Em verdade, na parte do trabalho relativa aos princípios serão, como necessidade de prosseguimento, fincadas as premissas metodológicas adotadas pelo autor em relação ao tema. Tais hipóteses, porém, serão firmadas com fulcro em forte embasamento teórico, oportunamente mencionado.

⁹ O conceito de microssistema é utilizado neste trabalho como Lei que traz normatividade relativa a um tema específico, o disciplinando de forma ampla, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei dos Juizados Especiais, o Código de Defesa do Consumidor, etc... Tal conceito de microssistema é aquele utilizado de forma mais usual diuturnamente.

Há, porém, aqueles que defendam ser outra a significação da expressão em comento, querendo dizer, em verdade, inserção de um valor novo. Por este entendimento, a grande maioria das leis esparsas mencionadas não consistiriam em microssistemas. É esse o posicionamento do mestre Washington da Trindade (2006, informações verbais).

A legislação esparsa - que adveio com caráter e denominação que enfatizavam ser o seu conteúdo de exceção: legislação de emergência - veio a ser utilizada corriqueiramente, com motivação política, conferindo novos regramentos a questões que estavam inseridas no próprio Código de 1916. O excesso no exercício do poder legislativo esparsa tinha como único argumento um Código então desatualizado.

O texto do Código Civil de 1916, inserto em um ideal oitocentista¹⁰ napoleônico-pandecista da ordem do *ter*, não mais se coadunava com o contexto constitucional fundado no *ser*.

É justamente neste cenário de fragmentação que nasceu a Constituição Federal de 1988, com um caráter de reunificação. Disciplinou, portanto, matérias de direito civil, integrando um sistema que estava fragmentado em vários microsistemas.

Assume a Constituição Federal o seu verdadeiro papel de elemento unificador, integrador e orientador de todo o sistema civil, sendo o vértice axiológico do qual necessitava o ordenamento para integrá-lo. Aduz Maria Celina B. M. Tepedino (1993.p. 24)¹¹:

Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microsistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência de unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.

Ocorre que, quando promove a Constituição de 1988 a reunificação do sistema, pautada no ideal do *ser*, encontra um então Código Civil fincado na ordem do *ter*, instalando-se um descompasso ideológico.

2.3 A “REUNIFICAÇÃO” CONSTITUCIONAL E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Descortinou a Constituição Cidadã de 1988 novos horizontes aos operadores do direito

¹⁰ É cediço que o Código Civil de 1916 não é oitocentista, remetendo ao início do século XX. Porém, tendo em vista a sua ideologia ainda fincada em anacrônicos valores oitocentistas, optou-se durante o trabalho fazer referência a este corpo de normas como oitocentista

¹¹ No mesmo sentido, percebendo fenômeno análogo acontecido na Itália, afirma Pietro Perlingieri (2002, p. 6): “Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos, quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”.

na seara privada. Novos axiomas passaram a nortear uma sociedade veementemente modificada, cujas transformações acontecem à velocidade da evolução tecnológica.

Necessitou o direito civil de mudanças para se adequar à nova e fecunda teoria constitucional. Impôs-se a necessidade de ser revisto o caráter patrimonialista, o qual não mais poderia sobrepor-se ao antropocentrismo eleito pela Carta Política.

Abre-se o caminho da despatrimonialização do direito civil, sendo retirados do seu centro imediato institutos como a propriedade e o contrato, os quais cedem seus lugares ao homem, sua dignidade, bem-estar e procura da justiça social. Há uma repersonalização, com o antropocentrismo jurídico.

A ordem constitucional acaba por mudar a lente sobre a qual deve ser enxergado o fenômeno jurídico. Transcende-se a ótica do *ter* (propriedade e contratos) e passa-se à ótica do *ser* (pessoa humana e dignidade).

Malgrado tais considerações, observa-se que não há retirada completa da propriedade e do contrato no contexto privado, os quais permanecem como objetos mediatos importantes. São mantidas as propriedades e os contratos segundo uma ideologia antropocêntrica, atenta à função social e respeitando a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a justiça social; enfim: observando o ser como objeto imediato. Menciona-se Pietro Perlingieri (2002, p. 33):

Com o termo, certamente não elegante, “*despatrimonialização*”, individua-se uma tendência normativo-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção que, lentamente, se vai concretizando, entre personalíssimo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores).

Verifica também esse fenômeno Maria Celina B. M. Tepedino (1993, p. 26):

Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de “*despatrimonialização*” do direito privado, em razão da propriedade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.

Nesse contexto de transição, é mitigado o paradigma liberal-individual, pois o constitucionalismo de 1988 não mais confere espaço para o singular em detrimento do difuso. Veda-se ao operador do direito prender-se à análise dos problemas de Caio e Tício, incluindo-se, no máximo, Mévio ou Xisto, pois as diuturnas relações pessoais envolvem interesses coletivos e difusos, como grupos dos sem-terra e dos sem-teto, os quais representam muito mais do que Caio, Tício e Mévio, ou Xisto (exemplo máximo representativo do pólo de uma

lide individualista).

A própria ótica processualista necessitou ser repensada e revisada, com o crescimento de ações civis de cunho coletivo e difuso. Nasceu ao jurista a necessidade de solucionar problemas transindividuais¹², os quais, além dos supracitados sujeitos, envolvem milhares de pessoas.

Afirma Lênio Luiz Streck (2003) verificar-se uma crise no modelo de produção do direito na sociedade brasileira, em vista da sua contínua busca por solução de conflitos individuais, em contraponto a uma sociedade multifacetária, recheada de conflitos transindividuais. Necessita tutela a “quebradeira” dos bancos; o “mensalão”; a venda de sentenças na justiça federal; o “apagão aéreo”; o(s) escândalo(s) das licitações; dentre tantos outros.

A inserção, porém, de um novo paradigma transindividual, e a conseqüente quebra do paradigma individual-liberal, não significam o total abandono desta concepção. A compreensão de um direito fundado em questões individuais permanece útil para a pacificação de diversos conflitos sociais. Muitas das demandas que, atualmente, chegam até os pretórios nacionais, são compostas por fatores passíveis de serem solucionados com base em um raciocínio fincado no paradigma individual-liberal.

Como exemplo disso, verifica-se ação demarcatória dos limites de duas fazendas fronteiriças e produtivas. Trata-se de ação de cunho exclusivamente patrimonial em que o solidarismo social, justiça distributiva e diminuição das desigualdades, em regra e *a priori*, não incidem, pois os pólos da lide, devido às suas condições econômicas, não serão afetados no seu patrimônio mínimo¹³ com a perda de um pequeno quinhão de terra.

Permanece o paradigma individual-liberal na processualística civil, assim como a propriedade e os contratos. Porém, tais paradigmas não mais ocupam o posicionamento central de outrora.

A entrada no cenário jurídico de um novo Código Civil vai além de uma necessidade, tornando-se imposição constitucional. É flagrante o descompasso entre a mentalidade do Código de 1916 - fundado nas suas premissas individualistas e patrimonialistas (*ter*) - e da

¹² Por não ser tema central deste trabalho, não será aprofundada a pesquisa sobre a tutela coletiva, e, até mesmo, diferenças entre o coletivo, transindividual homogêneo e difuso.

¹³ A expressão patrimônio mínimo deve ser lida com a carga semântica que lhe é dada por Luiz Edson Fachin (2001), sendo incluídos no seu conceito os bens materiais e imateriais mínimos necessários à vida digna. Sobre o tema vide a obra do mencionado autor: O Estatuto do Patrimônio Mínimo.

Igualmente interessante visita à produção de Ana Paula Barcelos (2001) sobre o assunto. A autora aborda o tema sob uma nova roupagem e nome *iuris*: mínimo existencial. Afirmar ser o mínimo existencial o substrato necessário para conferir dignidade, sendo o centro desta a saúde básica, o ensino fundamental, a assistência aos desamparados, e o acesso à justiça.

Constituição de 1988, de cunho marcadamente social, impondo uma visão antropocêntrica e transindividual (*ser*). Explicitam Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco (2002, p. 88 -89):

Foi ao aproximar-se o cinquentenário do Código de Beviláqua que começaram a ser ouvidas, no Brasil, as vozes defensoras de sua revisão. De um lado, os reclamos eram tributários de um movimento que então apenas se esboçava na Europa, a saber o movimento da decodificação civil, sintetizado, uma década mais tarde, no paradigmático texto de Natalino Irti, *L'età della decodificazione*. De outro lado, não mais era compatível com o *ethos* da sociedade brasileira o individualismo dominante no Código de Beviláqua: “individualismo possessivo” revelador da “lógica proprietária” em matéria de direitos patrimoniais, ao qual corresponde a mais absoluta avareza no tratamento dos valores existenciais ligados à vida civil.

Nasceu o vigente Código Civil, contaminado pela ordem constitucional de 1988 e seus princípios: fenômeno da constitucionalização do direito civil. Justamente por isso, para verificação do Código Civil, mister a análise dos princípios constitucionais, estreitando o diálogo entre o civil e o constitucional.

2.4 OS PRINCÍPIOS E AS REGRAS CONSTITUCIONAIS

É marcante no cenário jurídico a controvérsia acerca da distinção entre os princípios e as regras. Deve-se este fato ao chamado “Estado Principiológico” inaugurado pela Constituição Federal de 1988, o qual acabou por colocar, como ordem do dia, a discussão acerca da eficácia dos princípios jurídicos, seu conteúdo e aplicação.

Os princípios, que já eram tidos como figuras centrais do direito, foram elevados às bases, consistindo em pilares do ordenamento jurídico. Logo, em um trabalho da monta deste que se propõe, revela-se de especial importância perquirir acerca dos princípios, seu conceito em distinção às regras e, principalmente, sua eficácia no contexto nacional.

Verificar-se-á o fenômeno a partir de sua aplicação, a qual é imbricada com a interpretação e co-envolve uma atividade decisória e construtiva do intérprete, sempre com base na mínima densidade semântica do dispositivo. Não se defende a hermenêutica como sendo uma atividade meramente descritiva (ÁVILA, 2004, p. 24).

A construção e reconstrução, com o escopo de aplicação e tendo como ponto de partida a redação do dispositivo, possibilita ampla utilização da lingüística na formação das

normas¹⁴.

Com o fito de atingir o objetivo de enfrentar os temas postos, será analisado o conceito de princípio em contraposição às regras, sendo feita pesquisa sobre os parâmetros distintivos. Antes, porém, é essencial a verificação da eficácia normativa constitucional.

2.4.1 Uma Premissa: A Legalidade Constitucional

Assevera Daniel Sarmento (2003, p. 49) que as constituições nascem com pretensão de permanência. Justamente por isso que tais textos são dotados de válvulas (poros) que permitem sua diuturna atualização em face das galopantes alterações sociais.

Uma destas válvulas consiste no seu caráter principiológico. Este reveste as mais importantes das suas normas, as quais refletem valores atualizados pelo operador do direito mediante interpretação constitucional¹⁵.

O atual cenário pós-positivista descortina importante momento de valoração dos princípios: alicerce sobre o qual é erguida a legalidade constitucional¹⁶. Observa-se uma

¹⁴ Como bem chama a atenção o próprio Humberto Ávila (2004, p. 22), não se esquece da existência, no ordenamento nacional, de dispositivo sem norma, como a proteção à Deus; além de norma sem dispositivo, como os princípios de segurança jurídica e certeza do direito.

¹⁵ Não se deve esquecer que a teoria da argumentação tem um fundamental papel na abertura porosa da ciência jurídica.

A argumentação é justamente o fenômeno que justifica, ao lado da construção lingüística a partir dos dispositivos legais, a possibilidade de decisões diversas acerca do mesmo tema. A constatação de que casos concretos similares, por vezes, recebem decisões completamente divergentes, é capaz de deixar os leigos perplexos. Tal possibilidade apenas demonstra o caráter aberto e mundano da ciência jurídica, o que a capacita para atualizar-se aos novos tempos.

Sobre Teoria da Argumentação, interessante a consulta de Chaim Perelman (2002, p.213), quem afirma que: “[...] Discurso é um ato que, como todo ato, pode ser objeto da parte ouvinte de uma reflexão [...]. O ouvinte que percebe os argumentos não só pode percebê-los à sua maneira como é autor de novos argumentos espontâneos, mas que ainda assim intervirão para modificar o resultado final da argumentação. [...] Pode ocorrer, aliás, que essa reflexão possa ser orientada pelo orador, que este mesmo forneça aos ouvintes certos argumentos referentes às características de seu próprio enunciado, ou então que forneça certos elementos de informação que favorecerão esta ou aquela argumentação espontânea do ouvinte”.

A argumentação, como bem noticiam Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2006, p. 356), avulta ainda mais a sua importância quando se debruça sobre a aplicabilidade da normatividade constitucional, principalmente devido ao caráter aberto das normas constitucionais, especialmente em relação aos princípios. Uma demonstração lógica da argumentação é salutar para a legitimidade das decisões, principalmente às relacionadas a temas constitucionais.

¹⁶ Como noticia Luís Roberto Barroso (2006, p. 1-49), após um período reinante do jusnaturalismo moderno (Séc. XVI) e do positivismo jurídico do Séc. XIX, o momento atual recebe como batismo provisório o pós-positivismo, fundado em uma “nova hermenêutica constitucional” que maximiza os direitos e garantias fundamentais, busca a relação entre princípios, valores e regras e confere especial atenção à dignidade da pessoa humana. O direito e a ética, nessa nova atmosfera, se reaproximam, ganhando a importância ímpar nas relações jurídicas.

reaproximação entre o direito e a ética, e a conferência de centralidade aos direitos fundamentais.

O ideal iluminista, com o escopo de construção de um conhecimento científico neutro e objetivo nas ciências humanas, resta ultrapassado. Infere-se que o ser humano não é neutro; ao revés, possui concepções prévias (pré-conceitos), posturas ideológicas, subjetividades que influem na sua forma de pensamento¹⁷.

Devido a tais questões subjetivas, as regras traçadas em uma determinada ciência humana não perdem objetividade. Há variações segundo o ponto de partida de análise do tema e as interpretações tomadas como possíveis¹⁸. O direito, analisado como invenção humana e fenômeno histórico-cultural, vence a história de um ser, moldando-se às microracionalidades. Traduz a ciência jurídica em algo infinito, ao passo que a sociedade sempre necessitará do direito; em contraposição com o ser humano finito no tempo.

Mas essa concepção axiológica, porosa da ciência jurídica, nem sempre existiu. O direito, em sua evolução, vivenciou fase na qual se relacionava a um ideal jusnaturalista, seja em seu viés teleológico ou racional, remontando ao período da antiguidade clássica e Idade Média (BARROSO, 2006, p. 19).

Seguindo o curso da história, perpassa pelo positivismo. Este, em linhas gerais, perquire estender os métodos das ciências naturais ao campo das humanas, aplicando conhecimento objetivo, método empírico e premissa do cientificismo como único meio de

O pós-positivismo insere-se na fase do pós-tudo (BARROSO, 2006, p.2): pós-marxismo, pós-positivismo, pós-freudiana. Descortina-se a pós-modernidade, sem sequer saber-se se grande parte dos países do globo terrestre, a exemplo do Brasil, ultrapassaram a modernidade e o liberalismo do Estado pré-moderno.

¹⁷ A neutralidade do ser humano é algo impossível de ser exigido, posto ser o humano envolvido por suas questões subjetivas. No estudo jurídico o cientista, de uma forma ou de outra, acaba por envolver-se com seu objeto de estudo.

O máximo que se pode exigir na seara do direito é a imparcialidade, principalmente do magistrado, a qual consiste em atributo técnico necessário para pacificação social. Sobre o tema interessante menção a Rodolfo Pamplona Filho (2001), em *paper* que aborda o fenômeno da imparcialidade do magistrado:

“Desta forma, não hesitamos em afirmar que a imparcialidade nada mais é do que uma regra técnica de observância de algumas garantias processuais, muitas, inclusive, com fonte constitucional, como já percebemos. Rememoradas e fixadas essas lições preliminares sobre a imparcialidade, passemos agora a distinguí-la da neutralidade.

A neutralidade pressupõe, do ponto de vista científico, o não envolvimento do cientista com o objeto de sua ciência, o que é, em nosso entender, algo de uma impossibilidade palpante.

Isto porque, em qualquer atividade do conhecimento humano, haverá sempre, no mínimo, uma escolha, nem que seja no que diz respeito ao próprio objeto de pesquisa.

Desta forma, quem exige e impõe uma neutralidade, ao contrário do que se pensa, não está de forma alguma sendo neutro, pois aquele que propugna pela neutralidade acaba tomando uma posição (ainda que seja por esta busca da neutralidade)”.

¹⁸ Justamente com base nesses ideais que se sustentará não ser possível, em direito, uma única interpretação correta. Tal fato será adiante enfrentado na análise do pensamento de Dworkin e sua construção do Juiz Hércules.

levar ao verdadeiro conhecimento¹⁹.

No século das luzes o positivismo ganha contornos mais fortes, com a ideologia de Auguste Comte e a premissa de que todo conhecimento poderia ser erguido sobre leis naturais imutáveis e independentes das ações humanas (BARROSO, 2006, p. 23). Tenta o direito, sob rótulo de positivismo jurídico, a construção de uma ciência jurídica análoga as naturais ou exatas.

O ideal do positivismo jurídico ganha eco. Pensa-se acerca da possibilidade de uma enorme segurança jurídica, com decisões absolutas, através de uma exegese exata do texto legal. Informa Karl Engisch (2004, p.206):

Houve um tempo em que tranquilamente se assentou a idéia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos actos administrativos. Esse tempo foi o do iluminismo.

O modelo positivista vivencia o início de sua derrocada com a queda do fascismo italiano e nazismo alemão, os quais promoveram a barbárie sob o escudo de suposto cumprimento da lei (devido cumprimento do dever legal). Percebeu-se que a tese de cumprimento da norma não pode ser aplicada de maneira absoluta, indiferentemente à ética.

O direito passa a ser concebido não somente como estrutura, mas também com função, consistindo em instrumento hábil para atingir diversos fins (BOBBIO, 2007, p. 57). Tais finalidades são eleitas pela respectiva microrracionalidade através do voto e da confecção de leis pelos seus representantes eleitos.

Observar-se a ruptura do positivismo e a necessidade de uma nova matriz teórica. Advém o pós-positivismo, com especial atenção aos princípios e sua força normativa²⁰. O século XX assiste a necessidade de reaproximação entre o direito e a ética, a qual é promovida com a conferência de carga normativa aos princípios. Direito e valor aproximam-se, sendo o

¹⁹ Não defende o autor existir conhecimento verdadeiro. Até mesmo por ser todo conhecimento uma verdade transitória. Não há método para se chegar à verdade absoluta, como já bem pontuado por Hans-Georg Gadamer (2005), na busca de um método que leve à verdade, em crítica ao racionalismo.

²⁰ Apesar, porém, de todo esse papel conferido aos princípios, estes não consistem em novidade. A noção de princípio é antiga, sendo *novo* o marco pós-positivo, a conferência de sua carga normativa, como noticia Luis Roberto Barroso (2006, p. 28-29): “Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta. Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de *respeito ao próximo*, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega origina-se o princípio da não-contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: “Nada pode ser e não ser simultaneamente”, preceito subjacente à idéia de que o direito não comporta antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: “Viver honestamente, não lesar a outrem, e dar a cada um o que é seu”. Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é reconhecimento de sua *normatividade*”.

vetor de ligação o princípio²¹.

Princípios ganham *status* de normas jurídicas, como espécie destas ao lado das regras. A conferência de eficácia normativa aos princípios é encarada como lugar comum. Aduz Pietro Perlingieri (2002, p. 11) que: “[...] É importante constatar que também os princípios são normas”.

Afirma Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (2006, p. 337): “[...] A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: os princípios e as regras”.

Robert Alexy (2002, p.83) assevera que: “tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser.”²²

Enfatizam Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento (2001, p. 6): “A discussão crucial a respeito dos princípios deixa, então, de referir-se à sua força obrigatória – hoje indiscutível [...]”.

Devido à carga normativa, defende-se até mesmo a aplicação direta dos princípios a casos concretos (eficácia normativa direta), independentemente da existência de norma interposta. Verbera Gustavo Tepedino (2001, p. 22)²³:

[...] Os valores e princípios constitucionais devem ter a sua eficácia reconhecida, ademais, não somente quando assimilados pelo legislador ordinário, que os tenha transposto para a legislação infraconstitucional, mas também diretamente às relações entre os indivíduos (a denominada eficácia direta), inclusive em virtude da determinação segundo a qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Com a eficácia normativa dos princípios confere-se ao texto constitucional, ainda que tardiamente²⁴, concreção. Salta aos olhos a eficácia constitucional, no seio de uma jovem democracia. Pontua Luis Roberto Barroso (2002, p. 10):

²¹ Malgrado tal aproximação, segundo Alexy (2002, p. 147) ainda resta visível uma distinção entre princípios e valores, ao passo que aqueles pertencem ao plano deontológico (deve ser) e os valores ao axiológico (do bem).

²² Tradução livre: Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser.

²³ Compartilhando do mesmo posicionamento afirma Luiz Edson Fachin (2003, p. 38): “Os princípios e as regras constitucionais se aplicam direta e imediatamente nas relações interprivadas”. Também compartilha deste entendimento Pietro Perlingieri (2002, p. 11): “Não existem, portanto, argumentos que contrastem à aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte de disciplina de uma relação jurídica civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos”.

²⁴ É memorável que a experiência prévia à Constituição Federal de 1988, em termos de respeito à força normativa constitucional é melancólica! A ilegitimidade do poder, aliada à ineficácia constitucional, transformara o Brasil do período histórico prévio a 1988, em um berço de desrespeito constitucional, com golpes e contragolpes revolucionários (BARROSO, BARCELLOS, 2006, p. 328).

[...] a verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvésemos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade – ou não – de operar com as categorias, conceitos e princípios de direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. A Constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições.

Institutos privados passam ser revisados sob a lente da eficácia constitucional, filtrados pela norma fundamental (filtragem constitucional²⁵). O direito infraconstitucional contamina-se com a normatividade e legalidade da constituição, em observância a sua supremacia formal e material.

O discurso puramente sociológico, segundo o qual a Constituição apenas teria eficácia acaso coadunada com a realidade social (LASSELLE, 2007)²⁶, não mais é abraçado de maneira absoluta. Busca-se conferência de carga normativa à norma fundamental.

Não se olvida acerca da influência dos fatores reais de poder do texto constitucional, ao passo que consistem àqueles na “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*” (LASSALLE, 2007, p. 10-11).

Sem desprezar tal componente formado pelos fatores históricos, não se abandona a força constitucional, a vontade da constituição (HESSE²⁷, 1991, p.11). A total preponderância da chamada constituição real – segundo a soma dos fatores reais de poder - em detrimento da jurídica, acaba por negar ao direito constitucional seu caráter jurídico. Converte o direito constitucional em ciência do ser, e confunde direito com sociologia e ciência política (HESSE, 1991, p. 11).

Com essa concepção, o direito constitucional (*dever ser: sollen*) e a realidade (*ser:*

²⁵ Paulo Ricardo Scheir, em obra específica sobre o tema filtragem constitucional (1999, p. 104), assevera que esta expressão foi utilizada pela primeira vez no Brasil pelo Prof. Dr. Clémerson Merlin Cléve. Na doutrina alienígena, tem-se notícia de primeiro uso da expressão por Arturo Santoro, em 1938, ao realizar estudo acerca da constitucionalização do direito penal.

²⁶ Ferdinand Lassale buscando o que é uma constituição – tradução para português como essência da constituição – acaba por defender a preponderância de uma visão sociológica, na qual o documento escrito (folha de papel) é um mero tradutor das questões sociais, dos fatores reais de poder. Precursor da social democracia alemã, advogado, intelectual com forte influência da sociologia, é inegável a contribuição de Lassale para o constitucionalismo moderno.

²⁷ Konrad Hesse é Professor da Universidade de Freiburg, Alemanha, Juiz Ex-Presidente da Corte Constitucional Alemã, autor do texto intitulado de A Força Normativa da Constituição, confeccionado para uma aula inaugural proferida na Universidade de Freiburg-FRA, em 1959. Contrapõe-se Hesse ao ideal sustentado por Lassale, conferindo força normativa ao texto constitucional, em interessante debate ideológico.

sein) passam a dialogar: àquele com sua força normativa, e esta como os fatores reais de poder. Enxerga-se a Constituição não mais como fenômeno neutro e atemporal, sendo influenciada e influenciadora da realidade, em coordenação. Menciona-se Konrad Hesse (1991, p. 15):

[...] Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

Ser condicionante e condicionada pela realidade demonstra a tensão existente entre o dispositivo e a realidade, a qual apenas pode ser vencida mediante uma interpretação/aplicação construtiva. Nesse diálogo, com o escopo de concreção constitucional, há influência da norma fundamental nos demais ramos do direito, em especial o civil. As Cortes Constitucionais atraem para o seu plexo questões privatísticas. Notícia Konrad Hesse (1991, p. 28):

[...] O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido –, que estão autorizadas, como base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida e do Estado. A Constituição não ficou limitada a esses aspectos. Até mesmo o Direito Civil, que antes parecia rigorosamente isolado, assegura-se-lhe, através da jurisprudência dos Tribunais Federais, uma posição de relevo.

A civilização da constituição perpassa pela concreção da constituição instrumentalizada pela sua eficácia principiológica. A eficácia constitucional confere a este diploma legalidade, pela observância dos princípios. Infere-se necessidade de um detido estudo sobre as normas constitucionais.

2.4.2 As Normas-Princípios e as Normas-Regras

O paralelo entre as normas-princípios e normas-regras é tema bastante explorado no direito. Dentre os autores que merecem destaque na construção deste estudo, faz-se necessária visita à concepção de Ronald Dworkin e Robert Alexy, no cenário internacional; e Humberto

Ávila e Luis Roberto Barroso na doutrina nacional²⁸.

2.4.2.1 O Modelo de Dworkin

Dworkin, autor contemporâneo norte-americano vivo e lecionando na Universidade de Nova York, foi sucessor de H. L. A. Hart em Oxford (2005)²⁹, travando com este importante duelo ideológico. Assevera Dworkin combater as idéias de Hart em razão de serem estas a versão do positivismo mais influente no cenário moderno (DWORKIN, 2002, p. 35).

A descrença de Dworkin quanto ao positivismo é tamanha, chegando ele a afirmar que “[...] se eu não conseguir formular com sucesso minha distinção entre regras e princípios, disso não se seguirá, de modo algum, que meu argumento geral contra o positivismo jurídico seja solapado” (DWORKIN, 2002, p. 113).

Combate à construção positivista com o argumento de que os próprios homens são incapazes de significar em que consiste cumprir regras, sendo tal expressão de carga semântica inexata. Tal fato resta devidamente percebido pelas decisões dos tribunais, o mais das vezes influenciadas por fatores empíricos (DWORKIN, 2002, p. 10).

Com foco de combate na construção de Hart, inicia Dworkin o estudo deste marco teórico. Segundo Hart, uma regra primária torna-se obrigatória em decorrência da sua costumeira aceitação, mediante um padrão de conduta (primeira distinção); ou de sua validade, quando criadas consoante o regramento de normas secundárias (segunda distinção). A primeira distinção aplica-se a sociedades mais simples, enquanto a segunda remete a arcabouços sociais mais complexos. Afirma Hart (2005, p.111):

[...] os fundamentos de um sistema jurídico consistem na situação em que a maioria de um grupo social obedece habitualmente às ordens baseadas em ameaças da pessoa ou pessoas soberanas, as quais não obedecem elas próprias as de ninguém. Esta situação é, para esta teoria, uma condição não só necessária, como suficiente para a existência do direito. Apresentamos já com algum por menor a incapacidade de tal teoria para explicar alguns dos aspectos mais salientes de um moderno sistema jurídico interno: contudo, e apesar disso, contém realmente, embora de uma forma confusa e equívoca,

²⁸ Durante a pesquisa foram utilizadas, principalmente, tais fontes. Porém, não se deixou de consultar outros marcos teóricos, como verifica-se da leitura.

²⁹ Hart é um autor contemporâneo, filósofo moral, tendo várias obras interessantes, a exemplo de *Concept of Law* (O Conceito de Direito), *causation in the Law* (A Causação no Direito), *Punishment and Responsibility* (Punição e Responsabilidade), *Legal Responsibility and Excuses* (Responsabilidade Legal e Excusas), *Punishment and Elimination of Responsibility* (Punição e Eliminação de Responsabilidade) dentre outras.

Neste trabalho será feita consulta direta, em relação a este autor, a sua obra *O Conceito de Direito* (2005), na qual a sua concepção positivista é desenvolvida.

algumas verdades [...]. Estas verdades, porém, só podem ser claramente observadas, e a sua importância corretamente avaliada, nos termos de uma situação social mais complexa, em que uma regra secundária de reconhecimento seja aceita e utilizada para a identificação das regras primárias de obrigação.

Afirma Dworkin que a primeira distinção não é interessante, ao passo que não diferencia direito da moral. A segunda, de seu turno, pautada em uma regra secundária de “reconhecimento fundamental”, perpassa pela necessidade de aceitação, de uma legitimação constitucional (DWORKIN, 2002, p. 33-34).

Acontece que a construção do fundamento de validade não resolve o conflito entre princípios, o qual possui dimensão de peso e não de validade (não estão na pirâmide normativa). Não há como o ápice da pirâmide normativa, ocupado pela regra de validade fundamental (de reconhecimento), abrangar padrões que estão fora da aludida pirâmide, os quais englobam medida de incerteza. O positivismo de Hart não pode ser adaptado para inclusão de princípio, pelo que há de ser rompido. (DWORKIN, 2002, p. 66-68).

Passa Dworkin a demonstrar a importância dos princípios, defendendo consistir em padrões existentes, aos lados das regras, subdividindo-os em (DWORKIN, 2002, p.36):

a) Políticas, as quais são as diretrizes, metas de melhoria social ou econômica (melhoria da e para toda a sociedade), consistindo em um padrão a ser alcançado;

b) Princípios em Sentido Estrito, que consistem em um padrão, porém não ligados à melhoria social, mas sim à exigência de justiça, moral e equidade, aplicável em casos concretos.

Identificando o que são princípios, parte para sua distinção para as regras.

Como diferença substancial, afirma que as regras são aplicadas segundo o ditame do “tudo ou nada” (*all-or-nothing*), sendo que, acaso preenchida a hipótese de incidência, a regra é válida e aplicável (DWORKIN, 2002, p.39). Em não sendo preenchida a hipótese de incidência, tratar-se-á de regra inválida. As regras têm aplicação segundo o fenômeno da subsunção.

A própria regra pode trazer exceções à sua aplicação, fato que não traduz conflito de regras, propriamente. A enunciação plena de uma regra deve, no seu bojo, já conter as suas exceções, sob pena de consistir em uma regra incompleta (DWORKIN, 2002, p.117-120).

Dworkin não descarta que as regras incluam no seu texto expressões com carga valorativa fluida, a exemplo de injusto, negligente etc... Tal fato acaba, em algumas circunstâncias, por aproximar as regras dos princípios, mas não as transformam nestes

(DWORKIN, 2002, p. 45)³⁰.

Os princípios conferem fundamentos à decisão, tendo uma dimensão de peso (*dimension of weight*). Não há de falar-se em fundamento de validade no campo de colisão de princípios, havendo ponderação, sobrepondo-se o princípio de maior peso, sem redução daquele de menor peso a nada (à invalidade). Os princípios são aplicados de forma gradual, de mais ou menos, e não na ótica do tudo ou nada (DWORKIN, 2002, p. 42-43)

Insero Dworkin sua teoria do Direito dentro das interpretativas, ao passo que seria embasada em princípios implícitos e/ou explícitos, descobertos pelos juristas, com o escopo de significação do direito. Tais princípios dirigem-se aos órgãos aplicadores do direito, não são passíveis de derrogação e, por isso, não se submetem à regra do “tudo ou nada” e nem ao último fundamento de validade da teoria de Kelsen. Possuem conteúdo moral, pesos diferentes e podem ser sopesados (ponderados) na análise de um caso concreto.

Com a construção relacionada aos princípios, consolida idéia de que não de ser construídas pontes entre a teoria jurídica e a moral (DWORKIN, 2002, p. 21). Ao referenciar a moral como conteúdo dos princípios, abre os poros do direito, em claro combate ao positivismo e sua visão da ciência jurídica como um conjunto de regras. Combate o ideal positivo de normatização atemporal, o qual defende ser a norma a razão e solução de todos os conflitos. Cita-se Dworkin (2002, p. 25-26):

[...] Eles [positivistas] pensam que quando falamos “o direito”, queremos dizer um conjunto de regras atemporais, estocadas em algum depósito conceitual à espera de que os juízes as descubram e que, quando falamos sobre obrigações jurídicas, estamos nos referindo a cadeias invisíveis que, de algum modo, essas misteriosas regras tecem a nossa volta.

Dworkin não enxerga o direito como um mero agregado de normas, havendo também princípios e argumentação. Grande referência teórica e ponto de crítica é sua construção sobre a figura do Juiz Hércules, em sua obra *Levando os Direitos a Sério* (2002). A colocação do Juiz como um dos pontos centrais das suas idéias sobressalta a preocupação com o fenômeno da aplicação do direito, inerente à interpretação.

Segundo Dworkin, é possível ao Juiz encontrar a única resposta certa na análise do caso concreto, com base nas regras e, principalmente, nos princípios. Para tanto, há o juiz de ser um filósofo, com acuidade, boa-fé e uma série de atributos relativos a um ser probo e inteligente. Justamente pela necessidade de possuir o Juiz tais caracteres e ser ele o único capaz de encontrar a resposta correta, que remete Dworkin à necessidade dele ser um

³⁰ Verifica-se que a concepção de Humberto Ávila (2004), segundo a qual regras podem ser ponderadas, em verdade teve por base o pensamento de Dworkin aqui explicitado.

Hércules, figura mitológica.

Na hipótese de existência de lacunas, deve o Juiz Hércules integrá-las com base nas regras, princípios e políticas, encontrando a única resposta certa existente ao utilizar-se da argumentação.

De fato, não existe uma única resposta certa, mas sim várias, as quais são construídas pelo interprete mediante argumentação. O fenômeno decisório é complexo e, como tal, não tem como consequência uma decisão única. Os valores pessoais, os (pre)conceitos e as subjetividades são variantes que, em consonância com a teoria da argumentação, irão conferir inúmeras respostas corretas, a depender do prisma sobre o qual se debruce o operador³¹.

2.4.2.2 O Modelo de Alexy

Outro grande baluarte no estudo dos princípios, mormente em sua definição e aplicação, é Robert Alexy. Alemão, jurista e filósofo, partiu dos estudos de Dworkin para perquirir conceito mais específico dos princípios, em busca de uma maximização dos direitos fundamentais. Os principais estudos de Alexy dizem respeito à Teoria dos Direitos Fundamentais (Princípios) e a Teoria da Argumentação.

Alexy enxerga o direito em três níveis: Princípios, Regras e Procedimentos. Preocupa-se sobremaneira com o direito no caso concreto: fenômeno da aplicação – razão de aproximação com a matriz teórica de Dworkin.

Segundo Alexy, a ponderação, assim como a matemática, são sinônimos da razão. Ponderar, ao revés de enfraquecer os direitos fundamentais, possibilita a sua maior eficácia.

Os princípios, os quais são passíveis de ponderação, consistem em mandamentos amplos que permeiam todo o ordenamento jurídico, possibilitando a otimização dos direitos fundamentais. Realiza o estudo dos princípios, em contraposição às regras, visando a maximizar a aplicação dos direitos fundamentais (ALEXY, 2002, p. 81).

Princípios são mandamentos de otimização ponderados pela proporcionalidade,

³¹ Não é objetivo deste trabalho discussão sobre a construção da resposta certa no caso concreto, se é que há uma única resposta correta. Buscou-se, apenas, externa a opinião do autor desenvolvida, principalmente, em trabalho na cadeira de hermenêutica jurídica do Mestrado em Direito Privado da Universidade Federal da Bahia. Conforme já mencionado, com referência a Gadamer (2005), é altamente questionável a existência de uma única resposta correta, ou existência de um método capaz de levar à verdade. Como já dito, a verdade não é absoluta, porquanto transitória no espiral infinito do círculo hermenêutico. Deve-se, porém, sempre ser buscada a melhor interpretação constitucional, que proporcione máxima efetividade, conforme afirma Juarez Freitas (2005), em seu *paper* A Melhor Interpretação Constitucional “Versus” A Única Resposta Correta.

visando a maximizar os direitos fundamentais no caso concreto, segundo possibilidades normativas e fáticas. Seriam as normas responsáveis por estabelecer deveres de otimização em diversos graus (ALEXY, 2002, p. 99). Trazem determinação de que algo seja realizado na maior medida do possível, considerando-se a possibilidade jurídica e fática (ALEXY, 2002, p. 86).

Nesta tarefa de otimização dos direitos fundamentais cresce em importância a máxima da proporcionalidade, através dos seus pilares da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito³².

A colisão entre princípios não é capaz de gerar a total preponderância de um sobre o outro, sendo que a prevalência é determinada na ponderação, que ocorre no caso concreto, analisando-se a dimensão de peso de cada princípio (teorema da colisão).

Não há de falar-se na declaração de invalidade de um princípio, nem na introdução de uma cláusula de exceção. Ambos os princípios são válidos e possuem pesos diversos no caso concreto, existindo preponderância apenas na ponderação (ALEXY, 2002, p. 89). A validade é pressuposto para a análise do teorema da colisão, ou seja, para que dois princípios sejam ponderados, eles deverão ser válidos, ter relação de pertinência com o ordenamento jurídico.

Não há relações absolutas de preponderância de um princípio sobre o outro, sendo quantificado no caso concreto, o que acaba por aproximar muito princípio e valor (ALEXY, 2002, p. 95)³³.

Na análise da ponderação utiliza-se Alexy (2002, p. 160-164) das chamadas curvas de indiferença, verificando o grau de satisfação e afetação de um princípio em contraposição à satisfação de outro.

O princípio traz uma noção ampla de dever ser ideal. Em razão da amplitude, a transição do dever ser ideal para o dever ser real (fenômeno de aplicação) perpassa por uma série de colisões, conflitos, também nomeados de tensões e antinomias (ALEXY, 2002, p. 133).

As regras, por sua vez, na hipótese de colisão no fenômeno aplicativo, são concretizadas na ótica do “dentro ou fora”, “tudo ou nada”. A questão é sanada no campo da validade. Ou a regra é cumprida, ou não cumprida, não consistindo em uma aplicação gradual (ALEXY, 2002, p. 87). O conceito de validade não é gradual (ALEXY, 2002, p. 88). Se as regras têm as suas premissas preenchidas, há de ser aplicada, sendo que na possibilidade de

³² O tema princípio da proporcionalidade será analisado em tópico apartado.

³³ Sobre aproximação da noção de princípio e valor, vide articulado deste trabalho que inicia o tópico de Princípios, ao falar sobre o pós-positivismo.

colisão, uma norma de exceção, no campo de (in)validade, irá fazer preponderar uma regra em detrimento de outra.

É, porém, uma regra que irá, no caso concreto, fazer preponderar um princípio ao revés de outro, residindo aí grande importância dessa figura normativa.

Defende o mencionado autor, assim como Dworkin, uma distinção qualitativa entre as regras e princípios (ALEXY, 2002, p. 87).

Alexy externa ser o modelo de Dworkin demasiadamente simplório, posto que não considera o valor variável dos princípios, conferindo um valor *prima facie*. Ao revés do que pensa Dworkin, ele entende que as cláusulas de exceções inseridas nas normas não podem ser restritas, sendo inúmeras, o que retira a possibilidade de uma regra já ser nomeada contendo no seu bojo todas as exceções (ALEXY, 2002, p. 99).

Estudando o modelo das regras e dos princípios, observa Alexy, assim como o fez Dworkin, que a adoção de um daqueles modelos isolados não é o ideal, devendo-se, pois, alinhar-se a uma forma mista, combinada de princípios e regras (ALEXY, 2002, p. 130).

2.4.2.3 Outros Critérios Distintivos entre Princípios e Regras

O estudo de Dworkin e Alexy revela uma distinção quantitativa entre princípios e regras, também nomeada de estrutural. Tal distinção ganhou especial atenção e espaço na doutrina e, diuturnamente, vem sendo amplamente divulgada.

Destarte, não se olvida sobre a existência de autores que permeiam o ideal da distinção quantitativa, a exemplo de Josef Esser, Karl Larenz e Canaris (AVILA, 2004, p. 27). A tese quantitativa defende que os princípios são mais abstratos, gerais do que as regras. Enfatiza Robert Alexy³⁴ (2002, p. 83):

Numerosos son los criterios propuestos para la distinción entre reglas e principios. El de generalidade el más frecuentemente utilizado. Según él, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad.³⁵

Na construção de Esser, consistem os princípios em fundamentos que guiam à busca de um determinado mandamento. Há, portanto, uma distinção baseada no grau de abstração

³⁴ Conforme mencionado neste trabalho, Alexy segue a linha da distinção qualitativa (2002, p. 86).

³⁵ Tradução livre: Numeroso são os critérios propostos para a distinção entre regras e princípios. O da generalidade é o mais frequentemente utilizado. Segundo ele, os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, e as regras normas com um nível relativamente baixo de generalidade.

que se soma a uma idéia qualitativa de princípio como fundamento normativo para decisão (ÁVILA, 2004, p. 27).

Larenz enxerga os princípios como normas de suma relevância, ao passo que estabelecem fundamentos normativos de interpretação/aplicação do direito, gerando direta, ou de maneira oblíqua, regras de comportamento. Os princípios não seriam diretrizes sobre uma relação jurídica existente e possível, servindo de guia na tomada de decisão. Por lhes faltar o caráter formal de proposição jurídica, restaria impossibilitada sua aplicação direta a casos concretos (ÁVILA, 2004, p. 27).

Canaris difere princípios e regras em razão do seu conteúdo axiológico e modo de interação. Os princípios são preceitos de conteúdo axiológico explícito, carecedores de regras para sua concretização, as quais os complementam e limitam (ÁVILA, 2004, p. 27-28).

Verificando, portanto, a existência de distinções qualitativas e quantitativas, questiona-se: afinal, quais são os critérios ditos seguros para distinção entre princípios e regras?

Em busca de resposta a essa questão reúne Humberto Ávila três critérios: caráter hipotético-condicional, modo final de aplicação e conflito normativo (ÁVILA, 2004, p. 31-55).

Em construção similar, mencionam Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (2006, p. 340) os critérios de conteúdo, estrutura normativa e particularidades de aplicação.

Consoante o critério **hipotético-condicional**, as regras possuem uma hipótese e consequência jurídica, consistindo em esquema de decisão pré-determinada. Obedece a regra do esquema lógico de “se e então” (ÁVILA, 2004, p. 31). Os princípios servem para indicar o fundamento a ser buscado pelo aplicador do direito em uma regra, a qual é aplicável ao caso concreto (ÁVILA, 2004, p.31). Regras possuem um elemento decisivo, enquanto os princípios consistem em diretriz.

Em paralelo a este aspecto hipotético-condicional, afirma Barroso e Barcelos (2006, p. 340-341), em um critério nomeado de **conteúdo**, que possui a regra um conteúdo de conduta, de comportamento, com ações pré-definidas. Ao revés, princípios têm como conteúdo um estado de coisas, não definindo condutas.

Justamente em decorrência dessa diferenciação no conteúdo, que defendem os mencionados autores possuem regras e princípios estruturas diversas. Aquelas envolvem uma atividade mais mecânica do operador, por já terem uma conduta descritiva, e os princípios não definem ações, mas apenas estados de coisas.

A crítica construída a este método é a crença de que não teriam os princípios consequência normativa e prescrição de comportamento. Princípios possuem consequência

normativa, porém diversa daquela referente às regras.

O critério do **modo final de aplicação** defende que as regras são aplicadas de maneira absoluta, na ótica do tudo ou nada, já os princípios são aplicados de forma gradual, do mais ou menos (ÁVILA, 2004, p. 35). Tal critério é nomeado por Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (2006, p. 340) quanto às **particularidades de aplicação**.

Essa é a linha seguida por Dworkin e Alexy, e já noticiada neste trabalho, que aduz ser a regra aplicável sempre que seus pressupostos (hipótese de incidência) são preenchidos, mediante subsunção. Princípios não são aplicados de maneira direta, encerrando fundamentos decisórios, e não a própria decisão.

A crítica é que este modo não leva em consideração hipóteses nas quais, malgrado o pressuposto normativo ser preenchido, a regra não será aplicada, seja por motivos constantes na própria regra (*rules's purpose*), em outra regra (*overruling*), ou até mesmo na jurisprudência (ÁVILA, 2004, p. 37-38).

Ávila exemplifica essa última hipótese com a aplicação da norma do artigo 224 do Código Penal, que incrimina o estupro com violência presumida na hipótese de vítima com idade inferior a 14 (quatorze anos). De fato, vem o Supremo Tribunal Federal mitigando a aplicação da norma por circunstâncias inerentes a casos concretos, como avançado desenvolvimento da vítima (ÁVILA, 2004, p. 37).

Observa-se a não aplicação de uma regra por conta de exceção que não está presente nem na redação da própria regra, nem em outra regra. Minora-se o suposto modo absoluto de aplicação, fato que aproxima tal espécime dos princípios.

O critério do **conflito normativo** aduz que, na hipótese de colisão, a regra aplicável decorre de uma análise do campo de (in)validade, com a criação de uma norma de exceção. Já os princípios colidentes são ponderados, verificando-se a dimensão e peso de cada um no caso concreto.

Trata-se de consectário lógico advindo do critério anterior (conflito normativo) e já enfrentado neste trabalho. Essa é a linha de raciocínio seguida por Dworkin, Alexy e Canaris (ÁVILA, 2004, p. 43), bem como analisada por Barroso e Barcellos no critério do conteúdo e particularidades de aplicação.

Importante observar que o confronto de princípios impõe ao intérprete escolhas fundamentadas, posto o antagonismo inevitável. Isso acontece, por exemplo, na colisão entre liberdade de expressão e privacidade, livre iniciativa e intervenção estatal, direito de propriedade e função social (BARROSO, BARCELLOS, 2006, p. 342).

A crítica é que o método de balanceamento ou ponderação não é exclusivo dos

princípios, sendo também aplicável às regras, principalmente em determinados conflito que não são solucionáveis no plano de validade (ÁVILA, 2004, p. 44).

Infere-se que o conflito de regras não é apenas abstrato, podendo envolver sopesamentos em casos concretos. Outrossim, a ponderação de interesses anterior à aplicação da norma sempre há de existir, seja na aplicação de normas-regras ou normas-princípios. Afirma Humberto Ávila (2004, p. 50)³⁶:

Todas essas considerações demonstram que a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas. Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação (*abwägungsbedürftig*). A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é diverso.

Errôneo também seria afirmar que os princípios, em detrimento das regras, possuem dimensão de peso. Isso porque o peso é atribuído pelo operador do direito, tanto às regras como aos princípios, perpassando por juízo de valoração do aplicador, não sendo atributo intrínseco de quaisquer espécies normativas. Tal fato aproxima as espécies normativas.

Se princípios e regras, então, são tão próximos, como diferenciá-los?

Os princípios remetem a valores, estados de coisas a serem promovidos de diferentes modos, alcançados em uma ótica pós-positivista. Como valor que o é envolve carga subjetiva, prioridade que é clarividente para uns, e não para outros (BARROSO, BARCELLOS, 2006, p. 340).

Veiculando valores crescem os princípios em importância, sendo elevados a patamares de fundamentos do ordenamento, como normas finalísticas. Daí o seu caráter deontico-finalístico, com visão prospectiva (ÁVILA, 2004, p. 63-64). Enfatiza-se que princípios, malgrado veicularem valores, não se confundem com estes, pois àqueles o veiculam com o desiderato de construir um estado de coisas, gerando obrigatoriedade de conduta e bloqueando condutas contrárias (ÁVILA, 2004, p. 72 e 79).

Por estabelecer um estado ideal de coisa, tendo carga valorativa, servem os princípios como importante mecanismo para compreensão de outras regras. Assim, atua tanto em casos concretos de maneira direta, como também sobre as regras, definindo seus preceitos de forma restritiva ou ampliativa (ÁVILA, 2004, p. 79).

³⁶ Na mesma linha Luís Roberto Barroso, inclusive citando a supramencionada obra de Humberto Ávila (2006, p. 343), conforme já mencionado na nota de rodapé número 30.

As regras referem-se a situações concretas, plano *prima facie*. Incidem diretamente no caso concreto, como normas descritivas que determinam o comportamento de maneira retrospectiva e decisiva.

Em arremate, lembra-se que conforme já noticiado neste trabalho, o princípio, a regra e até mesmo postulado de interpretação (ou princípio de segundo grau), não é algo absoluto, mas sim transitório, heurístico, dependendo de construção feita pelo interprete a partir do dispositivo normativo (ÁVILA, 2004, p. 60).

Verificadas as principais contribuições doutrinárias sobre o tema, delinea-se a hipótese para prosseguimento do trabalho.

2.4.3 A Carga Normativa dos Princípios: A Hipótese

Como restou verificado, é grande a discussão que persiste na doutrina sobre a distinção entre princípios e regras, envolvendo a sua morfologia e a extensão de sua função no processo de hermenêutica constitucional. Sobre o assunto, já foi noticiado que há duas principais distinções: a qualitativa e a quantitativa.

Pressupõe a qualitativa uma diferença lógica entre princípios e regras; e a quantitativa uma distinção segundo o grau de abstração.

Segundo a concepção qualitativa, os princípios e as regras são normas jurídicas. As regras são aplicadas de forma disjuntiva: caso haja conflito, excluir-se-á uma regra para a aplicação da outra, dando-se tal solução no campo da (in)validade, através de uma regra de exceção (regra do “tudo ou nada”, ou *all or nothing*).

Na hipótese de colisão de princípios cederá o princípio de menor peso ou importância em relação ao de maior peso ou importância. Explica-se: um dos princípios deve recuar, sem que, para tanto, seja declarado inválido ou inserida cláusula de exceção – é a aplicação gradual. Há ponderação de interesses, sendo que nenhum princípio é reduzido a nada, havendo coexistência. Pressupõe-se o conflito entre princípios a validade das normas em ponderação.

Consoante a distinção quantitativa, os princípios e as regras são espécies normativas, sendo aquelas mais gerais e mais abstratas que estas. Ademais, os princípios devem coexistir, enquanto as regras se auto-excluem.

Infere-se que tanto a distinção qualitativa como a quantitativa enfatizam possuírem os princípios carga valorativa. Eles que servem de norte para o deslinde do caso concreto,

relacionando-se, geralmente, de forma mediata³⁷ com o mundo do ser, disciplinando um estado de coisas. Já as regras possuem relação imediata, ligando-se ao fenômeno decisório, traçando um comportamento, uma ação direta. Há uma maior aproximação do dever ser com o ser.

Data venia, para a realização deste trabalho tais diferenciações não são de demasiada importância. A uma porque, como visto, está pacificada a idéia de serem os princípios normas jurídicas, e, como tais, terem força de aplicação direta; e a duas por ser tranqüila a noção de que, habitualmente, princípios coexistem, enquanto regras se excluem, conforme também demonstrado³⁸.

No campo dos princípios, em caso de colisões deverá ocorrer uma ponderação de interesses, com sopesamento de sua carga valorativa, visando uma conformação e adequação com concessões recíprocas, de modo a existir a supremacia de um sobre o outro, sem, no entanto, haver o total desaparecimento de nenhum deles. Deverá o operador do direito atribuir peso e importância aos princípios no caso concreto.

Nessa linha, geralmente os princípios são ponderados, enquanto as regras se auto-excluem (tudo ou nada). Ambos, princípios e regras, possuem eficácia normativa. Dessa forma é que se pode aplicar mais de um princípio relativamente a um mesmo caso concreto, enquanto às regras, por fundamento de (in)validade, apenas devem ser lançadas individualmente no caso concreto.

Lembre-se, conforme já enfrentado, que há hipóteses nas quais, apesar do pressuposto normativo (hipótese) ser preenchido, a regra não é aplicada, seja por motivos constantes na própria regra (*rules's purpose*), em outra regra (*overruling*), ou ainda por razões externas, a exemplo de posicionamento jurisprudencial (ÁVILA, 2004, p. 37-38).

Ademais, como já noticiado, modernamente já se admite ponderação de regras, em posicionamento já externado de Humberto Ávila. A ponderação prévia à aplicação é fenômeno que diz respeito ao gênero normas, sejam elas princípios, ou regras.

Tais contribuições são salutares para este trabalho, ao passo que versa acerca da conformação da garantia do direito de propriedade com o princípio constitucional de sua função social. Em última análise, perquiri o trabalho sobre a aplicação normativa dos princípios constitucionais.

Infere-se, então, que os princípios são normas e, como tais, possuem aplicação

³⁷ Como já noticiado neste trabalho, confere-se hodiernamente eficácia direta aos princípios.

³⁸ Tais afirmações possuem lastro em todo arcabouço teórico citado neste capítulo, não consistindo em uma conclusão infundada. Remete-se o leitor ao embasamento sustentado, principalmente, nos últimos dois itens de desenvolvimento.

imediate, consoante a legalidade constitucional e sua eficácia (força) normativa.

Resta desnecessária, portanto, a discussão em derredor de ser a norma do art. 5º, XXIII da Constituição Federal, a qual trata de função social da propriedade, de eficácia plena, contida ou limitada, conforme sistematizado por José Afonso da Silva (1998).

De igual sorte, descabidas são divagações sobre ser a norma que institui a função social da propriedade super-eficaz ou com eficácia absoluta; com eficácia plena; com eficácia relativa ou restringível; ou com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa - conforme classificação quadripartite, proposta por Maria Helena Diniz (1989), em obra que sofre clara influência do precursor nacional do assunto: José de Afonso da Silva (1998).

Segundo a hipótese que vem sendo delineada, não merece um maior estudo neste trabalho a distinção entre normas constitucionais auto-executáveis e não auto-executáveis, em virtude da demonstrada força normativa dos princípios constitucionais, além de sua direta aplicação nas relações horizontais.

Tais classificações não são aplicáveis no presente estudo pelo fato do autor deste trabalho consignar, com base em avalizada doutrina nacional e internacional supracitada, a premissa consoante a qual os princípios constitucionais, a teor do da função social da propriedade, possuem aplicabilidade imediata, devido a sua carga normativa.

Em síntese, fica consignado que os princípios, ao lado das regras, são espécies de normas jurídicas, sendo que, em caso de conflito, habitualmente enquanto as regras se excluem, os princípios se conformam, mediante uma ponderação de interesses, sem que nenhum deles seja extinto. Além disso, fica estabelecido que os princípios têm força normativa e aplicabilidade direta, podendo atuar diretamente no caso concreto, sem necessitar, para tanto, de uma norma ordinária interposta³⁹. Não se olvida que há hipóteses de ponderação de normas jurídicas.

Verificada o fenômeno da legalidade constitucional, interessante direcionar-se o

³⁹ Nesse ponto, cabe ser feito mais um recorte metodológico, não sendo objeto deste trabalho questões acerca da aplicabilidade das chamadas normas programáticas: se teriam eficácia contida, ou apenas confeririam direito subjetivo à implementação de um programa de governo sobre o assunto, e não ao objeto da norma em si (como no caso de um programa de combate ao desemprego e não ao emprego em si).

Consigna o autor a sua opinião de que tais normas têm força normativa plena, sendo uma excluyente de ilicitude para o governo a questão da escassez de recursos, desde que devidamente comprovada. Sobre o tema são interessantes as considerações de Walber Araújo Carneiro in *Escassez, Eficácia e Direitos Sociais: em busca de novos paradigmas*; 2004.

Do mesmo modo é interessante a consulta da obra mais difundida sobre o assunto no Brasil, de autoria de Gustavo Amaral: *Direito, Escassez e Escolhas: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, 2001.

A obra de Gustavo Amaral (2001) será expressamente mencionada no capítulo quinto de desenvolvimento, no momento em que o trabalho toca o tema escassez de recursos.

estudo acerca dos princípios tópicos de interpretação constitucional.

2.4.4 Os Postulados e Princípios Tópicos da Interpretação Constitucional

Adentra o estudo dos postulados aplicativos o campo das metanormas, as quais são de um segundo grau normativo e regulam sobre a aplicação de outras normas, sejam elas princípios ou regras (ÁVILA, 2004, p. 87-88). Em sendo normas de segundo grau, a sua violação apenas acontece de maneira obliqua.

Postulados não são propriamente princípios por não descreverem estados de coisas, mas sim modelos de raciocínio visando à aplicação. Tais postulados acabam por servir como *topoi*⁴⁰ de interpretação constitucional, que instrumentam a aplicação das normas-princípios e normas-regras.

Infere-se que se aproximam tais postulados dos princípios e métodos de interpretação constitucional, os quais também instrumentam a aplicação das normas-princípios e normas regras. Observando tão fator de união, dispensará este trabalho tratamento conjunto ao tema⁴¹.

Não cabe neste ponto, porém, amplo aprofundamento sobre hermenêutica, tendo em vista a complexidade e densidade do tema, fato que tem levado renomados doutrinadores a confeccionar obras inteiras destinadas a seu estudo, a exemplo de Lênio Luiz Streck (2003; 2004), Carlos Maximiliano (1988); Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto (1992); José

⁴⁰ O termo *topica* tem a sua origem na expressão grega “topos”, correspondente ao “lugar comum”. A tópica se associa a uma retomada do pensamento aristotélico com um raciocínio fincado na solução de problemas. A proposta de Theodor Viehweg (1979) é justamente retomar um pensamento tópico no campo do direito, possibilitando saída ao excesso de formalismo presente na concepção positivista do direito.

Assim, ao verificar o dado da vida (caso concreto) deve o magistrado lançar mão de todo o arcabouço normativo disponível, sejam princípios e/ou normas, para que, não olvidando-se da pré-compreensão sobre o tema, solucionar a questão.

Dessa forma, difere-se o positivismo da tópica de Viehweg no momento em que esta possibilita a diuturna adequação do ordenamento a novas noções, não se resumindo o direito a um arcabouço normativo. Viehweg vai além afirmando que a tópica é imprescindível, sendo a simples tentativa de sua eliminação uma arbitrariedade (VIEHWEG, 1969, p. 77):

“Supondo-se que se pudesse construir um sistema jurídico semelhante, ainda se colocaria o problema de saber até que ponto este sistema teria logrado eliminar a tópica. É evidente que esta eliminação não se dá na escolha dos axiomas. Pois determinar quais são os princípios objetivos que serão selecionados é, do ponto de vista lógico, algo claramente arbitrário. O mesmo se pode dizer se esta seleção é absolutamente arbitrária em qualquer sentido possível ou se é controlada por uma série de outras exigências que obrigam a adotar uma determinada conduta”.

⁴¹ Humberto Ávila (2004, p. 94) divide os postulados em inespecíficos e específicos. Como postulados inespecíficos, menciona a ponderação de interesses, a concordância prática e a proibição de excesso. No campo dos específicos noticia a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Malgrado a importância impar da divisão feita por Humberto Ávila (2004), prefere-se, por razão justificada no texto, conferir tratamento conjunto ao tema, reunindo os métodos de interpretação, seus princípios na seara constitucional e os postulados específicos e inespecíficos, em um único articulado.

De toda sorte, todos os princípios, postulados e métodos usualmente tratados pela doutrina serão enfrentados.

Lamêgo (1990); Margarida Maria Lacombe Camargo (1999); Maria da Conceição e Fernanda Magalhães (1989), dentre outros, citando apenas alguns baluartes nacionais.

Igualmente não insere-se no recorte desse trabalho questões relativas à semiótica (semiologia) e ao culturalismo, posto que demandariam digressões filosóficas muito longas, as quais acabariam por não propiciar uma análise mais detida do tema central proposto, levando a uma verdadeira fuga.

Tais assuntos necessitam e merecem estudo próprio e autônomo, para ressaltar o seu brilhantismo e esgotar as suas questões.

Verificar-se-á, todavia, os princípios vetores para a concretização da hermenêutica constitucional, que são, em verdade, a faceta da hermenêutica jurídica que interessa para o desenvolvimento do trabalho. Será feito isto de forma sistemática e capaz de traçar as premissas necessárias para o prosseguimento.

2.4.4.1 Os Princípios Tópicos da Interpretação Constitucional

A norma constitucional é uma espécie de norma jurídica, seja na sua espécie norma-princípio ou norma-regra. Consiste em norma com traços especiais, pela sua superioridade hierárquica, caráter político, conteúdo e natureza.

Como norma, sofre a incidência dos processos tradicionais de significação, quais sejam: o gramatical, o teleológico, o lógico, o sistemático e o histórico. Ao lado disso, sofre também a incidência de postulados e princípios próprios, os quais serão analisados após os métodos tradicionais, neste articulado.

Diuturnamente, entende-se inexistir hierarquia entre os métodos tradicionais de interpretação, sendo esta o resultado de uma atuação conjunta. Notícias Luis Roberto Barroso (2003, p. 125):

Há consenso entre a generalidade dos autores de que a interpretação, a despeito da pluralidade de elementos que devem ser tomados em consideração, é una. Nenhum método deve ser absolutizado: os diferentes meios empregados ajudam-se uns aos outros, combinando-se e controlando-se reciprocamente. A interpretação se faz a partir do texto da norma (interpretação gramatical), de sua conexão (interpretação sistemática), de sua finalidade (interpretação teleológica) e de seu processo de criação (interpretação histórica). Em palavras de Raúl Canosa Usera, a transcendental missão do intérprete consiste em ordenar a pluralidade de elementos que se acham à sua disposição.

O **método gramatical** concretiza-se com a simples leitura do dispositivo, refletindo o caráter denotativo da interpretação. Esse método interpretativo não pode ser visto de forma absoluta. Também não deve ser ignorado a ponto da interpretação ir de encontro à mínima densidade semântica dos signos do dispositivo.

A redação do dispositivo traz limites intransponíveis ao intérprete, que, por óbvio, deverão ser respeitados. Porém, isso não quer significar que os símbolos não podem ser adaptados para uma mutação interpretativa⁴². Isso é possível, desde que seja respeitada a mínima densidade semântica.

O método **lógico** confere ao intérprete, por meio da adoção de premissas, conclusões decorrentes da interpretação da norma.

Consoante o método **teleológico** busca-se a finalidade da norma, posto que se a norma perder a sua finalidade, deixa sua razão de existência. Neste ponto situa-se a interpretação conforme a Constituição⁴³, com o escopo de, com ou sem redução parcial do texto, conferir à norma uma interpretação que se amolde à ordem jurídica vigente, a adequando teleologicamente ao sistema. É a busca de recepção constitucional.

Pelo método **sistemático** procura-se a análise da norma com base no sistema. Fica exaltada a importância dos princípios constitucionais, tanto os explícitos, como os implícitos, ao passo que eles são os verdadeiros vetores que exprimem, por sua interpretação, os valores contidos no sistema.

O **histórico-evolutivo** considera a gênese da norma para a sua significação atual, sendo possível pelo mesmo avaliar questões relativas ao princípio do não-retrocesso social. Uma análise histórica recorre, inclusive, à exposição de motivos da norma, verificando as razões que levaram o legislador à sua atuação.

Além dos métodos supracitados, a doutrina nacional e internacional, bem como a jurisprudência, mencionam princípios aplicáveis para a feitura de uma correta interpretação constitucional. São eles: o princípio da supremacia da constituição; a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos; a unidade; o efeito integrador; a concordância

⁴² Aqui insere-se o fenômeno da mutação constitucional, segundo o qual é possível, com a mesma redação do dispositivo, ser alterada a norma mediante a mudança da carga semântica interpretativa conferida aos signos. Muda-se a norma sem alterar o dispositivo.

Afirma Uadi Lammêgo Bulos (1997.p 54) consistir a mutação constitucional "O fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas [...]". O mesmo autor arremata que "[...] mutações constitucionais como uma constante na vida dos Estados, e as constituições, como organismos vivos que são, acompanham a evolução das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no em substância, significado, alcance e sentido dos dispositivos".

⁴³ A interpretação conforme a Constituição será aprofundada no momento em que forem tratados os princípios de interpretação, pois ela se insere tanto como método como princípio de interpretação constitucional.

prática ou cedência recíproca; a conformidade funcional; a força normativa da constituição; a coloquialidade; a máxima efetividade; a proporcionalidade, a razoabilidade, a igualdade e a interpretação conforme a Constituição Federal.

A **supremacia constitucional**, fundada em um ideal positivo de derivação-validação, remete à posição hierarquicamente superior da constituição na pirâmide normativa. Impõe a prevalência da normatividade constitucional, sendo garantida principalmente pelo controle de constitucionalidade - seja no viés concentrado (sistema europeu) e/ou difuso (sistema norte americano).

É a premência normativa da constituição, a qual, como já noticiado, contamina o ordenamento jurídico de maneira formal e material, o filtrando (filtragem constitucional). Funciona a norma fundante como “um filtro axiológico, impondo, em cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização das normas (SCHIER, 1999, p. 104).

A **presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos** funda-se na efetividade do sistema. Apenas declara o Poder Judiciário um ato como inconstitucional na hipótese de invalidade patente, que não possibilite a sua máxima efetivação (BARROSO, BARCELLOS, 2006, p. 361).

O **princípio da unidade** expõe inexistir hierarquia entre normas constitucionais, sendo tarefa do operador do direito “aparar as arestas” dos conflitos aparentes, gerando a harmonia hierárquico-normativa constitucional. Impõe-se, portanto, o dever de interpretação do Texto Maior de forma a evitar antinomias entre suas normas (CANOTILHO, 1999, p. 1148), de maneira unificada. A unidade é atingida mediante utilização da ponderação de interesses, também denominada de concordância prática ou cedência recíproca, expressões que serão analisadas ainda neste ponto.

O **princípio do efeito integrador**, que muitas vezes anda associado ao da unidade, quer significar que na resolução dos problemas constitucionais deve-se buscar critérios que favoreçam à integração político-social.

Pelo **princípio da concordância prática ou harmonização**, também denominado de **cedência recíproca**, impõe-se ao intérprete a ponderação de valores constitucionais, sendo que a prevalência de um valor sobre o outro jamais poderá reduzir nenhum dos dois a nada⁴⁴.

Tal princípio é a base do trabalho de Daniel Sarmiento sobre **ponderação de interesses** na Constituição Federal (2003). Ponderação de bens consiste em método destinado a atribuir pesos a elementos que são ligados, verificando-se previamente o que está sendo

⁴⁴ O tema já foi tratado ao serem abordadas as matrizes teóricas de Dworkin e Alexy. A repetição neste momento visa a sistematização didática dos princípios tópicos de interpretação constitucional.

ponderado, realizando a ponderação e enfim construindo uma regra de relação para o caso concreto, solucionando a questão (ÁVILA, 2004, p. 96).

A ponderação é norteada pela concordância prática, que busca a harmonização e conferência de unidade ao texto constitucional (ÁVILA, 2004, p. 96).

Conformidade funcional ou justeza impõe a divisão de funções para o devido funcionamento da máquina estatal. É a divisão de poderes buscada pela Constituição Federal pátria e elevada à cláusula pétrea⁴⁵. É a imposição de que a interpretação constitucional não pode levar ao caos da organização funcional estatal.

O **princípio da força normativa da constituição**⁴⁶ assevera a interpretação que possibilita a diuturna atualização normativa, sem que esta, no entanto, retire a eficácia e permanência do texto constitucional (CANOTILHO, 1999, p. 1151). É a concepção de conferência legalidade à constituição.

Proibição de excesso é o limite da promoção das finalidades constitucionais, sendo para o Supremo Tribunal Federal uma das facetas do princípio da proporcionalidade. Visa impossibilitar restrição excessiva a um direito fundamental (ÁVILA, 2004, p. 97).

Coloquialidade aduz ser a constituição o estatuto da cidadania, devendo ser facilmente compreendida pela população nacional. Portanto, na dúvida entre conferir à norma o seu sentido técnico ou popular, este deve prevalecer, proporcionando acesso à justiça. O princípio da coloquialidade foi incorporado por Miguel Reale no atual Código Civil Pátrio, sob o nome de operabilidade, como se verá abaixo em tópico específico.

A **máxima efetividade**, também denominada de eficiência ou interpretação efetiva, determina a necessidade de significar a Carta Política com a interpretação que mais a efetive, que a mais torne plena, conferindo-lhe máxima eficácia (CANOTILHO, 1999, p. 1149). É a harmonização do texto constitucional ao contexto, com a máxima efetivação. Consiste na busca de máxima aproximação entre o dever ser (normativo) e o ser (realidade social) (BARROSO, BARCELLOS, 2006, p. 364).

Visando conferir máximos efeitos, infere-se possuírem os princípios eficácia positiva, negativa, interpretativa e de vedação ao retrocesso (BARROSO, BARCELLOS, 2006, p. 368-370).

Segundo a eficácia positiva, o princípio não atingir os efeitos pretendidos equivale a sua violação, o que gera possibilidade de o interessado exigir cumprimento, diretamente na

⁴⁵ Conforme art. 60, § 4º da Constituição de 1988.

⁴⁶ Sobre o tema é interessante a consulta da obra de Konrad Hesse, A Força Normativa da Constituição (1991). O tema força normativa da constituição federal já foi enfrentado neste trabalho.

via judicial.

A eficácia interpretativa impõe que as normas hierarquicamente inferiores, consoante o ideal de supremacia constitucional, sejam significadas através da lente da normatividade superior.

A esfera negativa da eficácia assevera a invalidade das normas que afrontem o princípio. Deriva da eficácia negativa a vedação ao retrocesso, com a busca da progressiva concretização de direitos fundamentais. Veda-se o retrocesso da norma, a qual, evolutivamente, alcançou um dado patamar de conquistas sociais, não podendo retroceder injustificadamente.

O postulado da **igualdade** impõe a impossibilidade de tratamento desigual, salvo em decorrência de critério de diferenciação relevante que busque a concretização de finalidade constitucional (ÁVILA, 2004, p. 101).

Igualdade é postulado que se direciona tanto ao aplicador do direito, como àquele que confecciona as leis. Remonta o ideal Aristotélico em tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade. A grande indagação é quem seriam os iguais e os desiguais? Como discriminar para igualar?

Deve-se buscar uma correlação lógica entre o fator de discrimine residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função do fator conferido, tutelando sempre interesses constitucionais (MELLO, 2007, p. 17). A aplicação da igualdade deve ser guiada na busca de um duplo escopo: propiciar garantias individuais, impossibilitando perseguições, e tolher favoritismos (MELLO, 2007, p. 24). Com base em tais questões, enuncia Celso Antônio Bandeira de Mello, em obra específica sobre o tema, os quatro elementos necessários para a discriminação (2007, p. 41):

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público.

Razoabilidade é expressão utilizada pelos tribunais com carga semântica variada, destacando-se, porém, três acepções. Afirma Humberto Ávila (2004, p. 103):

Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando, em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar à norma geral. Segundo a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

O estudo da razoabilidade remete-se à sua faceta como equidade, como congruência e como equivalência.

A razoabilidade como equidade impõe a harmonização de normas gerais com o caso individual, presumindo-se o cotidiano, e não o extraordinário (ÁVILA, 2004, p. 104). Diga-se que, para tanto, deve-se perceber ser ou não o caso em análise normal, ao passo que, tratando-se de anormalidade, em decorrência de especificidades, a norma geral pode não ser aplicável (ÁVILA, 2004, p. 105).

Atua a razoabilidade nesse ínterim aplicativo, visando transição da norma geral para o caso concreto, em atenção ao adágio de que o ordinário se presume e o extraordinário se comprova.

Como congruência, a razoabilidade assevera a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação. Remete a uma idéia de fundamentação da natureza das coisas e manutenção do Estado Democrático de Direito e Devido Processo Legal (ÁVILA, 2004, p. 106-107).

O ideal de equivalência remonta a uma relação entre a medida adotada e o critério que a dimensiona (ÁVILA, 2004, p. 109).

Proporcionalidade perpassa pela escolha de meios adequados, necessários e proporcionais para a realização dos fins perseguidos. Um meio será adequado quando é apto a promover o fim buscado. Será necessário tão somente se, entre os meios existentes e adequados, for aquele que menos restrição gere a direitos fundamentais. A proporcionalidade em sentido estrito acontece na hipótese em que os benefícios, pela utilização do meio, são superiores aos malefícios, verificando uma relação de meio e fim (ÁVILA, 2004, p. 110).

Tal construção noticiada por Humberto Ávila remonta à divisão propagada por Robert Alexy (2002, p. 111-115), que enxerga a proporcionalidade em idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conceitos análogos aos já mencionados.

O postulado da proporcionalidade não se confunde com proporção, medida econômica (ÁVILA, 2004, p. 112). Igualmente no que tange à ponderação de interesses, ao passo que este diz respeito a valores, e não relação meio e fim. Não se confunde também com razoabilidade, porquanto esta busca uma relação entre qualidade e medida adotada, verificando relação do geral com o individual (ÁVILA, 2004, p.116).

A **interpretação conforme a Constituição** pode ser com redução de texto; sem redução de texto, conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade; e sem redução de texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade.

Pode ser encarada tanto como um princípio interpretativo, como uma técnica de controle de constitucionalidade (BARROSO, BARCELLOS, 2006, p. 361). Decorre da supremacia constitucional e do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público.

Demonstra o fenômeno da interpretação conforme, com declaração de inconstitucionalidade e sem a redução do texto, o fato de que a norma é construída a partir do dispositivo, sendo plenamente possível mediante a linguagem e em respeito à mínima densidade semântica do dispositivo, construção de mais de uma norma com base no mesmo substrato lingüístico⁴⁷ (ÁVILA, 2004, p. 22).

Ademais, o princípio da interpretação conforme a Constituição chama a atenção para o fato de que as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) são incorporadas ao ordenamento jurídico. O dito pela Corte Constitucional como (in)constitucional é o que vige, o que se aplica, malgrado, por vezes, a insurgência de grande parte do mundo jurídico.

Reafirma, ainda, a possibilidade de mutação constitucional, já abordada neste articulado.

A interpretação conforme a constituição possui legitimidade naqueles casos em que há um espaço de decisão aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição, e outras inconstitucionais (CANOTILHO, 1999, 1152).

Corte constitucional não pode, sem existir este espaço interpretativo aberto, impor determinada interpretação constitucional, pois se assim o fizer estará legislando positivamente, ao invés de julgando. A legitimidade é que a Corte posicione-se como uma espécie de “legislador negativo”, afastando interpretações eivadas de inconstitucionalidade.

⁴⁷ Como já mencionado neste trabalho, não se olvida da existência no ordenamento nacional de dispositivo sem norma, a exemplo da proteção à Deus; e norma sem dispositivo, como os princípios de segurança jurídica e certeza do direito (ÁVILA, 2004, p. 22).

A interpretação conforme a constituição encontra-se positivada de forma expressa no nosso ordenamento jurídico, no art. 28 da Lei 9868/99⁴⁸.

2.5 O VIGENTE CÓDIGO CIVIL: PRINCÍPIOS INFORMADORES

Em virtude da constitucionalização e decorrente publicização⁴⁹, os princípios da ordem constitucional de 1988 informam diretamente o direito civil e todo o ordenamento, aumentando progressivamente as simbioses existentes entre o direito público e privado.

Verifica-se a legalidade constitucional e sua contaminação pela realidade social (fatores reais de poder). A Constituição Federal de 1998 avulta o seu papel de vértice do sistema normativo.

Ao reunificar o sistema civil fragmentado, observa-se descompasso entre a ordem constitucional do ser e a civil de 1916, fundada no ter. Imperiosa a inserção no ordenamento jurídico de uma nova codificação civil.

Foi então que em 10 de janeiro de 2002, após longa jornada, o presidente Fernando Henrique Cardoso promulgou o vigente Código Civil. Criticado por muitos, elogiado por tantos outros, e em grande parte inserto na ordem constitucional de 1988, ganha eficácia plena o Código um ano após a sua promulgação, em 10 de janeiro de 2003.

A nova ordem civil positivada advém impregnada do constitucionalismo de 1988, erigindo como pilares fundamentais a eticidade, a socialidade e a operabilidade⁵⁰, veiculados por cláusulas gerais. Assim, antes de adentrar os pilares principiológicos do vigente Código Civil, importante verificar o fenômeno das cláusulas gerais.

⁴⁸ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

⁴⁹ Como se verificou neste trabalho, em sendo a Constituição uma norma preponderantemente pública, no momento em que regras e princípios do direito civil adentram o seu corpo, há publicização.

⁵⁰ Há quem entenda serem, ainda, princípios do novo Código Civil, a boa-fé objetiva e o vínculo sócio-afetivo. No sentir deste autor, estes são sub-princípios da eticidade e socialidade, os quais, pelo caráter de generalidade e abstração, são os verdadeiros princípios, ao lado da operabilidade. Em verdade, a linha de princípios aqui adotada é aquela defendida pelo próprio Miguel Reale (2000), organizador do Código Civil em vigor.

2.5.1 As Cláusulas Gerais

O atual cenário pós-positivista vivenciado pelo direito é notado na seara civil com a inserção das cláusulas gerais. Adotando o modelo de cláusulas abertas, acaba o vigente Código por abandonar a concepção positivista extrema do movimento codificatório pretérito, o qual defendia possibilidade da normatização prever todos os problemas concretos, como noticia Miguel Reale (2000, p 1):

O que importa numa codificação é o seu espírito; é um conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam.

Em nosso projeto não prevalece a crença na plenitude hermética do Direito Positivo, sendo reconhecida a imprescindível eticidade do ordenamento

Por cláusula geral, infere-se uma norma, obediente ao devido processo legislativo, na qual há uma hipótese legal que confere tratamento jurídico a um domínio amplo de casos. É o antônimo das normas casuísticas, as quais abrangem um domínio específico de casos (ENGISCH, 2004, p. 228-229).

Há na cláusula geral uma generalidade no enunciado, com a presença de conceitos indeterminados⁵¹, que possuem conteúdo e extensão em larga medida incertos. Percebe-se uma amplitude semântica ou valorativa maior que das outras espécies normativas, com flexibilidade mais acentuada (JORGE JÚNIOR, 2004, p. 21)⁵². A indeterminação semântica é relativa, ao passo que a concretização conferida pelo operador do direito perpassa pela observância dos valores e costumes sociais.

Conceituando cláusula geral, interessante mencionar Judith Martins Costa (2000, p. 1):

Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, completamente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo,

⁵¹ Tais conceitos também são usualmente denominados de vagos, elásticos, fluidos, abertos, vagos e porosos,

⁵² Ressalta-se, porém, que são escassos conceitos completamente determinados em direito - ciência humana - sendo exemplos os conceitos numéricos: como limites de velocidade, prazos processuais, etc... (ENGISCH, 2004, p. 208)

fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização destes elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico.

Possibilita a cláusula geral uma reaproximação entre direito e ética, perpassando por valores do operador do direito e realçando a subjetividade da ciência jurídica. As questões do cientista jurídico acabam por influir, de sobremaneira, no momento da concretização desta modalidade normativa (TARTUCE, 2007, p. 69). Infere-se que as ditas cláusulas estão inseridas no fenômeno pós-positivista.

Proporciona-se o aumento do diálogo entre o Código Civil e a Constituição Federal, adequando-se o civilista à perspectiva constitucionalista, em uma dialética normativa civil-constitucional. Asseveram, as ditas cláusulas, o fenômeno da constitucionalização do direito civil.

Com tal aproximação e possibilidade de máxima aplicabilidade dos valores, possibilita a cláusula geral uma funcionalização do ordenamento jurídico, conferindo ao interprete, nas situações cambiantes, campo de atuação que o permita agir consoante a máxima efetivação dos fins buscados pelo Estado. Aduz Alberto Gosson Jorge Júnior (2004, p. 11-12):

Ora, se visualizarmos o ordenamento jurídico sob uma ótica *funcional*, dotado de *fins* perseguidos pelo Estado, em meio a uma sociedade em transformação, encontraremos o ambiente propício para a inserção de cláusulas gerais de modo a dotar um sistema jurídico da mobilidade necessária para enfrentar situações cambiantes.

Coaduna-se o modelo legislativo das cláusulas gerais com o ideal de adaptação do direito à realidade social mundana (BOBBIO, 2007, p. 94). Há, então, uma maior aproximação do direito com a realidade, do dispositivo com a norma.

Apesar de todas essas considerações, não defende o autor ser a cláusula geral a total solução das codificações. É bem verdade que, até a consolidação da jurisprudência na concretização de tais normas de semântica aberta, as ditas cláusulas podem gerar grande instabilidade social, como bem enfatizam Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco (2002, p.120):

Conquanto tenha a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social, tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar – até consolidada a jurisprudência – determinada incerteza acerca da efetiva dimensão de seus contornos. O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento de seus limites. [...].

Outra importante crítica é a conferência de maior papel ao Poder Judiciário. Este passa a funcionar como se fora um legislador positivo, o que poderia gerar afronta à separação dos poderes⁵³ e questionamentos em razão da legitimidade do magistrado, cuja investidura é técnica (através de concurso de provas e títulos) e não eletiva.

Destarte, não há espaço para discussões desta monta neste trabalho, em razão do seu recorte metodológico⁵⁴. Todavia, mesmo levando em consideração tais críticas, sem sombra de dúvidas é a cláusula geral instrumento de grande valia para uma ótica pós-positivista e principiológica.

Isso porque permite ao operador do direito, respeitada a mínima densidade semântica⁵⁵ do dispositivo, construir norma fundada nos valores sociais que impregnam a Constituição Cidadã. Possibilita, ainda, um maior diálogo entre a legislação civil e constitucional (constitucionalização do direito civil), em atenção a principiológica eleita pelo constituinte.

Em sendo respeitada a mínima densidade semântica, com o papel de controle do Poder Judiciário, não há porque existirem maiores reservas a instrumentos que aproximam o direito da moral, abrindo os seus poros e o adaptando à realidade mundana. Se assim não o fossem, também deveriam os princípios ser cunhados como negativos, por serem fluidos, inseguros e afrontarem a separação dos poderes e a legitimação dos magistrados.

Talvez o maior temor não seja pelo instrumento, mas sim pelos possíveis abusos cometidos por despreparados operadores do direito. Porém, cabe ao operador molda-ser e atualizar-se, e ao direito esperar o operador.

Analisada a cláusula geral, veículo de condução dos princípios do Código Civil, passa-se à análise específica dos três pilares do vigente Código Civil.

2.5.2 A Eticidade

Eticidade consiste em um dever jurídico pró-ativo de conduzir as relações civis de forma ética, impondo um agir segundo os valores sociais e morais relevantes. Esta é a lição de Miguel Reale, como transmite Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco (2002, p.133):

⁵³ Separação dos Poderes que consiste em cláusula pétrea, conforme art. 60, §4º da Constituição Federal.

⁵⁴ De qualquer sorte, no último capítulo de desenvolvimento retoma-se ao tema, ao ser abordada a concessão de medicamentos por decisões judiciais pontuais.

⁵⁵ Por mínima densidade semântica infere-se a significação mínima que um signo (palavra) possui, contra a qual nenhum ato interpretativo, por mais denso que o seja, pode alterar. De fato, no processo de significação do dispositivo legal não é possível ao operador do direito transformar uma cadeira em uma janela.

Por isso, afirma Reale, o novo Código, diferentemente do Código de 1916, muito avaro ao referir-se à equidade, à boa-fé e à proibidade, é, ao contrário, pródigo em inserir nos mais diversos aspectos das relações civis, a exigência de eticidade nas condutas, como um verdadeiro dever jurídico positivo.

A aferição da eticidade liga-se à percepção do contexto social, ao refletir os valores morais e éticos da sociedade, mutáveis no tempo, na cultura e no espaço. Promove a aproximação entre o direito e a moral. Traduz concepção valorativa de uma dada microracionalidade⁵⁶, presente em espaço geográfico e temporal específicos.

A eticidade corporifica-se no vigente Código Civil através de cláusulas abertas (gerais), as quais conferem possibilidade de diuturna atualização, porquanto seus conceitos indeterminados. Confere ao operador do direito, na análise e valoração do contexto social na resolução do caso concreto, o dever de sua concretização, dando contornos aos conceitos indeterminados. Cristaliza a superação do formalismo jurídico em busca da sua valoração ética.

É princípio geral do vigente Código Civil que permeia toda a sua aplicação, sendo verificada de forma mais veemente através do princípio da boa-fé, na seara patrimonial, e da sócio-afetividade e confiança, nas relações extrapatrimoniais.

2.5.2.1 A Boa-Fé nas Relações Patrimoniais

Segundo Álvaro Villaça Azevedo (2004, p.14) “a contratação de boa fé é a essência do próprio entendimento entre os seres humanos, é a presença da ética nos contratos”.

A boa-fé, no campo das relações patrimoniais, pode ser inferida sob seu prisma subjetivo e objetivo. Revela àquela um estado psicológico que remonta o ideal do bom *pater familias* romano, e a objetiva uma norma de conduta, conforme ressaltada o BGB (Código Civil) Alemão.

Historicamente percebe-se o seu surgimento no conceito de *fides* (confiança), relacionado com a *psique* do indivíduo. Notícia Ronnie Preuss Duarte (2004, p.404-405) que a boa-fé possuía três realidades distintas de manifestação:

Fides-poder: a *fides*, nas relações de clientela (formada entre o *cliens* e o *patronus*), “implicava a existência de pessoas adstritas a certos deveres de

⁵⁶ A expressão microracionalidade é utilizada neste trabalho para designar a ideologia, cultura, forma de relacionar-se com os fatos naturais e sociais de uma dada comunidade situada em um espaço temporal e geográfico próprios. Utiliza-se, portanto, microracionalidade com a mesma carga semântica que lhe é conferida por Boaventura Sousa Santos (2003).

lealdade e obediência perante outras, em troca de proteção”. O *cliens* ficava a meio caminho entre o escravo e o homem livre, em uma situação especial, sob a proteção e sujeito ao poder discricionário do pater famílias, que era o seu patronus;

Fides-promessa: o aspecto relevante da *fides-promessa* residia na obrigação de respeito à palavra dada, de garantia que se expressava com um gesto formal e que obrigava o envolvido;

Fides-externa: inicialmente invocava a fé nos tratados internacionais, designadamente aquele que se seguiu à primeira guerra púnica, entre Roma e Cartago. Posteriormente, a *fides-externa* nada mais significaria do que a imposição da supremacia do poderio romano, após a rendição por meio da *deditio fidei*. O povo belicamente menos forte simplesmente aceitava a *deditio*, furtando-se à peleja com Roma. O império romano, por seu turno, renunciava ao uso da força, deixando de usar os direitos adquiridos em face do povo que se rendia.

A esfera subjetiva da boa-fé remonta a um estado psicológico de inocência, ignorância do agente a respeito de determinada circunstância negativa, como quando o possuidor de boa-fé desconhece vício que macula a sua posse (GAGLIANO, PAMPLONA, 2007, p. 65.). Sobre o assunto, assevera Judith Martins da Costa (2000, p.411-412):

A boa-fé subjetiva denota, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) de ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc...). Pode-se denotar, ainda, secundariamente a idéia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade ao pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de estar lesado direito alheio, ou na adstrição “egoística” à literalidade do quanto pactuado.

Liga-se o ideal da boa-fé subjetiva⁵⁷ a uma concepção individualista, perpassando por um estado interno de inocência.

A faceta objetiva da boa-fé coaduna-se com um estado externo, de observância de um comportamento leal. Remonta ao conceito germânico. Deduz a não lesão, o não abuso, o exercício do direito dentro de limites razoáveis e esperados. Cita-se Cláudia Lima Marques (2006, p.216):

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus

⁵⁷ Trata o trabalho do conceito de boa-fé subjetiva, porquanto se ter tornado este tema, inadvertidamente, o “primo pobre” da boa-fé, especificamente em decorrência da sua feição objetiva. Decerto, boa-fé subjetiva ainda persiste como tema indispensável no estudo do civilista contemporâneo.

direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

O Código Civil atual trouxe a boa-fé em sua aplicação relacionada à esfera patrimonial nos artigos 113 e 422, os quais dispõem respectivamente: “Os negócios jurídicos deve ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” e “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A boa-fé objetiva possui três funções, quais sejam: função interpretativa com eticidade, integrativa com deveres anexos e restritiva ou limitadora.

A função interpretativa impõe ao operador do direito a leitura das relações patrimoniais calcado na ética, observando-se as interpenetrações sistemáticas do Código Civil e demais diplomas jurídicos, além dos fatores metajurídicos. Menciona-se o Enunciado 27 do Conselho da Justiça Federal (CJF)⁵⁸ sobre o tema:

En. 27. Art. 422.: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.

O papel integrativo, com construção de deveres anexos de cooperação⁵⁹, traz a existência no contrato de certas obrigações, independentemente de sua disposição contratual expressa, a exemplo do dever de zelo, informação, lealdade, confiança, assistência, etc... Tais deveres são implícitos em toda relação contratual, sendo que violação de dever anexo implica descumprimento objetivo do próprio contrato. Dispõe o CJF no seu Enunciado 24:

En. 24.: Art. 422.: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação aos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

A função restritiva ou limitadora assevera a possibilidade de revisão do contrato sobre a ótica da boa-fé, sendo restringidas certas cláusulas. Noticia o CJF no seu Enunciado 26:

En. 26 Art. 422.: a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento

⁵⁸ Os enunciados das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) podem ser acessados no site deste órgão, disponível em: www.cjf.org.br, e acesso em 24.01.07. As Jornadas de Direito Civil consistem em importantes encontros promovidos pelo CJF, com o fito de esclarecer as disposições constantes no recente Código Civil. Tais Jornadas reúnem membros do Superior Tribunal de Justiça e avalizados doutrinadores.

⁵⁹ Os deveres anexos também são nomeados de satelitários, implícitos, colaterais, acessórios[...]

leal dos contratantes.

A boa-fé no campo das relações patrimoniais aplica-se tanto na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual, como defendido pelo Enunciado 25 do CJF:

En. 25.: Art. 422.: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

A jurisprudência vem acolhendo a aplicação da boa-fé de forma reiterada, devendo os contraentes assegurar o cumprimento das expectativas que fundaram na parte contrária da relação jurídica. Citam-se duas ementas do Superior Tribunal de Justiça a título exemplificativo:

Direito do consumidor. Contrato de seguro de vida inserido em contrato de plano de saúde. Falecimento da segurada. Recebimento da quantia acordada. Operadora do plano de saúde. Legitimidade passiva para a causa. Princípio da boa-fé objetiva. Quebra de confiança. Denúnciação da lide. Fundamentos inatacados. Direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos. Valor da indenização a título de danos morais. Ausência de exagero. Litigância de má-fé. Reexame de provas. Os princípios da boa-fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo. A operadora de plano de saúde, não obstante figurar como estipulante no contrato de seguro de vida inserido no contrato de plano de saúde, responde pelo pagamento da quantia acordada para a hipótese de falecimento do segurado. Se criou, no segurado e nos beneficiários do seguro, a legítima expectativa de ela, operadora, ser responsável por esse pagamento. A vedação de denúnciação da lide subsiste perante a ausência de impugnação à fundamentação do acórdão recorrido e os direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos. Observados, na espécie, os fatos do processo e a finalidade pedagógica da indenização por danos morais (de maneira a impedir a reiteração de prática de ato socialmente reprovável), não se mostra elevado o valor fixado na origem. O afastamento da aplicação da pena por litigância de má-fé necessitaria de revolvimento do conteúdo fático-probatório do processo. Recurso especial não conhecido.

REsp 590336/SC, RECURSO ESPECIAL 2003/0133474-6, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Órgão Julgado: T3 - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 07/12/2004, Publicação do DPJ, DJ 21.02.2005, p.175, RSTJ vol. 192, p. 374

Contrato. Tratativas. Culpa *in contrahendo*. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribuiu sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração na expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação.

Ap. Cív. 591028295, Cangaçu, 5ª Câmara Cível do TJRS, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em 06.06.91.

Feita análise da ética no seu viés patrimonial, passa-se a sua verificação no campo extrapatrimonial.

2.5.2.2 A Sócio-Afetividade nas Relações Extrapatrimoniais

Porém não é somente no campo das relações patrimoniais que enxerga-se aplicação do princípio da boa-fé. As relações extrapatrimoniais não são estranhas à eticidade, sendo instrumentalizado este pilar do vigente Código Civil na concepção da sócio-afetividade geradora de confiança. Percebe Cristiano Chaves de Farias (2007, p.25):

Cogitando de um sistema aberto, o Direito de família e a Constituição Federal precisam manter imenso vínculo comunicativo, com repercussão material dos princípios desta sobre aquele. Nesse espaço a boa-fé objetiva é sentida como a concretização da confiança [...].

São transpostas as funções da boa-fé para o campo extrapatrimonial, cujas relações devem ser visitadas sob à lente da sócio-afetividade. A família não é mais concebida sob a lente matrimonial, a qual impregnou o direito nacional de forma mais veemente em razão do catolicismo predominante. Verificam-se novas formas de tutela, protegem-se novas formas de amar.

Atentando-se a essa nova realidade, o constituinte disciplina, no art. 226, a pluralidade das entidades familiares⁶⁰. Fala-se em casamento, união estável e até mesmo família monoparental, todas as espécies acolhidas de forma exemplificativa. Tutela às famílias de maneira plural⁶¹, açambarcando as suas mais diversas manifestações. (DIAS, 2007, p. 39).

A visão acerca do parentesco é modificada, o que pode ser inferido da própria redação do art. 1.593 do Código Civil, ao aduzir que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consangüinidade **ou outra origem**” (grifa-se). Abre o ordenamento jurídico, albergando conceito vago, trilha para que o operador do direito considere outras formas parentais,

⁶⁰ O art. 226 da Constituição Federal já foi mencionado em nota de rodapé do item 1.2 deste capítulo, sendo dispensável sua repetição neste articulado.

⁶¹ Minoritariamente ainda subsiste a tese de que o art. 226 da Constituição Federal é *numerus clausus*. Noticiando acerca desta concepção legalista, a qual não açambarca dados da vida (a pluralidade familiar é uma realidade), indica-se a leitura de Paulo Luiz Netto Lobo, na sua obra *Famílias* (2008, p. 56-75).

Nesta obra, o mencionado autor traz dados estatísticos que demonstram a existência de diversas entidades familiares, além daquelas expressamente tuteladas pelo art. 226. Seguindo o estudo, analisa a tese de que seria o rol do art. 226 fechado, e a ultrapassa, para defender a tese da pluralidade familiar.

Além da obra mencionada, sobre o tema indica-se a consulta de artigo do mesmo autor intitulado *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus* (2002).

Defendendo a pluralidade das entidades familiares, também verificar a obra de Cristiano Chaves (2007).

fundadas na sócio-afetividade e na confiança. Manifesta-se Luiz Edson Fachin (2003, p.3):

O contido no art. 1.593 permite, sem dúvida, a construção da paternidade socioafetiva ao referir-se a diversas origens de parentesco. Dele se infere que o parentesco pode derivar do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como prevê expressamente. Não sendo a paternidade fundada na consangüinidade ou no parentesco civil, o legislador se referiu, por certo, à relação socioafetiva. É possível, então, agora à luz dessa hermenêutica construtiva do Código Civil, sustentar que há, também, um nascimento socioafetivo, suscetível de fundar um assento e respectiva certidão de nascimento. Mesmo no reducionismo desatualizado do novo Código, é possível garimpar tal horizonte, que pode frutificar por meio de uma hermenêutica construtiva, sistemática e principiológica.

Pai não é apenas quem gera, mas sim quem cria, confere afeto, leva no primeiro dia de escola, passa noites em claro, vacina, vivência os primeiros passos, as primeiras expressões... Ganha a sócio-afetividade importância ímpar, traduzindo confiança e gerando deveres anexos, objetivando concreção constitucional.

Os tribunais nacionais abraçam a tese e exararam julgados nos quais a forma é preterida ao afeto. A família é “desbiologizada”. O afeto é elevado a um dos seus pilares de fundação. A chamada “adoção à brasileira” - desprovida de registro - ganha força capaz de gerar vínculos familiares, responsabilidade, conseqüências no mundo jurídico, ao passo que constrói as pontes indestrutíveis do afeto. Sobre o tema colaciona-se julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Paraná⁶²:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - ADOÇÃO À BRASILEIRA - CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA - TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PROCEDÊNCIA - DECISÃO REFORMADA. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer à solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.

⁶² Conferir também sobre o tema Apelação Cível nº 70020064481, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Maria Berenice Dias. Julgado em 15/08/2007; e Apelação Cível Nº 70003110574, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 14/11/2001.

Confere o operador do direito atenção ao ser, a sua tutela, ao seu desenvolvimento digno.

Ressalta-se que não se está a defender que em todas as hipóteses nas quais exista reconhecimento de filiação não biológica, haverá de ser contemplada a tese da sócio-afetividade. Pode acontecer, por exemplo, do estado de filiação decorrer de vício de consentimento, o que tornaria o caso ainda mais complexo, necessitando de uma análise tópica. A exemplo disto, o próprio Superior Tribunal de Justiça recentemente entendeu que, em havendo vício, poderá o registro ser cancelado no prazo legal; *in verbis*:

DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA. 1. Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico. 2. A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento. 3. A regra expressa no art. 1.601 do CC/02, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção de paternidade. 4. Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA. 5. E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas. Recurso especial conhecido e provido
STJ, REsp 858954/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/05/2007, DJ 28/05/2007, p. 339.

Seguindo com os arestos acerca do tema, contemplando a sócio-afetividade e a confiança, vem entendendo os tribunais pátrios que a promessa de casamento **injustificadamente** rompida, impossibilitando o enlace, gera dever de responsabilidade civil, ao ferir confiança. Cita-se ementa oriunda do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

RESPONSABILIDADE CIVIL - CASAMENTO - CERIMÔNIA NÃO REALIZADA POR INICIATIVA EXCLUSIVA DO NOIVO, ÀS VÉSPERAS DO ENLACE.

- Conduta que infringiu o princípio da boa-fé, ocasionando despesas, nos autos comprovadas, pela noiva, as quais devem ser ressarcidas. Dano moral configurado pela atitude vexatória por que passou a nubente, com o casamento marcado.

Indenização que se justifica, segundo alguns, pela teoria da *culpa in contrahendo*, pela teoria do abuso do direito, segundo outros. Embora as tratativas não possuam força vinculante, o prejuízo material ou moral, decorrente de seu abrupto rompimento e violador das regras da boa-fé, dá ensejo à pretensão indenizatória.

Confirmação, em apelação, da sentença que assim decidiu.

TJRJ - 5ª Câ. Cível; AC nº 2001.001.17643-RJ; Rel. Des. Humberto de Mendonça Manes; j. 17/10/2001; v.u.). BAASP, 2274/584-e, de 29.7.2002.

De igual forma, o abandono paterno, privando a criança do seu pleno desenvolvimento no seio da sua família, há de ser indenizado, com base na quebra de sócio-afetividade, confiança e cláusula geral de tutela à dignidade da pessoa humana. Menciona-se um julgado, este da comarca de Belo Horizonte:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Apelação Cível Nº 408.550-5, Comarca de BELO HORIZONTE, relator Des. Unias Silva, julgado em 01 de abril de 2004.

Cumpre asseverar que as funções da boa-fé objetiva relacionam-se, intimamente, com a teoria dos atos próprios⁶³, em especial nas suas expressões *supressio* ou *suprectio*, também denominada de *Verwirkung*, a *tu quoque* e a *nemo potest venire contra factum proprium*. Os julgados supramencionados ligam-se, de sobremaneira, a tais conceitos, os quais são correlatos e têm uma mesma matriz teórica.

A *supressio* consiste na supressão de um direito subjetivo⁶⁴ pertencente a uma das partes contratantes, porquanto renúncia tácita. Tal renúncia acaba por gerar um direito subjetivo, até então inexistente, à outra parte, podendo esta exigir a manutenção de tal direito – é a *suprectio*.

Consagrou-se a expressão *Verwirkung*, no seio da jurisprudência alemã, a partir do final da Primeira Grande Guerra, designando, como pontua Anderson Schreiber (2007, p. 183-184): “a inadmissibilidade de exercício de um direito por seu retardamento desleal”.

A expressão *tu quoque* advém da frase *Tu quoque Brutus, tu quoque, fili mi?*. Em um

⁶³ Devido ao recorte metodológico conferido ao trabalho, não há como ser realizado estudo aprofundado da teoria dos atos próprios, sendo o escopo de sua enunciação demonstrar a pertinência com o princípio da eticidade, pilar do Código Civil. Teoria dos atos próprios, por sua beleza e profundidade, merece estudo próprio, com recorte capaz de enfrentar as suas questões.

⁶⁴ A *supressio* já vem sendo noticiada até mesmo pelos tribunais pátrios, como se pode verificar do julgamento do Resp 207509 SP, Rel. Min Sálvio de Figueiredo Teixeira, Órgão Julgador T4 (4ª Turma), Julgado em 27/11/2001, publicado no DJ de 18.08.2003, p. 209.

sentido denotativo significa “até tu Brutus?”. No cotidiano ganhou significação como forma de designar espanto em face de um argumento falacioso (SCHREIBER, 2007, p. 182).

Juridicamente, *tu quoque* traduz vedação de que uma das partes, a qual tenha descumprido a avença ou agido incoerentemente com o que foi celebrado, exija o cumprimento das obrigações da outra parte. É a impossibilidade da utilização de dois pesos e duas medidas para a mesma situação concreta.

Aduz Flávio Tartuce (2007, p.205) que “um contratante que violou uma norma jurídica não poderá, sem a caracterização do abuso de direito, aproveitar-se dessa situação anteriormente criada pelo desrespeito”. É patente a verificação da *tu quoque* na seara dos direitos patrimoniais, em especial na Teoria Geral dos Contratos, ao abordar o tema exceção do contrato não cumprido⁶⁵.

Há um exemplo jurisprudencial interessante, de origem portuguesa, especificamente do Supremo Tribunal de Justiça⁶⁶, o qual impediu o comprador de um automóvel de alegar, em ação de cobrança de preço, a nulidade do contrato por falta de assinatura, por está comprovado que o próprio comprador deixou de devolver instrumento enviado para a dita assinatura (SCHREIBER, 2007, p. 183-184).

A *venire contra factum proprium* é a proibição de comportamento contraditório, do agir com incoerência em clara violação às expectativas criadas em outrem (SCHREIBER, 2007, p. 96). Uma vez despertada a confiança legítima no outro, a parte deve agir de forma a cumprir com a conduta anteriormente pactuada, não podendo criar situação adversa injustificadamente.

Em arremate, percebe-se, pelo analisado, que o pilar da eticidade permeia toda a legislação cível, sendo suas expressões mais perceptíveis a boa-fé na seara patrimonial e a confiança e sócio-afetividade no campo extrapatrimonial.

2.5.3 A Sociabilidade

Sociabilidade é outro princípio marcante do vigente Código Civil, consistindo na quebra do paradigma liberal-individual e ascensão do transindividual. É a transmutação da visão individualista da codificação de 1916, para a solidária de 2002, em combate ao

⁶⁵ Disciplina o art. 476 do Código Civil: “Nos contratos bilatérias, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

⁶⁶ Processo 02B4734, Rel. Nascimento Costa, 13.2.2003.

exacerbado individualismo possessivo de outrora.

Traduz a consagração e materialização na órbita civil dos princípios do solidarismo social, justiça distributiva e diminuição das desigualdades sociais, todos de base constitucional (art 3º, I, III e IV)⁶⁷.

A sociabilidade é instrumentalizada no Código Civil em três esferas principais: função social do contrato (art. 421), função social da propriedade e função social da posse (art. 1.228)⁶⁸. Afirma Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco (2002, p.144):

O quadro que hoje se apresenta ao direito civil é o da reação ao excessivo individualismo característico da Era codificatória oitocentista que tantos e tão fundos reflexos ainda nos lega. Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimar -, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à função social e também à boa-fé – que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista – instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da *solidariedade social*, posta como um dos objetivos fundamentais da República.

Essa instrumentalização ocorre em três específicos domínios, o do contrato, o da propriedade e o da posse.

Ao instrumentalizar o solidarismo constitucional na órbita civil, acaba o legislador por redimensionar os centros ao redor dos quais gravita do direito civil, inserindo uma percepção difusa aos cinco principais personagens do Direito Privado: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador (SOARES, BARROSO, 2003, p.2):

A verificação de uma função social da posse e do contrato são, em verdade, decorrentes do embrião da sociabilidade no ordenamento nacional: a função social da propriedade.

É a função social da propriedade a única que, expressamente, tem sede constitucional, especificamente nos art. 5º, XXIII; 170, III; 182 e 186. Função social da propriedade é marcada no Código Civil vigente no seu art. 1228, mediante cláusula geral. Os parágrafos do art. 1.228 trazem questões ligadas aos direitos dos não proprietários⁶⁹.

⁶⁷ A exceção do inciso IV, os demais já foram citados neste trabalho. Transcreve-se o inciso IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶⁸ É possível, ainda, encontrar no Código Civil importantes referências à função social da empresa, da família e do testamento. Porém, é no contrato, na propriedade e na posse que mais claramente percebe-se o fenômeno da funcionalização. A função social da propriedade, como consignado no início deste capítulo, será tema específico de um capítulo de desenvolvimento, ao passo que consiste em um dos centros deste trabalho.

⁶⁹ Repisa-se que função social da propriedade irá receber tratamento especial, em capítulo específico sobre o tema. Ademais, a tutela conferida pelo ordenamento nacional às propriedades será também retomada no capítulo seguinte de desenvolvimento, intitulado de As Propriedades. Neste momento será feita toda evolução histórica nacional sobre o tema, desde as sesmarias até a atual codificação civil.

Prefere-se, porém, por razões de ordem didáticas, abordar o princípio da sociabilidade do Código Civil dentre do capítulo de constitucionalização, haja vista a aproximação entre este fenômeno e o advento do Código Civil

A sociabilidade da posse pode ser inferida na redução dos prazos da usucapião na hipótese de moradia, produtividade e/ou comprovação de interesse social e econômico, conforme artigos 1238 e 1242 do Código Civil⁷⁰. Percebendo claramente a existência de uma função social da posse, interessante menção a Flávio Tartuce (2007, p. 59):

Mesmo a posse, como exteriorização da propriedade, recebe uma função social, já que o Código Civil atual prevê a diminuição dos prazos de usucapião quando estiver configurada a posse-trabalho, situação fática em que o possuidor despendeu tempo e labor na ocupação de determinado imóvel.

Posse e propriedade são verso e reverso da mesma moeda, sendo que a posse, geralmente, externa o direito de propriedade. Difícil, para não dizer impossível, seria a conferência de funcionalização proprietária desprovida de funcionalização da forma como a propriedade é externada (mediante posse).

Os contratos também experimentam sua funcionalização, assim como todos os negócios jurídicos, conforme o art. 421 do Código Civil⁷¹. O direito subjetivo de contratar passa a ser revisitado sob o prisma da sociabilidade, conforme notícia Judith Martins Costa (2002, p.158):

Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.

A função social do contrato é conferida na esteira da função social da propriedade, por

vigente, com seus princípios. Ademais, com esta conduta é possível a investigação de temas importantes à dissertação, como função social do contrato e da posse, guardando-se a função social da propriedade locos privilegiado.

Assim, inicia-se o trabalho pela constitucionalização do direito civil, a força dos princípios constitucionais, o advento do Código Civil e sua principiologia. Dentro desta aborda a sociabilidade, e em capítulo apartado faz a evolução do instituto da propriedade, para posteriormente, em mais um capítulo específico, ser tratada a função social da propriedade.

Dessa forma confere o trabalho verticalização aos objetos centrais da pesquisa, partindo do gênero sociabilidade para chegar na espécie de estudo: sociabilidade proprietária.

⁷⁰ Artigo 1238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido nesse artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Artigo 1242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua inconstantemente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

⁷¹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

consistir o contrato em um instrumento de circulação e aquisição de propriedade, a qual há de ser funcionalizada (TARTUCE, 2007, p. 62). Dessa forma, difícil seria conferência de funcionalização do objeto do contrato (propriedade), sem a funcionalização do seu instrumento de circulação e aquisição.

Com a sociabilidade contratual, os princípios liberais dos contratos, como autonomia da vontade e relativismo, passam a ser revistos. O CJF exara Enunciados sobre o tema:

En.: 23.: Art. 421.: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia individual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

En 21.: Art. 421.: a função social do contrato, prevista no art. 421 do Novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando tutela externa do crédito.

A força obrigatória do contrato (*Pacta Sunt Servanta*) não fica estranha a esse fenômeno de revisão, verificando-se a necessidade de estabelecer trocas úteis e justas, com vistas à promoção da equivalência material das prestações. Sobre o assunto interessante mencionar o Enunciado 22 do CJF:

En 22.: Art. 421.: a função social do contrato, prevista no art. 421 dos novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Uma vez afrontada a equivalência material impõe-se a revisão do contrato, até mesmo em atenção às funções interpretativa e restritiva da boa-fé objetiva.

Impregnado pela equivalência material, o legislador, de maneira progressiva, vem promovendo intervenções em proteção ao pólo mais fraco da relação contratual, como acontece no contrato de trabalho e na seara das relações de consumo. É o chamado dirigismo estatal atuando em prol da concretização da sociabilidade. O legislador do atual Código Civil, atento a tais questões, trouxe proteção àqueles que contratam em estado de perigo e lesão, nos artigos 156 e 157⁷².

O tema sociabilidade será retomado especificamente no capítulo destinado à função

⁷²Art. 156: Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Art. 157: Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretara a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

social da propriedade, conceituando-se ‘função’, ‘social’, sua evolução e delineamentos no ordenamento atual. Optou-se por essa formatação em virtude da imperiosa necessidade de maior aprofundamento deste conteúdo, porquanto o tema-problema posto.

Ademais, urge ser chamada a atenção para o fato de que a sociabilidade e a eticidade são princípios conexos. A distinção de suas influências no Código Civil é pedagógica, assinalando, tão somente, o caráter preponderante de uma ou outra. Afirmam Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco (2002, p.131):

Ambas - eticidade e socialidade – constituem perspectivas reversamente conexas, pois as regras dotadas de alto conteúdo social são fundamentalmente éticas, assim como as normas éticas têm afinidade com a socialidade. A distinção ora procedida, de cunho meramente pedagógico, não faz mais do que *assinalar ênfases*, ora pendendo para o fundamento axiológico das normas, ora inclinando-se às suas características numa sociedade que tenta ultrapassar o individualismo, não significando, de modo algum, que uma regra ética não se ponha, também, na dimensão da socialidade, em vice-versa.

Nessa senda, pode-se afirmar que as relações civis são permeadas pela boa-fé e função social. Aquela impõe uma tutela interna, obrigando observância à lealdade, eticidade, confiança, deveres anexos; e a função social promove tutela externa de busca da adequação dos interesses particulares ao público, em clara atenção a um viés solidário.

2.5.4 A Operabilidade

Operabilidade é o terceiro princípio informador do atual do Código Civil. Consiste no fato de as normas do vigente Código serem de mais fácil acesso, possibilitando que uma gama bem maior da sociedade as entenda e utilize mais corriqueiramente.

Sendo entendida a normatização civil ela torna-se operável, com maior operabilidade, atendendo ao ideal de realização do direito (REALE, 2000, p. 1).

Essa atitude do legislador ordinário relaciona-se de forma perfeita com o princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV)⁷³, tendo em vista que, para a sua concretização, faz-se necessário o conhecimento da norma; e para tal, mister que a norma seja inteligível à maioria da população.

Operabilidade é princípio que remonta a construção do princípio vetor de interpretação

⁷³ Art. 5 [...]

XXXV – a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

constitucional da coloquialidade, conforme já mencionado neste trabalho.

Além disso, remonta o ideal do direito operável à sua maleabilidade, a qual foi deveras aumentada em virtude da inserção de cláusulas gerais, tema abordado no item 1.5.1 deste capítulo.

Dessa maneira, infere-se que os princípios informadores do novo Código Civil se relacionam de forma direta com os princípios do texto da Constituição Cidadã, sendo derivações que visam concretizar os princípios constitucionais e os objetivos traçados em seu preâmbulo.

Este fato demonstra a força normativa dos princípios constitucionais e a legalidade constitucional. Traduz a inserção do direito civil em um paradigma pós-positivista de diálogo entre o direito e a moral, em busca de tutela do ser humano digno.

2.6 EM BUSCA DE UMA CONCLUSÃO

Atualmente urge ser inculcado na cabeça do operador do direito que o ramo civil não mais pode ser visto de forma isolada, não cabendo a análise do Código Civil de maneira compartimentalizada, como o único estatuto que rege as relações particulares.

A Constituição - com a força imperativa de seus princípios e sua legalidade - é o astro rei de todo um ordenamento jurídico uno, no qual não mais há uma divisão estanque entre o público e privado.

O Código Civil deve ser analisado como um instrumento de concretização dos princípios constitucionais, os quais, diuturnamente, devem ser utilizados no processo hermenêutico de aplicação.

Por tudo isso é que, na atualidade, cresce o conceito de direito civil-constitucional. Segundo ele, a legislação cível é o meio de concretizar o texto constitucional, refletindo os seus princípios, fundamentos, objetivos e preâmbulo, os quais deverão ser objetos de incessante busca pelos operadores.

Em relação à instituição da propriedade, o fenômeno da constitucionalização e conseqüente publicização cresce em importância, ao passo que determina a Constituição, em mais de uma passagem, a necessidade de sua funcionalização social⁷⁴. Logo, possui a propriedade princípio expreso consignado na ordem constitucional.

⁷⁴ Como já dito, no último capítulo de desenvolvimento do trabalho verificar-se-á qual tutela constitucional foi dispensada à função social da propriedade.

Ganha este instituto privativístico incidência de norma-princípio de ordem pública, cuja aplicação é cogente, obrigatória, sendo patente a percepção da publicização do direito privado e quebra da *summa divisio*.

Nasce a necessidade de verificar quais são os novos contornos da propriedade socialmente funcionalizada e como promover o acesso proprietário como busca do solidarismo social, dignidade da pessoa humana, justiça distributiva e demais princípios, fundamentos e objetivos da Constituição Cidadã.

É a releitura da propriedade, instituto que remonta a um ideal liberal, pela ótica solidária, fundamentada no *ser*.

Verificada a necessidade do estudo do direito civil sob uma perspectiva constitucional, passa-se a análise da propriedade, outro importante centro do trabalho.

3 A(S) PROPRIEDADE(S)

A propriedade deve ser democratizada, para torná-la menos exclusão e mais abrigo, menos especulação e mais produção.
Luiz Edson Fachin (2003b).

A propriedade é um instituto milenar de demasiada importância para o desenvolvimento da sociedade. Consiste em dado histórico que antecede ao próprio direito na sua hodierna concepção.

É possível verificar quatro tipos principais de propriedades na evolução da sociedade, quais sejam: a propriedade individualista, em uma forma mais absoluta (romana e francesa); a propriedade dividida (feudalismo); a propriedade comunitária e a coletivista, seja o titular a coletividade ou o Estado (GILISSEN, 2001, p. 636).

A tendência histórica que será seguida neste trabalho perpassa por uma linha de evolução partindo da propriedade coletiva primitiva para a dividida, e depois desta para a individualista, verificando-se nesse transcorrer o surgimento da propriedade privada.

Ocorre que, malgrado essa linha evolutiva, certo é que se encontram os quatro tipos proprietários presentes de forma simultânea no curso da história, com a predominância de um tipo, sem exclusão dos outros⁷⁵, em determinados períodos.

Passa-se à análise evolutiva do instituto verificando qual o modelo preponderante em cada momento histórico.

3.1 A(S) PROPRIEDADE(S): A PLURALIDADE PRÉ-CODIFICAÇÃO

Demarcar seus espaços, coletar e caçar são ações inerentes ao ser humano, do que se infere a sua íntima relação com o fenômeno de apropriação. O sentimento de propriedade sempre esteve presente nas sociedades humanas, desenvolvendo-se desde os tempos mais primitivos até às sociedades mais complexas. Apropriar-se decorre de uma necessidade de sobrevivência e continuação da espécie (DEL NERO, 2004, p. 34).

Encerra a expressão propriedade conceito relativo com compreensão e extensão próprias em cada período histórico. A amplitude ou restrição do conceito de propriedade irá

⁷⁵ Perceba-se que na Rússia, sob influência do regime socialista, havia como modelo preponderante da propriedade a de titularidade estatal. Todavia, ao lado dessa espécie proprietária, a própria Constituição de 1936 reconhecia a propriedade cooperativa, a pessoal e a familiar (GILISSEN, 2001, p. 647).

depende do período histórico analisado, sendo o instituto histórico-determinado, variando no tempo, espaço e cultura (microracionalidade⁷⁶).

Não há, portanto, um conceito inflexível de direito de propriedade. O delineamento conceitual é sempre provisório, envolvendo aos mundanos influxos sociais. A maior extensão ou restrição do conceito reflete as organizações políticas e religiosas de um dado momento histórico. Afirma Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 81)⁷⁷:

Não existe um conceito inflexível do direito de propriedade. Muito erra o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos legais do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira, definitiva fase de seu desenvolvimento. Ao revés, evolve sempre, modifica-se ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas.

A própria análise do direito de propriedade nos povos antigos é capaz de demonstrar a diversidade nos seus contornos e, principalmente, em seu objeto. Afirma Fustel de Coulanges, ao analisar a forma de edificação das civilizações antigas (2004, p. 65):

Sabemos da existência de raças que nunca chegaram a instituir a propriedade privada, e de outras que só com o tempo e muito penosamente a admitiram. [...]. Os tártaros admitiam direito de propriedade quanto aos rebanhos, mas não o concebiam quanto ao solo. Entre os antigos germanos, segundo alguns autores, a terra não pertencia a ninguém; todo ano, a tribo indicava para cada um dos seus membros o lote a cultivar, e o trocava no ano seguinte. O germano era proprietário da colheita, mas não da terra. Ainda acontece o mesmo em parte da raça semítica e entre alguns povos eslavos.

Ao contrário, as populações da Grécia e as da Itália desde a mais remota antiguidade, sempre reconheceram e praticaram a propriedade privada.

O Velho Testamento menciona o instituto, aduzindo que depois de ter criado o céu e a terra, o homem e a mulher, Deus lhes disse: “Crescei e multiplicai-vos e enchei a terra e sujeitai-a” (BÍBLIA SAGRADA, GÊNESIS, 1999, XII, 15).

No Livro dos Números (BÍBLIA SAGRADA, Lev. XXV, 11, 13, 24) foi ordenado a Moisés que, depois de passar o Jordão e entrar em Canaã, repartisse a terra por sorte entre as doze tribos de Israel: “Aos que forem em maior número, dareis maior porção, e aos que forem menos, porção mais pequena. Cada uma receberá a sua herança, conforme o que lhe cair por sorte e a repartição se fará por tribos e famílias”.

⁷⁶ Como já mencionado no capítulo primeiro de desenvolvimento, a expressão microracionalidade é utilizada neste trabalho para designar a ideologia, cultura, forma de relacionar-se com os fatos naturais e sociais de uma dada comunidade situada em um espaço temporal e geográfico próprios. Utiliza-se, portanto, microracionalidade com a mesma carga semântica que lhe é conferida por Boaventura Sousa Santos (2003).

⁷⁷ Não é diverso o posicionamento de Silvio do Salvo Venosa (2003b, p.151): “O conceito e a compreensão, até atingir a concepção moderna de propriedade privada, sofreram inúmeras influências no curso da história dos vários povos, desde a antiguidade. A história da propriedade é decorrência direta da organização política”.

Na antiguidade, antes do império romano, o objeto da propriedade privada abrangia coisas móveis e de exclusivo uso pessoal, como utensílios de caça, pesca e vestuário. Tinha-se a propriedade do solo de forma coletiva e transitória. Explicava-se esse modelo proprietário pelo contexto histórico e evolução social à época, com a divisão da sociedade em tribos praticamente isoladas e nômades, vivendo os homens exclusivamente da caça, pesca e colheita, sem escopo de apropriação do solo.

Noticia John Gilissen (2001, p. 637), ao realizar estudo sobre a origem da propriedade nos povos germânicos e na maioria dos povos arcaicos, que:

Pode-se afirmar que os Germanos, como a maior parte dos povos arcaicos, conheceram a noção de propriedade privada individual mobiliária: os objectos pessoais, tais como vestuário, os adereços, as armas, constituíam o patrimônio de uma pessoa. Em contrapartida, quanto à propriedade imobiliária, parece que, de maneira geral, o solo não podia ser objecto de apropriação individual, quando muito de apropriação comunitária.

O ser humano nos tempos primevos, principalmente no período paleolítico, não estava “preso” ao solo. Ainda não havia enxergado na propriedade sua possibilidade de perpetuidade. O nomadismo imperava, sendo o caráter temporário e coletivo traços marcantes do instituto. A vida grupal e a divisão da propriedade e alimentos, que eram fartos, estabeleciam uma espécie de comunismo primitivo (ZIBETTI, 2006, p.54-55).

Afirma Hans Kelsen⁷⁸ que a coletividade da propriedade à época decorria do fato de inexistir a consciência do “eu”. Verificava-se total submissão do indivíduo à coletividade, centralizada na figura do chefe (*apud* VAZ, 1992, p.43). O indivíduo submetia-se à vontade da coletividade, sendo-o também o seu patrimônio (propriedade). Aduz Izabel Vaz (1992, p. 45):

Não possuíam as tribos primitivas qualquer noção de direitos individuais, como a liberdade e a propriedade, e sua personalidade somente poderia ser concebida de modo coletivo, como um todo a projetar-se e a exprimir-se através da figura do chefe. O aniquilamento do indivíduo, pelo princípio da centralização, levado ao seu limite extremo, conduzia, segundo a expressão de Lévy-Bruhl, à morte de todos a favor de um.

Seguindo o curso da história, passou o homem a ligar-se ao solo e as tribos a fincarem moradia. Advém, inicialmente, a propriedade coletiva do solo, para, em um segundo momento, nascer noção de propriedade individual. Aumenta o conteúdo da propriedade

⁷⁸ Kelsen abordou o tema nos primeiros capítulos de sua obra *Sociedade y natureza – uma investigação Sociológica*, os quais foram dedicados a um estudo antropológico e sociológico com o escopo de enfatizar a relação entre o psiquismo dos povos primitivos e a inexistência da propriedade privada, conforme explicitado por Isabel Vaz, em fonte mencionada no final do parágrafo e do trabalho.

privada, a qual, ao invés de apenas abranger os utensílios de uso pessoal, se estende ao solo.

Enxerga-se um grande salto qualitativo na vida humana na idade da pedra polida, com a agricultura e a fixação do homem ao solo. No período neolítico os homens passam a buscar melhores condições, terrenos mais férteis, junto aos rios (ZIBETTI, 2006, p. 55).

A sociedade romana não foi omissa no que tange à propriedade, até mesmo em virtude de sua política predominantemente agrária (BESSONE, 1996, p. 3). A propriedade romana inicialmente ligava-se à instituição religiosa, passando pela aristocracia e chegando até a propriedade individual privada.

Uma das mais conhecidas justificativas da origem da propriedade privada nos povos antigos, em especial greco-romanos, encontra as suas bases nas idéias de Fustel de Coulanges (2004), em seu trabalho intitulado *Cidade Antiga*. Constata este autor que a noção de propriedade privada possui íntima e direta relação com a religião praticada à época.

A religião era entendida como algo familiar, restrito apenas aos membros da própria família, os quais poderiam adorar aos seus antepassados, considerados seus Deuses. O culto aos Deuses, o qual consistia em ato sigiloso, era realizado dentro da propriedade privada.

Em necessitando de sigilo, a propriedade privada familiar era cercada, sendo acessível apenas aos integrantes do núcleo familiar. Cultuava-se até mesmo um Deus da Cerca, ao qual era incumbido da defesa proprietária. Percebia-se forte ligação entre a família, a propriedade e a religião, conforme noticia Fustel de Coulanges (2004, p. 67):

[...]. O lar deve ser isolado, fisicamente separado de tudo quanto não lhe pertença; o estranho não deve se aproximar do lar no momento em que se realizam as cerimônias de culto; deve-se até evitar que o assista: por isso, aos seus deuses chamam *deuses ocultos*, ou *deuses interiores*, *Penates*. Para que esta disposição religiosa seja rigorosamente cumprida, precisa-se de algo que isole o lar, a certa distância. [...]. Esse recinto considera-se sagrado. [...]. Essa divisória traçada pela religião e por ela protegida é o símbolo mais claro e o sinal irrecusável do direito de propriedade.

[...]. Em Roma, a lei fixava em pouco mais de sete metros e meio a largura de espaço livre mínimo para separar duas casas, e esse espaço era consagrado ao “deus da cerca”.

Os descendentes cultuavam seus antepassados no seio de propriedade familiar, sendo que “não foram, pois, as leis, mas a religião, que primeiramente garantiu direito de propriedade. Cada domínio estava sob a proteção das divindades domésticas que velavam por ele” (COULANGES, 2004, p. 72).

Este fator religioso acaba por conferir à propriedade dos povos antigos um caráter de inalienabilidade e perpetuidade, como se verifica no *Tratado das Leis* de Platão, nas Leis de Locres e Leucade, e de Fídon Corinto (COULANGES, 2004, p. 73).

Além de perpétua, a propriedade romana disciplinada na Lei das XII Tábuas era individual, considerando o domínio da terra absoluto. Apenas poderia ser proprietário cidadão romano, sendo que o objeto desta propriedade apenas abrangia o solo. Reflete a propriedade o ideal colonizador do Império Romano (SILVA, 2004, p. 82). A propriedade do cidadão romano (*quirites*) consistia no direito mais absoluto à época: *dominium ex iure Quiritium* (propriedade Quiritária) (GILISSEN, 2001, p. 639).

Essa noção romana de absolutismo, individualismo e perpetuidade proprietária veio a contrastar com o caráter plural do instituto, que o acompanhava desde o seu nascimento.

No que tange às limitações do direito de propriedade, estas também puderam ser constatadas em Roma, nos seus diversos períodos. Tais limitações eram de três ordens: por vontade do proprietário, por causas naturais e por força da lei (HIRONAKA, CHINELATO, 2003, p.82).

No período pré-clássico, a própria Lei das XII Tábuas já enunciava algumas limitações, a exemplo da possibilidade de o proprietário entrar dia sim, dia não, no terreno do vizinho, para o recolhimento dos frutos caídos de suas árvores.

As constituições imperiais também previam obstáculos, estabelecendo, para as cidades grandes, a altura máxima dos prédios⁷⁹.

No período pós-clássico há um vertiginoso aumento das limitações ao direito de propriedade, obrigando-se o proprietário a permitir escavação de minas por parte de terceiros em seu terreno, recebendo do Estado dez por cento sobre tal ato.

Na época clássica, construiu-se em Roma a base do instituto da teoria do abuso do direito de propriedade, importante referencial histórico para a idéia da funcionalização proprietária.

Com o advento do *Digesto* já se reconheciam os direitos de vizinhança, em que pese ainda haver preponderância do elemento individual.

A construção romana sobre propriedade foi difundida por toda a Europa continental por meio dos glosadores⁸⁰, sendo grande influência no cenário global.

Adentrando no período das trevas (Idade Média), a propriedade perde o seu caráter unitário e exclusivo. As diferentes culturas bárbaras modificam os conceitos jurídicos, o que não foi feito completamente para melhor. Os conceitos de território e poder cada vez mais se

⁷⁹ Ainda hoje é visível esta influência romana no cenário nacional. Nas cidades em que há plano diretor existe tamanho máximo para edificações localizadas na orla marítima, visando garantir a circulação de ar. É o nomeado gabarito.

⁸⁰ Escola jurídica responsável pelo estudo do direito civil romano e sua divulgação, através da glosa: anotações às margens da lei, ou entre suas linhas, consignando os seus conceitos e entendimentos (HOUAISS, 2001, p. 1458).

misturam, ligando-se a idéia de propriedade à de soberania.

É a época do feudalismo⁸¹, com os vassallos (servidores do senhor e não proprietários) e os seus senhores (suseranos e poderosos proprietários). Aqui surgem os conceitos de domínio direto (*directum*) e domínio útil (*utile*), passando a propriedade a ser considerada de forma desmembrada. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Silmara Juny Abreu Chinelato percebem claramente esta questão (2003, p.84)⁸²:

Na Idade Média, novas concepções foram deflagradas e alterou-se profundamente a feição do direito de propriedade, infelizmente não para melhor, circunstância em que a propriedade passou a ser considerada de modo desmembrado, dividindo-se em domínio direto e domínio útil, este último endereçado ao vassallo, subserviente do titular do domínio direto, seu senhor suserano.

Ocorreu, então, a introdução de uma hierarquia oriunda do direito público na técnica privatística do Direito das Coisas, admitindo uma superposição de domínios de diferentes densidades. A valorização do solo e a estreita dependência entre poder político e a propriedade criaram uma identificação entre soberania e a propriedade.

O feudo era o elemento real da relação feudo-vassálica, sendo a vassalagem o vínculo pessoal. Aquele reflete porção de terra em contraprestação ao vínculo pessoal, que encerra relação militar do vassallo com o seu senhor (GILISSEN, 2001, p. 189).

O vassallo fornece ao seu senhor serviço de ajuda e proteção de cunho militar e a cavalo. Geralmente o senhor possui várias relações de vassalagem, formando uma espécie de cavalaria (GILISSEN, 2001, p. 189). O vassallo poderia possuir censitários: pessoas para as quais ela concedia parte da sua terra com o escopo de cultivo (GILISSEN, 2001, p. 682).

Outro importante referencial histórico do direito proprietário é o Direito Canônico, através da sua ideologia segundo a qual “[...] o homem está legitimado a adquirir bens, pois a propriedade privada é garantia de liberdade individual”. (VENOSA, 2003b, p.153).

⁸¹ Interessante notar que a construção do feudalismo não segue a mesma evolução cronológica em todos os países da Europa, o que refletiu formação de concepções não completamente uníssonas. Cita-se John Gilissen (2001, p. 188-189): “Em França (e portanto, também, na Flandres) e na Lotaríngia (a parte mais ocidental da Alemanha), o regime feudal desempenha papel essencial na vida política, social e jurídica nos séculos X e XI e mesmo no século XII, para perder o seu vigor no século XIII. Pelo contrário, na maior parte da Alemanha, é sobretudo no fim do século XII e nos séculos XIII e XIV que o feudalismo foi introduzido pelos Normandos depois da vitória de Hastings em 1066; em consequência do papel importante desempenhando pelo rei, apresenta aí algumas características próprias. Na Península Ibérica, o feudalismo desenvolveu-se na Catalunha, província separada do Império Carolíngio, e em Aragão, sob a influência das instituições francesas; nas outras regiões não ocupadas pelos Muçumanos, tais como Áustria, Leão, Castela, Galiza e Portugal, as dependências vassálicas e feudais tiveram formas particulares, sobretudo em virtude da luta contra os Mouros; o termo feudo foi aí pouco utilizado e é suplantado por um termo próprio, *préstamo* que tem, como o termo alemão *Lehn*, o sentido de empréstimo”.

⁸² Darcy Bessone (1996, p. 4) também percebe este fenômeno que atingiu a história da sociedade entre o Século XV e a queda de Constantinopla, ressaltando a ocorrência de um dualismo proprietário feudal.

Importantes encíclicas papais⁸³ derivaram desta concepção filosófica, sendo essa visão da igreja católica embrião para o advento da função social da propriedade, como se demonstrará adiante em capítulo específico dedicado à função social da propriedade.

3.2 A PROPRIEDADE: TENTATIVA DE UNIFICAÇÃO

Diante desse breve relato sobre o nascimento do instituto, constata-se que a propriedade surge como algo plural, abrangendo os utensílios de uso pessoal. A propriedade imobiliária e direta, a qual apareceu consoante à evolução do instituto e na transição do nomadismo para a fixação no solo, era apenas mais uma espécie proprietária.

No curso da história já estavam insertos no conceito de propriedade idéias como a de propriedade indireta e direta (idade média: feudalismo) e a propriedade de bens móveis (antiguidade). Eram diversas as formas de apropriação e teorias com o escopo de justificá-las⁸⁴.

Acontece que a noção romana acerca deste instituto consignou posicionamento diverso. A escola pandecista construiu ideal unitário de propriedade, sendo esta entendida apenas como a imóvel. Propriedade consistia em direito absoluto, quase ilimitado⁸⁵, cujo objeto era a terra. O ideal conquistador do Império Romano, com escopo de aumento do poder territorial, era o motor desta concepção proprietária.

Nessa senda, o período pré-movimento de codificação (antes do Código Civil de Napoleão), a exceção da noção romana, assistiu ao surgimento e evolução de uma propriedade com conteúdo multifacetário, abrangendo coisas móveis, imóveis e várias formas de apropriação. Transmite Laura Beck Varela (2002, p.732 - 733):

Falar em propriedade significa, como ensina o mestre Paulo Grossi, recusar a absolutização da propriedade moderna, produto histórico de uma época, e, com isso, recusar a idéia de um fluxo contínuo e ininterrupto na história jurídica. A *propriedade*, “modelo antropológico napoleônico-pandecista”, consagração de uma visão individualista e potestativa, é apenas uma dentre as

⁸³ Como restará aprofundado em capítulo específico, cujo tema será a função social da propriedade, há encíclicas papais que diretamente abordam o assunto, a exemplo da *Rerum Novarum*, *Mater et Magistra* e *Quadragesimo Anno*. A *Suma Teológica* de São Tomás de Aquino, com a idéia de *bonum commune*, também consiste em importantíssimo referencial teórico cristão.

⁸⁴ Por razões didáticas, será aberto tópico ainda neste capítulo para falar sobre as teorias que justificam o surgimento da propriedade. Abordar tais teorias neste ponto acabaria por ocasionar uma digressão longa, o que prejudicaria a linearidade buscada pelo autor ao tratar dos pontos.

⁸⁵ Ainda neste articulado serão noticiadas as limitações à propriedade romana. A noção de um direito completamente ilimitado inexistente, havendo, por exemplo, no próprio Direito Romano, restrições ao direito de vizinhança, como será noticiado ainda neste capítulo.

múltiplas respostas encontradas, nas múltiplas experiências jurídicas, do passado e do presente, à eterna questão dos vínculos jurídicos entre o homem e as coisas. O termo singular, abstrato, formal, é inadequado para descrever a complexidade das múltiplas formas de apropriação da terra, que antecedem a formulação unitária, correspondente ao período das codificações. Clavero ilustra, sob o paradigma da “antropologia dominical”, a pluralidade proprietária anterior à Revolução Francesa, e o inconveniente da projeção de nosso padrão unitário a tal realidade [...]

A ascensão da burguesia francesa ao poder desemboca, em 4 de julho de 1789, na destruição do modelo feudal de propriedade, sendo restabelecido no Código Civil de Napoleão⁸⁶ um modelo de propriedade livre, plena e individual, segundo os moldes do direito romano (GILISSEN, 2001, p. 645)⁸⁷. A redação do artigo 544 do Código Civil de Napoleão ilustra claramente esta assertiva:

Art. 544 La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements⁸⁸.

Nasce o “modelo antropológico napoleônico-pandectista” de propriedade, cujo cerne gravitava ao redor de dois conceitos: unidade (propriedade do solo) e individualismo (direito absoluto).

Por força da codificação, a propriedade, que por sua natureza é plural desde o seu surgimento, torna-se única e absoluta, sendo o seu conteúdo restrito às coisas corpóreas e imóveis.

A propriedade napoleônica é o exemplo supremo de direito absoluto, tendo como únicas limitações, à época, a paz pública e a fruição dos demais proprietários (KATAOKA, 2000, p.460). Nenhum direito era colocado acima do direito de propriedade, o qual era o centro do sistema individualista-patrimonialista. Não importava a pessoa humana, mas sim o que esta possuía.

O Código de Napoleão eleva à propriedade ao seu centro, sendo os contratos vistos como mero meio de circulação daquela (KATAOKA, 2000, p.460).

A burguesia então ascendente ao poder inaugura com este modelo patrimonialista-individualista a era da ordem do *ter*, na qual se tutela a propriedade, o patrimônio, restando o

⁸⁶ O Código Civil Francês possui como bases o individualismo, a autonomia da vontade, a inviolabilidade do direito de propriedade, o reconhecimento do contrato como importantíssimo ato jurídico e a responsabilidade individual baseada na culpa.

⁸⁷ Observa-se que há países nos quais o sistema de propriedade feudal sobreviveu durante lapso temporal maior, adentrando o século XIX. Isto aconteceu na maior parte dos países da Europa central e ocidental, no Canadá até 1856, e na Inglaterra até 1922 (GILISSEN, 2001, p. 645).

⁸⁸ Tradução livre: A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos.

homem (*ser*) reduzido ao segundo plano.

O Código de Napoleão influenciou sobremaneira o movimento codificatório oitocentista. Grande parte do mundo ocidental passou a inserir, como opção legislativa, um conceito individualista e unitário de propriedade, tendo por conseqüência um modelo de legislação cível fundada na ótica patrimonial (*ter*). As ordens civis, influenciadas pelo constitucionalismo liberal, elegem a propriedade como centro do sistema.

Não foi diferente com o revogado Código Civil nacional de 1916⁸⁹. Seu artigo 524 demonstrava direta influência napoleônica, ao aduzir que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

Somente no século XIX é que este individualismo romano-napoleônico começa a ser mitigado, por meio das doutrinas socializantes, passando a ser enfocada a busca por uma função social da propriedade⁹⁰. Os textos da Constituição Mexicana de 1917, Russa de 1918 e de Weimar em 1919 inauguram um estado social, objetivando uma futura busca pela solidariedade⁹¹.

Propugna-se pelo conceito de propriedades funcionais (propriedades, pois a propriedade passa a ser enxergada como algo plural, e não unitário, conforme restará enfatizado no próximo item).

3.3 O RETORNO AO PLURALISMO: PROPRIEDADES

Com o advento da Codificação Francesa (Código Civil Napoleônico) e influência desse modelo no cenário ocidental, percebeu-se o início da era das codificações, a qual se desenvolveu, principalmente, no decorrer do século XVIII. Acreditava-se ser a melhor sistematização para o direito a disposição das normas de cunho privado em um único corpo: um código, o qual seria o estatuto da vida particular. Surgem os Códigos Cíveis nacionais.

O Código Napoleônico influenciou a grande maioria dos códigos civis do mundo ocidental, não sendo diferente com o Digesto Civil brasileiro de 1916. Percebe-se, assim, que

⁸⁹ Conforme já noticiado neste trabalho no capítulo anterior, o Código Civil de 1916 não é oitocentista, remontando o Século XX. Porém, por ser influenciado pelo ideal codificatório oitocentista, far-se-á, no decorrer do trabalho, uso da expressão remetendo-se à ordem civil brasileira revogada.

⁹⁰ Reitera-se que o tema função social, por necessidade didática, será tratado em capítulo a parte e específico sobre o assunto.

⁹¹ A evolução internacional e nacional do constitucionalismo, em paralelo com a função social da propriedade, será verificada em capítulo próprio.

o artigo 524 do Código Civil nacional de 1916 possuía redação análoga à do artigo 544 do Código Francês: ambos influenciados pelo ideal romano e disciplinando o mesmo tema: propriedade⁹².

Tinha-se na ordem legal brasileira à época um conceito unitário e absoluto de propriedade, transposto do ideal napoleônico-pandecista.

Durante a vigência do antigo Código Civil brasileiro de 1916, as relações sociais sofreram diuturnas inovações, tanto no Brasil como no mundo. A vida e as necessidades humanas restaram intensamente modificadas. A propriedade passou a abranger novos objetos, indo além das coisas corpóreas e imóveis; alcançando bens incorpóreos e imateriais⁹³.

No mesmo passo da história cresce o solidarismo social, em detrimento do individualismo de outrora, advindo idéias como a diminuição das desigualdades sociais e a dignidade da pessoa humana (Constituição Federal 1988). A propriedade passa a ser enxergada de forma plural, sendo o “começo do fim” de um modelo romano-francês absoluto.

Os vários tipos de propriedade que foram surgindo ficaram submetidos a diversas e específicas Leis esparsas⁹⁴, a exemplo da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) e Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98) - microsistemas e movimento de descodificação. Assevera Eduardo Takemi Kataoka (2000, p.463):

Não é necessário prosseguir para mostrar que a propriedade efetivamente mudou, e não pouco. De uma propriedade unitária, concebida como propriedade da terra, com sua disciplina inteiramente centrada no código civil de cada país, passa-se à era das propriedades, muito diversas entre si e ainda regulamentadas em diplomas extravagantes e diversos do código.

Neste cenário de transformações sociais e leis esparsas posteriores para regularem as mudanças, é que nasce a fragmentação do direito proprietário. Este passa a ser plural e social, em detrimento do unitário e absoluto anterior.

A existência de diversos tipos e regimes proprietários é noticiada, inclusive, pela doutrina estrangeira. Pietro Perlingieri (2002, p.218-219)⁹⁵ aborda decorrer a diversidade do caráter quantitativo e qualitativo do objeto da propriedade, bem como do sujeito proprietário

⁹² Tais artigos já foram transcritos neste capítulo.

⁹³ Hodiernamente entende-se que a expressão bem é gênero que tem como espécies bens corpóreos (coisas), e incorpóreos (imateriais), conforme afirmam Luiz Edson Fachin (2003b, p. 169-170), Patrícia Del Nero (2004, p. 39) e Arnaldo Rizzardo (2004, p. 184). Tal posicionamento não é uníssono na doutrina, sendo comentada a divergência ao ser tratado os direitos reais, ainda neste capítulo.

⁹⁴ Sobre o surgimento das leis esparsas, o seu objetivo e a sua utilização, vide o capítulo anterior deste trabalho, o qual abordou, inclusive, sobre os movimentos de codificação e descodificação. A repetição de tais assuntos neste ponto deixaria, desnecessariamente, o texto denso e cansativo.

⁹⁵ Pietro Perlingieri é doutrinador italiano cujas ilações são plenamente aplicáveis ao atual contexto brasileiro, até mesmo em razão da ordem jurídica nacional, principalmente a nível, inspirar-se na italiana.

(aspecto subjetivo). Cita-se:

139. *Objetos, sujeitos e estatutos proprietários* – Em geral, com base nas razões de ordem qualitativa, propõe-se uma distinção entre os vários regimes de propriedade em relação ao diverso bem que é o seu objeto. Esse é um perfil que pode ser aceito, mas que deve ser correlacionado, integrado com outro de natureza quantitativa.

[...]

O outro aspecto para o qual se justifica uma visão pluralista da propriedade é o sujeito. Também o aspecto subjetivo deve ser estudado em chave funcional: não basta afirmar que a propriedade é privada se é de um particular, e é pública se pertence a um ente público, como aparentemente a própria Constituição afirma (art. 42). Esse critério discretivo não é totalmente satisfatório já que mesmo se normalmente a propriedade que pertence a um ente público é “pública” e aquela de um particular é “privada”, pode acontecer que a propriedade de um bem produtivo que exerce uma função de interesse nacional ou utilidade geral, apesar de pertencer a um particular, seja submetida a uma disciplina publicista. [...].

A pluralidade proprietária foi além daquela que historicamente já existiu no globo terrestre. A evolução social e tecnológica levou à apropriação e determinação de valores econômicos a novos bens, não mais sendo restrito o objeto de propriedade à terra e outros bens corpóreos.

Passou a propriedade a abranger bens incorpóreos, sendo inserto no conceito tudo aquilo que possua um valor econômico, ou ainda possa ser aferido economicamente. O critério para apropriação perpassa pela possível valoração econômica do bem (RIZZARDO, 2004, p. 184).

Os bens incorpóreos adentram o objeto das propriedades, como percebe Luiz Edson Fachin (2003, p. 169-170):

Nessa qualificação jurídica, circunstância a se verificar é a corporeidade, ou a corporificação do objeto. Este precisa ser lotado num determinado corpo jurídico. Corpo não quer dizer apenas a possibilidade de ser tangível, de ser apreensível fisicamente, mas também compreende objetos incorpóreos. Neste ponto, o sistema claramente se deu conta de que se os bens materiais são corpóreos, há coisas que não são corpóreas e que podem ser objetos de direito. Um exemplo típico é o direito autoral, que na antiga expressão era propriedade imaterial. Por isso se admitiu, obviamente, a imaterialidade, porque a corporificação, à luz dos valores de seu tempo, não dá conta do conjunto de bens reputados como objeto de direito.

Há uma extensão do direito de propriedade, alcançando os bens imateriais, como as marcas de fábrica, as patentes de invenção, as obras artísticas e literárias. Aduz John Gilissen (2001, p. 647):

Por um lado, assistiu-se a uma extensão constante do direito de propriedade,

sobretudo no domínio dos bens incorporais. O que antes não podia ser objecto de propriedade passou a sê-lo, de acordo com leis cada vez mais numerosas: as marcas de fábrica, as patentes de invenção, as obras artísticas e literárias, etc... Formou-se, assim, uma propriedade industrial, literária, artística e científica.

O próprio conhecimento humano, devidamente registrado, passa a ser protegido como forma proprietária⁹⁶, possibilitando ao seu titular exclusiva exploração por um dado lapso temporal (monopólio) (DEL NERO, 2004, p. 39).

Hodiernamente, essa mudança de concepção é factível no ordenamento jurídico nacional, inferindo-se a partir de uma análise do tema em sede constitucional. Inicialmente, protege a Constituição Federal de 1988 a propriedade de forma genérica, ao preceituar no art. 5º, XXII:

XXII - É garantido o direito de propriedade;

Mais adiante, e ainda dentro do próprio artigo 5º, tutela a propriedade autoral e industrial, nos incisos XXVII, XXXIX:

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

XXXIX: 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 das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

A propriedade imóvel urbana não é esquecida, noticiada no art. 182, § 2º; *in verbis*:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Idem em relação à rural⁹⁷, prevista no artigo 186:

⁹⁶ O tema propriedade intelectual, um dos centros dessa dissertação, será aprofundado em capítulo específico.

⁹⁷ Interessante observar que ainda hoje há controvérsia entre o critério distintivo entre a propriedade urbana e rural. A dúvida persiste na escolha de um critério geográfico ou finalístico.

A Lei 8.629/93, a qual dispõe sobre a reforma agrária, no seu art. 4º, inciso I, conceitua imóvel rural exatamente como o fazia o Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), elegendo o critério de sua destinação; *in verbis*:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Ressalta-se que não seria de bom grado o constituinte originário realizar menção pormenorizada a cada espécie proprietária, até mesmo em razão da historicidade e relativismo conceitual do instituto, já explicitados.

Justo por isso que há, além de normas específicas, disciplina genérica e aberta que salvaguarda tutela às mais diversas propriedades. A semântica aberta do inciso XXII do art. 5º supramencionado possibilita proteger as mais diversas formas proprietárias, através de uma cláusula geral⁹⁸.

Não se pode negar o importante papel da ideologia capitalista na ampliação do conteúdo das propriedades. Com o escopo de aumentar o lucro e a produção, passou-se a valorar aquilo que tivesse, ao menos, estimação econômica, incluindo novos bens dentre os objetos proprietários.

A ideologia capitalista, que persisti como modelo econômico dominante, é mutável, adequando-se ao passar dos anos e criando necessidades e novas “patrimonialidades” aos homens. A hierarquia social, com a fragilização da divisão entre proletariado e donos dos meios de produção⁹⁹, passa a ser delineada pelo consumo.

“Art. 4 [...]

I – Imóvel Rural: o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial”.

Ocorre que a Constituição não se utiliza deste critério, abordando apenas as expressões propriedade urbana e rural.

O Código Tributário Nacional, por sua vez, faz uso do critério da localização: considera rural o imóvel localizado na zona rural, e urbano aquele que se encontra dentro do perímetro municipal, conforme seus arts. 29 e 32; transcreve-se:

“Art. 29. O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fator gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, fora da zona urbana do Município”.

“Art. 32. O imposto de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município”.

Em sendo a legislação agrária especial em relação à tributária, no particular, e não tendo o constituinte expressamente eleito critério distintivo, entende o autor que deve ser adotado o critério finalístico, até mesmo pelas mudanças na sociedade pós-moderna, com as agroindústrias na zona rural e enormes sítios em zonas urbanas.

⁹⁸ Cláusula geral foi tema tratado no capítulo segundo deste trabalho.

⁹⁹ É inegável a contribuição de Karl Marx e Friedrich Engels para os campos do saber. Porém, atualmente, fica extremamente complicado enxergar a divisão tão estanque entre aqueles que possuem os meios de produção e o

A sociedade de consumo eleva ao seu ápice aqueles que possuem determinados bens, criando-se meios de aumento da cadeia de produção. Criam-se novas necessidades, marcas, produtos...

Com o advento da propriedade móvel e o desenvolvimento da tecnologia, o que propiciou a interligação da economia mundial (internet), as ações das empresas passam a ser consideradas propriedade móvel, avaliadas no contexto do globo terrestre. O próprio capital especulativo tornou-se um tipo proprietário: bem passível de apropriação com determinado valor econômico. Também o conhecimento, como noticiado, tornou-se objeto das propriedades.

Em todo esse cenário de evolução mudou-se a ideologia, verificando-se que a propriedade móvel ganha maior espaço, em detrimento da imóvel. Os *softwares*, as letras musicais, as invenções, os modelos de utilidade, as próprias marcas, enfim: conhecimento devidamente registrado ganha valor e importância infinitamente aumentados em comparação a quaisquer bens imóveis.

Muda-se a concepção medieval e napoleônica-pandecista segundo a qual o imóvel traduz poder (relação terra e poder), passando a imperar a relação bem móvel e poder, melhor dizendo: conhecimento e poder (era do conhecimento).

Dessa maneira, diuturnamente a propriedade não mais tem o caráter uno de outrora, sendo plural. Sua caracterização irá depender do bem que esteja sob a sua égide e o sujeito que a possua. Interessante a citação de Paulo Luiz Netto Lôbo (1999, p.1):

A concepção de propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolvem a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos imobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. Os direitos autorais de *software* transformaram os seus titulares em megamilionários. As riquezas são transferidas em rápidas transações de bolsas de valores, transitando de país a país, em investimentos voláteis. Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento da função social.

Entrementes, com toda esta variação proprietária, há de perquirir-se qual o elemento unificador, o que dá essência às propriedades?

Confere-se à função social o papel unificador, como se verificará em capítulo próprio de desenvolvimento.

Dissertando sobre a evolução do conceito de propriedade, da sua gênese até os dias

proletariado. Os altos empregados, a exemplo de gerentes e diretores, e os autônomos, são apenas alguns exemplos que dificultam a inserção em uma ou outra categoria.

atuais, não restaria completa uma abordagem sobre o tema que não transpassasse pelas teorias explicativas do surgimento do instituto.

3.4 AS TEORIAS EXPLICATIVAS DO SURGIMENTO DAS PROPRIEDADES

Diversas teorias tentam explicar qual a origem da propriedade. Dentre as mais importantes, citam-se: a teoria da ocupação; a teoria da lei; a teoria do trabalho e a teoria da natureza humana.

Defende a teoria da ocupação que a propriedade surgiria mediante a ocupação pelo ser humano da coisa sem dono (*res nullius*). Inexistindo sobre a coisa o domínio de outrem, tornou-se proprietário aquele que se apossou, a ocupou pela primeira vez. Seguindo o curso da história, e devido ao caráter perpétuo da propriedade, esta foi mantendo-se até a atualidade, por meio de sucessivas transmissões.

A grande crítica feita à teoria da ocupação consiste em não restringir-se o direito de propriedade somente à vontade unilateral do ocupante, sendo que terceiros têm o dever de respeitá-lo (caráter *erga omnes*). Além disso, perde força a teoria acaso leve-se em conta a grande possibilidade de sua utilização afrontar a boa-fé.

A teoria da lei, também denominada de positivista, foi defendida por Hobbes, Bossuet, Montesquieu, Mirabeau e Bethan (RIZZARDO, 2004, p.180). Segundo este referencial, a propriedade consiste em uma concessão do direito. Explica-se: existe pelo simples fato de a lei tê-la criado e de garantir o seu exercício.

Essa teoria não sobrevive à constatação de que a propriedade antecede ao direito, conforme demonstrado neste trabalho¹⁰⁰, sendo que já existia até mesmo antes da tutela jurídica.

O ideal da especificação ou do trabalho, teoria criada por John Locke, demonstra outra linha para justificar o nascimento da propriedade individual. Partindo de uma visão impregnada pelo catolicismo, a propriedade individual, cuja origem remonta ao tempo de Adão, pertence a todos. É, porém, através do trabalho humano, o qual é de exclusividade do seu titular, que poderá surgir a propriedade privada. Através da semente e colheita surgiria a propriedade dos frutos; e por meio do cultivo da terra surgiria a propriedade imobiliária. Afirma Izabel Vaz (1992, p.26 - 27):

A teoria de John Locke para justificar a propriedade individual baseia-se na

¹⁰⁰ Remete-se ao primeiro tópico de desenvolvimento deste capítulo.

origem divina do legado concedido a Adão e sua prosperidade. Como se entende ser aquela propriedade comum aos homens, procura explicar as causas da apropriação privada dos bens (fruto, caça) e da terra pela utilização da razão, também dada por Deus. A terra e todas as criaturas inferiores são comuns a todos, diz Locke; mas cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa, à qual ninguém, senão ele, tem direito. “O trabalho do seu corpo e a obra das suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele”. Tudo que o homem, por meio do seu trabalho, retira do estado em que a natureza o deixou, torna-se sua propriedade, pelo acréscimo de algo que lhe pertence. Ao aplicar o homem o trabalho, que é a sua propriedade exclusiva, em colher um fruto, abater uma caça ou cultivar um pedaço de terra, adquire sobre estas coisas um direito privado, excludente de qualquer outro, ao menos enquanto houver bens em comum e suficientes para terceiros.

Segundo Locke, é quando o homem, por meio de seu trabalho, passa a ter uma produção maior do que sua absorção, que nascem as diversas valorizações das propriedades e a noção de novos direitos sobre elas, rompendo-se o equilíbrio e surgindo as desigualdades na distribuição dos bens.

A teoria do trabalho foi utilizada como fonte de inspiração do regime comunista. Segundo estes, a produção vem da força do trabalho. Logo, o operariado teria direito à exploração econômica do produto final do seu labor (RIZZARDO, 2004, p.181).

A teoria da natureza humana defende ser o fundamento da propriedade, com o perdão da tautologia, a própria natureza humana¹⁰¹. Ou seja, a propriedade é inerente ao ser humano, sendo pressuposto de existência e liberdade deste. Afirma Maria Helena Diniz (2002, p. 104):

O homem, como ser racional e eminentemente social, transforma seus atos de apropriação em direitos que, como autênticos interesses, são assegurados pela sociedade, mediante normas jurídicas, que garantem a promovem a defesa individual, pois é imprescindível que se defenda a propriedade individual para que a sociedade possa sobreviver. Sendo o homem elemento constitutivo da sociedade, a defesa de sua propriedade constitui defesa da própria sociedade. Assim, a propriedade foi concebida ao ser humano pela própria natureza para que possa atender às suas necessidades e às de sua família.

Justamente por isso é que a propriedade antecede, até mesmo, o direito positivo e o Estado, figurando como verdadeiro direito natural, inato. Arremata Maria Helena Diniz (2002, p. 103): “não hesitamos em afirmar que a corrente doutrinária mais sólida a esse respeito é a teoria da natureza humana, segundo a qual a propriedade é inerente à natureza do homem”, fato que concorda o autor.

Após a análise do histórico evolutivo e das teorias do surgimento da propriedade, passa-se verificar o tratamento conferido pelo vigente Código Civil ao abordar o tema,

¹⁰¹ Utilizou-se o autor neste trecho de pleonasmo enfático.

perpassando pelo desenvolvimento histórico do instituto no cenário nacional.

3.5 AS PROPRIEDADES NO BRASIL: DAS SESMARIAS ATÉ OS DIAS ATUAIS¹⁰²

A propriedade privada no Brasil originou-se a partir da propriedade pública: patrimônio da Coroa Portuguesa.

Após a descoberta do Brasil, os Portugueses tornaram-se proprietários das terras brasileiras. Por dificuldades administrativas, em razão da extensa área sob seu comando, além da distância entre a coroa e sua então colônia, não restou outra opção senão descentralizar a administração do território.

Gradativamente vai Portugal desfazendo-se do seu patrimônio. Possibilita a apropriação das terras públicas pelos particulares através de três formas principais: usucapião, as cartas das sesmarias e as posses sobre terras devolutas.

Sesmarias consistem em uma espécie de concessão dominial da cultura jurídico-agrária luso-brasileira, fundado no cultivo e desenvolvimento. A Coroa Portuguesa cedia aos particulares o seu patrimônio, condicionando esta cessão ao exercício de determinados deveres e exigências, os quais variavam conforme a realidade econômica. Sobre o instituto, comenta Laura Beck Varela (2002, p. 75):

Sua origem remonta à lei de D. Fernando de Borgonha, de 1375, quando surgira como resposta jurídica à crise de abastecimento e à queda demográfica vivenciada pelo reino luso, no período que se segue à Grande Peste. Nesta célere lei, ordenava o soberano que as terras que se encontrassem incultas e abandonadas deveriam ser distribuídas a quem quisesse aproveitar. Essa tarefa competia aos “sesmeiros”, homens-bons encarregados pela Coroa tanto da distribuição quanto da fiscalização do uso feito pelos beneficiados.

Ocorre, porém, que do nascimento das sesmarias já era possível verificar o futuro não promissor do instituto. Sendo concebida para aplicação em realidade totalmente diversa daquela do Brasil colônia¹⁰³, sofreram as sesmarias profundas alterações, todas com o único escopo de enquadrar-se na dinâmica realidade do escravismo colonial e sua economia.

Os deveres dos sesmeiros variavam a depender das exigências econômicas, do momento e da região. As concessões sempre se norteavam mediante critérios de

¹⁰² Ressalta-se, mais uma vez, que não será aprofundada a questão atinente à função social da propriedade neste tópico, já que este assunto será objeto de capítulo específico.

¹⁰³ As sesmarias consistem na transposição do espírito do modelo feudal europeu para o Brasil, com base no latifúndio. Muitos criticam veementemente esta transposição, a exemplo de Darcy Walmor Zibetti (2006).

favorecimento político. Apesar das tentativas da Coroa em combater a criação de latifúndios improdutivos - elegendo como requisito de concessão o cultivo - grandes extensões de terra acabaram nas mãos de poucos, devido ao elitismo local (VARELLA, 2002, p. 75).

Não atendendo ao escopo de sua criação, e gerando cenário desinteressante de distribuição territorial no Brasil do século XVIII, foram extintas as doações sesmeiras através da Resolução de 17 de julho de 1822. Este momento da história proprietária nacional coincidiu com a expansão da economia cafeeira, além do fim do tráfico negreiro, culminando na independência do país.

Independente politicamente e em evolução, necessita o Brasil melhor regular a propriedade privada, principalmente em razão do preocupante legado histórico sesmeiro.

Em 1850 é promulgada a Lei de Terras (Lei 601/50), a qual procurou estabelecer critérios para legitimar o direito à terra, tanto dos sesmeiros, quanto dos posseiros, organizando o quadro fundiário brasileiro.

É a Lei de Terras, juntamente com o regulamento de 1854, que traçam as bases legislativas para a disciplina do direito de propriedade nos moldes liberais, sendo flagrante a influência do movimento burguês Francês e do pensamento romano acerca da propriedade.

Passa a propriedade nacional, por conta das referências internacionais já mencionadas neste tópico, a ser vista sob o prisma de um direito absoluto, exclusivo e perpétuo. Esta mentalidade proprietária individualista, primordialmente influenciada através das leituras dos escritos franceses e dos estudos em Coimbra, terminou por desaguar em claro alcance do Código Civil brasileiro de 1916, o qual passou a vigor em 1917.

Herda a codificação de 1916, assim como todas aquelas inspiradas na era oitocentista, estrutura baseada no liberalismo fundante à época, acolhendo legado francês em relação à propriedade¹⁰⁴. O Digesto Civil de 1916, então, pauta-se em um regime de propriedade individual, absoluta, quase ilimitada, com a ótica patrimonialista do *ter*.

O advento da Constituição¹⁰⁵ de 1988, influenciada por novos paradigmas da era do *ser*, solidarismo social e dignidade da pessoa humana, inclui a função social da propriedade como conteúdo do direito de propriedade. Nesse sentido, destacam-se o art. 5º, XXII, XXIII, e o art. 170 da ordem Constitucional de 1988:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

¹⁰⁴ As influências oitocentistas da Codificação de 1916, e sua inspiração romano-francesa, já foi objeto de largo estudo neste capítulo, ao ser abordada a tentativa de unificação proprietária.

¹⁰⁵ O movimento da Constitucionalização do Direito Civil foi tratado no capítulo anterior, não sendo aconselhável a repetição daqueles conceitos nesse capítulo.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII – é garantindo o direito à propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade.

Como necessidade de adequação a esta ordem constitucional do *ser*, houve o afastamento do Código Civil de 1916, fincado no paradigma do *ter*. Nasceu a Codificação em 2002, a qual passou a vigor em 2003¹⁰⁶.

Assim é que o vigente Digesto Civil trouxe, no seu título terceiro do livro três, normas relativas à propriedade. Seguindo o modelo de cláusulas gerais¹⁰⁷, o Código Civil não encerra no seu bojo as espécies de propriedade, tratando de disciplinar o que, de uma forma geral, unifica e caracteriza o instituto: a função social da propriedade.

De forma inteligente - ao passo que consiste a propriedade em instituto histórico cujo conceito e objeto possuem variação no cenário geográfico, temporal e cultural - acaba o legislador infraconstitucional, bem como o constituinte, a trazer cláusula geral adaptável aos novos tempos.

É marcante a idéia de generalidade no caput do art. 1.228. Seus parágrafos exaltam o elemento unificador deste conceito aberto, ao falar da função social da propriedade; *in verbis*:

Art. 1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

¹⁰⁶ No capítulo de Constitucionalização foram verificados os princípios do Novo Código Civil, sua adequação à principiologia constitucional e demais temas relacionados à Constitucionalização do Direito Civil. Naquele momento verificou-se a motivação que levou ao advento do vigente Código Civil e revogação do pretérito.

¹⁰⁷ O tema cláusulas gerais foi abordado de forma aprofundada no capítulo anterior, o qual versou sobre a Constitucionalização do Direito Civil, e tratou sobre os princípios do vigente Código Civil. Naquele momento, em articulado específico, diferenciou-se o modelo de cláusulas gerais do modelo das cláusulas casuísticas, conceituando-se o instituto.

§3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Pela leitura do supracitado artigo, infere-se que, apesar de o seu *caput* ser praticamente idêntico ao do art. 524 do Código Civil anterior¹⁰⁸, os seus parágrafos trazem, invariavelmente, questões ligadas à função social da propriedade.

O parágrafo primeiro aduz a necessidade de proteção ao meio ambiente (fauna e flora) e patrimônio histórico; o segundo parágrafo condena o abuso de direito; no terceiro parágrafo é trazida à baila a idéia de desapropriação por interesse social (função social, mais uma vez); e nos parágrafos quarto e quinto, cuja redação sofre nítida influência do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), é trazida a possibilidade da chamada desapropriação judicial de imóvel, em razão do interesse social. (FIUZA, 2004, p.1133).

A redação dos parágrafos quarto e quinto do art. 1228 trazem grande controvérsia em razão da demasiada abertura semântica dos requisitos legais, traduzido nos seguintes conceitos indeterminados: “extensa área”; “considerável número de pessoas”; “obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

Por isso que Carlos Alberto Dabus Maluf chega a afirmar que se criou uma nova forma de perda do direito de propriedade, através de arbitramento judicial de uma indenização (FUIZA, 2004, p.1133).

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Andrea Leite Ribeiro de Oliveira (2007, p. 58) os aludidos parágrafos instituem uma espécie de desapropriação privada na qual o grande problema é quem será o responsável pelo não-pagamento do valor fixado na decisão. A redação dos parágrafos não confere norte ao operador do direito para solucionar a questão.

¹⁰⁸ Tendo em vista o art. 524 do CC/16 já ter sido transcrito neste trabalho, optou-se por não ser realizada nova transcrição.

Aliado a isso impende observar que o Conselho da Justiça Federal (CJF) exarou o Enunciado 241, na sua III Jornada de Direito Civil, asseverando que a propriedade apenas é transferida com o pagamento da indenização¹⁰⁹:

O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1228, § 5º), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz.

O mesmo CJF, em tentativa de sanar a omissão do legislador civil, afirma no Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil que: “A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, elas próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.”

Pela casuísta que rege o dispositivo legal, geralmente os possuidores não possuem recursos para o adimplemento do valor consignado na sentença, por serem pessoas de poucos recursos que formaram uma comunidade no terreno reivindicado. Nesta hipótese, deveria ser responsabilizado o próprio Estado, porquanto o caráter social do instituto, operando-se uma desapropriação indireta (GAMA, OLIVEIRA, 2007, p. 58).

Acontece, porém, que o poder público, em regra, não integra ação reivindicatória em comento, não podendo responder por valores advindos de sentença sem ter exercido os princípios constitucionais no devido processo legal, ampla defesa e contraditório.¹¹⁰

Para sanar a controvérsia, então, deve o Estado ser chamado para intervir na lide, porquanto o seu interesse de agir haja vista possível perda de valores por parte do ente público.

Seguindo análise das propriedades pelo Código Civil, infere-se a adoção da postura constitucional de uma propriedade plural e funcionalizada, quebrando o absolutismo e individualismo de outrora. Adentra a legislação civil infraconstitucional o “polissistema” proprietário, como percebe o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em interessante julgamento (MORAES, 2004, p. 266):

O direito privado de propriedade, seguindo-se a dogmática tradicional (Código Civil, arts. 524 e 27), à luz da Constituição Federal (art. 5º, XXII,

¹⁰⁹ Interessante observar, que o consectário do não pagamento da indenização deferida no julgamento da reivindicatória não é o desapossamento do terreno, mas sim a não transferência da propriedade (GAMA, OLIVEIRA, 2007, p. 58).

¹¹⁰ Conforme art.5º, LIV da Constituição Federal: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

CF), dentro das modernas relações jurídicas, políticas, sociais e econômicas, com limitações de uso e gozo, deve ser reconhecido com sujeição à disciplina e exigência da sua função social (art. 170, II e III, 182, 183, 185 e 186, CF). É a passagem do Estado Proprietário para o estado solidário, transportando-se do ‘monossistema’ para o ‘polissistema’ do uso do solo (arts. 5, XXIV, 22, II, 24, IV, 30, VIII, 182, §§ 3º e 4º, 184 e 185, CF) (STJ - MS nº 1.856-2/DF – 1ª Seção – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – *Ementário STJ*, nº 10/107).

Urge chamar a atenção para o fato de a legislação extravagante relativa às espécies de propriedade continuar em vigor, mesmo com o advento do vigente Código Civil. Obviamente, tais leis esparsas não de ser analisadas em conformidade com o Código e Constituição Federal, restando conferência de vigência àquelas que forem adequadas a esta nova ordem constitucional.

Não há revogação de plano das supramencionadas leis esparsas, por não ter o vigente Código Civil a feito expressamente, e nem disciplinado toda a matéria (como visto, o atual Código não abordou as espécies proprietárias).

Verificada a evolução do instituto no cenário nacional importante abordar a sua posição topológica no direito, analisando em que consiste a relação jurídica de direito real, com enfoque específico na propriedade.

3.6 A RELAÇÃO JURÍDICA PROPRIETÁRIA

Conforme verificado no decorrer do capítulo de constitucionalização e na evolução do direito de propriedade, a ciência jurídica sofreu grande influência da Revolução Francesa, principalmente no que diz respeito ao movimento constitucionalista e aos direitos privados.

Com a consagração da Revolução Francesa e a ascensão da então burguesia ao poder, percebe-se a tentativa de consagração do tripé revolucionário no corpo normativo. Busca-se a tradução do ideário burguês - liberdade, igualdade e fraternidade - nas disposições aplicadas às relações intersubjetivas. Tem-se a edição do Código de Napoleão, eivado do arcabouço ideológico revolucionário.

Há tentativa de assegurar a liberdade através da consagração de dois instrumentos principais: o direito de propriedade e a autonomia da vontade. Os contratos eram tutelados

com o escopo de promover a circulação da propriedade, a qual era o centro do ordenamento civil privatístico¹¹¹.

A igualdade era veiculada através de disposição normativa formal. Ainda não contemplava o ordenamento jurídico consistir a igualdade em tratar os iguais de maneira isonômica, e os desiguais na medida de sua desigualdade (Ideal Aristotélico)¹¹².

A Fraternidade era relegada ao segundo plano, pois a burguesia então ascendente preocupava-se demasiadamente com os dois outros itens revolucionários, principalmente com o ideal de liberdade. A única forma de solidariedade prevista era a possibilidade de obrigações solidárias, com vistas a maior possibilidade de adimplemento¹¹³.

Vivia-se o período de um constitucionalismo liberal, fincado em direitos individuais, em busca da satisfação do indivíduo. Os direitos subjetivos eram encarados sob esta perspectiva individual. Percebendo essa influência do ideário revolucionário na ciência jurídica afirma Fábio Konder Comparato (2001, p. 117):

A revolução, ao suprimir a dominação social fundada na propriedade da terra, ao destruir os ensinamentos e abolir as corporações, acabou por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstratos, perfeitamente isolados em seu egoísmo. Em lugar do solidarismo desigual e forçado dos estamentos e das corporações de ofícios, criou-se a liberdade individual fundada na vontade, da mesma forma que a filosofia moderna substituíra a tirania da tradição pela liberdade da razão. O regime da autonomia individual, próprio da civilização burguesa, tem seus limites fixados pela lei, assim como a divisa entre dois terrenos é fixada por cercas e muro. Os 'direitos do cidadão' passaram, então, a servir de meios de proteção aos 'direitos do homem', e ávida política tornou-se mero instrumento de conservação da sociedade civil, sob denominação da classe proprietária.

A partir da metade do Século XX experimenta-se a vivência do constitucionalismo social: é a busca do bem estar social (*Welfare State*). Posteriormente enxergam-se novos contornos do constitucionalismo, agora pautado na solidariedade. Altera-se a concepção acerca dos direitos subjetivos, conferindo-se um viés solidário¹¹⁴.

¹¹¹ Sobre o papel da propriedade no Código Francês e o caráter subsidiário dos contratos nesta codificação, consultar ponto deste trabalho que aborda acerca da tentativa de unificação proprietária, no qual há vasta doutrina acerca do tema, e transcrição de artigo do Código de Napoleão.

¹¹² Sobre o princípio da igualdade e a sua conformação material (desigualar os desiguais na medida de sua desigualdade) remete-se ao capítulo primeiro de desenvolvimento, especificamente os princípios tópicos de interpretação constitucional, onde o tema foi amplamente abordado.

¹¹³ Disciplina o Código Francês no art. 1200: "il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier".

¹¹⁴ Sobre o deslocamento do vértice axiológico do direito das patrimonialidades (ter) para o sujeito digno (ser), remete-se ao largo estudo realizado no capítulo primeiro de desenvolvimento.

Não passaram tais mudanças em branco pelo instituto da propriedade, a qual, de absoluta passa a funcionalizada. Deixa a propriedade uma ótica individualista e busca uma perspectiva digna e solidária.

Percebe-se que o conceito de propriedade, assim como a relação jurídica propriedade, é alterado, sendo necessário a sua verificação a partir do conhecimento desta mudança de paradigmas.

Por ser inserida a propriedade na categoria dos direitos reais, mister a caracterização deste, analisando-se o fenômeno proprietário enquadrado como direito real. Será perquirido o conceito de direitos reais em face dos obrigacionais e, paralelamente, conceituada a relação jurídica proprietária.

3.6.1 Conceito e Características dos Direitos Reais

Direitos reais consistem no conjunto de normas reguladoras das relações jurídicas, referentes aos bens¹¹⁵ suscetíveis de apropriação pelo homem, segundo uma finalidade social.

Tanto os direitos reais como os obrigacionais inserem-se no campo dos direitos patrimoniais, pois ambos versam sobre patrimonialidades (PERLINGIERI, 2002, p. 202). Os direitos reais abordam acerca da situação de domínio que o sujeito possui sobre a coisa, enquanto os obrigacionais veiculam normas relacionadas às transferências de propriedades, a situações de crédito.

¹¹⁵ A concepção atual dos Direitos Reais remete como seu objeto bens, e não coisas (CHAVES, ROSENVALD, 2006, p. 1) (FACHIN, 2003b, p. 169-170), (DEL NERO, 2004, p. 39) e (RIZZARDO, 2004, p. 184).

O fenômeno de apropriação envolve uma série de objetos com valor econômico, como visto no decorrer deste capítulo. Por sua vez, infere-se que expressão coisa remete apenas a bens corpóreos (materiais), enquanto bens não são necessariamente materiais, envolvendo os incorpóreos.

Em sendo bem expressão genérica que envolve coisas corpóreas e incorpóreas, e verificando-se que a propriedade pós-moderna tem como objeto tanto bens materiais como imateriais, prefere-se inserir no conceito de direito real a expressão bens no lugar de coisa.

Pela mesma linha de raciocínio prefere-se a expressão direito reais em lugar de direito das coisas, pois aquela é capaz de retratar o fenômeno de apropriação pós-moderno de maneira mais exata. Pode-se afirmar que os direitos reais é gênero que regula as relações de domínio, enquanto a seara dos direitos das coisas é uma espécie vinculada ao domínio de coisas corpóreas.

Mister observar, porém, que a doutrina não é uníssona em relação à carga semântica conferida aos termos bens e coisa. Há posicionamentos que defendem o inverso do anteriormente afirmado, seguindo o trilha segundo o qual coisa é gênero do qual bem é espécie.

Seguindo esta concepção, conferir Silvio do Salvo Venosa (2006, p. 1) e Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 1). Para tais autores coisa é um conceito que perpassa pelo ideal de economicidade, podendo envolver tanto as corpóreas como as incorpóreas. Defendem, ainda, que a expressão direitos reais é sinônima de direito das coisas, pois *res* significa, justamente, coisa.

Decerto, apesar da notoriedade de tais autores, segue este trabalho a noção segundo a qual bem é gênero, sendo coisa espécie que remete a um ideal de corpo, substância. Em sendo bem gênero, engloba até mesmo bens que não são passíveis de domínio, como o ar atmosférico, a honra, a moral, etc...

Devido a esse fator de confluência, há teses unitárias ou monistas, cujo escopo é a unificação dos direitos reais e obrigacionais em uma única espécie: direitos patrimoniais. Para esta matriz teórica os direitos obrigacionais não recaem sobre a pessoa, mais incidem sobre seu patrimônio, assim como os reais.

Contraopondo-se ao ideal unitário, verifica-se a teoria dualista, a qual enxerga contraposição entre o direito pessoal (obrigacional) e real, ao passo que o objeto daquele envolve uma prestação, e deste um bem suscetível de valoração econômica.

Somando-se a tais teorias observa-se a existência de duas perspectivas de verificação da relação jurídica de direito real: uma realista, que concebe que há relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa; e uma personalista, a qual defende que apenas existe relação jurídica se houver intersubjetividade.

Infere-se que nos direitos reais o titular possui o domínio sobre uma coisa, a qual se submete ao ser humano. Tal relação de domínio é oponível contra todos (caráter *erga omnes*). Analisada de forma isolada, o domínio não consiste em relação jurídica, pois lhe falta o indispensável requisito da intersubjetividade. Não há intersubjetividade entre um homem e uma coisa: o que existe é submissão da coisa em relação ao homem, que a domina. A coisa não resiste ao homem; submete-se¹¹⁶.

A relação jurídica é observada entre o titular do domínio sobre a coisa e o sujeito passivo universal. O titular do direito real tem uma relação de domínio (poder) sobre uma coisa, e esta relação de domínio é oponível contra todos (*erga omnes*), cabendo ao sujeito passivo universal um dever de abstenção (*excludenti omnis alio*).

A soma do domínio com a abstenção do sujeito passivo universal significa uma situação de direito real. Observa-se nesta soma que o direito real tem, no seu bojo, uma relação de cunho obrigacional, no momento em que envolve uma obrigação negativa de abstenção do sujeito passivo universal.

Tal sujeito passivo universal é determinado toda vez em que há violação do direito real. Neste momento, observa-se que o sujeito determinável torna-se determinado, ganhando corpo em um ou alguns transgressores.

Percebe-se, então, que domínio é diferente de propriedade, pois aquele engloba a relação de sujeição do objeto do direito ao seu titular; enquanto a propriedade soma a esta relação de domínio a abstenção do sujeito passivo universal (ARRONE, 1999, p. 91).

¹¹⁶ Assim, apenas há relação jurídica na ilha em que estava Robson Cruzé no momento em que ele encontra o índio sexta-feira. Em um exemplo mais recente pode-se observar no filme o naufrago, no qual inexistente relação entre Tom Hanks e Wilson (uma bola de basquete).

Adota-se, hodiernamente, a idéia de que a relação existente nos direitos reais é personalista¹¹⁷, entre sujeitos (*proportio hominis ad hominem*). Não mais resiste a concepção de que a relação jurídica do direito real é realista, entre a pessoa e a coisa, por ausência de vínculo intersubjetivo (CHAVES, ROSENVALD, 2006, p. 4).

As teorias realistas ou clássicas¹¹⁸, porquanto enxergar o direito real como absoluto (ideal romano-napoleônica), o identificavam em uma relação entre sujeito e objeto, incompatível com o caráter intersubjetivo do direito. Fundava-se esta equivocada noção na própria concepção da propriedade, imbuída do espírito liberal não-intervencionista de um Estado mínimo, para o qual era dever apenas tutelar os proprietários. Visavam despersonalizar o direito, patrimonializando-o.

Há de observar, porém, que a teoria personalista também é alvo de importantes críticas. A mais perceptível é o artificialismo residente em uma relação na qual há no pólo passivo um sujeito universal e determinável.

De fato, ninguém pensa em inserir no seu patrimônio, como saldo negativo, a necessidade de respeitar os direitos reais de outrem. Tal respeito é inerente às relações humanas, consistindo em uma regra de conduta. Além disso, as demais relações jurídicas também exigem o dever de respeito, não havendo de falar-se em sujeição passiva universal (GOMES, 2007, p. 14).

Mesmo com tais críticas, entende o autor que a teoria realista não subsiste, em razão da necessidade intrínseca de intersubjetividade nas relações jurídicas. Dessa forma, segue o trabalho a linha personalista.

Demais disto, malgrado a inserção dos direitos reais e pessoais em uma seara patrimonial, há importantes diferenças entre a normatização desses setores civis. No direito real há presença de um bem como seu objeto (*jus in re*), enquanto no direito obrigacional de uma prestação (*jus ad rem*)¹¹⁹. Este fato, por si só, já é capaz de exigir diferentes regramentos.

A diversidade de princípios aplicáveis a tais relações demonstra a necessidade de normas diferenciadas. Nessa senda, segue o trabalho a linha dualista. Apesar disso, não deixam de ser verificadas, por conta do caráter patrimonial de proximidade, zonas de confluência, como será analisado ainda neste tópico.

¹¹⁷ São importantes referenciais da teoria personalista Plainol, Michas, Demogue e Ripert (GONÇALVES, 2006, p. 9).

¹¹⁸ São baluartes da teoria realista Rigaud e Bonnacase (GONÇALVES, 2006, p. 9).

¹¹⁹ *Jus in re* e *Jus ad rem* são expressões que remetem ao Século XII, por influência do direito canônico, visando distinguir direitos reais e obrigacionais (DINIZ, 2007, p. 11).

Do conceito de relação jurídica proprietária infere-se que os direitos reais possuem alguns traços característicos, os quais o diferenciam do ramo obrigacional. Faz-se necessário o confronto entre essas duas espécies de direitos subjetivos.

O primeiro traço distintivo é que os direitos reais são absolutos¹²⁰, oponíveis contra todos (caráter *erga-omnes*), existindo um dever geral de abstenção do sujeito passivo universal (*excludenti omnis alios*). Não quer significar o absolutismo que o direito real é ilimitado. Todo direito possui limites, não sendo diferentes com os direitos reais¹²¹.

Já os direitos obrigacionais são relativos, existindo um sujeito passivo obrigado determinado ou determinável na relação jurídica, do qual pode ser exigida uma prestação positiva ou negativa. Não há como exigir tal prestação de outrem, mas apenas dos sujeitos obrigados.

Afirma-se, então, que os direitos reais possuem eficácia externa, enquanto os obrigacionais têm eficácia interna.

Os direitos reais são imediatos, pois constata-se relação direta de domínio do seu sujeito com a coisa: objeto do direito. O sujeito do direito real conjuga o verbo ter em relação a uma coisa intensa e durável (VARELA, 2003, p. 166).

Os direitos obrigacionais são mediatos, pois o sujeito ativo não possui tão íntima relação com a prestação, dependendo o cumprimento desta da colaboração de outrem: direitos de cooperação. São relações mais efêmeras, caracterizadas pelo verbo agir (CHAVES, ROSENVALD, p. 5).

O objeto do direito real há de ser atual e publicizado (registrado)¹²², enquanto o obrigacional pode ser futuro e privado (consensual).

Em sendo uma relação mais intensa, os direitos reais aderem ao bem, podendo o seu titular perseguir (reivindicar) o objeto do seu direito aonde e com quem quer que esteja: é o direito de seqüela (*jus persequendi*), também chamado de princípio da aderência ou inerência. Tal atributo da seqüela inexistente nos direitos obrigacionais e realça o aspecto dinâmico dos direitos reais.

Em decorrência do absolutismo e da seqüela há nos direitos reais a prerrogativa da preferência (*jus praeferendi*), a qual consiste no privilégio que o titular do direito real possui

¹²⁰ Também são absolutos os direitos da personalidade, os quais detêm caráter absoluto e extrapatrimonial.

¹²¹ O próprio modelo romano proprietário trazia limites ao instituto com os direitos de vizinhança, como aprofundado neste capítulo ao ser abordada a tentativa de unificação da propriedade em uma única espécie: imóvel.

¹²² O registro é traço marcante principalmente no que tange aos bens imóveis (art. 1.227 do Código Civil), consistindo em modo de aquisição da propriedade. Na seara dos bens móveis, impõe-se como principal mecanismo de aquisição da propriedade a tradição.

em obter pagamento de um débito com o valor do respectivo bem que garante a sua satisfação.

Nos direitos obrigacionais não há preferência, porém subsiste instrumento análogo, denominado de privilégio legal. Este consiste em direito obrigacional cujo interesse público gera privilégio em relação aos demais direitos obrigacionais existentes. Um bom exemplo é a preferência de algumas modalidades de créditos na recuperação judicial, como os acidentários e os fiscais¹²³.

Tais privilégios diferem da preferência, característica dos direitos reais, no momento em que esta diz respeito a um bem específico e aqueles atingem todo o patrimônio do executado.

Em sendo oponível contra todos, os direitos reais assumem posição social de suma importância, tendo ingerência que vai além dos titulares dos direitos, atingindo os não-titulares.

Em vista da sujeição passiva universal, que gera um dever de abstenção geral, os direitos reais não de ser instituídos por lei, para que haja prévio conhecimento da coletividade. O art. 1225 do atual Código Civil, em enumeração taxativa¹²⁴, dispõe quais são os direitos reais, listando: a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o

¹²³ Os privilégios legais são perceptíveis na Lei de Recuperação Judicial (Lei 11.101/05), a qual determina os créditos privilegiados no seu art. 83:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

a) os previstos no [art. 964 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002](#);

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

V – créditos com privilégio geral, a saber:

a) os previstos no [art. 965 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002](#);

b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;

c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

VI – créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício

¹²⁴ Enumeração taxativa também é chamada de fechada, *numerus clausus*, típica...

direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca, a anticrese, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso.

A atual relação dos direitos reais do vigente Código Civil é diversa daquela constante no de 1916, não abrangendo as rendas constituídas em imóveis, proibindo novas enfiteuses¹²⁵ e inserindo o direito de superfície.

Há direitos reais tipificados fora do art. 1.225, a exemplo do pacto de retrovenda (art. 1.140 a 1.143 do Código Civil) e da retenção (GONÇALVES, 2006, p. 15).

Os direitos obrigacionais não possuem tipicidade, sendo números abertos (*apertus*). A autonomia privada possui espaço de atuação bem mais amplo, segundo a principiologia do Código Civil. Traduz essa premissa o art. 425 do Código, ao afirmar que: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste código.”

Interessante observar, porém, que a tipificação do art. 1225 não impossibilita uma atuação, ainda que reduzida, da autonomia privada, desde que moldada à função social e demais preceitos normativos. Exemplifica esta atuação os contratos de Shopping Center e multipropriedade (GONDINHO, 2001, p. 154).

Porquanto a inserção dos direitos reais e obrigacionais nas situações patrimoniais, percebe-se encurtamento entre esses ramos do direito civil, existindo uma zona grise de confluência. São as denominadas situações mistas (PERLINGIERI, 2002, p. 203). Tal zona de confluência justifica-se, inclusive, por possuir a relação de direito real, no seu íntimo, uma relação obrigacional, como noticiado neste mesmo articulado.

Exemplificam tal zona as seguintes percepções: a) as relações obrigacionais também possuem tutela externa, devido a função social do contrato¹²⁶; b) não apenas laços obrigacionais, mas também direitos reais podem nascer de negócios jurídicos (promessa de compra e venda); b) alguns direitos reais são criados para aumentar a eficácia dos obrigacionais, a exemplo dos direitos reais de garantia (ex.: hipoteca, penhor); c) mesmo dentro do campo dos direitos reais existem obrigações recíprocas entre as partes, como no usufruto; d) há direitos obrigacionais que decorrem de uma relação real, como as obrigações *propter rem*¹²⁷; e) a violação de direitos reais pode gerar responsabilização civil através de

¹²⁵ Afirma o art. 2038, caput, do Código Civil vigente: “Fica proibida a constituição de enfiteuse e subenfiteuses, subornando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores”.

¹²⁶ Tema aprofundado no capítulo primeiro ao ser abordada a sociabilidade no Código Civil.

¹²⁷ As obrigações *Propter Rem* também são chamadas de *Ob Rem*, *In Rem Scriptae* e ambulatoriais. Elas aderem à coisa e com ela se movimentam, consistindo em direitos reais *in faciendo*. Há obrigação em virtude da situação proprietária.

Nessa espécie de vínculo, o credor e o devedor são individualizados não em razão da autonomia privada, mas sim em decorrência da titularidade da coisa, sendo obrigado àquele que é titular do direito real. Há possibilidade

indenização, típica dos direitos obrigacionais, f) também há hipóteses nas quais vínculos obrigacionais possibilitam a adjudicação da coisa, tendo a obrigação uma eficácia real (reipercutória)¹²⁸

São as mais diversas as classificações relacionadas aos direitos reais, sendo a mais difundida aquela que os divide em propriedade e direitos reais sobre a coisa alheia (direitos reais limitados).

A propriedade consiste no centro dos direitos reais, daí nascendo a idéia de fruição, garantia e aquisição. Propriedade é *jus in re própria*, sendo o único direito real de manifestação obrigatória no ordenamento jurídico nacional. É a manifestação primária e fundamental dos direitos reais, tendo o complexo de atribuições de uso, gozo, disposição e reivindicação. Traduz a maior extensão faculdades inerentes a uma coisa.

Interessante observar que a propriedade é elástica, inserindo no seu conteúdo diversas faculdades, todas elencadas no já citado art. 1228 do Código Civil. A retirada temporária de uma dessas faculdades não extingue o direito real de propriedade, que depois é restabelecido em sua formação mais plena, alodial (ALVES, 1992, p. 52).

Direitos reais na coisa alheia ou limitados são *jus in re aliena*. Decorrem do domínio da coisa e subsistem de forma concomitante com a propriedade. Consistem na fragmentação das faculdades do proprietário de uso, gozo e fruição. Com o desdobramento das faculdades são criados os chamados gravames.

de sucessão do débito em decorrência de alteração na titularidade do direito real. Exemplificam tal modalidade obrigacional a do condômino em contribuir para a conservação da coisa, a do dono do imóvel confinante de concorrer para as despesas de construção dos tapumes divisórios, a relativa ao Imposto Territorial Urbano (IPTU), etc...

O abono liberatório ou renúncia liberatória é a possibilidade do devedor da obrigação *Propter Rem* desvincular-se desta renunciando ao direito real em favor do credor Ex.: Entrega do imóvel para desvincular-se de dívida de IPTU.

A obrigação *Propter Rem* não tem como elemento necessário para a sua constituição o registro. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Despesas condominiais. A inexistência de registro de título aquisitivo da unidade residencial não afasta a responsabilidade pelas despesas do condômino, independentemente de ainda não ter sido feito o registro” (RSTJ, 128/323, 129/344).

¹²⁸ Sobre o tema disciplina o art. 33 da Lei de Inquilinato (Lei 8.245/91):

Art. 33 - O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no Cartório de Imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.

Parágrafo único - A averbação far-se-á à vista de qualquer das vias do contrato de locação, desde que subscrito também por duas testemunhas.

Verifica-se que tal espécie obrigacional transcende o seu caráter relativo, atingindo terceiros em decorrência do registro (publicização).

A doutrina distingue a obrigação que possui uma eficácia real daquela denominada de *Propter Rem*. Esta decorre do domínio sobre a coisa, e a obrigação com eficácia real é aquela que é oponível em relação a terceiros em virtude do registro.

Certo que tanto a obrigação ambulatorial, como aquela denominada de real, situam-se na zona de confluência entre os direitos reais e obrigacionais.

Quando há concorrência entre a propriedade e os direitos sobre a coisa alheia, há fragmentação o direito de propriedade, com maior possibilidade de conflitos. Por isso, a lei identifica como temporários os direitos reais sobre as coisas alheias, sendo a vitaliciedade do usufruto, conforme o art. 1485 do Código Civil, o termo máximo.

3.6.2 O Conceito de Propriedade

Verificou-se no decorrer do capítulo que a inviolabilidade napoleônica do modelo proprietário ergue, em sua influência no cenário ocidental, um *standart* civilista pautado na proteção do direito subjetivo de propriedade. Infere-se uma propriedade, nos moldes liberais, como o direito subjetivo mais sólido e amplo existente, consistindo o cento dos direitos reais.

A evolução do conceito de direito subjetivo, em razão de influências dos movimentos constitucionais, acaba por modificar o caráter absoluto da propriedade, a fucionalizando em prol dos não-proprietários.

O vigente Código Civil, impregnado de solidarismo social, não conceitua a propriedade, enumerando apenas os poderes do proprietário de usar, gozar, dispor e reivindicar (*jus utendi, fruendi, abutendi e rei vindicatio*). Por propriedade tem-se a soma de todas as possíveis faculdades conferidas pelos direitos reais.

Então, questiona-se: o que é a propriedade?

A origem etimológica do instituto não é precisa. Uns entendem que vocábulo remonta o latim *proprietas*, derivado de *proprius*, designando o que pertence a uma pessoa. Traduz a apropriação de um bem por uma pessoa, seja este corpóreo ou incorpóreo. Outros defendem que a origem epistemológica remonta *domare*, que significa dominar, sujeitar (DINIZ, 2007, p. 112). Ocorre que, como já analisado no tópico anterior, domínio e propriedade são expressões com significações diversas na seara do direito.

Consiste em direito subjetivo, importantíssimo para o campo privado, que envolve uma relação jurídica de direito real segundo um viés personalista, com a soma do domínio – sujeição da coisa ao titular do direito – e a abstenção do sujeito passivo universal – traço obrigacional do direito de propriedade. Têm no seu conteúdo todas as faculdades dos direitos reais fundidas em uma unidade global, traduzindo a matriz desse ramo do direito civil.

O direito de usar consiste na possibilidade de retirar da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem que haja modificação de sua substância. Engloba a possibilidade de utilização própria da coisa, ou através de terceiro autorizado, sem o cometimento de abuso de

direito.

O gozo é a percepção dos frutos, fruindo a propriedade e a explorando economicamente.

O direito de dispor é a faculdade de alienar o objeto da propriedade, seja a título oneroso ou gratuito, possibilitando ainda gravar a coisa com outros direitos reais, limitando a propriedade.

A reivindicação é o direito de seqüela, já abordado no tópico anterior, o qual consiste na possibilidade de perseguir a propriedade que esteja com terceiros.

Decorre a propriedade da própria natureza humana, sendo inerente ao ser¹²⁹. O instituto molda-se à realidade social dinâmica, recebendo novos contornos a depender dos influxos sociais e o respectivo estatuto proprietário¹³⁰.

O direito subjetivo de propriedade, em atendimento à sua feição liberal, contém a tutela dos proprietários - com o direito de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa - aliada a proteção dos não proprietários, com atenção aos seus contornos sociais: função social da propriedade.

Diuturnamente a propriedade não contempla somente um direito individual, mais sim um direito complexo, que encerra uma esfera individual e outra difusa, em respeito aos não-proprietários e demais situações proprietárias.

Definir propriedade, portanto, perpassa pela verificação do tema função social, o que será feito em capítulo específico de desenvolvimento. Logo, o conceito de propriedade ainda será retomado, sendo verificado em um viés de direito-função.

¹²⁹ Conforme estudado neste capítulo, ao ser noticiadas as teorias que tentam justificar o surgimento das propriedades.

¹³⁰ Já se verificou neste capítulo que a propriedade pós-moderna é plural, moldando-se conforme o contexto geográfico, espacial e cultural.

4 A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Do primeiro machado aos computadores de terceira geração e às naves-sonda interplanetárias, verifica-se o mesmo e único fenômeno de subjugação da natureza pelo homem, compondo todo o universo de instrumentos que o homem colocou à sua disposição em decorrência da aplicação de sua capacidade criativa ao campo da técnica
Patrícia Aurélio Del Nero (2004, p. 36)

A propriedade industrial e a autoral situam-se como temas relacionados à propriedade intelectual. Dessa forma, será iniciado o capítulo abordando sobre o gênero (propriedade intelectual) e a diferenciação entre suas espécies (autoral e industrial), para então ser conferido o recorte temático na seara da propriedade industrial.

Já no campo da espécie industrial, em vista do problema eleito, será conferido maior enfoque às patentes. Objetivando não transformar o trabalho em um verdadeiro guia sobre patentes, não serão verificadas questões procedimentais de obtenção das patentes¹³¹, sendo buscado uma revista geral no conteúdo do instituto.

Para tanto, far-se-á estudo sobre a propriedade intelectual; a distinção entre as suas espécies; uma específica visita à propriedade industrial e, enfim, a análise mais profunda das patentes.

Então, no capítulo posterior de desenvolvimento será analisado o que vem a ser um medicamento, sendo fechado o conceito de patentes de medicamentos, essencial para o trabalho.

4.1 PREMISSAS CONCEITUAIS

Ainda hoje não é possível inferir claramente a exata dimensão dos conceitos: propriedade intelectual; propriedade imaterial; propriedade autoral e propriedade industrial.

Para uns, a propriedade imaterial é o gênero, cujas espécies são a propriedade autoral (a qual é considerada sinônima da intelectual) e a industrial.

Outros defendem ser a propriedade imaterial o gênero (sendo intelectual o seu

¹³¹ Sobre o procedimento de obtenção das cartas-patentes, interessante consulta ao site do Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI): www.inpi.gov.br, o qual traz gráfico das etapas a serem vencidas. Decerto, em alguns trechos, por necessidade de exposição, perpassará o trabalho por abordagem procedimental; porém de forma *en passant*.

sinônimo), cujas espécies são a autoral e a industrial.

Há, ainda, àqueles que, ao invés de explicar, complicam, utilizando os conceitos acima de forma aleatória, sem prévia determinação exata das respectivas cargas semânticas.

Esta confusão terminológica prejudica o estudo do tema, não revestindo o objeto de análise com linguagem delimitada e precisa (DEL NERO, 2004, p. 44).

Para a realização deste trabalho fica estabelecido que será considerado como gênero a propriedade imaterial ou intelectual (conceitos idênticos), sendo suas espécies a propriedade autoral e a industrial. Tal hipótese é traçada baseada em importantes referências teóricas, como será demonstrado no tópico subsequente, o qual parte da gênese do instituto e busca a sua delimitação.

Ainda como premissa, afirma-se desde já que não se está preocupado em traçar neste trabalho qual a pertinência do tema propriedade intelectual em relação aos diversos ramos do direito, como o civil, comercial, constitucional...

No capítulo primeiro de desenvolvimento, ao ser abordada a Constitucionalização do Direito Civil, já foram ultrapassadas tais questões, sendo reconstruído um paradigma de construção do conhecimento com o escopo de solução de problemas, fincados na interdisciplinaridade¹³².

A propriedade intelectual, conforme se verificou no capítulo segundo de desenvolvimento, ao abordar o tema Propriedades, é mais uma espécie proprietária, traduzindo sua plural concepção pós-moderna.

Todavia, isto não significa que a legislação aplicável ao modelo proprietário clássico (imóvel e móvel) deve ser transposta à modalidade intelectual. Há regramento próprio tanto no ordenamento interno, como no campo internacional.

4.2 CONCEITO E EVOLUÇÃO

O homem, ser racional que vive e convive interagindo com a natureza, durante a sua existência aprendeu a conhecer melhor os recursos naturais, os utilizando e modificando ao seu favor.

Como bem pontua Patrícia Aurélio Del Nero (2004, p. 36), desde a ação do primeiro

¹³² Para aqueles que pretendem, porém, verificar os posicionamentos doutrinários sobre o assunto, interessante consulta à obra de Carla Eugênia Caldas Barros (2004, p. 30-39), a qual compila o posicionamento de Teixeira de Freitas, Pontes de Miranda, Gama Cerqueira, Picard, J. Kohler, Fransceschelli, Alois Troller, Paul Roubier e Clóvis Bevilacqua. Ainda mais interessante, para aprofundamento, consulta direta a tais fontes.

machado, aos computadores de terceira geração e às naves-sonda interplanetárias, verifica-se o mesmo e único fenômeno de subjugação da natureza pelo homem, compondo, todos, o universo de instrumentos que o ser humano colocou à sua disposição, em decorrência da aplicação de sua capacidade criativa ao campo da técnica.

Surge, assim, a propriedade decorrente da criação intelectual humana.

4.2.1 Do Surgimento à Revolução Industrial

Desde que o homem passou a interagir com a natureza, começou a tentar subjugar-la, em um viés utilitário. Descobriu na argila importante material a ser empregado para confeccionar recipientes e guardar alimentos. Nas fibras, o componente ideal para cobrir o corpo nu e proteger-se das intempéries. A pedra de *sílex* para confeccionar instrumentos de proteção contra os animais...

Nasceu a técnica.

Ao lado da técnica, adveio o desenvolvimento do chamado senso estético, o qual se traduziu na arte e exteriorização da capacidade criativa. Surge a linguagem, materializada nos desenhos nas cavernas, pelos quais os homens primitivos narravam as suas histórias. Notícia Newton Silveira (1998, p.5):

Já verificamos que a criatividade do homem se exerce ora no campo da técnica, ora no campo da estética. Em consequência, a proteção jurídica ao fruto dessa criatividade também se dividiu em duas áreas: a criação estética é objeto do direito de autor, a invenção técnica, da propriedade industrial.

Nasce a propriedade imaterial entendida como o produto do intelecto do homem, seja através da técnica (da qual se origina a propriedade industrial), seja através do senso estético (do qual se origina a propriedade autoral) (MUJALLI, 1997, p.20).

A propriedade intelectual é qualificada como imaterial (sinônimos) devido ao fato de seu objeto ser um bem incorpóreo, impassível de ser tocados pelo corpo, porém de possível contemplação e valoração econômica. É o gênero do qual defluem a industrial (técnica) e autoral (senso estético), conforme aborda Fabio Ulhoa Coelho (2004, p.143)¹³³:

Os bens sujeitos à tutela jurídica sob a noção de “propriedade industrial” (isto é, as patentes de invenção, as marcas de produtos ou serviços, o nome empresarial etc.) integram o estabelecimento empresarial. São, assim, bens

¹³³ No mesmo sentido é a opinião de Arnaldo Rizzardo (2004, p. 728) e Tavares Paes (2000, p.1), os quais expressam ser a propriedade intelectual ou imaterial gênero, cujas espécies são a industrial e a autoral.

imateriais da propriedade do empresário. Há, porém, outros bens da mesma natureza, cuja tutela segue disciplina diversa, a do direito autoral.

O conjunto destas duas categorias de bens é normalmente denominado “propriedade intelectual”, numa referência à sua imaterialidade e à origem comum, localizada no exercício de aptidões de criatividade pelos titulares dos respectivos direitos. [...]. O direito intelectual, deste modo, é gênero, do qual são espécies o industrial e o autoral.

No período histórico que se estende dos primórdios até meados da Revolução Industrial, a produção imaterial se resumia a um único exemplar, ou quantos o seu inventor/autor produzisse. Logo, malgrado verificar-se na Atenas de Péricles (Idade Antiga) e no Renascimento (Idade Média) o grande esplendor da produção imaterial, o plágio, em tal contexto, era incipiente (SILVEIRA, 1998, p.13):

A primeira legislação que se tem notícia versar sobre propriedade intelectual data de 510 Antes de Cristo (A.C.). Refere-se a uma colônia situada no sul da Itália, chamada Sybaris, a qual conferiu direito de exclusividade pelo prazo de um ano ao inventor (BABORSA, 2003, p. 25).

As primeiras cartas de proteção outorgadas, tutelando privilégios, remontam à Idade Média. O primeiro privilégio de que se tem notícia foi o concedido pelo Feudo de Veneza, em 1469, pelo qual foi outorgada, a seu titular, a exploração de uma máquina de impressão pelo período de cinco anos (BLASI, GARCIA, MENDES, 1997, p.3).

Na França os privilégios eram concedidos para a industrialização de produtos, a exemplo do privilégio concedido a Philippe de Cacquery para explorar a fabricação de vidros (BLASI, GARCIA, MENDES, 1997, p.3).

De fato, os privilégios na Idade Média não asseguravam a real tutela aos seus criadores. Decorriam de questões ligadas à nobreza e influências políticas, sendo verdadeiras benesses dos soberanos.

Este sistema de concessão arbitrário e desigual passa a sofrer severas críticas nos idos do século XVII, especialmente na Inglaterra. Em 1623 o parlamento inglês submete ao seu rei o *Statute of Monopolies*, de logo sancionado. Pelo estatuto os objetivos para concessão de tutela à propriedade intelectual são objetivados, e quando atingidos geravam direito de exclusividade pelo prazo máximo de quatorze anos.

É finalizada, ao menos na Inglaterra de 1623, a era das incertezas em relação à tutela de uma criação industrial, decorrendo a proteção do preenchimento das condições legais, e não de benesses dos governantes. Tal postura inglesa acaba por lançar-lhe à frente das outras civilizações no fenômeno da Revolução Industrial.

Ao colonizar o norte da América, a legislação inglesa foi transmitida, sendo perceptível em vários dos Estados americanos, até a recepção pela Constituição de 1787 (BARROS, 2003, p. 22). A Lei norte americana específica que regulamenta a matéria, porém, apenas ganhou eficácia em 10/04/1790, sendo expresso neste diploma, em uma primeira notícia de direito comparado, a possibilidade do inventor auferir lucros com seu engenho (BARROS, 2003, p. 23).

É com a Imprensa de Guttemberg e a Revolução Industrial que descortinam-se a possibilidade de produção em série (princípio da repetição)¹³⁴, a qual, aliado ao aumento do poder de venda, desembocou no progressivo crescimento das contrafações (“pirataria”) (SILVEIRA, 1998, p.13):

Somente, porém, com o surgimento da imprensa de Guttemberg e seu desenvolvimento, permitindo a difusão das idéias pela multiplicação de exemplares, e os primórdios da Revolução Industrial [...], é que a humanidade percebeu que aquilo que foi criado pelo inventor ou escritor não se exauriria no exemplar materialmente executado, era algo além deste, era uma forma, que podia ser reproduzida e multiplicada, e que podia representar riqueza.

Consolidada mundialmente a Revolução Industrial, a qual se expandiu da Inglaterra para o mundo, passaram os países industrializados a buscar novos mercados, com o escopo de escoar a produção e obter maiores lucros. O comércio ganha escala mundial, crescendo as controvérsias derredor da tutela internacional das criações industriais.

Nos idos do século XIX começam a surgir invenções de grande utilidade para a sociedade mundial, como o telégrafo, o rádio, o telefone, o pára-raios, a lâmpada incandescente...

O Taylorismo¹³⁵, o Fordismo¹³⁶, a especialização do trabalho, a Revolução Industrial em patamares globais, dentre outros fatores, acabaram por gerar a necessidade de maior proteção dos inventos, de mecanismos efetivos no cenário mundial. Difundi-se a “pirataria industrial” em níveis globais. A questão da proteção ganha ares de globalização.

¹³⁴ Malgrado já perceptível na Imprensa de Guttemberg, é com a Revolução Industrial que o princípio da repetição fica mais aclarado e ganha enormes proporções.

¹³⁵ Percebe Taylor que o pagamento por produtividade era melhor do que aquele realizado por tempo de trabalho. Utilizando-se de cronômetros, eliminava os operários menos eficientes e desnecessários, e induzia àqueles presentes na produção a darem o seu máximo, pois assim teriam maior remuneração (ZIBETTI, 2006, p. 36). Com o aumento da remuneração inserem-se tais trabalhadores no mercado de consumo, aumentando ainda mais a força da indústria.

¹³⁶ Ford, ao estudar a linha de produção, descobriu que a divisão do trabalho, com cada operário montando uma parte (especificação), aumentava, em muito, a quantidade de bens produzidos. Além disso, diminuía o número de operários necessários, o que gerava um aumento salarial dos remanescentes e os tornavam consumidores (ZIBETTI, 2006, p. 37).

4.2.2 A Propriedade Intelectual: Uma Questão Global

Lesados em seus direitos, não demora muito para os verdadeiros inventores passarem a reclamar, nas cortes internacionais, providências capazes de solucionar o problema da contrafação.

O aumento na velocidade de troca de informações e transporte, aliada a exploração do engenho nos países nos quais não existia legislação interna a tutelar as invenções, eram fatores que contribuía diretamente ao aumento das ilicitudes. Passava a indústria a se dirigir aos países que não possuíam a tutela e explorar, neste loco privilegiado¹³⁷, as invenções.

O mundo torna-se mais interligado, experimentando-se uma homogeneização nas relações proprietárias e uma tendência de aproximação entre as diversas microracinalidades. A pós-modernidade, ao mesmo tempo que assevera as diferenças, aproxima as culturas, em razão das trocas de informações à velocidade da luz.

O tema propriedade intelectual, no âmbito internacional, não possuía jurisprudência e acordos específicos. As decisões globais sobre o assunto deixavam, em muito, a desejar, pois baseadas nos chamados direitos do homem (BLASI, GARCIA, MENDES, 1997, p.33).

Começaram os protestos, dos mais variados setores, com o objetivo da adoção de um sistema internacional uniforme. Difunde-se a necessidade de um tratado internacional que verse sobre o assunto.

Os primeiros tratados¹³⁸ sobre o tema são a Convenção Internacional de Paris de 1883 (visando à proteção da propriedade industrial) e a Convenção Internacional de Berna de 1886 (com o escopo de proteger as obras literárias e artísticas)¹³⁹ (BASSO, 2003, p.17). Tais tratados-leis¹⁴⁰ foram reunidos oficialmente em 1892, no BIRPI – *Bureaux Internationaux*

¹³⁷ Privilegiado para os exploradores, ao passo que praticavam contrafações referendados pelo ordenamento interno do respectivo país.

¹³⁸ A expressão tratado é gênero que engloba as mais diversas manifestações internacionais, conforme noticiam G. E. do Nascimento e Silva e Hildebrando Accioly (2002, p. 28-29): “Por tratado entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais. [...]. Em outras palavras, tratado é expressão genérica. São inúmeras as denominações utilizadas conforme a sua forma, seu conteúdo, o seu objeto, ou seu fim, citando-se as seguintes: convenção, protocolo, convênio, declaração, *modus vivendi*, ajuste, compromisso, etc...”

Nessa senda, utiliza-se tratado como gênero, denominando neste trabalho tanto os acordos, como as manifestações bilaterais, etc...

¹³⁹ No decorrer do capítulo dedicar-se-á espaço para análise da Convenção da União de Paris, a qual aborda a Propriedade Industrial. Não se fará o mesmo com a Convenção de Berna, porquanto esta versar sobre a sistemática dos direitos autorais, que não são objeto direto da pesquisa.

¹⁴⁰ A classificação, segundo Accioly (2002, p. 29-30), que melhor retrata os tratados é a que os divide segundo sua natureza jurídica, podendo ser: Tratados-Leis ou Tratados-Normativos, os quais são celebrados, geralmente, por muitos Estados, e objetivam fixar normas de Direito Internacional; e Tratados-Contratos, que regulam interesses recíprocos entre os Estados.

Réunis Pour la Protection de la Propriété Intellectuelle – permanecendo inalterados. (BASSO, 2003, p.17).

Seguindo o curso da história, a segunda guerra mundial alterou, sensivelmente, o cenário geopolítico, havendo importantes transformações em relação à propriedade intelectual.

As Nações Unidas promoveram alterações nas duas Uniões (Paris e Berna), as quais passaram a ser enxergadas como arcaicas para o contexto mundial. Era momento de adaptar a estrutura das Uniões às novas organizações internacionais.

A Convenção de Paris foi modificada diversas vezes, sendo a última revisão a feita pela Convenção de Estocolmo, em 1967, adotada pelo Brasil e de presença facilmente identificável na atual Lei da Propriedade Industrial – LPI. Foi, inclusive, nessa última revisão que foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI ou WIPO), sediada em Genebra, e que atua de forma ampla na seara da propriedade intelectual.

O campo de conhecimento relacionado à propriedade intelectual internacionaliza-se. Tratados internacionais e legislação interna começam a atuar, em interface, na solução dos problemas. Passa a ser necessário verificar a compatibilidade entre a ordem internacional e nacional.

4.2.2.1 Os Tratados Internacionais e sua Aplicação no Brasil

Os tratados internacionais não possuem aplicabilidade direta no ordenamento brasileiro, necessitando de recepção pela ordem constitucional vigente e norma nacional interposta. Há um *iter procedimental* para que o tratado, faticamente, obrigue na esfera interna, como bem retrata trecho de julgamento do Supremo Tribunal Federal, de Agravo Regimental em Carta Rogatória cuja relatoria fora do Ministro Celso de Mello:

PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL) – A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto

do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS – A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, *de jure constituto*, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não puderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações nele fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). – O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional. [...]

Ag. Reg. Em Carta Rogatória AGRCR-8279/AT. Relator Min. Celso de Mello. DJ 10/08/2000, p. 6. J 17/06/1998. Tribunal Pleno.

Fica clarividente, portanto, que a norma internacional não pode ir de encontro à interna fundamental – no Brasil: a Constituição Federal de 1988. A simples assinatura do tratado internacional não é capaz de revogar norma nacional válida, ao passo que subscrever não é sinônimo de conferência, *ipso facto*, de eficácia jurídica.

Não adota o Brasil a diretriz do efeito imediato. Porém, toda regra possui sua exceção. A necessidade de aplicação desse *iter* é mitigada no que tange a tratados que versem sobre direitos e garantias fundamentais, a teor do art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal¹⁴¹.

Além da incorporação imediata, os tratados acerca dos direitos humanos podem ser incorporados com *status* de norma constitucional, desde que aprovados por três quintos, em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional (art. 5º, § 3º)¹⁴².

Ocorre, porém, que os tratados que dizem respeito à propriedade intelectual, em especial industrial, são de cunho patrimonial, a exceção dos direitos morais do autor¹⁴³

¹⁴¹ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁴² § 3º Os 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.

¹⁴³ Como o trabalho não reserva análise detida à seara autoral, não há menção específica de tratados que versem acerca dos direitos morais do autor. Limita-se, eventualmente, a conferir notícias sobre o assunto.

(BARBOSA, 2003, p. 175)

Ainda na seara da aplicação dos tratados no cenário nacional, interessante verificar como deve ser feita a interpretação a tais documentos. O regramento internacional que regula a aplicação dos tratados internacionais é conferido pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em vigor desde 1980.

No que se refere à interpretação das cláusulas dos tratados internacionais, preceitua o art. 31 da Convenção de Viena a necessidade de ater-se ao texto e à boa-fé; cita-se

Artigo 31 - Regra Geral de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

Tendo em vista tal dispositivo, muitos tratados trazem no seu bojo um glossário, objetivando facilitar a sua interpretação¹⁴⁴.

O art. 30.2 da mesma Convenção traz solução para o conflito de tratados sucessivos no tempo, que regulam a mesma matéria. Pela Convenção, o tratado mais recente apenas revogará o anterior caso não disponha que as obrigações do anterior são mantidas. Cita-se:

2. Quando um tratado estipular que está subordinado a um tratado anterior ou posterior ou que não deve ser considerado incompatível com esse outro tratado, as disposições deste último prevalecerão.

Observa-se, porém, que pelo critério da hierarquia normativa internacional, o regramento da Carta das Nações Unidas e do *jus cogens* não podem ser revogados por tratado de hierarquia inferior (SILVA, ACCIOLY, 2002, p. 40). Nessa senda, em confronto com as cláusulas das Nações Unidas e *jus cogens* não é possível derrogação por outro tratado, salvo de mesma hierarquia (princípio de que a norma superior se sobrepõe à inferior). Nos demais casos, a lei nova e especial revoga a anterior. Isso é o que infere-se dos arts. 53 e 103 da Convenção.

Tais normas da Convenção de Viena são aplicáveis ao Brasil, mesmo não tendo o país a subscrito, porquanto utilizar-se de tais parâmetros a OMC (Organização Mundial de Comércio), especificamente, o seu Órgão de Solução de Controvérsia, ao qual o Brasil é filiado¹⁴⁵ (BARBOSA, 2003, p. 212¹⁴⁶).

¹⁴⁴ Afirmam G. E. Nascimento e Silva e Hildebrando Accioly (2002, p. 39) que se em um tratado bilateral houver discrepância entre as versões nas duas línguas que fazem fé, cada parte contratada resta obrigada pelo texto em sua respectiva língua, salvo disposição em contrário do tratado. Por isso, não raro, o próprio tratado elege um terceiro idioma para conferir fé.

¹⁴⁵ Tal afirmativa será aprofundada, por razões didáticas, no tópico que versa em derredor do Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Industrial – TRIP's.

A par de tais considerações, e percebendo-se que na seara da propriedade intelectual muito há de interface entre o direito internacional e interno, dedica o trabalho espaço à análise acordos internacionais de suma importância para este estudo¹⁴⁷.

4.2.2.2 A Convenção da União de Paris (CUP) para Proteção da Propriedade Industrial

Fruto de um movimento internacional iniciado pelos Estados Unidos da América, que em 1873, por receio a contrafações, recusou-se a apresentar seus inventos em uma exposição internacional na Áustria, objetiva a CUP construir um Sistema Internacional de Patentes (BARBOSA, 2003, p. 182).

As discussões foram iniciadas em 1878, sendo que é em 1883 o ano no qual a Convenção ganha corpo. Trata-se de documento com mais de um século de existência.

A Convenção de Paris infere a propriedade industrial como o conjunto de direitos que compreende as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, além da repressão à concorrência desleal (BARBOSA, 2003, p. 2).

As principais disposições da Convenção de Paris foram: o tratamento nacional; o direito de prioridade; a independência das patentes e a licença obrigatória.

O **tratamento nacional**, disciplinado no art. 2º da supracitada convenção¹⁴⁸, consiste no dever dos estados signatários de concederem aos outros contratantes o mesmo tratamento dispensado aos nacionais. Nada impede a concessão de tratamento mais benéfico ao estrangeiro, em detrimento do nacional.

O princípio do tratamento nacional foi objeto de severas críticas por alguns signatários, os quais abordavam que, por vezes, a legislação do outro contratante era menos

¹⁴⁶ Especificamente noticia Denis Borges Barbosa a análise da OMC sobre a interpretação de um tratado dos Estados Unidos acerca de relações comerciais pertinentes à gasolina, no qual restou asseverado tal entendimento.

¹⁴⁷ Os acordos analisados foram selecionados segundo a pertinência temática com o tema-problema em pesquisa.

¹⁴⁸ Artigo 2.º: 1) Os nacionais de cada um dos países da União gozarão em todos os outros países da União, no que respeita à proteção da propriedade industrial, das vantagens que as leis respectivas concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais, sem prejuízo dos direitos especialmente previstos na presente Convenção. Por consequência, terão a mesma proteção que estes e o mesmo recurso legal contra qualquer ofensa dos seus direitos, desde que observem as condições e formalidades impostas aos nacionais. 2) Nenhuma condição de domicílio ou de estabelecimento no país em que a proteção é reclamada pode, porém, ser exigida dos nacionais de países da União para o efeito de gozarem de qualquer dos direitos de propriedade industrial. 3) Ressalvam-se expressamente as disposições da legislação de cada um dos países da União relativas ao processo judicial e administrativo e à competência, bem como à escolha de domicílio ou à constituição de mandatário, eventualmente exigidas pelas leis de propriedade industrial.

generosa do que a sua. Tal fato, ao invés de beneficiar o país de legislação mais branda, o prejudicava.

Esse pensamento levou os Estados Unidos da América a pleitear a substituição do chamado tratamento nacional pela idéia de reciprocidade, consistindo esta no dever de serem dispensados, ao outro signatário, as mesmas prerrogativas que lhe são conferidas no país que está a pleitear a patente. Apesar das críticas, porém, subsistiu firme o princípio do tratamento nacional.

A legislação brasileira (Lei 9.279/96), porém, sensível à questão, no seu art. 3º, II, traz o critério da reciprocidade. Perpassa a reciprocidade pela análise de um critério objetivo: texto nacional e alienígena; e um subjetivo: beneficiários e obrigados pelas normas.

A análise do caso concreto, por vezes, impõe dificuldades abissais em verificar como conferir, a quem está no Brasil, o mesmo tratamento que seria conferido a um brasileiro no respectivo país. As questões acessórias são inúmeras e a problemática envolve uma série de temas que apenas o tempo poderá revelar, a exemplo do licenciamento compulsório.

O direito de prioridade, art. 4º da Convenção¹⁴⁹, é a prerrogativa de os signatários,

¹⁴⁹Artigo 4.º A) - 1) Aquele que tiver apresentado, em termos, pedido de patente de invenção, de depósito de modelo de utilidade, de desenho ou modelo industrial, de registro de marca de fábrica ou de comércio num dos países da União, ou o seu sucessor, gozará, para apresentar o pedido nos outros países, do direito de prioridade durante os prazos adiante fixados. 2) Reconhece-se como dando origem ao direito de prioridade qualquer pedido com o valor de pedido nacional regular, formulado nos termos da lei interna de cada país da União ou de tratados bilaterais ou multilaterais celebrados entre países da União. 3) Deve entender-se por pedido nacional regular todo o pedido efetuado em condições de estabelecer a data em que o mesmo foi apresentado no país em causa, independentemente de tudo o que ulteriormente possa, de algum modo, vir a afetá-lo. B) Em consequência, o pedido apresentado ulteriormente num dos outros países da União antes de expirados estes prazos não poderá ser invalidado por fatos verificados nesse intervalo, designadamente por outro pedido, pela publicação da invenção ou sua exploração, pelo oferecimento à venda de exemplares do desenho ou do modelo ou pelo uso da marca, e esses fatos não poderão fundamentar qualquer direito de terceiros ou posse. Os direitos adquiridos por terceiros antes do dia da apresentação do primeiro pedido que serve de base ao direito de prioridade são ressalvados nos termos da lei interna de cada país da União. C) - 1) Os prazos de prioridade atrás mencionados serão de doze meses para as invenções e modelos de utilidade e de seis meses para os desenhos ou modelos industriais e para as marcas de fábrica ou de comércio. 2) Estes prazos correm a partir da data da apresentação do primeiro pedido; o dia da apresentação não é contado. 3) Se o último dia do prazo for feriado legal ou dia em que a Secretaria não se encontre aberta para receber a apresentação dos pedidos no país em que a proteção é requerida, o prazo será prorrogado até ao primeiro dia útil que se seguir. 4) Deve ser considerado como primeiro pedido, cuja data de apresentação marcará o início do prazo de prioridade, um pedido ulterior que tenha o mesmo objeto que um primeiro pedido anterior, de harmonia com a alínea 2), apresentado no mesmo país da União, desde que, à data da apresentação do pedido ulterior, o pedido anterior tenha sido retirado, abandonado ou recusado, sem ter sido submetido a exame público e sem deixar subsistir direitos e que não tenha ainda servido de base para reivindicação do direito de prioridade. O pedido anterior não poderá nunca mais servir de base para reivindicação do direito de prioridade. D) - 1) Quem quiser prevalecer-se da prioridade de um pedido anterior deverá formular declaração em que indique a data e o país desse pedido. Cada país fixará o momento até ao qual esta declaração deverá ser efetuada. 2) Estas indicações serão mencionadas nas publicações emanadas da Administração competente, designadamente nas patentes e suas descrições. 3) Os países da União poderão exigir daquele que fizer uma declaração de prioridade a junção de uma cópia do pedido (descrição, desenhos, etc.) apresentado anteriormente. A cópia, autenticada pela Administração que tiver recebido esse pedido, será dispensada de qualquer legalização e poderá, em todo o caso, ser apresentada, sem encargos, em qualquer momento no prazo de três meses a contar da data da apresentação do pedido ulterior. Poderá exigir-se que seja

no prazo dos doze meses subsequentes ao depósito do pedido de patente, realizarem o depósito do mesmo pedido em outro país signatário, gozando de prioridade em relação a pedidos realizados depois da data do primeiro depósito.

A prioridade mantém o requisito da novidade absoluta, pressuposto para a obtenção da carta patente, como se verá em ponto específico.

O pleito de prioridade deve ser comprovado por documento hábil do depósito originário, devidamente traduzido, com data, número, relatório descritivo, desenhos, e tudo o mais necessário para o recebimento da patente originária (PIMENTEL, 2005, p. 44).

As patentes são títulos nacionais independentes. A independência de patentes aduz que a negação, o cancelamento ou a extinção de uma patente em um dos países signatários, não acarretará, necessariamente, que o mesmo tratamento seja dispensado nos outros países contratantes. Esse princípio foi inserido na convenção pela revisão de Bruxelas, em 1900, estando disposto no art. 4º - bis¹⁵⁰.

acompanhada de certificado da data da apresentação, emanado dessa Administração e de tradução. 4) Para a declaração de prioridade nenhuma outra formalidade poderá exigir-se no momento da apresentação do pedido. Cada país da União determinará quais as conseqüências da omissão das formalidades previstas no presente artigo, as quais não poderão exceder a perda do direito de prioridade. 5) Ulteriormente poderão exigir-se outras justificações. Aquele que reivindicar a prioridade de um pedido anterior terá de indicar o número deste pedido; esta indicação será publicada nas condições previstas na alínea 2). E) - 1) Quando um desenho ou modelo industrial tiver sido apresentado num país, em virtude de um direito de prioridade baseado no pedido de depósito de um modelo de utilidade, o prazo de prioridade será o fixado para os desenhos ou modelos industriais. 2) Além disso, é permitido num país pedir o depósito de um modelo de utilidade, em virtude de um direito de prioridade baseado num pedido de patente, e vice-versa. F) Nenhum país da União poderá recusar uma prioridade ou um pedido de patente em virtude de o requerente reivindicar prioridades múltiplas, mesmo provenientes de diferentes países, ou em virtude de um pedido reivindicando uma ou mais prioridades conter um ou mais elementos que não estavam compreendidos no ou nos pedidos cuja prioridade se reivindica, com a condição de, nos dois casos, haver unidade de invenção, de harmonia com a lei do país. No que respeita aos elementos não compreendidos no ou nos pedidos cuja prioridade se reivindica, a apresentação do pedido ulterior dá lugar a um direito de prioridade, nas condições usuais. G) - 1) Se o exame revelar que um pedido de patente é complexo, poderá o requerente dividir o pedido num certo número de pedidos divisionários, cada um dos quais conservará a data do pedido inicial e, se for caso disso, o benefício do direito de prioridade. 2) O requerente poderá também, por sua própria iniciativa, dividir o pedido de patente, conservando como data de cada pedido divisionário a data do pedido inicial e, se for caso disso, o benefício do direito de prioridade. Cada país da União terá a faculdade de fixar as condições em que esta divisão será autorizada. H) A prioridade não pode ser recusada com o fundamento de que certos elementos da invenção para os quais se reivindica a prioridade não figuram entre as reivindicações formuladas no pedido apresentado no país de origem, contanto que o conjunto das peças do pedido revele de maneira precisa aqueles elementos. I) - 1) Os pedidos de certificados de autor de invenção apresentados num país em que os requerentes têm o direito de pedir, à sua escolha, quer uma patente, quer um certificado de autor de invenção, darão lugar ao direito de prioridade instituído pelo presente artigo, nas mesmas condições e com os mesmos efeitos que, os pedidos de patentes de invenção. 2) Num país em que os requerentes têm o direito de requerer, à sua escolha, quer uma patente, quer um certificado de autor de invenção, o requerente de um certificado de autor de invenção beneficiará, segundo as disposições do presente artigo aplicáveis aos pedidos de patentes, do direito de prioridade baseado na apresentação de um pedido de patente de invenção, de depósito de modelo de utilidade ou de certificado de autor de invenção.

¹⁵⁰ Artigo 4.º-bis 1) As patentes requeridas nos diferentes países da União por nacionais de países da União serão independentes das patentes obtidas para a mesma invenção nos outros países, aderentes ou não à União. 2) Esta disposição deve entender-se de maneira absoluta, designadamente no sentido de que as patentes pedidas durante o prazo de prioridade são independentes, tanto do ponto de vista das causas de nulidade e de caducidade como do ponto de vista da duração normal. 3) Aplica-se a todas as patentes existentes à data da sua entrada em vigor.

A **licença obrigatória** está prevista no art. 5º da CUP¹⁵¹ e objetiva conferir tutela aos não-proprietários imediatos.

A patente, como será visto no decorrer deste trabalho, tem uma dupla face: objetiva beneficiar o criador de um bem de grande valia para a sociedade e possibilitar à coletividade usufruir dessa criação.

Logo, de nada adiantaria o patenteamento de um bem e a sua não conseqüente exploração. Permitir tal conduta seria possibilitar a estagnação tecnológica e fomentar a especulação, ao revés de atender as necessidades coletivas.

Justamente por isso é que as legislações internas, na maioria dos países, induzem o titular do direito industrial a explorar a sua patente, sob pena do licenciamento obrigatório, pelo qual outrem irá explorar a criação em comento.

Maiores comentários sobre a licença obrigatória serão feitos no momento em que for abordada a questão na ótica da lei nacional, a qual a denomina de licenciamento obrigatório.

A Convenção possibilita aos seus signatários a celebração de acordos bilaterais, desde que não conflitantes com as suas disposições gerais aqui explicitadas, bem como o livre ingresso de novos Estados e a saída dos presentes.

4) O mesmo sucederá, no caso de acessão de novos países, relativamente às patentes existentes em ambas as partes à data da acessão. 5) As patentes obtidas com o benefício da prioridade gozarão, nos diferentes países da União, de duração igual àquela de que gozariam se fossem pedidas ou concedidas sem o benefício da prioridade.

¹⁵¹ Artigo 5.º A) - 1) A introdução, pelo titular da patente, no país em que esta foi concedida, de objectos fabricados em qualquer dos países da União não constitui fundamento de caducidade. 2) Cada um dos países da União terá, porém, a faculdade de adotar providências legislativas prevendo a concessão de licenças obrigatórias para prevenir os abusos que poderiam resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente, como, por exemplo, a falta de exploração. 3) A caducidade da patente só poderá ser prevista para o caso de a concessão de licenças obrigatórias não ter sido suficiente para prevenir tais abusos. Não poderá ser interposta ação de declaração de caducidade ou de anulação de uma patente antes de expirar o prazo de dois anos, a contar da concessão da primeira licença obrigatória. 4) Não poderá ser pedida concessão de licença obrigatória, com o fundamento de falta ou insuficiência de exploração, antes de expirar o prazo de quatro anos a contar da apresentação do pedido de patente, ou de três anos a contar da concessão da patente, devendo aplicar-se o prazo mais longo; a licença será recusada se o titular da patente justificar a sua inação por razões legítimas. Tal licença obrigatória será não exclusiva e apenas poderá ser transmitida, mesmo sob a forma de concessão de sublicença, com a parte da empresa ou do estabelecimento comercial que a explore. 5) As disposições precedentes aplicar-se-ão, com as modificações necessárias, aos modelos de utilidade. B) A proteção dos desenhos e modelos industriais não caducará por falta de exploração nem por introdução de objetos semelhantes àqueles que se encontram protegidos. C) - 1) Se num país o uso da marca registrada for obrigatório, o registro só poderá ser anulado depois de decorrido um prazo razoável e se o interesse não justificar a sua inação. 2) O uso, pelo proprietário, de uma marca de fábrica ou de comércio por forma que difere, quanto a elementos que não alteram o caráter distintivo da marca, da forma por que esta foi registrada num dos países da União não implicará a anulação do registro nem diminuirá a proteção que lhe foi concedida. 3) O uso simultâneo da mesma marca em produtos idênticos ou semelhantes por estabelecimentos industriais ou comerciais considerados co-proprietários da marca, nos termos da lei interna do país em que a proteção é requerida, não obstará ao registro nem diminuirá, de maneira alguma, a proteção concedida à mesma marca em qualquer dos países da União, contanto que o dito uso não tenha por efeito induzir o público em erro nem seja contrário ao interesse público.

D) Para o reconhecimento do direito não será exigido no produto qualquer sinal ou menção da patente, do depósito do modelo de utilidade ou desenho ou modelo industrial, ou do registro da marca de fábrica ou de comércio.

4.2.2.3 O Tratado de Cooperação de Patente (PCT) e a Classificação Internacional de Patentes (IPC)

O PCT é um tratado internacional subsidiário à Convenção de Paris. Permite aos cidadãos dos Estados contratantes a formulação de um pedido internacional, com o mesmo resultado da realização de vários pedidos nacionais em todos os países contratantes. Garante o princípio da prioridade estabelecido em Paris.

Com o PCT resta possibilitada a desburocratização em relação à conduta do inventor. Este não precisará, em um primeiro momento, realizar uma pesquisa minuciosa para saber quais os requisitos legais e os procedimentos de todos os países em que pretende patentear a sua criação.

Além disso, há sensível diminuição de custos, sendo que não será necessário ao inventor, por exemplo, a realização de viagens aos países nos quais deseja patentear o seu invento, bem como o pagamento de uma assessoria jurídica em cada país.

O pedido realizado via PCT tem uma fase internacional e uma nacional, ressaltando-se que a concessão, ou não, da patente em um dos signatários, não levará, necessariamente, à adoção de uma mesma conduta por outro contratante, em razão do já explanado princípio da independência das patentes.

No cenário brasileiro o PCT foi validado pelo Decreto 81742 de 1978, o qual ainda possui eficácia em interface com a legislação de 1996 (Lei 9.279/96).

Com o PCT e a possibilidade de um pedido internacional, nasceu um entrave de ordem prática para a efetivação do acordo: como verificar o estado de evolução da técnica nos diversos países signatários, para inferir se o invento apresentado é realmente algo novo, se cada um dos países classifica as suas patentes de determinada forma?

Para sanar este inconveniente nasceu o IPC, em 1971. Criou-se um critério único de classificação de patentes, sendo possibilitada uma análise mais fácil do estado de técnica dos diversos países signatários em que se faça o depósito da patente.

O Brasil é país signatário tanto do PCT como do IPC.

4.2.2.4 O Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Industrial (TRIP's)

Entre os anos de 1986 e 1994 ocorreu no Uruguai, na intitulada Rodada Uruguia de

Negociações Comerciais Multilaterais do GATT – Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio -, uma relevante manifestação internacional sobre a propriedade intelectual, em continuidade às discussões iniciadas em Marraquesh.

No evento houve a adesão de cento e vinte países ao GATT, sendo o objetivo primordial do encontro a adoção de regras gerais à uniformização do comércio internacional.

Das discussões surgiram diversos acordos anexos, figurando dentre eles o TRIP's – Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Industrial ou *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* - cuja ata final foi aprovada e acolhida na legislação nacional (Decreto-Legislativo nº 30/94).

O TRIP's integra o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC), também denominado como Ata Final da Rodada do Uruguai, Acordo Geral ou Acordo Constitutivo (BASSO, 2003, p.20). Consiste no resultado mais recente do processo de regulação internacional da propriedade intelectual, cujo pilar se encontra na Convenção da União de Paris.

Observa-se que o GATT, atualmente denominado de OMC (Organização Mundial de Comércio), atraiu para o seu plexo de competência internacional no decorrer das décadas de setenta e oitenta temas relativos à propriedade industrial e, em especial, às patentes. Isto porque as patentes experimentaram grande crescimento em relevância e presença no comércio global, tornando-se tema relacionado à organização de comércio.

Já regulava o GATT, antes do TRIP's, proteção às marcas, sendo o TRIP's a demonstração de que a propriedade intelectual tornou-se preponderantemente comercial (patrimonial).

A proposta de extensão para outros temas da seara intelectual, além das marcas, foi encabeçada pelos Estados Unidos da América, em 1982. A época, o então presidente norte-americano Regan defendia que a inexistência de mecanismos fortes de coerção à contrafação no cenário internacional era prejudicial à sua nação. Propiciava essa ausência o surgimento de fortes concorrentes comerciais, que ascendiam em clara violação à propriedade industrial norte-americana, sem os pagamentos dos respectivos *royalties*, o que gerava enorme descompasso na balança comercial dos Estados Unidos (SILVA, ACCIOLY, 2002, p. 382-383).

Porém, apenas em 1984, na quadragésima reunião do GATT, que o requerimento, ao lado das informações coletadas, foi levado ao Conselho Técnico (BARBOSA, 2003, p. 195). Neste momento era nítido que a OMPI, criada na Convenção de Estocolmo, não mais atendia as necessidades mundiais de tutela à propriedade intelectual (em especial industrial), em razão

de ser um órgão desprovido de um poder sancionador forte.

O TRIP's dispõe sobre os requisitos para o pedido de patente, quais sejam: tempo de validade da patente; direitos outorgados pela carta patente; matéria patenteável e não patenteável; nulidade e caducidade de patentes; exceções aos direitos conferidos; uso de patente sem autorização de seu titular; inversão do ônus da prova para patente de processo; e interesses de segurança nacional (BLASI, GARCIA, MENDES, 1997, p.138).

A natureza jurídica do TRIP's é a de tratado-contrato, tendo em vista que os Estados-partes, através de uma operação jurídica, criaram situação jurídica subjetiva (BASSO, 2003, p.21). O tratado não encerra normas uniformes de conduta, mas sim padrões mínimos a ser adotados pelas legislações nacionais dos respectivos Estados, conforme expresso no seu art. 1º¹⁵².

Apenas os Estados signatários poderão exigir o cumprimento destes padrões mínimos, não sendo possível o particular (empresas privadas) o fazê-lo.

O tratado em tela não é auto-executável, devendo ser incorporado nas legislações nacionais mediante o respectivo devido processo legislativo. Apenas com a incorporação na legislação nacional é que poderá o particular, com fulcro na lei interna, pleitear ao judiciário nacional eventuais direitos subjetivos decorrentes da norma internacional.

A convenção internacional diz respeito a uma política macroeconômica e não individual. A única exceção à hipótese é se a própria legislação nacional pugnar pela aplicação direta dos tratados (efeito direto), o que, como noticiado, não acontece no Brasil.

O tema em debate foi alvo de pronunciamento da própria OMC, em recurso que analisava a contrafação de patentes entre os Estados Unidos e a Índia, em 1997. Naquela oportunidade, entendeu a OMC que a relação estabelecida pelo tratado é entre os seus membros e não diz respeito aos nacionais (BARBOSA, 2003, p. 228-229).

¹⁵² Artigo 1 -Natureza e Abrangência das Obrigações

1 - Os Membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. Os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos.

2 - Para os fins deste Acordo, o termo "propriedade intelectual" refere-se a todas as categorias de propriedade intelectual que são objeto das Seções 1 a 7 da Parte II.

3 - Os Membros concederão aos nacionais de outros Membros o tratamento previsto neste Acordo. No que concerne ao direito de propriedade intelectual pertinente, serão considerados nacionais de outros Membros as pessoas físicas ou jurídicas que atendam aos critérios para usufruir da proteção prevista estabelecidos na Convenção de Paris (1967), na [Convenção de Berna \(1971\)](#), na Convenção de Roma e no Tratado sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados, quando todos os Membros do Acordo Constitutivo da OMC forem membros dessas Convenções. Todo Membro que faça uso das possibilidades estipuladas no parágrafo 3º do art.5 ou no parágrafo 2º do art.6 da Convenção de Roma fará uma notificação, segundo previsto naquelas disposições, ao Conselho para os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (o "Conselho para TRIPS").

O TRIP's consagra no seu conteúdo a promoção do equilíbrio entre o incentivo ao avanço da técnica (mediante a concessão do monopólio de exploração econômica ao titular da propriedade industrial) e a necessidade de sua difusão. Reflete as posições dos países do norte (busca de maior tutela ao titular do direito industrial) e os do sul (necessidade de difusão e ampla utilização da tecnologia).

Alguns dos princípios que regem o TRIP's são iguais aos da União de Paris, já tendo sido objeto de análise. Logo, reservar-se-á comentar apenas os princípios ainda não abordados neste trabalho.

O ideal de promoção da troca de informações e inovação tecnológica, com transferência de tecnologia objetivando benefício mútuo e social, é um dos objetivos do acordo, delineado no seu art. 7º¹⁵³.

O princípio do *single undertaking*, expresso no art. 72 do TRIP's¹⁵⁴, traz a obrigatoriedade de adesão total ao acordo, não sendo possível a um Estado signatário opor reservas (aceitar com restrições).

O princípio do tratamento nacional está expresso no art. 3º do tratado¹⁵⁵, sendo de teor similar ao da União de Paris, já abordada.

O princípio da nação mais favorecida, previsto no art. 4º do TRIP's¹⁵⁶, é uma

¹⁵³ Artigo 7 - 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 e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

¹⁵⁴ Artigo 72 - Reservas

Não poderão ser feitas reservas com relação a qualquer disposição deste Acordo sem o consentimento dos demais Membros.

¹⁵⁵ Artigo 3 - Tratamento Nacional

1 - Cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção da propriedade intelectual, salvo as exceções já previstas, respectivamente, na Convenção de Paris (1967), na [Convenção de Berna \(1971\)](#), na Convenção de Roma e no Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados. No que concerne a artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organizações de radiodifusão, essa obrigação se aplica apenas aos direitos previstos neste Acordo. Todo Membro que faça uso das possibilidades previstas no art.6 da Convenção de Berna e no parágrafo l.b, do art.16 da Convenção de Roma fará uma notificação, de acordo com aquelas disposições, ao Conselho para TRIPS.

2 - Os Membros poderão fazer uso das exceções permitidas no parágrafo 1º em relação a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive a designação de um endereço de serviço ou a nomeação de um agente em sua área de jurisdição, somente quando tais exceções sejam necessárias para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições deste Acordo e quando tais práticas não sejam aplicadas de maneira que poderiam constituir restrição disfarçada ao comércio.

¹⁵⁶ Artigo 4 - Tratamento de Nação Mais Favorecida

Com relação à proteção da propriedade intelectual, toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade que um Membro conceda aos nacionais de qualquer outro país será outorgada imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os demais Membros. Está isenta desta obrigação toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade concedida por um Membro que:

a) resulte de acordos internacionais sobre assistência judicial ou sobre aplicação em geral da lei e não limitados em particular à proteção da propriedade intelectual;

decorrência lógica do princípio do tratamento nacional. Consiste na obrigação de extensão de toda vantagem ou imunidade concedida por um membro aos seus nacionais, aos demais signatários.

O art. 5º do tratado¹⁵⁷ ressalva que as prerrogativas dos princípios do tratamento nacional e nação mais favorecida não se aplicam aos procedimentos multilaterais concluídos sob os olhares da OMPI.

O princípio da exaustão, art. 6º do TRIP's¹⁵⁸, tem suas facetas nacional e internacional, ficando a cargo do respectivo país signatário a opção pela adoção de uma ou outra modalidade.

Pela exaustão internacional, o direito do titular da patente encerra-se com a primeira industrialização do produto em qualquer lugar do globo terrestre. Já pela face nacional, encerra-se o direito em cada país, a partir da comercialização do bem patenteado no respectivo mercado interno.

Esse tema será aprofundado no último capítulo de desenvolvimento, o qual também será palco para a análise das importações paralelas.

O art. 27 do acordo¹⁵⁹ trata acerca da necessidade dos Estados membros de

b) tenha sido outorgada em conformidade com as disposições da [Convenção de Berna \(1971\)](#) ou da Convenção de Roma que autorizam a concessão tratamento em função do tratamento concedido em outro país e não do tratamento nacional;

c) seja relativa aos direitos de artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organizações de radiodifusão não previstos neste Acordo;

d) resultem de acordos internacionais relativos à proteção da propriedade intelectual que tenham entrado em vigor antes da entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, desde que esses acordos sejam notificados ao Conselho para TRIPS e não constituam discriminação arbitrária ou injustificável contra os nacionais dos demais Membros.

¹⁵⁷ Artigo 5 - Acordos Multilaterais Sobre Obtenção ou Manutenção da Proteção

As obrigações contidas nos Artigos 3 e 4 não se aplicam aos procedimentos previstos em acordos multilaterais concluídos sob os auspícios da OMPI relativos à obtenção e manutenção dos direitos de propriedade intelectual.

¹⁵⁸ Artigo 6 - Exaustão

Para os propósitos de solução de controvérsias no marco deste Acordo, e sem prejuízo do disposto nos Artigos 3 e 4, nada neste Acordo será utilizado para tratar da questão da exaustão dos direitos de propriedade intelectual.

¹⁵⁹ Artigo 27 Matéria Patenteável

1 - Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2º e 3º abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial.(5) Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4º do art.65, no parágrafo 8º do art.70 e no parágrafo 3º deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

2 - Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação.

3 - Os Membros também podem considerar como não patenteáveis:

a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais;

b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros

concederem as patentes, enunciando seus requisitos. Tais requisitos internacionais serão abordados adiante, em tópico que trata dos requisitos para concessão no cenário nacional, pois são os mesmo da legislação nacional.

O acordo, ainda na redação do art. 27, não permite a discriminação a direitos patenteários quanto ao local da invenção ou seu setor comercial, sendo que o uso efetivo do engenho continua assegurado pela Convenção da União de Paris (BARBOSA, 2003, p. 263).

O princípio da transparência (art. 63 do TRIP's¹⁶⁰) impõe a obrigação dos Estados-partes conferirem publicidade ampla às leis e aos instrumentos nacionais, que possibilitem a execução do acordo internacional.

O princípio da cooperação internacional (arts. 67, 68, e 69 do acordo¹⁶¹) consagra um

concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema "sui generis" eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

¹⁶⁰ Artigo 63 – Transparência

1- As leis e regulamentos e as decisões judiciais e administrativas finais de aplicação geral, relativas à matéria objeto deste Acordo (existência, abrangência, obtenção, aplicação de normas de proteção e prevenção de abuso de direitos de propriedade intelectual) que forem colocadas em vigor por um Membro serão publicadas ou, quando essa publicação não for conveniente, serão tornadas públicas, num idioma nacional, de modo a permitir que Governos e titulares de direitos delas tomem conhecimento. Os Acordos relativos a matéria objeto deste Acordo que estejam em vigor entre o Governo ou uma Agência Governamental de um Membro e o Governo ou uma Agência Governamental de um outro Membro também serão publicados.

2 - Os Membros notificarão o Conselho para TRIPS das leis e regulamentos a que se refere o parágrafo 1º, de forma a assistir aquele Conselho em sua revisão da operação deste Acordo. O Conselho tentará minimizar o ônus dos Membros em dar cumprimento a esta obrigação e pode decidir dispensá-los da obrigação de notificar diretamente o Conselho sobre tais leis e regulamentos se conseguir concluir com a OMPI entendimento sobre o estabelecimento de um registro comum contendo essas leis e regulamentos. Nesse sentido, o Conselho também considerará qualquer ação exigida a respeito das notificações originadas das obrigações deste Acordo derivadas das disposições do art.6 da Convenção de Paris (1967).

3 - Cada Membro estará preparado a suprir informações do tipo referido no parágrafo 1º, em resposta a um requerimento por escrito de outro Membro. Um Membro que tenha razão para acreditar que uma decisão judicial ou administrativa específica ou um determinado acordo bilateral na área de direitos de propriedade intelectual afete seus direitos, como previstos neste Acordo, também poderá requerer por escrito permissão de consultar ou de ser informado, com suficiente detalhe, dessas decisões judiciais ou administrativas específicas ou desse determinado acordo bilateral.

4 - Nada do disposto nos parágrafos 1º, 2º e 3º exigirá que os Membros divulguem informação confidencial que impediria a execução da lei ou que seria contrária ao interesse público ou que prejudicaria os interesses comerciais legítimos de determinadas empresas, públicas ou privadas.

¹⁶¹ Artigo 67 - Cooperação Técnica

A fim de facilitar a aplicação do presente Acordo, os países desenvolvidos Membros, a pedido, e em termos e condições mutuamente acordadas, prestarão cooperação técnica e financeira aos países em desenvolvimento Membros e de menor desenvolvimento relativo Membros.

Essa cooperação incluirá assistência na elaboração de leis e regulamentos sobre proteção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como sobre a prevenção de seu abuso, e incluirá apoio ao estabelecimento e fortalecimento dos escritórios e agências nacionais competentes nesses assuntos, inclusive na formação de pessoal.

Artigo 68

O Conselho para TRIPS supervisionará a aplicação deste Acordo e, em particular, o cumprimento, por parte dos Membros, das obrigações por ele estabelecidas, e lhes oferecerá a oportunidade de efetuar consultas sobre questões relativas aos aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio. O Conselho se desincumbir de outras atribuições que lhe forem confiadas pelos Membros e, em particular, lhes prestará qualquer assistência solicitada no contexto de procedimentos de solução de controvérsias. No desempenho de

pilar de sustentação da OMC que rege todos os seus tratados-contratos, qual seja: o direito internacional de cooperação, com a promoção do interesse comum.

A cooperação internacional apóia-se em dois pilares: no âmbito interno, dentro da própria OMC; e no externo, na política internacional entre o TRIP's, a OMPI e outras organizações.

O princípio da interação entre os tratados internacionais sobre a matéria¹⁶² (art. 2º) reconhece existência e validade dos tratados anteriores que disciplinam derredor da propriedade intelectual, lhe conferindo aplicabilidade, a teor do art. 30.2 da Convenção de Viena já mencionado neste trabalho. Não estão revogadas, então, as disposições da União de Paris, sendo que os tratados se complementam; não se excluem.

O art. 64 do tratado¹⁶³ aborda sobre o mecanismo de resolução das adversidades. Este se dará por meio da análise do Órgão de Solução de Controvérsia (OSC), também denominado de *Dispute Settlement body (DSB)*. Compõem este órgão todos os membros da OMC.

Caso um Estado-parte não concorde com a conduta de outro signatário, pode interpelá-lo mediante o OSC. Não sendo sanado o problema, constitui-se um Painel Adjudicatório, também chamado de Grupo Especial, com o escopo de examinar a questão e decidi-la. Dessa

suas funções, o Conselho para TRIPS poderá consultar e buscar informações de qualquer fonte que considerar adequada. Em consulta com a OMPI, o Conselho deverá buscar estabelecer, no prazo de um ano a partir de sua primeira reunião, os arranjos apropriados para a cooperação com os órgãos daquela Organização.

Artigo 69 - Cooperação Internacional

Membros concordam em cooperar entre si com o objetivo de eliminar o comércio internacional de bens que violem direitos de propriedade intelectual. Para este fim, estabelecerão pontos de contato em suas respectivas administrações nacionais, deles darão notificação e estarão prontos a intercambiar informações sobre o comércio de bens infratores. Promoverão, em particular, o intercâmbio de informações e a cooperação entre as autoridades alfandegárias no que tange ao comércio de bens com marca contrafeita e bens pirateados.

¹⁶² Artigo 2 - Convenções sobre Propriedade Intelectual

1 - Com relação às Partes II, III e IV deste Acordo, os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 12 e 19, da Convenção de Paris (1967).

2 - Nada nas Partes I a IV deste Acordo derogará as obrigações existentes que os Membros possam ter entre si, em virtude da Convenção de Paris, da [Convenção de Berna](#), da Convenção de Roma e do Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados.

¹⁶³ Artigo 64 - Solução de Controvérsias

1 - O disposto nos Artigos 22 e 23 do GATT 1994, como elaborado e aplicado pelo Entendimento de Solução de Controvérsias, será aplicado a consultas e soluções de controvérsias no contexto deste Acordo, salvo disposição contrária especificamente prevista neste Acordo.

2 - Os subparágrafos 1.b e 1.c do art.23 do GATT 1994 não serão aplicados a soluções de controvérsias no contexto deste Acordo durante um prazo de cinco anos contados a partir da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

3 - Durante o prazo a que se refere o parágrafo 2º, o Conselho para TRIPS examinará a abrangência e as modalidades para reclamações do tipo previsto nos subparágrafos 1.b e 1.c do art.13 do GATT 1994, efetuadas em conformidade com este Acordo, e submeterão suas recomendações à Conferência Ministerial para aprovação. Qualquer decisão da Conferência Ministerial de aprovar essas recomendações ou de estender o prazo estipulado no parágrafo 2º somente será adotada por consenso. As recomendações aprovadas passarão a vigorar para todos os Membros sem qualquer processo formal de aceitação.

decisão caberá recurso ao Órgão de Apelação. Caso o Estado não cumpra a decisão, será devidamente sancionado (mecanismo de vigilância que faltava à OMPI) (BASSO, 2003, p.26).

As partes estão adstritas ao cumprimento da decisão do OSC e as controvérsias apenas podem ser levadas, exclusivamente, a tal foro (BARBOSA, 2003, p. 215).

Há possibilidade de medidas cautelares, até mesmo *inaudita altera partes*, pelas autoridades judiciais, visando a preservação dos direitos, a teor do art. 50 do acordo¹⁶⁴.

A criação do OSC não extinguiu a OMPI. Ficou sob a responsabilidade desta a harmonização legislativa do direito da propriedade intelectual; e daquela a análise e tutela dos aspectos comerciais relativos ao tema.

Os arts. 65 e 66 do tratado¹⁶⁵ ocupam-se de disciplinar o regime transitório para a

¹⁶⁴Artigo 50

1 - As autoridades judiciais terão o poder de determinar medidas cautelares rápidas e eficazes:

a) para evitar a ocorrência de uma violação de qualquer direito de propriedade intelectual, em especial para evitar a entrada nos canais comerciais sob sua jurisdição de bens, inclusive de bens importados, imediatamente após sua liberação alfandegária;

b) para preservar provas relevantes relativas a uma alegada violação.

2 - As autoridades judiciais terão o poder de adotar medidas cautelares, "inaudita altera parte", quando apropriado, em especial quando qualquer demora tenderá a provocar dano irreparável ao titular do direito, ou quando exista um risco comprovado de que as provas sejam destruídas.

3 - As autoridades judiciais terão o poder de exigir que o requerente forneça todas as provas razoavelmente disponíveis, de modo a se vencer, com grau suficiente de certeza, que o requerente é o titular do direito e que seu direito está sendo violado ou que tal violação é iminente e de determinar que o requerente deposite uma caução ou garantia equivalente, suficiente para proteger o réu e evitar abuso.

4 - Quando medidas cautelares tenham sido adotadas "inaudita altera parte", as partes afetadas serão notificadas sem demora, no mais tardar após a execução das medidas. Uma revisão, inclusive o direito a ser ouvido, terá lugar mediante pedido do réu, com vistas a decidir, dentro de um prazo razoável após a notificação das medidas, se essas medidas serão alteradas, revogadas ou mantidas.

5 - A autoridade que executará as medidas cautelares poderá requerer ao demandante que ele provenha outras informações necessárias à identificação dos bens pertinentes.

6 - Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4º, as medidas cautelares adotadas com base nos parágrafos 1º e 2º serão revogadas ou deixarão de surtir efeito, quando assim requisitado pelo réu, se o processo conducente a uma decisão sobre o mérito do pedido não for iniciado dentro de um prazo razoável. Nos casos em que a legislação de um Membro assim o permitir, esse prazo será fixado pela autoridade judicial que determinou as medidas cautelares. Na ausência de sua fixação, o prazo não será superior a 20 dias úteis ou a 31 dias corridos, o que for maior.

7 - Quando as medidas cautelares forem revogadas, ou quando elas expirarem em função de qualquer ato ou omissão por parte do demandante, ou quando for subsequente verificada que não houve violação ou ameaça de violação a um direito de propriedade intelectual, as autoridades judiciais, quando solicitadas pelo réu, terão o poder de determinar que o demandante forneça ao réu compensação adequada pelo dano causado por essas medidas.

8 - Na medida em que qualquer medida cautelar possa ser determinada como decorrência de procedimento administrativo, esses procedimentos conformar-se-ão a princípios substantivamente equivalentes aos estabelecidos nesta Seção.

¹⁶⁵Artigo 65 - Disposições Transitórias

1 - Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2º, 3º e 4º, nenhum Membro estará obrigado a aplicar as disposições do presente Acordo antes de transcorrido um prazo geral de um ano após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

2 - Um país em desenvolvimento Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1º, por um prazo de quatro anos, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5.

adoção dos acordos entre os signatários. Estabelecem estes artigos hipóteses para a transição, levando em consideração o desenvolvimento econômico dos Estados-partes e a matéria objeto das disposições do acordo.

Para o Brasil foi aplicado o regime transitório especial utilizado para Estados-partes em desenvolvimento, tendo sido facultado um período transitório adicional de quatro anos, além de um ano do regime geral. Adotou o Brasil o regime em tela mediante comunicado discreto realizado à OMC nos idos de 1997, o qual foi reiterado por manifestação do Ministério da Indústria e do Comércio e do Turismo (MICT), publicado na imprensa oficial do dia 28 de novembro de 1997.

Justamente por isso que as solicitações de observância ao acordo antes do prazo de transição não mereceram guarida, ao passo que o mencionado acordo ainda não possuía aplicação no cenário interno. Há parecer do INPI sobre o tema (parecer nº 01 de 1997); transcreve-se:

O próprio acordo distingue data de entrada em vigor de data de aplicação das disposições do acordo.

Assim, entende-se que o Acordo está vigendo no Brasil, sem que, contudo, esteja o País obrigado a aplicação automática e imediata de todas as suas disposições.

[...]

Conclusões

[...]

b) Em relação às solicitações para aplicação das disposições constantes no art. 70.2 de TRIP's: qualquer solicitação nesse sentido até 31/12/99 é extemporânea, não devendo ser acatada, após o que, se fixada a interpretação quanto à extensão do termo de vigência, será a mesma cabível.

3 - Qualquer outro Membro que esteja em processo de transformação de uma economia de planejamento centralizado para uma de mercado e de livre empresa e esteja realizando uma reforma estrutural de seu sistema de propriedade intelectual e enfrentando problemas especiais na preparação e implementação de leis e regulamentos de propriedade intelectual, poderá também beneficiar-se de um prazo de adiamento tal como previsto no parágrafo 2º.

4 - Na medida em que um país em desenvolvimento Membro esteja obrigado pelo presente Acordo a estender proteção patentária de produtos a setores tecnológicos que não protegia em seu território na data geral de aplicação do presente Acordo, conforme estabelecido no parágrafo 2º, ele poderá adiar a aplicação das disposições sobre patentes de produtos da Seção 5 da Parte II para tais setores tecnológicos por um prazo adicional de cinco anos.

5 - Um Membro que se utilize do prazo de transição previsto nos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º assegurará que quaisquer modificações nas suas legislações, regulamentos e práticas feitas durante esse prazo não resultem em um menor grau de consistência com as disposições do presente Acordo.

Artigo 66 - Países de Menor Desenvolvimento Relativo Membros

1 - Em virtude de suas necessidades e requisitos especiais, de suas limitações econômicas, financeiras e administrativas e de sua necessidade de flexibilidade para estabelecer uma base tecnológica viável, os países de menor desenvolvimento relativo Membros não estarão obrigados a aplicar as disposições do presente Acordo, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5, durante um prazo de dez anos contados a partir da data de aplicação estabelecida no parágrafo 1º do art.65. O Conselho para TRIPS, quando receber um pedido devidamente fundamentado de um país de menor desenvolvimento relativo Membro, concederá prorrogações desse prazo.

2 - Os países desenvolvidos Membros concederão incentivos a empresas e instituições de seus territórios com o objetivo de promover e estimular a transferência de tecnologia aos países de menor desenvolvimento relativo Membros, a fim de habilitá-los a estabelecer uma base tecnológica sólida e viável.

(BARBOSA, 2003, p. 233)

De igual teor é a manifestação do MICT:

Isto quer dizer que, pelas normas do direito internacional, o Brasil não se obrigou a garantir às patentes de invenção o prazo de 20 anos, antes de 1º de janeiro de 2000. Muito menos se obrigou a estender as patentes antigas a proteção vintenária. Daí resulta que não tem fundamento, seja no direito interno, seja no internacional, a pretensão de obter para as patentes antigas o prazo assegurado às patentes novas. (BARBOSA, 2003, p. 230).

Os acordos internacionais supramencionados foram incorporados pelo ordenamento pátrio e são notados na Lei 9.279/96, sendo grande fonte inspiradora e de pressão para confecção desta Lei¹⁶⁶.

Tal fato não mitiga a soberania nacional. A participação em acordos internacionais, principalmente quando tais acordos possuem chancela de órgãos como OMC na sua elaboração, consiste em prerrogativa do Estado, e não em uma imposição internacional. Subscrever a ata final do acordo, igualmente, é uma prerrogativa.

Não se olvida sobre a existência de enorme pressão comercial, principalmente dos países que detêm grande parte do capital mundial, para a adoção de determinadas posturas. Isso é que não pode ser tolerado, devendo a OMC atuar de forma mais efetiva, principalmente em relação à utilização de bloqueios comerciais ou majoração de tarifas infundadas.

Devem os países subdesenvolvidos se unir contra tais bloqueios, posto que a riqueza dos países mais desenvolvidos e industrializados apenas se mantém, ciclicamente, em razão do amplo mercado consumidor dos demais países. O boicote dos países supostamente menos desenvolvidos, na compra de certos produtos advindos de economias ditas mais fortes, seria um grande e efetivo instrumento de “contrapressão”.

4.2.2.5 O Mercosul: Breve Notícia

Originou-se o Mercosul dos entendimentos realizados entre Brasil e Argentina, no ano de 1985, em Foz do Iguaçu, visando fortalecer os seus mercados contra investidas do Mercado Comum Europeu e dos Estados Unidos da América. Seguindo com o primeiro contato, em 1986 foram assinados doze acordos de cooperação.

¹⁶⁶ Para verificar a influência dos mencionados acordos internacionais na atual Lei de Propriedade Industrial, indica o autor a leitura do capítulo segundo da obra de Tavares Paes, Propriedade Industrial (2000).

Em 1991 foi subscrito, na capital do Paraguai, o Tratado de Assunção, ingressando no grupo o Paraguai e o Uruguai, objetivando constituição de um mercado comum.

No ano de 1997, em Ouro Preto, ganha o Mercosul personalidade internacional. Posteriormente ingressam como associados a Bolívia e o Chile, ganhando corpo à união e crescendo até os dias atuais.

Diuturnamente o bloco tem como integrantes o Brasil, a Argentina, o Uruguai, o Paraguai e a Venezuela. Como associados estão a Bolívia, o Chile, a Colômbia, o Equador e o Peru.

O Mercosul não foi silencioso em relação à propriedade intelectual, constituindo-se uma Comissão de Propriedade Intelectual. Há uma série de projetos em curso com o escopo de harmonização normativa dos padrões de exigência, a exemplo do já discutido e aprovado Protocolo de Harmonização de Normas sobre Propriedade Intelectual no Mercosul em Matéria de Marcas, Indicações de Procedência e Denominações de Origem. Há, em curso, protocolos sobre Desenhos Industriais, Solução de Controvérsia sobre Vegetais, Patentes e o Glossário Uniforme sobre Sementes. (BARBOSA, 2003, p. 165-166).

Porém, o Mercosul ainda caminha a passos lentos, sendo que, pragmaticamente, os tratados em comento estão na seara das discussões internacionais.

4.3 A PROPRIEDADE INDUSTRIAL E A PROPRIEDADE AUTORAL

Conforme já noticiado, a propriedade industrial e a autoral são espécies que partem do mesmo tronco: a propriedade intelectual ou imaterial.

Cabe, neste ponto, fazer distinção mais profunda de tais espécies, enfocando a propriedade industrial, a qual abrange as patentes de medicamentos.

A diferenciação básica que pode ser feita em relação à propriedade industrial e a autoral é o fato daquela ser direcionada para o mundo exterior, utilitário das coisas (técnica), enquanto a autoral volta-se ao mundo interior, da subjetividade e percepção humana (senso estético). A propriedade industrial atua no mundo físico, palpável, enquanto a autoral no campo das subjetividades humanas (SILVEIRA, 1998, p.15):

É justamente por isto que a propriedade industrial, para a sua configuração, exige o requisito da novidade objetivamente considerado. Pressupõe que o seu objeto seja desconhecido da coletividade de forma fática. Já a propriedade autoral exige somente a originalidade, melhor dizendo, que a criação seja desconhecida na ordem subjetiva do autor

(uma espécie de novidade de ordem subjetiva). Cita-se Newton Silveira (1998, p.9):

Enquanto as obras protegidas pelo direito do autor têm como único requisito a originalidade, as criações no campo da propriedade industrial, tais como as invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais, dependem do requisito novidade, objetivamente considerado.

A originalidade deve ser entendida em sentido subjetivo, em relação à esfera pessoal do autor. Já objetivamente nova é a criação ainda desconhecida como situação de fato. Assim, em sentido subjetivo, a novidade representa um novo conhecimento para o próprio sujeito, enquanto, em sentido objetivo, representa um novo conhecimento para toda a coletividade. Objetivamente novo é aquilo que ainda não existia; subjetivamente novo é aquilo que era ignorado pelo autor no momento do ato criativo.

Sistematizando as duas diferenças postas, Fabio Ulhoa Coelho (2004, p.144) enfatiza que a proteção conferida ao criador pelo direito industrial é diversa daquela do autoral, tanto em relação à sua origem, quanto à extensão da tutela.

Em relação à origem a diferença é clara. A exclusividade na exploração de um bem imaterial conferida pelo direito industrial é decorrente de um ato administrativo de natureza constitutiva, cuja competência é do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI¹⁶⁷.

Caso seja invenção ou modelo de utilidade, o ato culminará na expedição de patente, documentada pela carta patente; se for marca ou desenho industrial, o ato culminará na expedição de registro, documentado pelo certificado.

Presume-se titular do direito industrial aquele que em primeiro lugar pleitear a patente ou o registro, pouco importando ser o real criador industrial (sistema atributivo). Caso o criador industrial não procure de logo o INPI para registrar ou patentear a sua criação, corre o risco de que outrem o faça, sendo conferido o direito industrial à pessoa diversa do seu criador, devido à prioridade do pedido.

O mesmo se diga para a hipótese de existirem dois criadores que, de forma independente, devido à publicidade do estado de técnica, cheguem ao mesmo engenho. Presume-se titular do direito industrial aquele que primeiro fizer o depósito do pedido de patente. Afirma Tavares Paes (2000, p.30):

Em hipótese de mais de um autor de invenção, tendo eles efetuado a mesma invenção, de forma independente, terá o direito de obter a patente aquele que levar o depósito mais antigo, independentemente das datas de invenção ou criação.

Vigora o sistema de *first applicant*.

¹⁶⁷ Neste ponto cabe noticiar que há doutrina minoritária que considera ser o ato administrativo concessivo da carta patente de natureza declaratória. Nesse sentido posiciona-se a autora Carla Eugenia Caldas Barros (2004, p. 73).

Nada impede, porém, que o título proprietário seja concedido a mais de uma pessoa, na hipótese de atividade inventiva desenvolvida conjuntamente (PIMENTEL, 2005, p. 43).

A análise da prioridade do pedido não se limita ao território nacional. São considerados também os pedidos realizados em outros países que tenham tratado internacional com o Brasil (art. 16 da Lei 9.279/96), avultando-se a importância do PCT e IPC, tratados analisados neste capítulo em articulado específico.

Neste ponto, cabe abrir um parêntese. Em verdade, o que há na legislação nacional é uma presunção relativa no sentido de que é o inventor quem primeiro pleiteia a patente (art. 6º, §1º da Lei 9.279/96). Tal presunção pode ser elidida no prazo de trinta e seis meses da publicação do depósito, por terceiro que demonstre ser o real criador industrial e ter sido usurpado de seu engenho. A decisão caberá à autoridade competente do INPI (RIZZARDO, 2004, p.736).

A legislação interna que regula o tema propriedade industrial é a Lei 9.279/96: Lei da Propriedade Industrial - LPI.

Já no que tange aos bens que integram o direito autoral, ainda seguindo a diferenciação sistematizada por Fábio Ulhoa Coelho, o pensamento é diverso, bem como a legislação aplicável (Lei 9.610/96).

O direito de exclusividade do criador autoral não decorre de ato administrativo, mas sim da própria criação, sendo que é desta que advém a exclusividade da exploração econômica (monopólio de exploração da criação). O registro previsto na legislação autoral tem como único escopo a realização de futura prova da anterioridade da criação, caso seja necessário ao criador exercer o seu direito.

O ato administrativo em comento é de natureza declaratória. É por isso que nos direitos autorais é cabível o pleito judicial de exploração exclusiva de obra não registrada. Observando a diferença acerca da natureza jurídica do ato do INPI para a propriedade industrial e autoral, enfatiza Denis Borges Barbosa (2003, p. 192-193) ao falar sobre os direitos autorais:

A primeira regra aqui, o da inexigência de qualquer formalidade para obter a proteção; para países, como o Brasil, onde se prevê o registro da obra, este é apenas *ad probandum tantum*, e completamente opcional. Assim, o resultado desse princípio é que – ao contrário do que ocorre, por exemplo, no tocante às patentes – o direito exclusivo nasce da criação, e não de qualquer declaração estatal.

Em relação à segunda diferença mencionada por Fábio Ulhoa Coelho, a extensão da tutela, esta também é de fácil percepção.

O direito industrial protege não somente a forma exterior do objeto, mas também a própria idéia inventiva. É justamente por isso que, se acaso alguém apresentar ao INPI pedido de patente que descreva, de maneira diversa, invenção ou modelo de utilidade já patenteado, a decisão de concessão de carta patente será negativa.

Em relação ao direito autoral, tutela-se apenas proteção à forma exterior do objeto, sendo vedado o plágio (cópia da obra). Porém, a idéia da qual decorreu o bem protegido, não é tutelada. Esse fato é de simples percepção, bastando para tanto observar ser possível cópia de enredos de um livro, filme ou peça teatral; apesar de vedada a cópia *ipsis litteris*.

Supostos triângulos amorosos como o genialmente descrito por Machado de Assis em Dom Casmurro (1991), bem como narrativas retratando as parcas condições dos nordestinos atingidos pela seca, como em Vidas Secas de Graciliano Ramos (1995), são encontrados em diversas obras nacionais, as quais, usualmente, não atingem a qualidade ímpar das citadas acima.

Esse fato não constitui plágio, pois não há a cópia da criação, mas sim da sua idéia, o que, na sistemática do direito autoral, não se inseri no contexto das ilicitudes.

Devido a tais fatos observados que a legislação responsável pela disciplina da propriedade industrial é muito mais rigorosa e formal do que aquela responsável pelos direitos autorais.

Na propriedade industrial a novidade há de ser analisada em relação à coletividade e ao estado atual de técnica (fase em que se encontra o avanço industrial da sociedade); enquanto na autoral se exige somente a originalidade: que seja novo para o seu criador. Infere-se que para o sistema proprietário industrial a novidade é objetiva, enquanto para o direito autoral é subjetiva.

Feita a diferenciação entre a propriedade industrial e a autoral, adentra o trabalho a propriedade industrial e sua proteção no Brasil, com o escopo de chegar até as patentes.

4.4 A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Iniciar-se-á o estudo da propriedade industrial abordando sua evolução no Brasil, haja vista já ter sido noticiada a evolução do tema no cenário internacional.

4.4.1 Evolução no Ordenamento Brasileiro

À época do Brasil colonial se vedava quaisquer manifestações industriais na colônia, inexistindo, naquele contexto, legislação relativa ao tema.

Apesar disso, já eram perceptíveis algumas produções industriais isoladas, a contragosto de Portugal, a exemplo da fábrica de descascar arroz de Antônio Francisco Marques¹⁶⁸, no ano de 1752 (BLASI, GARCIA, MENDES, 1997. p. 7).

Nos idos de 1809 foi revogado o alvará de 1785, o qual extinguiu todas as fábricas e manufaturas no Brasil, sendo criado incentivo à exportação de produtos manufaturados. Estimulou-se a industrialização do tecido, do ferro e do aço.

Nasce a necessidade de implementação de um instrumento hábil a assegurar os direitos do inventor. Advém a concessão de patentes de invenções através de um Alvará Régio de D. João VI, datado de 28 de abril de 1809, colocando o Brasil entre as primeiras quatro nações a ter legislação específica derredor do assunto (BARBOSA, 2003, p. 5).

Foi a chegada da Corte Portuguesa ao Brasil o marco da mudança, ao passo que a busca de um desenvolvimento econômico e industrial perpassa pela adoção a um sistema de patentes. O referido Alvará reconhecia ao inventor o privilégio da exclusividade, por quatorze anos, sobre os engenhos levados ao registro na Real Junta do Comércio; transcreve-se parte do documento (*apud* BARBOSA, 2003, p. 5):

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 seu serviço estabelecer em benefício da indústria e das artes, ordeno que todas as pessoas que estiverem nesse caso apresentem o plano de seu novo invento à Real Junta de Comércio; e que esta, reconhecendo-lhe a verdade e fundamento dele, lhes conceda privilégio exclusivo por quatorze anos, ficando obrigadas a fabricá-lo depois, para que, no fim desse prazo, toda a Nação goze do fruto dessa invenção.

O ano de 1809 também é reconhecido como momento da fundação das sociedades ligadas à industrialização.

A Carta Política de 1824, seguindo a linha do supramencionado alvará, no seu artigo 179, XXVI, no título VIII, que versava sobre as garantias civis e políticas, determinava que a “qualquer cidadão assegura-se direito exclusivo e temporário sobre se invento”¹⁶⁹; bem como

¹⁶⁸ É justamente para esta invenção que foi concedida a primeira outorga de privilégio em território nacional, pelo prazo de dez anos (BLASI, GARCIA, MENDES, 1997. p. 7).

¹⁶⁹ Não tratava tal Constituição nem de marcas e nem de outros bens industriais.

“o ressarcimento em perdas e danos pelo uso indevido”.

Observa-se que a mencionada Constituição nacional acabou por inaugurar, meio século à frente da Convenção de Paris¹⁷⁰ de 1878, o ideal da propriedade do inventor.

A primeira lei específica sobre marcas e patentes nacional surgiu em 1875. Todavia, em 1830 já se tem notícia de lei conferindo ao criador do engenho exclusividade, e em 1860 (Decreto nº 2.712) haver regramento sobre concessão de patentes.

Importante salientar que no período da legislação de 1830, submetia-se o Brasil, demasiadamente, ao direito estrangeiro. A lei em comento era expressa ao afirmar que a patente obtida pelo inventor no cenário internacional, pelo mesmo invento, cunhava de nulidade aquela deferida no território nacional (BARBOSA, 2003, p. 151).

Curiosamente, as marcas não sofreram uma evolução legislativa gradual, sendo o tema impactado no cenário nacional em decorrência da assinatura da Convenção da União de Paris¹⁷¹.

A primeira controvérsia judicial sobre marcas no Brasil teve como um dos advogados o baiano Ruy Barbosa, nos idos de 1873. Ele protegeu o seu cliente, proprietário da marca de areia rapé “Areia Preta”, em face do uso indevido (contrafação) por outrem, como marca de rapé “Areia Parda” (MUJALLI, 1997, p.26)

A Constituição de 1891 trouxe garantia de privilégio temporário aos inventores, no § 25 do art. 72¹⁷², tutelando também as marcas, em claro avanço ao texto constitucional pretérito.

Em 1904 foi promulgada a Lei 1.235. Fruto de grande pressão, em decorrência do vertiginoso aumento das contrafações, a legislação em tela agravou a penalidade pela *pirataria* e instituiu a responsabilidade solidária daqueles que concorressem de forma direta, ou indireta, na prática do ato ilícito.

O Código Civil de 1916 dispensava garantia à propriedade literária, científica e artística (GONÇALVES, 2006, p. 7).

A Constituição de 1934 inseriu tutela ao nome comercial. Em claro retrocesso, não disciplinou a Constituição Polaca, de 1937, proteção expressa aos inventos, marcas e nome comercial.

A tutela constitucional a tais temas foi retomada na ordem de 1946, nos §§ 17 e 18 do

¹⁷⁰ Convenção de Paris que foi tópico específico neste capítulo.

¹⁷¹ Não se olvida, porém, a existência de proteção deferida pelo Código Comercial ao nome de empresa.

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

art. 141¹⁷³, concedendo expressamente indenização ao titular do direito pelo uso do engenho.

A Constituição de 1967 excluiu a indenização deferida na ordem constitucional anterior, o que foi mantido na Lei Maior de 1969¹⁷⁴.

Não dispôs, especificamente sobre a propriedade industrial, o atual Código Civil.

Antes da vigente Lei sobre Propriedade Industrial (9.279/96), existiram várias normas sobre o tema, quais sejam: Regulamento de 1923, que deu origem ao atual Departamento de Propriedade Industrial; Decreto nº 24.507 de 1934, que regrou as patentes, desenhos e modelos industriais; Decreto-Lei nº 7.903/45, instituindo o chamado Código de Propriedade Industrial, sucedido pelos Códigos de 1967 e 1969; e, por fim, a Lei 5.772/71.

A atual legislação¹⁷⁵ trouxe diversas inovações, como a adoção do *pipeline*, devido ao aumento dos bens passíveis de patenteamento, a simplificação dos procedimentos administrativos, a faculdade de conceder licença provisória, a tipificação de crimes...

A Constituição Federal de 1988 também regula o assunto, assegurando proteção à propriedade industrial, ao lado da autoral, no art. 5º, XXXIX, *in verbis*:

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 das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Hodiernamente, a conferência de proteção pelo ordenamento nacional à propriedade imaterial é lugar comum, já tendo manifestação do Superior Tribunal de Justiça – STJ (MORAES, 2004, 274):

Todo ato físico literário, artístico ou científico resultante da produção intelectual do homem, criado pelo exercício do intelecto, merece a proteção legal. [...].

STJ – 4ª T – REsp nº 57.449/RJ – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, Diário da Justiça, Seção I, 8 set. 1997, p. 42.506.

Após visto o panorama do histórico nacional, serão verificados os objetos da sua atual tutela.

173 § 17 - Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio.

§ 18 - É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial.

¹⁷⁴ Tendo em vista o recorte metodológico deste trabalho, não há espaço para a discussão se em 1969 houve emenda à Constituição de 1967, ou realmente uma nova constituição, sendo relevante, apenas, a menção de que há ingresso de uma nova norma no ordenamento, em loco constitucional, que trata do tema.

¹⁷⁵ No decorrer deste estudo será feito parêntese para a explicação de institutos interessantes à realização deste trabalho, como o *pipeline*, a licença compulsória, dentre outros...

4.4.2 Objetos Tutelados pela Lei de Propriedade Industrial (LPI)

Dispõem os arts. 2º e 3º, respectivamente, da Lei 9.279/96:

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerando o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

- I – concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
- II – concessão de registro de desenho industrial;
- III – concessão de registro de marcas;
- IV – repressão às falsas indicações geográficas;
- V – repressão à concorrência desleal.

Art. 3º A proteção estende-se também:

- I – ao pedido de patente ou de registro proveniente do exterior e depositado no País por quem tenha proteção assegurada por tratado ou convenção em vigor no Brasil;
- II – aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade de direitos iguais ou equivalentes.

São cinco os centros em torno dos quais gravita a tutela à propriedade industrial: a invenção, o modelo de utilidade, o desenho industrial, a marca e a concorrência desleal. Tais bens industriais são protegidos em consonância com a Convenção de Paris¹⁷⁶, da qual o Brasil é signatário (como já visto neste capítulo).

Consiste o direito industrial na seara da ciência jurídica que regula os interesses dos inventores, designers e empresários em relação às invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais e marcas.

Da transcrição supra dos artigos legais infere-se que a legislação nacional não incluiu no plexo de proteção o nome comercial. Todavia, acaba a tutela à propriedade intelectual açambarcando tal possibilidade, em sede constitucional, já existindo manifestação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, como menciona Denis Borges Barbosa (2003, p. 80):

Ementa: Bolsas e sacolas fornecidas à clientela por supermercados. O parágrafo 24 do art. 153 da Constituição assegura a disciplina do direito concorrencial, pois, a proteção à propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial, na qual se incluem as insígnias e os sinais de propaganda, compreende a garantia de seu uso. Lei estadual que, a pretexto de regular o consumo, limita o exercício daquele direito, e ainda cria condições para a prática de concorrência desleal,

¹⁷⁶ “Art. 1º, n 2. “A proteção da propriedade industrial tem por objeto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de providência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.”

malferre a norma constitucional. Representação julgada procedente para declarar inconstitucional o art. 2º e seus parágrafos da Lei nº 1.111, de 05 de janeiro de 1987, do Estado do Rio de Janeiro.

Voto do Ministro Célio Borja:

Tenho, também, que a garantia constitucional de propriedade das marcas de indústria e comércio e da exclusividade do nome comercial compreende o uso das marcas e do nome. Já porque o direito de usar insere-se no de propriedade, como é de sabença comum, juntamente com o de fruir e de dispor... O que tais normas [a lei local] fazem é reduzir o campo de uma liberdade constitucionalmente protegida, qual seja, a de empreender e praticar um negócio jurídico lícito, e o de comprar e abastecer-se de gêneros no mercado, sem risco de qualquer bem ou valor socialmente relevante.

Julgamento: 11/5/1988 DJ 10/6/1988, p. 14.401. Ementário do STF vol. 1.505.01, p. 69, RTJ vol. 125.03, p. 969.

Em razão do recorte metodológico proposto, debruça-se sobre a invenção e o modelo de utilidade, já que estes são os bens imateriais dos quais podem decorrer as patentes.

4.4.3 Os Bens Imateriais Patenteáveis: A Invenção e o Modelo de Utilidade

Dentre os bens industriais enumerados acima, apenas a invenção e o modelo de utilidade são patenteáveis (art. 6º da LIP): explorados exclusivamente mediante carta-patente. Os demais bens industriais são objetos de registro (documentados pelo certificado). A concessão de patente ou registro é feita pelo INPI, sendo o ato de natureza constitutiva, como visto. Esta é a sistemática adotada pela atual legislação.

A invenção é o único bem industrial não definido pela lei. Tal fato é usual tanto no direito pátrio, como no comparado, tendo em vista a extrema dificuldade de se conceituar o instituto (ULHOA, 2004, p.137).

A LPI, no seu artigo décimo, se vale de um critério de exclusão de uma série de manifestações do intelecto para a caracterização das invenções. O conceito é atingido de forma negativa. Não são invenções: a) as descobertas e teorias científicas (teoria da relatividade de Albert Einstein, por exemplo); b) métodos matemáticos (o cálculo infinitesimal de Isaac Newton); c) concepções puramente abstratas (a lógica heterodoxa de Newton Costa); d) esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização (a pedagogia do oprimido, de Paulo Freire, é exemplo de método educativo); e) obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética de programas de computador (tutelados pelo direito autoral); f) apresentação de informações, regras de jogo, técnicas e métodos operatórios ou

cirúrgicos, terapêuticos ou de diagnóstico, e os seres vivos naturais.

A invenção pode ser classificada em fundamental ou acessória. Será acessória quando o seu objetivo seja viabilizar a utilização econômica de uma invenção fundamental, como por exemplo a criação de uma máquina capaz de tornar passível de industrialização uma invenção fundamental (bem imaterial). Invenção fundamental é aquela que basta em si mesma, não servindo de instrumento para a viabilização da obtenção de outro bem imaterial (BLASI, GARCIA, MENDES, 1997, p.21).

O modelo de utilidade pode ser conceituado como um aperfeiçoamento da invenção, já tendo sido utilizado o batismo de “pequena invenção”. Segundo a Lei, modelo de utilidade é “objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação” (LPI, art. 9º).

Inserem-se no conceito de modelo de utilidade aqueles recursos agregados às invenções, de uma forma não evidente, os quais possibilitem a ampliação da sua utilização. O aperfeiçoamento apto a caracterizar um modelo de utilidade deve revelar atividade inventiva e resultar em avanço tecnológico que os técnicos reputem engenhoso, sob pena de ser mera “adição à invenção” (art. 76 da LPI).

Logo, o traço diferenciador entre o modelo de utilidade e a adição à invenção é justamente o caráter inventivo do primeiro, devendo tal questão ser analisada por um *expert*.

As exclusões do art. 10º da LPI aplicam-se aos modelos de utilidades. Porém, caso parem dúvidas em ser o engenho invenção ou modelo de utilidade, e inexistindo critério técnico capaz de eliminá-la, deve ser considerado o objeto como invenção, já que a lei conceitua de forma fechada o modelo de utilidade, enquanto o conceito de invenção obtido de forma negativa.

Cumprido ressaltar que os medicamentos se inserem no conceito de invenção ou de modelo de utilidade, sendo, pois, objeto de patentes, como será analisado no capítulo seguinte, exclusivamente destinado aos medicamentos.

Passa-se à análise da patente e do privilégio, verificando a sua forma de defesa.

4.4.4 A Patente¹⁷⁷ e o Privilégio: Conceito. Justificativa. Tutela de Defesa

A carta-patente, nomeada por muitos simplesmente como patente, é a prova do direito do inventor. Trata-se de documento expedido pelo INPI, órgão capaz de atestar a propriedade. O privilégio é o direito encerrado no documento (patente), ou seja, é o próprio direito do inventor. A carta-patente traduz o privilégio, exterioriza o direito do inventor.

A propriedade conferida pela carta patente é resolúvel, tendo termo certo para seu final, não sendo perpétua. Revela concessão de monopólio temporário na exploração do seu objeto (PAES, 2000, p.30).

Consiste a patente em direito outorgado pelo governo de uma nação a uma pessoa, o qual confere exclusividade de exploração do objeto de uma invenção ou de um modelo de utilidade, durante um determinado período, em todo o território nacional (BLASI, GARCIA, MENDES, 1997, p.29).

Mas para que adotar-se um sistema de patentes?

A adoção de um sistema de patentes pode ser justificada à luz do direito, da economia, da técnica e do desenvolvimento (BLASI, GARCIA, MENDES, 1997, p.29).

Pelo direito infere-se ser equânime que o inventor tenha a prerrogativa de exploração de um bem que lhe pertence, objeto do seu intelecto (bem imaterial). Consiste a invenção em fruto do trabalho individual de um ser, ou de um conjunto de seres, sendo lícita garantia de exploração por tais pessoas.

Na ótica econômica verifica-se que o monopólio é a melhor forma de possibilitar ao inventor a exploração do seu direito, além de estimular claramente a pesquisa.

No plano da técnica, traduz o seu estímulo e avanço, devido ao aumento da pesquisa. Idem em relação ao desenvolvimento.

Pragmaticamente, a título ilustrativo, cita-se o exemplo do Japão pós-segunda guerra mundial (PAES, 2000, p.36).

Ao término da segunda catástrofe mundial, a qual foi decorrente da incapacidade de

¹⁷⁷ Neste ponto não foi enfatizada a discussão doutrinária derredor da natureza jurídica do direito do inventor pelo simples fato deste se materializar na carta patente, a qual exprime o direito de propriedade. Como a natureza jurídica do direito de propriedade já foi amplamente discutida no capítulo anterior, na parte relativa às teorias que tentam justificar o direito de propriedade, não caberia neste ponto serem repetidas as mesmas considerações já realizadas. Dessa maneira, fica aqui registrada a opinião do autor no sentido de decorrer a patente, assim como a propriedade, da teoria da natureza humana, em que pese na propriedade industrial haver a peculiaridade de ser resolúvel, bem como existir o direito de exclusividade. Logo, no direito industrial a propriedade é um fato que antecede o direito - fato natural, todavia não é um direito eterno.

Para aprofundamento, indica-se à obra de João da Gama Cerqueira (1982), na qual se discorre sobre as teorias que tentam justificar a natureza jurídica do direito do inventor (teorias semelhantes às explicitadas neste trabalho ao abordar o tema propriedades).

conciliação de alguns homens, o mundo assistiu um Japão completamente devastado por duas bombas atômicas norte-americanas.

Todavia, “milagrosamente” (“milagre japonês”), o país recuperou-se da destruição sofrida, obtendo amplo crescimento no final do século passado. A recuperação japonesa, mais do que um “milagre”, foi fruto de enorme trabalho, adoção de um sistema de proteção às patentes e modelos de utilidade e utilização da engenharia reversa.

Iniciou-se a recuperação através de um forte esquema de importação de tecnologia dos países mais avançados industrialmente, preenchendo o grande “buraco negro” tecnológico causado pela guerra. Conseguiu o Japão retomar o seu crescimento, elevando rapidamente os seus níveis tecnológicos, com grande avanço industrial.

Tal medida ocasionou o pagamento de altíssimos *royalties*, os quais foram devidamente equilibrados na balança comercial mediante a realização de um amplo número de exportações. A “mola propulsora” que levou ao crescimento das exportações foi o patenteamento de diversos modelos de utilidade, os verdadeiros responsáveis pelo aperfeiçoamento da técnica. Importava o Japão tecnologia devidamente patenteada, a aperfeiçoava com atividade inventiva - criando modelos de utilidade - e exportava tais modelos, recebendo *royalties*.

Aliado a isso, utilizou-se o Japão da engenharia reversa¹⁷⁸, obtendo acesso a alguns conhecimentos sem o pagamento de *royalties*. Assim, obtinha a cópia servil do bem, sem pagamento de contraprestação, confeccionava o modelo de utilidade e o exportava (BARBOSA, 2003, p. 159).

Verifica-se, portanto, o desenvolvimento japonês pautado em um sistema de proteção à propriedade industrial e aproveitamento das válvulas de escape permitidas.

Com a obtenção da patente terá o inventor, ou aquele que primeiro pleiteou proteção, direito com um conteúdo positivo e negativo. Positivo porquanto possibilitar o uso ou exploração do invento, com o seu proveito econômico. Negativo em razão de tal uso ou exploração excluir outras pessoas, a exceção do inventor e aqueles devidamente autorizados: é a exclusividade.

Traduz a patente uma presunção da titularidade do bem imaterial. Caracteriza-se como direito de propriedade temporário, sendo garantido àquele que a obtém exclusividade de exploração econômica do bem industrial por um dado lapso de tempo. Com o término do

¹⁷⁸ Consiste a engenharia reversa no mecanismo industrial que possibilita chegar até o produto patenteado partindo dele para o início do processo, de forma reversa. Não gerava este mecanismo, durante largo lapso de tempo, o pagamento de *royalties*.

prazo cairá a invenção ou modelo de utilidade em domínio público, sendo o acesso amplo¹⁷⁹.

Consegue o instituto conciliar os direitos do inventor e o supremo interesse da coletividade. Este último através de mecanismos de combate à não-exploração do bem industrial ou o abuso de direito em virtude do monopólio conferido.

Em sendo a patente direito de propriedade para aquele que a obtém, poderá este exercer meios de defesa da propriedade e posse do seu invento. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que é possível o exercício de defesa por meio de utilização de ações possessórias, como o interdito proibitório. Transcreve-se a ementa de um julgado¹⁸⁰:

Interdito Proibitório. Patente de invenção devidamente registrada. Direito de propriedade.

I - A doutrina e a jurisprudência assentaram entendimento segundo o qual a proteção do direito de propriedade, decorrente de patente industrial, portanto, bem imaterial, no nosso direito, pode ser exercida através das ações possessórias.

II - O prejudicado, em casos tais, dispõe de outras ações para coibir e ressarcir-se dos prejuízos resultantes da contrafação de patente de invenção. Mas, tendo o interdito proibitório índole eminentemente preventiva, invocadamente é ele o meio processual mais eficaz para fazer cessar, de pronto, a violação daquele direito.

III – Recurso não conhecido.

RESP nº 7.196, da 3ª Turma do STJ, DJU de 05.08.1991¹⁸¹.

Além dos mecanismos jurídicos decorrentes da propriedade em geral, o bem industrial possui formas específicas de proteção traçadas na LPI. Ela dispõe sobre a violação ao direito conferido pela patente (art. 42 e 43) e a possibilidade de busca por indenização decorrente de afronta a este direito (art. 44).

A utilização indevida do engenho é denominada de contrafação. Esta pode ser direta ou primária, acaso aquele que pratica o ato ilícito utiliza-se do processo tutelado para a fabricação do produto (que é igualmente protegido); ou indireta ou secundária, quando se recebe o produto, fruto da contrafação, para comercialização (BARROS, 2004, p114). É possível também a contrafação por contribuição; explica-se: o ilícito tem por objeto um componente específico do engenho, o lesando por um viés obliquo. Tais modalidades são perceptíveis nos artigos 183 *usque* 185 da LPI.

¹⁷⁹ A cessação do direito industrial será abordada em tópico específico, ainda neste capítulo.

¹⁸⁰ Recurso Especial nº 7.196, da 3ª Turma do STJ, DJU de 05.08.1991 (RIZZARDO, 2004, p.752).

¹⁸¹ Aqui, porém, há de se observar a existência da Súmula 228 do próprio STJ, a qual proíbe a utilização do interdito proibitório no que tange aos direitos autorais; *in verbis*: “É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral”. Entende-se que esta súmula dirige-se, especificamente, aos direitos autorais, não abrangendo os industriais. Já restou consignado neste trabalho que a extensão da proteção jurídica aos direitos industriais é mais ampla do que àquela concedida aos autorais.

A proteção do direito industrial traz mecanismo de proteção ao usuário anterior de boa-fé, permitindo possibilidade de continuidade na exploração econômica anterior ao pedido de depósito. Tal proteção já estava presente no *Code Commerce* francês o qual, à sua época, tinha artigo expresso sobre o tema (PAES, 2000, p.59):

Art. 613-7 Toda pessoa que, de boa-fé, na data do depósito ou da prioridade de um invento no território onde esta lei se aplica já tinha posse do invento, tem direito, a título pessoal, de explorar a invenção apesar da existência da mesma. O direito reconhecido por este artigo só se transmite com a empresa a que se refira.

Não é possível ao usuário anterior de boa-fé a cessão deste direito intelectual, salvo se o for juntamente com o seu negócio ou empresa que explorar a invenção (PIMENTEL, 2005, p. 52).

Uma vez verificada a contrafação, a doutrina indica dois principais caminhos judiciais a ser percorridos pelo lesado: a ação de contrafação e a ação de concorrência desleal, as quais englobam questões civis e penais (BARROS, 2004, p123).

A LPI não é específica em determinar qual o juízo competente, asseverando, porém, que deverão ser criados juízos especiais para processamento e julgamento de tais feitos (art. 241 da LPI).

A ação de concorrência desleal pode ser utilizada, haja vista que a contrafação, muitas vezes, pode ser engendrada com o fito de prática de uma concorrência desleal, buscando posição dominante em um determinado mercado (relevante)¹⁸². Com a ação de concorrência desleal buscar-se-á a cessação do dito comportamento e a reparação pecuniária do prejuízo.

Visto tais questões, passa-se a análise dos requisitos legais à obtenção da Carta Patente.

4.4.5 Requisitos Legais à Obtenção da Carta Patente

O pedido de patente deve ser dirigido ao INPI constando requerimento, relatório descritivo, reivindicações, desenhos, resumo e comprovante de pagamento da retribuição relativa ao depósito¹⁸³ (PIMENTEL, 2005, p. 45).

¹⁸² Não é objeto central do trabalho o aprofundamento do tema concorrência desleal, nem a análise de questões relacionadas ao domínio do mercado relevante.

¹⁸³ O pedido de patente brasileiro que verse sobre interesse de defesa nacional é processado em sigilo e não está sujeito à publicações previstas em lei (PIMENTEL, 2005, p. 59).

A LPI, no seu art. 8º, enumera algumas condições para a concessão da patente de invenção. São elas: a) novidade; b) atividade inventiva; c) industriabilidade e d) desimpedimento.

Passa-se à análise de tais requisitos para obtenção de patente de invenção.

4.4.5.1 A Novidade

A novidade é um conceito obtido de forma negativa, a partir do atual estado da técnica. Será novo aquilo que não está compreendido no hodierno estado de técnica (art. 11 da LPI).

O estado de técnica engloba todos os conhecimentos acessíveis divulgados por qualquer meio no Brasil ou no exterior. Inclui-se a publicação do depósito de patente pelo INPI; o conteúdo completo da patente depositada e ainda não publicada; notícias dadas pelo inventor sobre a sua criação nos doze meses que antecedem o depósito e divulgação por igual tempo pelo INPI (é o denominado “período de graça”) (ULHOA, 2004, p.150 - 151). O tema está devidamente posto na LPI nos arts. 11, 12, 16 e 17.

Interessante conceito conferido ao estado de técnica é o de Arnaldo Rizzardo (2004, p.737):

Estado de técnica é, pois, tudo aquilo que compõe o acervo da civilização técnica, que oferece produtividade, conforto e bem estar aos indivíduos. O que já compuser esse acervo, no momento do depósito do pedido de patente, não constitui invenção nova e nem, portanto, pode ser privilegiável... Assim, pois, tudo aquilo que a ciência e as artes revelaram ao espírito humano, e que constitui acervo da civilização, com o fito prático e objetivo de atender a satisfação das necessidades humanas, constitui ‘obra técnica’. E tudo constitui ‘estado de técnica’. O que não foi revelado ou usado não se integra no estado de técnica, constituindo, por conseguinte, novidade, e, em caso de invenção, é suscetível de privilegiabilidade.

Será um técnico que, mediante parecer, irá atestar se o invento ou modelo de utilidade encontra-se, ou não, inserido no atual estado de técnica (arts. 13 e 14 da LIP).

4.4.5.2 A Atividade Inventiva

O segundo requisito necessário para a obtenção da patente é a atividade inventiva.

Consiste no fato de a invenção ou modelo de utilidade não decorrerem, de modo óbvio, dos conhecimentos reunidos no atual estado de técnica.

Para esta análise dever-se-á tomar como referencial o parecer de um *expert*, sendo que da invenção deverá decorrer um verdadeiro engenho.

Qualquer novo acréscimo em invento já existente acarreta direito de titularidade sobre o respectivo adendo, com a obtenção da carta patente correspondente. Tal fato é denominado adição de invento, e encontra-se devidamente disciplinado no art. 76 da LPI.

A mencionada adição não necessita ser, estritamente, um invento, ou revelar-se nova, bastando melhorar o engenho original ou dar-lhe uma utilidade superior. Para a obtenção desta carta patente preceitua a lei que deverá o inventor original retribuir ao criador do adendo.

O certificado de adição acompanha o da patente de invenção original, tendo a mesma duração, posto ser um acessório que segue um principal (art. 77 da LPI).

4.4.5.3 A Industriabilidade

A terceira condição necessária à obtenção de patente é a industriabilidade. Compreende a possibilidade de utilização ou produção do invento por qualquer tipo de indústria, sendo esta compreendida no seu sentido mais amplo, abrangendo a agricultura, a pecuária, a construção civil... (art. 15 LPI).

A industriabilidade objetiva afastar a concessão de patentes que ainda não podem ser fabricadas, devido ao atual estado de técnica, além de fulminar as invenções ou modelos de utilidade desprovidos de qualquer proveito para os homens (inúteis). Não atendem a industriabilidade, por exemplo, os placebos, os quais são desprovidos de qualquer eficácia terapêutica.

4.4.5.4 O Desimpedimento

A última condição para a obtenção da patente é o desimpedimento. O conceito de desimpedimento é negativo, sendo obtido a partir do que não é impedimento. Os impedimentos são numerados na LPI (art. 18) e trazem a impossibilidade de concessão de

patente em atenção a determinados valores sociais (ordem pública) e exteriores ao objeto da invenção ou modelo de utilidade.

O mencionado art. 18 da LPI dispõe sobre impedimentos de três ordens: a) invenções contrárias à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e saúde públicas; b) substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos resultantes de transformação do núcleo atômico, bem como a modificação de suas propriedades e os processos respectivos; c) seres vivos ou partes deles, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

O parágrafo único do artigo 18 define o que se entende por microorganismo transgênico; transcreve-se:

Para fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas e animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições humanas.

Enfatiza Fábio Ulhoa Coelho (2004, p.156) que esta última hipótese de impedimento possui uma exceção expressa: há possibilidade de ser concedida patente a transgênicos (OGM – organismo geneticamente modificado) no direito industrial brasileiro, quando diga respeito a objeto de transformação genética introduzida pelo homem em microorganismos.

O artigo 18 da LPI veda o patenteamento de microorganismos naturais, por inexistir atividade inventiva, consistindo em meras descobertas. O OGM é aquele no qual há engenho, atividade inventiva utilizando-se da engenharia genética, agregando conhecimento novo (RIZZARDO, 2004, p.740).

Descobertas não são passíveis de patenteamento. Justamente por isso o patenteamento do genoma humano não é possível. Todavia, uma vez isolado um determinado gene responsável por uma patologia e o produzindo sinteticamente, até mesmo como medicamento, a obtenção da patente torna-se possível¹⁸⁴.

No que diz respeito aos impedimentos, interessante observar que durante largo lapso temporal houve no cenário nacional exclusão de concessão de patentes de medicamentos, sob o argumento de proteção à saúde pública. Afirmo Fábio Ulhoa Coelho (2004, p.155):

A lei anterior de propriedade industrial vigente no Brasil, por exemplo, excluía da proteção industrial a invenção de medicamentos. Considerava-se, então, que a descoberta de um novo remédio era assunto de interesse de saúde

¹⁸⁴ O tema será retomado no capítulo posterior de desenvolvimento ao abordar os medicamentos de origem genética, sendo mencionada doutrina nacional e internacional sobre o assunto.

pública, de tal forma que a todos os empresários interessados – e não somente ao inventor – deveria ser possível fabricá-lo. Com isto, estar-se-ia garantindo maior acesso da população em geral aos avanços da ciência. Em outros termos, os produtos essenciais à saúde deveriam ser livremente explorados. Por esta razão, havia, na legislação anterior, um *impedimento* à concessão da patente (até então chamada de “privilégio”) para a invenção de remédios.

Acontece que este impedimento prejudicava, de sobremaneira, as empresas dos países mais industrializados, as quais não recolhiam *royalties* pela comercialização de seus medicamentos no Brasil. Iniciou-se, então, forte movimento de pressão política externa, principalmente dos Estados Unidos da América, para o reconhecimento no Brasil das patentes de medicamentos. Arremata Fábio Ulhoa Coelho (2004, p.155):

A nossa atual legislação de propriedade industrial é resultante, em boa parte, da necessidade que teve o Brasil de responder, a partir da segunda metade dos anos de 1980, às crescentes pressões internacionais – principalmente dos Estados Unidos – no sentido de passar a reconhecer o direito das indústrias farmacêuticas. O valor social da ampla acessibilidade da população aos avanços da ciência, na área dos medicamentos, esconde, na verdade, uma falácia. A pesquisa científica pressupõe investimentos de grande porte, e a exclusividade na fabricação de novas drogas é um retorno destes. O empresário que apenas se apropria dos resultados da pesquisa alheia, sem realizar nenhum investimento de monta e sem pagar *royalties* ao inventor, pode comercializar o mesmo remédio a preço inferior ao praticado pela indústria responsável pela invenção. A concorrência desleal acaba, a médio e longo prazo, prejudicando o próprio consumidor. Claro, porque, se não houver garantia de retorno, novos investimentos em pesquisa simplesmente não serão feitos. Desse modo, ao descartar o impedimento de patentes de remédios, a lei brasileira em vigor valeu-se da melhor alternativa de tratamento da matéria.

Também percebe esse movimento de pressão política Denis Borges Barbosa (2003, p. 7):

A origem do processo de mudança da lei de propriedade industrial é, indubitavelmente, a pressão exercida pelo Governo dos Estados Unidos, a partir de 1987, com sanções unilaterais impostas sob a Seção 301 do *Trade Act*. Não obstante aplicadas no Governo Sarney, apenas no mandato seguinte se iniciaram as tratativas oficiais com vistas à elaboração de um projeto de lei.

Curva-se o governo brasileiro à pressão internacional e edita a atual LPI, após sofrer sanções de conteúdo comercial. Cite-se o comentário de Tavares Paes (2000, p.32):

A grande novidade desta lei é a extensão e outorga de patentes em áreas não abrangidas. Não há mais proibição de patente na área de produtos químicos, alimentícios e farmacêuticos. Quanto aos últimos, insta a seguinte constatação: em 1945, surge lei excluindo os produtos farmacêuticos da proteção de patentes; em 1969, no entanto, os processos farmacêuticos se

tornam também não-patenteáveis. Em 1971, a Lei nº 5.772 mantém a exclusão de produtos e processos farmacêuticos da proteção de patentes. Em 1987, há pressão externa sobre o Brasil em virtude da inexistência de proteção de produtos farmacêuticos aqui.

São impostas sanções comerciais ao Brasil, no ano seguinte, pelos Estados Unidos da América, e com o anúncio de minuta de projeto de lei de patentes para processos farmacêuticos e patentes de produtos enviadas ao Congresso, as sanções são suspensas. A Câmara dos Deputados aprova a minuta em 1993, a seguir pelo Senado, e surge após a Lei nº 9.279/96.

Observar-se que a busca norte americana não diz respeito à evolução tecnológica, mas aos interesses dos seus grandes grupos empresariais. Isto restou clarividente através de um pronunciamento do representante norte americano no Encontro de Propriedade Intelectual e Comercialização de Tecnologia, mencionado em passagem do livro de Denis Borges Barbosa (2003, p. 162):

[...] Está tudo muito bom, está tudo muito bem, vocês estão falando em interesses dos países em desenvolvimento, em transferência de tecnologia, em equidade econômica, mas o que interessa é o interesse de minhas empresas. Aqui não estamos falando de cooperação entre pessoas, estamos falando de interesses entre empresas. E assim é que essa conferência não vai continuar.

A pressão internacional para o fim de alguns impedimentos constantes na legislação nacional à época, corporificada especificamente nos Estados Unidos da América, tinha o seu principal cerne o fato de a indústria farmacêutica brasileira conseguir chegar até as fórmulas dos remédios mediante a utilização de engenharia reversa¹⁸⁵. Com a fórmula em mãos, e sem o pagamento de *royalties*, conseguiam os laboratórios brasileiros lucros astronômicos¹⁸⁶ com a produção de genéricos¹⁸⁷.

Em contrapartida, afirmava o governo brasileiro que deveria ser mantida a política do não patenteamento nas áreas supracitadas, em razão do parco estágio de evolução tecnológica nacional à época e premente necessidade de ordem pública.

Assim, com mencionadas retaliações comerciais referendadas pela OMC, não restou outra opção ao Brasil senão a promulgação da atual LPI, acatando as exigências

¹⁸⁵ Neste ponto há de ser mencionado o ponto de vista de Patrícia Del Nero (2004, p.210), subscrito pelo autor, segundo o qual a utilização de engenharia reversa pelo Brasil não constituiu pirataria, tendo em vista tal prática ter sido devidamente regulamentada à época e o Brasil ser signatário da União de Paris.

¹⁸⁶ O atual art. 27, §1º do TRIP's determina que os medicamentos devem gozar de proteção patentearia nos países signatários. Acaba o TRIP's com a possibilidade de patenteamento apenas do processo, com a conseqüente produção do medicamento através da engenharia reversa, o que possibilitava forte indústria nacional de medicamentos genéricos.

¹⁸⁷ O capítulo final de desenvolvimento, ao falar acerca da função social da propriedade industrial, reserva ponto específico para abordar os genéricos.

internacionais¹⁸⁸.

Digno de nota que desde o advento do TRIP's, por conta da disposição do art. 27 do acordo, em relação àqueles produtos que os Estados-Membros não concediam a proteção patentearia, deverá haver um mecanismo de depósito, com análise de todos os requisitos para tanto à época (BARBOSA, 2003, p. 211).

A par de tais informações, esclarece este autor não ser o objetivo do trabalho a sustentação de uma tese no sentido de construir impedimento para a concessão de patentes de medicamentos. Desde o início do trabalho vem sendo enfatizada a importância da existência de tutela à propriedade intelectual e, em especial, à industrial.

Caso inexistisse a possibilidade de concessão de patentes, com a atribuição de monopólio ao inventor e pagamento de *royalties*, seria instituído um completo desestímulo à pesquisa e a conseqüente estagnação tecnológica da sociedade. Se a sociedade encontra-se no estado de evolução atual é, em grande parte, em razão do estímulo econômico criado para os inventores, o que refletiu enormes investimentos em pesquisas e pessoal qualificado pelos grandes conglomerados internacionais, os quais enxergavam vultosos retornos nestes investimentos.

Não é diverso o contexto em relação aos medicamentos. Se a indústria medicamentosa evoluiu e chegou ao patamar atual, foi em decorrência do estímulo dado pelas patentes.

É essa a ótica capitalista que infelizmente rege as relações produtivas mundiais¹⁸⁹. A vedação de concessão às patentes de medicamentos acarretaria em uma verdadeira fuga dos empresários, cientistas, estudiosos e, principalmente, do capital, desta área vital para a sociedade.

Na visão do autor, não é o melhor caminho para o mais amplo acesso aos medicamentos a imposição legal de impedimento à concessão de patentes de remédios. A patente é o real estímulo para o progresso científico da sociedade.

Malgrado a importância das patentes para o avanço tecnológico, estas não podem ocasionar o não-acesso da maioria da população aos bens tutelados. Este é um importantíssimo contraponto a ser ponderado.

Os medicamentos, os quais são objetos de patentes, não podem ser comercializados em valores tão elevados que não permitam o acesso das camadas mais humildes da sociedade

¹⁸⁸ Sobre o cenário de pressões internacionais e as discussões geradas no plano da política interna nacional, consulte-se, além dos autores mencionados no corpo do texto, a obra de Gabriel di Blasi, Mario S. Garcia e Paulo Parente M. Mendes (1997, p. 8-13).

¹⁸⁹ A inserção da ciência no pilar da produção será analisada no capítulo seguinte de desenvolvimento, destinado ao estudo dos medicamentos e uma visita à bioética.

(esmagadora maioria da população nacional e global). São produtos que importam na manutenção da vida e sua qualidade.

É justamente para equilibrar tal binômio (propriedade e estímulo x acesso e cura) que há na Constituição Federal brasileira dispositivo obrigando todo tipo de propriedade a exercer a sua função social.

A idéia defendida é a de que as patentes de medicamentos constituem espécie de propriedade (propriedade industrial) e, como tal, devem estar sujeitas ao exercício da sua função social, sob pena de serem quebradas através da incidência do licenciamento compulsório.

Tais idéias serão tratadas com toda a profundidade que merecem em específico capítulo de desenvolvimento, o qual será totalmente dedicado à função social da propriedade, com especial atenção à propriedade industrial e às patentes de medicamentos.

4.4.5.5 Os Requisitos para Patente do Modelo de Utilidade: Diferenciação para as Invenções

Já em relação ao modelo de utilidade, para a concessão da sua carta patente faz-se necessária a existência de objeto de uso prático, ou parte deste, que torne viável a patenteabilidade, desde que lhe seja impressa nova forma ou disposição de cunho inventivo (atividade inventiva).

O tema (modelo de utilidade) está devidamente regulado no art. 9º da LPI. Tomando por base o mencionado artigo, afirmam Arnaldo Rizzardo (2004, p.739) e Tavares Paes (2000, p.35) serem três os elementos imprescindíveis para a obtenção de patente de modelo de utilidade: a nova forma ou disposição do objeto; que ele se destine ao uso prático e que surja uma melhoria funcional para o fim ao qual se destina.

Pode-se afirmar que a inventividade do modelo de utilidade é de menor grau em relação à da invenção. Nesta existe a criação de um bem, um novo produto antes inexistente, enquanto naquele há o melhor aproveitamento de um bem que já existe.

Tavares Paes (2000, p.37 - 38) enumera três critérios práticos capazes de diferenciar a invenção e o modelo de utilidade, quais sejam: o critério quantitativo; o qualitativo e o que se apóia na observância dos requisitos legais para a procedência de um ou outro pedido de depósito de patentes¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Em verdade enumera Tavares Paes mais um critério: o que se refere à amplitude da idéia tutelada. Porém, o próprio autor enfatiza não ser este critério capaz de diferenciar o modelo de utilidade e a invenção. Assim, o

O critério quantitativo reside na constatação de que no modelo de utilidade a atividade inventiva é inferior à da invenção, já que o modelo de utilidade tem por base um bem industrial já existente, o aperfeiçoando.

Consoante o critério qualitativo, o modelo de utilidade possui um conceito inovador referido à forma exterior do produto, ao passo que na invenção a inovação refere-se à substância do fenômeno, sendo uma verdadeira criação, no sentido mais amplo da expressão.

Por fim, aborda Tavares Paes o critério diferenciador relativo à observância dos requisitos legais para a procedência do pedido de patente de invenção e de modelo de utilidade. Os padrões legais em questão já foram devidamente abordados neste capítulo, sendo desnecessária a repetição.

Na carta patente, tanto da invenção como na do modelo de utilidade, deve constar o número, título, natureza, nome do inventor (pode ser requerido o sigilo), qualificação e domicílio do titular, prazo de vigência, relatório descritivo, as reivindicações e os desenhos, bem como dados relativos à prioridade (PIMENTEL, 2005, p. 49).

4.4.6 O Pipeline

O dispositivo de transição utilizado entre a derrogação de uma antiga lei e início de uma nova, que preveja ser patenteáveis bens que anteriormente não o eram, é denominado de *Pipeline*.

Relaciona-se também aos produtos em fase de desenvolvimento que ainda não chegaram ao mercado consumidor por iniciativa do seu titular, ou de terceiro autorizado por ele, e que, portanto, não são alvo de proteção industrial.

A legislação nacional sobre propriedade industrial (Lei 9.279/96) utilizou-se deste mecanismo, especificamente nos artigos 227 e seguintes¹⁹¹, trazendo diretamente para o sistema de proteção nacional as patentes que não poderia ser tuteladas no Brasil, por questão de impedimento.

Pipeline, cuja tradução para o português corresponde a tubulação, é expressão sinônima de patente de reconsideração, patente retroativa, reconhecimento tardio de direitos ou patente de importação.

critério não é capaz de atingir a necessidade de sua existência. Por isso optou-se em não mencioná-lo dentre os capazes de diferenciar os institutos.

¹⁹¹ Há Ato Normativo do INPI sobre o tema: é o de nº 126.

Aplicou-se, principalmente, aos inventos e modelos de utilidade relacionados à seara de biotecnologia, sendo utilizada para cerca de 1170 (mil cento e setenta) pedidos de patentes (BARBOSA, 2003, p. 638).

Foi aplicada no cenário nacional para as patentes de medicamentos, em virtude do fato de o Brasil, durante largo período de tempo, não tutelar tais invenções, como verificado neste capítulo. Diz respeito àqueles que tinham a patente estrangeira de produtos farmacêuticos que eram comercializados no Brasil por terceiros, sem a autorização do titular do direito industrial. Com a entrada em vigor da Lei 9.279/96, ao inventor foi possível requerer o pedido de depósito, sem nenhuma agressão ao requisito da novidade¹⁹².

Atende também aos nacionais que não patentearam seus inventos ou tiveram o pedido denegado, porquanto existência de impedimento anterior.

Tanto para aplicação do instituto na esfera nacional, quanto internacional, exige a norma que o seu titular não tenha comercializado a invenção de espontânea vontade, em respeito à novidade. Ademais, tal pedido de validação haveria de ser realizado até antes de 15 de maio de 1997.

Segundo o *Pipeline*, o título nacional proprietário conferido teria validade pelo prazo remanescente entre a concessão brasileira e a data do primeiro depósito internacional. Assim, se o medicamento que é reconhecido no Brasil já havia sido patenteado nos Estados Unidos da América há cinco anos, sua patente de invenção terá validade de apenas quinze anos no território nacional (vinte menos cinco).

Caso a patente seja concedida a um brasileiro, sendo a primeira relativa ao invento ou modelo de utilidade, ela vigerá pelo prazo normal de vinte ou quinze anos, respectivamente.

O *pipeline* não possuía previsão no TRIP's, questionando-se sobre a sua constitucionalidade. Agrava-se a (in)constitucionalidade porquanto conceder a legislação tratamento diferenciado ao nacional e estrangeiro, no momento da análise dos requisitos legais, em afronta à isonomia. Além disso, é de questionável constitucionalidade trazer diretamente ao mercado interno a patente estrangeira, em suposto desrespeito à soberania¹⁹³.

Permite, então, para o estrangeiro que já tenha conhecimento inserto no estado de técnica, obter patente no cenário nacional, afrontando até mesmo a CUP, o TRIP's, o PCT e

¹⁹² Como já visto tais estrangeiros têm de ser domiciliados em países que possuam tratado internacional com o Brasil.

¹⁹³ Não é objetivo desse trabalho aprofundar o estudo acerca do *pipeline* e perquirir, profundamente, sobre sua (in)constitucionalidade. Decerto, para solução do tema-problema posto, importante é conhecer o mecanismo, e verificar como aconteceu o reconhecimento tardio das patentes de medicamentos no cenário nacional. Para aprofundamento sobre a (in)constitucionalidade indica-se a obra de Denis Borges Barbosa (2003).

IPC¹⁹⁴, principalmente no que tange ao prazo de prioridade. Assim, o pedido depositado no exterior há mais de um ano poderá ser validado no Brasil, reconhecendo como novo algo que já estava inserto no estado de técnica e fora do prazo de prioridade.

O instituto não desconsiderou a necessidade de tutela ao explorador de boa-fé, anterior à concessão.

O art. 232 da LPI foi expresso no sentido de vedar a cobrança de *royalties* retroativos, anteriores à concessão da patente nacional. Também assegurou àquele que estava explorando o bem industrial patenteado via *Pipeline* a continuar a sua exploração sem o pagamento futuro de *royalties*. De igual forma, caso uma empresa brasileira já estivesse se preparando para a exploração do bem industrial patenteado via *Pipeline*, não seria possível a cobrança de *royalties*.

Diuturnamente, muito se discute derredor do acerto ou desacerto na adoção deste mecanismo.

Ressalta Patrícia Del Nero (2004, p.213) haver benefícios, inclusive aos próprios pesquisadores brasileiros. Estes passaram a poder patentear seus bens industriais, que não eram objetos de patentes, sem problemas com o requisito da novidade (o estado de técnica analisado não era o da época do patenteamento, mas sim o anterior, ao passo que a patente é retroativa).

Acontece que a adoção do *Pipeline* possibilitou o patenteamento, em território nacional, de uma série de medicamentos antigos, por parte de pessoas internacionais e fora do prazo de prioridade. Esse fato, somado à questão de o governo brasileiro não ter se utilizado do prazo total de transição, acabou por tornar a transição entre o não-patenteamento e o patenteamento de medicamentos demasiadamente brusca.

Posteriormente o próprio país veio a sentir com essa postura, não podendo implementar com maior sucesso um política mais ampla de produção de medicamentos genéricos.

4.4.7 A Exclusividade na Exploração da Propriedade Industrial

Em obtendo a patente, possui o inventor do engenho a exclusividade temporária na exploração do seu invento, o que acaba por gerar, instrumentalmente, um monopólio em relação à sua idéia inventiva.

¹⁹⁴ Todos estes tratados, como vistos, incorporados no ordenamento nacional.

Não resta ceifada a possibilidade de patenteamento de outros inventos que digam respeito à solução técnica diversa sobre o assunto, até mesmo sob pena de afronta aos princípios constitucionais da livre iniciativa e concorrência¹⁹⁵. Cita-se Denis Borges Barbosa (2003, p. 26):

[...]. Mas é necessário entender que nos direitos de Propriedade Intelectual - na patente, por exemplo - o monopólio é *instrumental*: a exclusividade recai sobre o **meio** de se explorar o mercado, sem evitar que, por outras soluções técnicas diversas, terceiros explorem a mesma oportunidade de mercado.

Tal exclusividade consiste em conferir ao titular o direito de evitar que outrem, desprovido de seu consentimento, produza, use, coloque à venda, venda ou importe o objeto da proteção, bem como que se utilize do processo específico de produção. Igualmente, assiste ao titular da patente o direito de cedê-la, licenciá-la ou a transferir por sucessão.

Constitui a propriedade intelectual uma restrição à concorrência. O direito de exclusiva na exploração do invento acaba por permitir ao seu titular que exclua outros de explorarem o mercado nos mesmo moldes, observado os parâmetros postos em respeito à livre concorrência e iniciativa.

Não se olvida que a titularidade desse monopólio é temporária. Conseqüentemente, pode-se até mesmo afirmar existir dois titulares do direito de exploração do engenho: um imediato, que é o inventor que obteve a carta patente; e outro mediato, em virtude do futuro direito de utilização pelo domínio público.

Há casos em que, malgrado o direitos de exclusiva, a patente pode ser explorada sem autorização do seu titular. Exemplificando: atos para consumo próprio, sem prejuízo econômico ao titular do direito industrial; atos com finalidade experimental ligados a pesquisas; medicamentos manipulados individualmente por profissional habilitado (PIMENTEL, 2005, p.50-51).

¹⁹⁵ Livre iniciativa e livre concorrência são princípios constitucionais da ordem econômica, consistindo aquela, ainda, em fundamento da República Federativa brasileira (Vide art. 1º, IV, e 170, *caput*).

Traduz a livre iniciativa liberdade econômica, acesso amplo ao mercado, sendo esse o seu conteúdo material. Diz respeito a todas as pessoas, sejam físicas ou jurídicas. Acaba relacionando-se a própria valoração social do trabalho, outro valor constitucional, sendo um instrumento desta.

A livre concorrência constitui corolário da livre iniciativa, assegurando àquele que foi livre a ingressar no mercado, a possibilidade de concorrer sem sofrer com abusos de posições dominantes. Objetiva conferir possibilidade de disputa livre pelo mercado, pela clientela, em respeito à isonomia.

Obviamente, em um mercado capitalista, os agentes em concorrência são desiguais, até mesmo por méritos próprios, conquistas de mercado como fruto de trabalho honesto. Isto não se pretende mudar. O escopo é permitir que a luta pelo mercado seja lícita e não impeça outros de tentarem o ingresso nesta batalha.

A repressão ao abuso do poder econômico vem, justamente, para buscar a livre iniciativa e concorrência.

Não é objetivo deste trabalho aprofundamento sobre tais conceitos, visando neste ponto apenas uma breve notícia instrumental para o trabalho. Indica-se, para uma consulta mais aguçada sobre o tema, visita à obra de Eros Roberto Grau (2003).

Nos demais casos, poderá o titular explorar a sua propriedade, bem como tem a prerrogativa de licenciá-la ou cede-la a outrem, através de contratos de propriedade intelectual e transferência de tecnologia.

4.4.7.1 Contratos de Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia

A faculdade de exploração econômica exclusiva das patentes concedida pelo INPI se dá através de uma licença, espécie de contrato de propriedade intelectual e transferência de tecnologia.

Hodiernamente, os contratos de transferência de tecnologia possuem regramento disperso no ordenamento nacional. Remetem-se ao corpo de normas de direito tributário, para verificar-se a questão relacionada ao imposto de renda; à Lei que trata da concorrência (Lei 8.884/94); à Lei 4.131/62 que versa, especificamente, sobre contratos de transferência de tecnologia; os arts. 62, 140 e 211 da Lei 9.279/96, os quais obrigam a averbação de tais contratos no INPI¹⁹⁶; o Ato Normativo nº 135, de 15/04/1997, que aduz o procedimento de averbação de tais contratos no INPI; disposições internacionais, como o TRIP's e, até mesmo em alguns casos, o Código de Defesa do Consumidor.

Segundo o recorte metodológico proposto, não pretende este trabalho uma análise tributária dos instrumentos de transferência de tecnologia. Muito menos se busca um estudo amplo de tais temas.

Dentro do recorte metodológico eleito, buscar-se-á dá notícia sobre os contornos de tais institutos, com as informações necessárias para resolução do tema-problema.

Os contratos deste gênero englobam algumas espécies: os de propriedade intelectual (licença, autorizações, cessões, etc.); de segredo industrial e similares, como o *franchising*; de projeto de engenharia; de serviços em geral, como os de pesquisa, cooperação¹⁹⁷, etc... (BARBOSA, 2003, p. 966).

Para a concretização desse trabalho, necessário abordar os contratos de licença e cessão, os quais são mais usuais e corriqueiros no campo da propriedade industrial.

¹⁹⁶ A averbação objetiva conferir eficácia contra terceiros, não consistindo em requisito de validade do contrato e eficácia entre as partes, como noticiado neste trabalho.

¹⁹⁷ Como menciona Denis Borges Barbosa (2003, p. 968-969), a questão da nomenclatura de tais espécies contratuais é tormentosa. Há documentos do INPI (Atos Normativos nº 15 de setembro de 1975 e 135 de 1997) que trazem batismos diversos.

O Banco Central, na Carta Circular nº 2.816/98, traz relação que não coincide, por exemplo, com a do Decreto 3000/99, que trata do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica. Enfim, há mais uma confusão conceitual.

4.4.7.1.1 O Contrato de Licença

Ninguém poderá afrontar o direito industrial, sob pena de sujeitar-se às sanções de ordem civil e penal (LPI arts. 183 a 190), salvo a exceção legal dos usuários anteriores e de boa-fé.

A licença consiste em uma autorização pelo titular do direito da patente para que alguém explore o seu privilégio patentado. Pode ser de três espécies: voluntária, ofertada e compulsória.

Pela licença voluntária a exploração do direito industrial pode realizar-se de forma direta e indireta. Naquela é o próprio titular da patente quem assume os riscos da atividade comercial; e nesta o titular outorga licença de uso em favor de terceiro(s), geralmente empresário(s), com a contraprestação de recebimento de *royalties*. Não há vedação em exploração conjunta pelo titular do direito industrial e licenciado em cooperação.

O contrato de licença tem por objeto a autorização (art. 61 da LPI), com ou sem exclusividade, para a exploração do bem industrial, sem ser transferida para o licenciado a propriedade do bem. A licença com exclusividade é chamada de simples ou exclusiva, e a sem exclusividade é denominada de parcial.

É possível que na autorização constem limites temporais e/ou territoriais convencionados pelas partes. Tais limites apenas terão eficácia contra terceiros na hipótese de haver averbação do instrumento contratual no INPI (art. 62 da LPI). Todavia, ressalva-se desde já, que este ato (averbação do instrumento no INPI) não é condição de validade e eficácia do contrato entre as partes. O escopo da averbação é a conferência de eficácia *erga-omnes*.

Em razão do princípio da independência das patentes, as licenças têm de ser conferidas, respectivamente, em cada território, não sendo possível uma licença de cunho genérico.

Não consistindo em uma transferência definitiva de propriedade, defende a doutrina que ao contrato de licenciamento em comento aplicam-se, subsidiariamente, as normas do contrato de locação de móveis (arts. 565 a 578 do Código Civil), como noticia Fábio Ulhoa Coelho (2004, p.170):

Entre as partes é aplicável, subsidiariamente às normas estabelecidas pela legislação de direito industrial, o regime jurídico do contrato de locação de coisas móveis (CC/2002, arts. 565 a 578; CC/16, arts. 1.188 a 1.199), equiparando-se o licenciador ao locador e o licenciado ao locatário. Em

decorrência, salvo acordo contrário das partes, o cancelamento, anulação ou caducidade do direito industrial, bem como o indeferimento do pedido de patente ou registro, exonera o licenciador de suas obrigações e não importam o dever de indenizar o licenciado. Por outro lado, como se trata de contrato *intuito personae*¹⁹⁸, o licenciado não pode, sem autorização expressa do licenciador, sublicenciar a patente ou registro. Também decorre desta característica a rescisão da licença em virtude de cessão do direito industrial (salvo se o instrumento prevê cláusula de vigência perante cessionário e está averbado no INPI).

Em sendo a licença comprável a uma locação, o contrato de licença sem o pagamento de *royalties* (aluguel) seria equiparável a um comodato (BARBOSA, 2003, p. 1042).

A segunda modalidade de licença é a ofertada, pela qual o titular requer ao INPI que coloque a sua patente em oferta (ou a ofereça ao público) para fins de exploração. Está disciplinada pelo art. 64 da LPI.

Recebida a oferta pelo INPI, cabe a este órgão fazer a sua publicidade, na qual deverá ser explicitado o tipo de patente, a destinação, o preço e demais circunstâncias identificadoras e que revelem como será o futuro contrato.

Na ausência de consenso entre as partes na consolidação da oferta de licença, o arbitramento do preço será feito pelo INPI, que poderá resultar de um estudo realizado por uma comissão escolhida para tanto. O preço poderá ser revisto após um ano (art. 65 da LPI).

O art. 67 da LPI permite ao titular da patente requerer o cancelamento da licença ofertada, na hipótese de o licenciado não dar início à exploração dentro de um ano da concessão, ou interromper esta por prazo superior a um ano, além do caso de inobservância do contrato firmado.

A licença compulsória, terceira espécie de licença, consiste nas hipóteses determinadas legalmente (LPI arts. 68 a 71), nas quais o titular da patente é obrigado a licenciar o seu uso em favor de terceiros interessados.

Na licença compulsória ocorre a transferência obrigatória da licença. As hipóteses legais são as seguintes: a) exercício abusivo do direito, como, por exemplo, a cobrança de preços excessivos; b) abuso do poder econômico, em que a patente é usada para domínio de mercado; c) falta de exploração integral do invento ou modelo no Brasil, quando viável economicamente a exploração; d) comercialização insatisfatória para atendimento das

¹⁹⁸ Atualmente não vem entendendo-se, majoritariamente, o contrato de locação como personalíssimo. Justifica-se tal assertiva em razão da possibilidade de continuidade do vínculo contratual mesmo com a morte do locatário, a teor do explicitado entre os artigos 10 a 12 da Lei 8.245/91.

A confiança, diga-se, está presente em qualquer contrato, sendo dever anexo decorrente da própria boa-fé objetiva, especificamente de sua função integrativa.

Miguel Maria de Serpa Lopes, porém, ainda é uma dos poucos autores a defender ser tal contrato personalíssimo. Noticiando a discussão, interessante consulta a Silvio do Salvo Venosa (2003, p. 137).

necessidades do mercado; e) dependência de uma patente em relação à outra, se demonstrada a superioridade da patente dependente e a intransigência do titular da dependida em negociar a licença (art. 70 LPI); f) emergência nacional ou interesse público, declarado por ato do Poder Executivo Federal (art. 71 da LPI) (ULHOA, 2004, p.170 - 171).

O mecanismo da licença compulsória já era previsto na Convenção da União de Paris, no seu art. 5º, sendo que, atualmente, é previsto de forma expressa na legislação nacional.

Afirma Patrícia Del Nero (2004, p.190) que, em verdade, consiste a licença compulsória em “[...] uma penalidade imposta, sempre que ocorrer a prática de infração contra a ordem econômica, no mecanismo de funcionamento das patentes”.

Pleiteado o licenciamento obrigatório, o titular do direito será intimado para que se manifeste sobre o fato, tudo consoante um procedimento administrativo no INPI. Por fim, haverá decisão denegatória ou concessiva da licença compulsória. A decisão do INPI que concede a licença compulsória é passível de recurso, desprovido de efeito suspensivo (PIMENTEL, 2005, p. 59).

As licenças compulsórias são outorgadas sem exclusividade e com cláusula que veda o sublicenciamento, ficando garantida a remuneração do titular do direito industrial, fixada, caso necessário, mediante arbitramento.

No licenciamento compulsório o licenciado tem o prazo de um ano para iniciar a exploração econômica da patente, sob pena de cassação da licença.

Consoante o art. 31, “f” do TRIP’s, deverá o licenciamento compulsório atender predominantemente ao mercado nacional, fato que visa limitar ao máximo a possibilidade de importações paralelas¹⁹⁹.

Na vigência do Ato Normativo 15/75 e da Lei nº 4.137/62, era o INPI o órgão responsável pela realização de rigorosa análise nos contratos de licença, com o escopo de verificar a ocorrência de abuso do poder econômico. Com a entrada em vigor da Lei 8.884/94, a competência para a mencionada análise passou a ser da Secretaria de Direito Econômico, no que tange à atividade de instrução e investigação, e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em relação à função judicante-administrativa.

A LPI, no seu art. 69, enumera as exceções que impedem a incidência do instituto da licença compulsória, quais sejam: a) se o titular justificar o desuso por razões legítimas; b) se comprovar ele a realização de sérios e efetivos preparativos para a exploração; c) se justificar a falta de fabricação ou comercialização por obstáculo de ordem legal.

¹⁹⁹ O tema importações paralelas será aprofundado no último capítulo de desenvolvimento, por uma razão didática e com o escopo de evitar repetições desnecessárias.

O licenciado fica revestido de todos os direitos para agir em defesa da patente.

No que se refere ao licenciamento compulsório, neste ponto buscou-se, tão somente, a caracterização do instituto, por razões didáticas. No último capítulo de desenvolvimento, ao tratar da função social da propriedade, serão tecidas maiores considerações sobre a licença compulsória e a sua relação com o instituto da função social da propriedade.

4.4.7.1.2 O Contrato de Cessão do Direito Industrial

Por cessão de direito industrial deve-se entender o contrato intelectual de transferência da titularidade da propriedade, o qual tem como objeto patente ou registro, concedidos ou simplesmente depositados.

Observa-se, então, que a licença é mera autorização de exploração da patente, enquanto a cessão é própria transferência da titularidade do direito industrial.

A cessão pode ser total, hipótese na qual serão encerrados nela todos os direitos titularizados pelo cedente; ou parcial, quando haverá limitação relacionada ao objeto ou área de atuação do cessionário.

Não é possível a cessão da patente inventiva, sendo que o termo parcial deve ser entendido como restrição ao objeto espacial de atuação.

Não há possibilidade de existir restrição temporal na cessão, devido a sua própria natureza: ato que transfere a propriedade industrial e não apenas autoriza o seu uso, como no caso da licença. Restrição temporal em cessão seria o equivalente a uma licença.

Traçando-se um paralelo, a cessão de propriedade intelectual seria a cessão de créditos do direito civil, enquanto a licença a locação. Por implicar em transferência de propriedade, aplicam-se à cessão industrial as regras relativas aos contratos de cessão de direitos e, subsidiariamente, da compra e venda ou doação, como bem enfatizado por Fábio Ulhoa Coelho (2004, p.171)²⁰⁰:

Rege-se a cessão de direito industrial pelas normas atinentes à cessão de direitos (CC/16, art. 1078), observadas as disposições específicas da legislação de propriedade industrial (LPI, arts. 58 a 60, 121, 134, 135). Por esta razão, o cedente responde, perante o cessionário, pela existência do direito à data da cessão (CC/2002, arts. 295; CC/16 art. 1073). Ou seja, se for declarado o cancelamento, a nulidade ou caducidade da patente ou do registro, por fato anterior à transferência, o cessionário poderá rescindir o contrato e pleitear perdas e danos. O mesmo se verifica caso o objeto do direito

²⁰⁰ Na mesma linha assevera Denis Borges Barbosa (2003, p. 1049): “[...] aplicando-lhe o regime geral das cessões de créditos, subsidiariamente as disposições relativas à compra e venda e doação”.

industrial não apresente o desempenho propagado pelo cedente. [...]

4.4.8 A Extinção das Patentes

A patente extingue-se: a) em razão do decurso do prazo de duração; b) pela caducidade; c) pela falta de pagamento da retribuição devida ao INPI; d) devido à renúncia do titular e e) ocorrendo a inexistência de representante legal no Brasil, caso o titular seja domiciliado ou sediado no exterior (art. 78 da LPI).

A propriedade industrial, ao contrário das propriedades em geral, não tem como característica a perpetuidade. Muito pelo contrário. Possui, desde o início, *dies ad quem*, consistindo em propriedade resolúvel.

O escopo da propriedade industrial é, justamente, a exploração exclusiva pelo seu criador durante um dado lapso temporal, estabelecido em lei e variável em relação a cada bem industrial. Visa uma contraprestação em virtude da contribuição que seu inventor trouxe para a sociedade, além dos investimentos realizados até o aperfeiçoamento da sua criação.

No caso das patentes de invenção, a sua duração é de vinte anos contados a partir do depósito, ou de dez anos da concessão - o que ocorrer por último. Para os modelos de utilidade, o prazo legal é de quinze anos a partir do depósito, ou sete anos após a concessão - também o que ocorrer por último (art. 40 da LPI e 33 do TRIP's).

Dispõe o art. 40 da LPI que tanto para a invenção como para o modelo de utilidade, havendo retardamento do processo no âmbito do INPI em razão de pendência judicial ou por força maior, o prazo não poderá ser contado da concessão.

Tanto em relação às patentes, como aos modelos de utilidade, os prazos são improrrogáveis.

A caducidade é fator extintivo decorrente do desuso ou abuso no exercício do direito industrial. Caducidade do privilégio é o mesmo que sua perda de eficácia, do seu valor. Ela pode ser requerida por interessado ou declarada de ofício pelo INPI. Será hipótese de caducidade a ser declarada pelo INPI, por exemplo, terem transcorrido dois anos do licenciamento compulsório com persistência do abuso ou desuso do direito industrial.

A caducidade pressupõe processo administrativo com oportunidade de defesa do interessado (LPI, art. 80 a 83). Decorre de um fato posterior à concessão da patente, produzindo efeitos *ex nunc*, resultando na perda de valor da patente.

Caducidade e nulidade não se confundem. A nulidade, prevista no art. 46 LPI decorre de fatores anteriores à concessão da patente, tendo efeitos *ex tunc*. A nulidade, pois, retroage,

começando a surtir efeitos da data do depósito da patente.

Segundo o art. 46 é nula a patente que for concedida em contrariedade às disposições da LPI. A nulidade poderá ser total ou parcial. A ação de nulidade poderá ser proposta a qualquer tempo da vigência da patente, por qualquer pessoa que demonstre seu legítimo interesse para tanto (art. 56 da LPI).

A competência para processar e julgar a nulidade é da Justiça Federal, e sempre será a necessária presença do INPI (PIMENTEL, 2005, p 53).

A renúncia aos direitos da patente é fator extintivo decorrente de ato unilateral de vontade de seu titular, condicionado ao aceite de terceiros, licenciados ou franqueados, não podendo causar prejuízos a estes. A obrigatoriedade da anuência desses terceiros tem como pressuposto necessário a averbação do contrato no INPI, tendo em vista ser tal ato condição *sine qua non* para eficácia do contrato em relação a terceiros.

A hipótese de extinção relativa à falta de pagamento é auto-explicativa. Trata-se de consequência do inadimplemento por parte daquele que pleiteou o pedido de patente no pagamento de sua contribuição ao INPI. Este pagamento se dá a partir do terceiro ano do depósito, devendo ser realizado entre os três primeiros meses de cada ano, ou nos seis meses subsequentes, sem nenhuma notificação, mediante o pagamento de retribuição adicional.

Na hipótese de o titular ou depositante do direito industrial não realizar o pagamento, a patente poderá ser restaurada, se assim o interessado o requerer no prazo de três meses contados da notificação do arquivamento ou extinção da patente, através do pagamento de retribuição específica (LPI, art. 87).

A derradeira hipótese de extinção da patente é a falta de representante legal no Brasil, inclusive com poderes para receber citação judicial, quando domiciliado ou sediado no exterior o titular da patente (LPI, art. 175).

Em todas as hipóteses de extinção da patente, o seu objeto cairá em domínio público, o qual integra patrimônio cultural da humanidade, passando a coletividade a ser o seu titular de direitos.

Há outras hipóteses em que a patente cairá no domínio público. É o caso do processo administrativo do depósito de patente ser arquivado, após a publicação, devido à inércia do requerente, bem como se o depositante da patente não requerer a extensão do seu direito, dentro do prazo convencionado nesta (doze meses), em observância ao princípio da prioridade, conforme assinalado na União de Paris.

5 AS PATENTES DE MEDICAMENTOS

*La ley es responsable de asegurar el progreso de la ciencia, pero no está obligada a seguir ciegamente las desviaciones del cientificismo.*²⁰¹

Roberto Andorno (1998, p. 51)

Uma vez realizado estudo civil-constitucional sobre o caráter multifacetário das propriedades, percebida a existência da modalidade industrial, com especial atenção às patentes, interessante perquirir o conceito de medicamento para aclarar a noção de patentes de medicamentos.

Irá o trabalho desenvolver, portanto, pesquisa sobre medicamentos, seu conceito, história, produção e inserção na ciência atual. Não se olvidará de uma análise da ciência no seu papel pós-moderno, observando-se a sua migração do pilar da humanidade para o da produção e a perda de sua neutralidade.

Em razão do caráter interdisciplinar do tema-problema, o qual comunica questões de direito, ética, vida e medicina, será necessário verificar o diálogo do direito com a ética e a vida (bioética), abrindo-se as portas para as construções que se seguirão, em uma análise pautada em fontes dos mais diversos campos do saber.

5.1 A ÉTICA, A VIDA E O DIREITO

Os diuturnos avanços técnicos e científicos acabam por gerar uma profunda necessidade do ser humano rever quais os seus posicionamentos éticos, questionando-se até aonde pode e deve caminhar sem violar os valores morais. A tecnociência ao mesmo tempo que seduz, assusta, trazendo inúmeras questões acerca dos seus imprevisíveis limites, como assevera Roberto Andorno (1998, p. 26):

De este modo, la tecnociencia es vista a menudo por el hombre contemporáneo como una suerte de máquina incontrolable que nadie sabe manejar y que avanza de modo imprevisible. En tales casos, el científico presenta al público la imagen de un aprendiz de brujo que, al mismo tiempo que está dotado de poderes casi sobrenaturales, corre el riesgo permanente de verse submergido por los mismos poderes mágicos que él há

²⁰¹ Tradução livre feita pelo autor: A Lei deve assegurar o progresso da ciência, porém não deve perseguir o cientificismo de forma cega.

A questão torna-se ainda mais tormentosa por ser difícil diferenciar o que escraviza o homem daquilo que o liberta, até mesmo por operar-se a tecnologia sobre o ser humano, e não de forma externa a este (ANDORNO, 1998, p. 27).

Cresce a preocupação com uma análise ética da vida, com uma bioética, com um campo de conhecimento responsável por verificar tais questões de cunho multidisciplinar.

5.1.1 A Bioética: Nascimento e Evolução²⁰³

O epicentro do nascimento mundial da bioética remonta o norte da América, em especial à produção de Van Rensselaer Potter e André Hellegers.

Potter é considerado o “pai” da bioética, sendo, os marcos de surgimento, o seu artigo “Bioética: A Ciência da Sobrevivência”, datado de 1970, e a sua obra “Bioética: uma Ponte para o Futuro”, de 1971 (DINIZ, GUILHERM, 2002, p. 10).

Possuidor de formação médica, Doutor em Bioquímica e atuando na seara relacionada ao câncer (oncologia), a principal preocupação de Potter ligava-se à sobrevivência ecológica do planeta, mediante a democratização do conhecimento científico. Malgrado ser norte americano, pioneiro no tema e criador da expressão ‘bioética’, Potter não teve grande aceitação no seu país de origem. Maior importância no continente norte-americano foi conferida a André Hellegers, autor de uma segunda produção cronológica sobre o tema.

Academicamente, o advento do estudo pode ser relacionado a dois centros de produção acadêmica: um ligado a Potter, na Universidade de Wisconsin, em Madison; e outro a Hellegers, na Universidade de Georgetown, em Washington (DINIZ, GUILHERM, 2002, p. 10).

Em 1974, surgiu, nos Estados Unidos da América, o *National Research Act*, criando uma comissão para a análise de questões éticas e confecção de futuros princípios que

²⁰² Tradução livre feita pelo autor: A tecnociência é vista pelo homem contemporâneo como uma máquina incontrolável que ele não sabe manejar e avança de modo imprevisível. Em tais casos o cientista representa ao público uma imagem de um aprendiz de bruxo que, ao mesmo tempo que está dotado de poderes sobrenaturais, corre o risco de ver-se submergido pelos mesmo poderes mágicos desencadeados.

²⁰³ Neste ponto impende ressaltar, como recorte metodológico, que se busca apenas conferir notícia sobre a bioética, com o fito de demonstrar a interdisciplinaridade do conhecimento. Não se pretende confeccionar dissertação que aborde os princípios da bioética ou seus pilares, ao passo que remonta o trabalho em tela, primordialmente, construção permeada pelo direito. A pesquisa sobre tal seara do conhecimento neste trabalho tem o escopo construir as bases da interdisciplinaridade.

guiassem as pesquisas. Como consequência dos estudos, em 1978 divulgou-se o *Belmont Report*, cunhando como princípios da bioética o respeito pelas pessoas (autonomia), a beneficência e a justiça (FERRER, ALVAREZ, 2005, p. 119).

O relatório parte da noção de que as pessoas devem ser tratadas como agentes independentes, autônomos, recebendo proteção acaso e tão-somente possuam sua autonomia comprometida.

O autonomia pressupõe o respeito às pessoas e suas opiniões; a beneficência inclui fazer o bem e não-fazer o mal; e justiça resta entendida sob sua perspectiva distributiva (ATIENZA, 1999, p. 64)²⁰⁴.

Claramente influenciados pelo relatório de Belmont, Tom L. Beuchamp e James F. Childress (2002)²⁰⁵ desenvolveram seus estudos sobre os princípios da bioética em 1979, na sua obra “Princípios da Ética Biomédica”. Este trabalho acrescenta mais um princípio aos acima mencionados, desenvolvidos no relatório de Belmont, sendo, a partir de então, quatro os princípios morais e gerais que orientam as decisões na biomedicina: respeito pela autonomia; beneficência; não-maleficência e justiça. Surge, nesta obra, o princípio da não-maleficência, que significa não causar um dano (conduta omissiva), em complemento ao princípio da beneficência, que visava apenas o fazer o bem (conduta comissiva).

Malgrado Beuchamp e Childress não estabelecerem ordem preferencial entre os princípios, é indubitoso o papel elevado da autonomia, até mesmo por influência do paradigma individualista norte-americano na sua formação (FERRER, ALVAREZ, 2005, p. 123).

Assim, com um detido estudo dos princípios, nasceu o principialismo na bioética como vertente que estuda a ética da vida com base em princípios vetores de soluções de problemas concretos. Principialismo e bioética não são expressões sinônimas, sendo aquele apenas uma fração desta.

No cenário nacional, como pontuam Débora Diniz e Dirce Guilherm (2002, p. 7-8), não há muito publicado sobre a bioética. A partir de uma rápida consulta aos manuais existentes, em regra relacionados à área de saúde, percebe-se existir ao menos três linhas principais de abordagem: historicista, filosófica e temática.

²⁰⁴ O estudo dos princípios da bioética é merecedor de produção acadêmica específica sobre o tema. O que busca esse trecho do trabalho é apenas verificar a interdisciplinaridade do tema-problema na pesquisa, não adentrando o recorte do trabalho maiores digressões sobre os princípios. O estudo dos princípios forma importante capítulo da bioética, em sua vertente mais famosa, denominada de principialismo.

²⁰⁵ Tais autores são considerados os pais do principialismo na bioética.

Abordagem historicista seria a que remete o nascimento da bioética aos fatos e eventos passados que teriam contribuído para o seu surgimento – as pesquisas realizadas nos campos de concentração nazistas [...]. [...], a abordagem filosófica possui um número menor de adeptos, pois exige que seus representantes tenham certo domínio da história da filosofia, especialmente da filosofia moral, tarefa para qual nem todos estão preparados. Por outro lado, a abordagem temática é a mais utilizada [...] permite uma compreensão do fazer bioético a partir de casos e/ou situações de vida que, nos últimos tempos, foram considerados típicos dilemas bioéticos.

A estruturação tardia da disciplina no cenário nacional é a principal responsável pela reduzida produção acadêmica em relação ao assunto. Apenas em 1990 é que se inicia no país um movimento relacionado ao tema, sendo, em 1993, o lançamento do primeiro periódico, intitulado de “Bioética”²⁰⁶, pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

A bioética nacional sofre por certo atraso na sua abordagem crítica da teoria principialista, sendo, não rara, a hegemonia do principialismo, ou, até mesmo, confusão de toda a bioética com esta corrente de pensamento. Há nítidos avanços no cenário brasileiro, como a criação, em 1996, da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB), do Conselho Nacional de Ética e Pesquisa (Conep) e de uma instância pós-reguladora dos Comitês de Ética e Pesquisa (CEPs).

O campo de atuação da bioética é de grande amplitude. Envolve questões macro, relacionadas à sustentação da vida humana e ecologia (macrobioética), e questões mais setoriais, relativas à ética na biomedicina (microbioética). Desde a sua gênese, o objeto de estudo da bioética vem sendo ampliado, como afirma Pedro Federico Hooft (2003, p. 499):

Na gênese da bioética foram inicialmente teólogos, filósofos e estudiosos do campo da medicina e do direito que, a partir de seus próprios e específicos *âmbitos disciplinares*, se ocuparam dos problemas éticos originados em virtude do desenvolvimento das ciências biomédicas no princípio, às quais não tardaram associar-se os questionamentos suscitados na área da genética molecular, e os referentes aos crescentes problemas do meio-ambiente.

A maior amplitude do campo de conhecimento denota o maior caráter multidisciplinar da bioética, que transita em várias áreas do conhecimento, ora relacionado-se à medicina, à biologia, à ecologia, à política, ao direito etc... Ao realizar análise sobre o acesso das patentes de medicamentos pelos desprovidos de recursos materiais, necessária a noção acerca da bioética, com especial ênfase ao diálogo do direito com este campo do saber.

²⁰⁶ Tal periódico ainda está em circulação, sendo importante fonte de estudo.

5.1.2 O Direito: Constatação do Diálogo

O direito tem especial papel de participação na ética da vida, pois a ética não constitui freio social capaz, autonomamente, de gerar respeito à pessoa. Ela necessita de mais, precisa do direito com seu poder de coerção e possibilidade de sancionar, com o objetivo de sempre conferir ao ser humano o caráter de fim, e não de meio para enriquecimentos imorais (ANDORNO, 1998, p. 51).

No campo da regulação das conquistas tecnocientíficas, em atenção à ética da vida, o direito tem exacerbada a sua importância, sendo perceptível uma “jurisdicização da sociedade” e “crescente entrelaçamento entre ética, medicina e direito”, com a juridicização da bioética (HOOFT, 2003, p. 500-501).

O fio condutor ligando bioética e direito ganha mais força por conta do crescimento de importância da tutela do ser digno, sendo retirada a propriedade como centro do sistema normativo. O ordenamento jurídico nacional contém normas que contemplam temas éticos, compatíveis com esse “laço”, como o princípio da boa-fé objetiva, estudado no capítulo primeiro de desenvolvimento deste trabalho.

Direito, ética e vida (bioética) são temas extremamente interligados e que sofrem simbioses constantes²⁰⁷. A necessidade de respostas morais concretas, inclusive por decorrência do fenômeno da juridicização, faz esse diálogo crescer. Questionam-se, principalmente, os limites dos avanços (emancipação) e a necessidade de respeito ao ser humano (regramento). Menciona-se Stella Maris Martinez (1997, p. 221):

[...] Las necesidades simultáneas de dotar, a uma sociedad expectante, de respuestas morales y paradigmas éticos que sirvan de basamento para la elaboración de nuevas leyes, entran en colisión con la resistencia inicial de los científicos, temerosos de ver coartada su libertad de investigación, y con lá própria dificultad que se presente para hombres ajenos a estas complejas disciplinas cuando intentan aprehender, siquiera minimamente, em qué consisten lãs nuevas técnicas y cuál es el peligro real que conllevan²⁰⁸.

²⁰⁷ Neste particular há de ser pontuado que não defende o autor a adoção da expressão biodireito – ao invés de bioética - ou a uma preponderância do direito na bioética, em detrimento aos demais ramos do saber. De fato, em razão do caráter completamente interdisciplinar, bem como de ser o temo *bioética* consagrado no cenário do direito estrangeiro, não é salutar uma mudança dessa ordem. Apenas refletiria tal mudança um desrespeito à construção da disciplina (Potter e demais baluartes), bem como tentativa do operador do direito exacerbar a importância do seu campo de saber em área nitidamente múltipla. Adotar biodireito seria referendar a possibilidade do surgimento de várias bioéticas, como a biofermagem, biofilosofia, biosociologia, etc... Sobre o tema interessante consulta ao já multicitado Pedro Federico Hooft (2003).

²⁰⁸ Tradução livre do autor: [...] As necessidades simultâneas de dotar, em uma sociedade em espera de respostas morais e paradigmas éticos que sirvam de embasamento para a elaboração de novas leis, entram em colisão com a resistência inicial dos cientistas, temerosos de ver cortada a sua liberdade de investigação e com a própria

Nesse dilema social de emancipar e regar, permitir e proibir, é que se situa a problemática posta, tentando conferir balizas à proteção das patentes sem, ao mesmo tempo, negar o acesso dos medicamentos à importante gama da população. Visto o panorama interdisciplinar, a partir desse enfoque plural e bioético, é momento de ingressar no tema medicamentos.

5.2 MEDICAMENTOS: O CONCEITO

Cediço consistirem os medicamentos em uma das grandes conquistas da humanidade, pois, através deles, experimentou-se considerável melhoria na qualidade de vida e o aumento da sua expectativa.

Segundo o Dicionário Aurélio (1999, p.1305), medicamento é a “substância que objetiva curar doença, ou paliar efeito(s) dela”. Já o remédio (FERREIRA, 1999, p. 1739) é “1. Aquilo que combate o mal, dor ou doença. 2. Aquilo que serve para curar dor ou enfermidade. 3. Recurso, expediente, solução. 4. Auxílio, ajuda, socorro, proteção.”

Inferre-se dos conceitos acima, que há diferenciação nas suas cargas semânticas. O remédio revela qualquer espécie de tratamento que objetive amenizar a dor ou curar uma doença, incluindo-se nesse conceito não somente os medicamentos (substâncias), mas todos os tratamentos e intervenções.

Ao ser consultar o Dicionário Houaiss (2001, p. 1877), verifica-se o conceito de medicamento como “1 substância ou preparado no tratamento de uma afecção ou de uma manifestação mórbida; medicação, remédio, fármaco[...].” O mesmo dicionário afirma ser remédio (2001, p. 2424) “1 substância ou recurso utilizado para combater a dor, uma doença 2 o que serve para aplacar sofrimentos morais, para atenuar os males da vida 3 tudo que serve para eliminar uma inconveniência, um mal, um transtorno, recurso, solução[...].”

Segundo o dicionário médico *Blakiston* (ANDREI, p. 912 e p. 652), entende-se por remédio “tudo que se emprega no tratamento das doenças”, e por medicamento “substância medicinal usada para o tratamento de doenças. Fármaco. Remédio”.

Com base nestes, envolveriam os medicamentos a química, enquanto que remédios traduziriam qualquer intervenção ou tratamento, com ou sem o uso de química. Os conceitos revelam mecanismos de cura, manutenção da vida e melhoria de sua qualidade. Para este

dificuldade que se apresenta aos homens em relação a esta disciplina quando tentam aprender, sequer minimamente, em que consiste as novas técnicas e qual o perigo real que revelam.

trabalho, porém, mesmo ciente das distinções, tendo em vista o escopo último dos medicamentos e dos remédios ser o mesmo, serão utilizadas tais expressões como sinônimas.

Assim, ambas serão tidas como substâncias ou procedimentos que visem paliar a dor, curar as doenças e, por conseguinte, aumentar a expectativa de vida, melhorando a sua qualidade.

5.2.1 Origem, Evolução e Importância

A origem e evolução dos medicamentos acompanham, de forma direta e proporcional, a publicização das descobertas. O conhecimento técnico publicizado permitiu o seu aperfeiçoamento, com novas contribuições, chegando-se em um patamar de segurança aceitável.

Nesse contexto, interessante narrar à criação e início do uso de alguns dos mais importantes medicamentos.

As grandes epidemias de varíola levaram à morte de 20% (vinte por cento) a 40% (quarenta por cento) das pessoas que desenvolviam a doença, sendo que os sobreviventes ficavam com grandes seqüelas, a exemplo de desfiguração corporal ou cegueira (FRIEDMAN, FRIEDLAND, 2000, p. 103).

A criação da vacina para o combate de tal enfermidade, pelo médico-cientista Edward Jenner, pôs fim a tal catástrofe, acabando de uma vez por todas com esse flagelo. A pesquisa foi iniciada em Berkeley, sua cidade natal, no ano de 1796, ao receber a notícia de que uma de suas pacientes não poderia contrair varíola humana, por já ter sido acometida por uma espécie bem mais branda, contraída de uma vaca (“varíola das vacas”).

A par dessa informação, incentivado por seu mestre nas ciências médicas John Hunter, aguardou Jenner uma oportunidade de conferir o fenômeno pessoalmente. Foi quando Sarah Nielmes compareceu ao seu consultório infectada com a espécie bovina da doença. Jenner coletou o material e o aplicou em uma criança de oito anos de idade, no dia 14 de maio de 1796. A partir de então, passou a aplicar vacinas na população local, divulgando o engenho através de um panfleto denominado *Inquiry* (SOUZA, 2000, p. 87).

Com o início da vacinação o número de pessoas infectadas foi diminuindo gradualmente. Passados dois séculos, nos idos de 1980, a Organização Mundial de Saúde declarou a erradicação da varíola, sendo o último paciente infectado o jovem cozinheiro de nome Ali Maow Maalin, curado em 26 de outubro de 1977 na cidade de Merka, Somália

(SOUZA, 2000, p. 87).

Com a publicação das pesquisas e o fácil acesso por uma série de estudantes e cientistas, foi possível ser desenvolvida uma ampla gama de outras vacinas. Atualmente, apenas para exemplificar, a humanidade está, senão livre, quase imunizada contra diversas doenças terríveis, tais como o sarampo e a poliomielite²⁰⁹.

Percebe-se a importância e o reconhecimento de Jenner, nos idos entre 1803 e 1805, quando ele solicitou a Napoleão Bonaparte que libertasse dois de seus prisioneiros ingleses, um deles médico, sendo prontamente atendido (SOUZA, 2000, p. 91).

Outra grande criação da medicina, amplamente utilizada hodiernamente, com um grande nível de segurança, é a anestesia. Antes da introdução e do conhecimento da anestesia por parte da sociedade médica, as cirurgias mais simples se tornavam um grande martírio para os pacientes, que eram submetidos a dores intensas e insuportáveis. À época, os melhores médicos eram aqueles que intervinham cirurgicamente de forma mais rápida (FRIEDMAN, FRIEDLAND, 2000, p. 146):

Dada à falta de anestesia, um bom médico cirurgião tinha necessariamente que ser rápido. A rapidez era essencial; os mais rápidos usavam cronômetros. O cirurgião de Napoleão, por exemplo, era capaz de realizar qualquer amputação em menos de um minuto.

O primeiro a utilizar a anestesia foi Crawford Long²¹⁰, baseado no uso do gás do riso (óxido nitroso), para, apenas *a posteriori*, serem descobertas as propriedades anestésicas do éter. Com o uso desta substância, Long amputou, sem dor, o dedo maior do pé de um menino nos idos de 1842, e, em 1846, já havia administrado anestesia cirúrgica em oito pacientes, tudo isso sempre presenciado por um grande número de testemunhas.

Em dezembro de 1845, aos 29 (vinte e nove) anos, Long utilizou a anestesia, pela primeira vez na história, em um procedimento obstétrico, afrontando dogmas da igreja católica da época (FRIEDMAN, FRIEDLAND, 2000, p. 148-149).

Para muitos, a publicação por parte de Long dos seus trabalhos, apenas aconteceu devido ao temor de que alguém se apropriasse indevidamente de suas descobertas. A partir da

²⁰⁹ Hodiernamente vive o Brasil uma verdadeira corrida aos postos de saúde, haja vista notícias do retorno da febre amarela. O pavor apenas não é maior em razão de já ter a ciência desenvolvido, há algumas décadas, mecanismo de vacinação eficaz de combate à patologia.

²¹⁰ Neste ponto cabe enfatizar que a revista Super Interessante - Edição 205, de Outubro de 2004, em matéria intitulada ÉTER, GÁS HILARIANTE, dois dentistas e a incrível história da anestesia - assevera que, em que pese ser Crawford Long o primeiro a praticar a anestesia geral pelo éter, os méritos foram imputados a William Morton, tendo em vista este ter “lutado” pela titularidade da invenção. A verdade é que eles revolucionaram a medicina, posto que antes deles os anestésicos utilizados consistiam em plantas e derivados, como ópio, maconha, cascas de mandrágora e sementes de meimendo.

divulgação desta descoberta, experimentou-se importante progresso no uso da substância anestésica, sendo que, anos depois, na Grã-Bretanha, John Snow, um clínico londrino de 23 anos, tornou-se o primeiro especialista no assunto (FRIEDMAN, FRIEDLAND, 2000, p. 149).

Com os estudos de Snow, verificou-se aperfeiçoamento dos inaladores, passando o anestesista a determinar e controlar a mistura éter-ar administrada no paciente. Foi da autoria de Snow a primeira produção acadêmica sobre os efeitos fisiológicos da anestesia; trabalho que possibilitou novos avanços por ter sido devidamente publicado.

Hoje, a anestesia tem corriqueira utilização, sendo a segurança no seu uso e as formas de sua aplicação excelentes. Diuturnamente, até para se fazer uma simples obturação de menor porte, a anestesia é utilizada, para a comodidade do paciente e melhor desenvolvimento do trabalho. É a anestesia responsável por grande diminuição no percentual de erros, ao passo que proporciona àquele que realiza o procedimento, possibilidade de fazê-lo com mais calma e atenção.

Até os dias atuais, o óxido nitroso vem sendo utilizado como anestésico. O principal campo de utilização é a odontologia, a qual, aproveitando-se deste recurso, estimula a vinda dos pacientes mais receosos aos consultórios²¹¹.

Mais um importante instrumento na medicina é a insulina, cujo desenvolvimento deve-se ao cientista canadense Frederick Banting, auxiliado por Charles Best. A insulina é uma das drogas mais utilizadas pela medicina atual e revolucionou o tratamento da diabetes, prorrogando a vida de inúmeros pacientes.

A droga foi desenvolvida após o estudo do pâncreas, tendo passado por árduo período de experimentação em cachorros até a descoberta de sua capacidade em reduzir a hiperglicemia e a glicosúria. O primeiro teste em humanos foi realizado em 11 de janeiro de 1922, com grande sucesso, no paciente Leonard Thompson, um garoto diabético de quatorze anos internado no Hospital Geral de Toronto (SOUZA, 2006, p. 254).

Por conta desse engenho, Banting foi indicado e ganhou o prêmio Nobel de Fisiologia e Medicina em 1923, fazendo questão de dividir a sua glória com seu assistente Charles Best.

Para finalizar a ilustração da importância do surgimento e evolução dos medicamentos, não poderia deixar de ser citada a descoberta e o aperfeiçoamento dos antibióticos.

Nos idos de 1875, John Tyndall, o mais famoso médico inglês à época, por meio de

²¹¹ Sobre o assunto *vide* Revista Veja. Editora Abril. Edição 1848. Ano 37. Nº 14. 7 de Abril de 2004. Pág. 62. “Risadas no Dentista”.

um experimento com tubos de ensaio contendo caldos, procurou constatar se as bactérias estavam uniformemente dispostas na atmosfera, agregadas em nuvens. Após vinte e quatro horas da colocação dos tubos, em distância moderada um dos outros, todos com os caldos, Tyndall observou algo muito mais importante: a presença, na superfície de alguns dos tubos, da *Penicillum*, responsável pela exterminação das bactérias (FRIEDMAN, FRIEDLAND, 2000, p. 243-244).

Ocorre que Tyndall, preocupado em estudar a beleza física da *Penicillum*, não prendeu a sua atenção ao fato de tal substância ser um agente capaz de combater as bactérias. Isso pode ser afirmado quando constata-se que apenas sete anos após o experimento de Tyndall, em 1882, foi que Robert Koch comprovou ser as bactérias um agente patológico.

No contexto histórico em que Tyndall realizava o seu experimento, ainda não pertencia ao estado de técnica o fato das bactérias causarem doenças, não havendo, pois, interesse científico na descoberta de um agente capaz de deter a proliferação desses microorganismos.

Durante o período em que inexistiam os antibióticos, a atuação médica nas infecções bacterianas era diminuta, sendo, corriqueiras e irremediáveis, as amputações de pernas por decorrência de gangrenas e mortes advindas de tais mazelas. Qualquer infecção bacteriana era um caso gravíssimo, inexistindo mecanismo eficiente de combate.

Anos depois, Alexander Fleming, por acidente, redescobriu a *Penicillium*. Esta apareceu em sua bandeja de laboratório, carregada pelo ar, devido ao fato de um perito em bolores estar cultivando *Penicillum Notantum* no andar de baixo ao da sua sala. Outro fator de sorte de Fleming, foi ter ele, nesse mesmo dia, saído de férias. O período em que Fleming ficou afastado do laboratório foi o bastante para que as bactérias se reproduzissem e as propriedades antibacterianas do mofo atuassem, sendo reconhecidas na análise do fenômeno.

Com tal descoberta, o tratamento de sífilis, por exemplo, tornou-se muito facilitado. Antes, este tratamento levava dezoito semanas e era bastante doloroso, pois feito por meio de injeções intravenosas semanais. Com o uso da penicilina, passou a ser feito em poucas semanas, praticamente sem dor.

Em 1929, Fleming deu publicidade à sua descoberta, descrevendo com minúcias as propriedades da penicilina. Isto foi essencial para as evoluções no assunto e enorme crescimento da indústria farmacêutica, como noticiam Meyer Friedman e Gerald W. Friedland (2000, p. 274):

A penicilina mudou para sempre o tratamento de infecções. Quando os esforços de desenvolvimento iniciais deram certo, penicilinas semi-sintéticas

e penicilinas para administração por via oral foram desenvolvidas. Logo apareceram antibióticos mais poderosos.

[...]

Logo depois, as companhias farmacêuticas anunciaram outros antibióticos de largo espectro: os Laboratórios Lederle lançaram a Aureomicina em 1948, a Pfizer anunciou a Terramicina em 1950. O primeiro antibiótico inteiramente sintético, o Cloranfenicol, foi desenvolvido pela Parke-Davis em 1949 e se mostrou eficaz sobretudo no tratamento da febre tifóide. Assim, a observação feita por Fleming em 1929 havia, em meados do século, dado início a uma imensa indústria farmacêutica fabricando uma ampla gama de antibióticos.

Com tais descobertas, passou a indústria farmacêutica a prosperar, ganhando contornos de empresas extremamente lucrativas e a ciência, que antes voltava-se apenas para o ser humano, passa a ganhar ares de produtividade.

5.3 O PAPEL PRODUTIVO DA CIÊNCIA PÓS-MODERNA

A publicidade e o acesso às pesquisas possibilitam à população mundial grande evolução, especialmente no que tange aos medicamentos. Caso os pesquisadores tivessem reservado suas preciosas construções para si, guardando total sigilo sobre o conhecimento alcançado, ou tivessem se importado tão somente com o aspecto financeiro do fato, decerto não teria a sociedade atingido o atual estágio de desenvolvimento.

Ocorre que, como dito, a partir da descoberta dos antibióticos, veio a produção em massa e a comercialização dos medicamentos pelos grandes laboratórios. A partir de então as pesquisas perderam muito do seu caráter social (ajuda ao próximo), preponderando o seu aspecto econômico (busca pelo lucro). A ciência se tornou um meio de produção (pilar da produção) e não de ajuda (pilar da humanidade).

Com as patentes de medicamentos e a perigosa exclusividade, por um dado lapso temporal, àquele que registrou a descoberta ganhou ainda mais força no aspecto econômico. O monopólio instrumental leva à “comercialização da vida”, sua “industrialização” e o domínio do poder econômico dos conglomerados internacionais de laboratórios sobre os principais medicamentos essenciais. Foi imposto à população mundial um altíssimo preço para o acesso a essas drogas – o custo em troca da manutenção da vida. A investigação e produção científica passam a ser verificadas sob a ótica capitalista, sofrendo a ciência o fenômeno da industrialização, como percebe Boaventura de Sousa Santos (2006, p. 57):

[...] Tanto nas sociedades capitalistas como nas sociedades socialistas de Estado do leste europeu, a industrialização da ciência acarretou o

compromisso desta com os centros de poder econômico, social e político, os quais passaram a ter um papel decisivo na definição das prioridades científicas.

A industrialização da ciência manifestou-se tanto no nível das aplicações das ciências como ao nível de organização da investigação científica.

Também é sensível a este fenômeno Patrícia Aurélia Del Nero (2004, p. 39):

Com o advento da sociedade industrial e com o respectivo desenvolvimento da produção, que passa a incluir o domínio das técnicas sofisticadas, sobretudo a incorporação da própria ciência como força diretamente envolvida nos processos de criação e produção, a concepção jurídica ampliar-se-à, buscando demarcar o campo de domínio do próprio conhecimento, e não apenas das coisas em si, das mercadorias.

Na atualidade, os investimentos realizados pelas empresas farmacêuticas são pautados na possibilidade de grandes retornos, e não na cura das doenças. O lançamento de uma nova droga e o início de uma pesquisa é tema de grande análise, cujo principal fator considerado é o mercado de consumo e a possibilidade de grandes lucros. Cita-se Oswaldo Frota-Pessoa (1997, p. 256):

As empresas farmacêuticas fazem enormes investimentos para desenvolver novos medicamentos, valendo-se das pesquisas farmacológicas básicas e dos avanços da biotecnologia. Os testes exigidos para o licenciamento de um produto, que muitas vezes perduram por vários anos, são feitos e financiados pela empresa e controlados pela entidade de fiscalização de medicamentos do país em questão. Todo esse processo onera a empresa, que, após a solicitação de patente, trata de comercializar o medicamento em larga escala, para que as vendas reponham os investimentos e dêem lucro

O patenteamento²¹² consiste na suposta saída deste impasse, assegurando aos investidores continuidade na exploração, possibilidade de lucros e incentivo de novos empreendimentos. Arremata Oswaldo Frota-Pessoa (1997, p. 258) que “do ponto de vista prático, não se concedendo patentes, o financiamento das pesquisas por empresas particulares se reduz, atrasando os avanços da tecnologia”.

Acontece que esse quadro de busca ao lucro de forma exacerbada, em detrimento da vida e sua dignidade, atenta, de forma direta e reprovável, o texto constitucional pátrio e o ideal de convivência em sociedade. Essa situação torna-se piorada ao perceber que essa busca incessante de lucro tende a crescer ainda mais com a criação da medicina individual, como consequência do projeto genoma, tudo isso a verificar-se no tópico subsequente.

²¹² Sobre as patentes serão feitos comentários mais precisos ao falar-se da propriedade intelectual e sua função social, especificamente no capítulo seguinte de desenvolvimento.

5.4 O PROJETO GENOMA E A INDIVIDUALIZAÇÃO DOS MEDICAMENTOS

Recentemente, verificando-se dentre os inúmeros relevantes acontecimentos do Século XX, percebe-se três grandes projetos de importante impacto social e jurídico (BARCHIFONTAINE, 2001, p. 243).

O primeiro deles é o Projeto Manhattan, responsável por descobrir a energia nuclear como consequência do isolamento do átomo e possibilidade de se retirar energia. O resultado deste projeto foi a produção da Bomba Atômica, causadora da grande destruição do Japão em 1945, devido ao ataque norte americano.

O Projeto Apollo, em 1969, é passível de uma segunda menção, posto trazer ao ser humano uma nova concepção de universo, no momento em que o lança à lua.

O terceiro grande projeto foi batizado de Genoma. Iniciado no final da década de 80, meados da de 90, o Projeto Genoma foi responsável pelo sequenciamento do código genético humano, especificamente em 26 de junho de 2000. Tal sequenciamento consiste em um dos grandes acontecimentos da humanidade, sendo capaz de gerar importantes aplicações às relações sociais, a exemplo da Medicina Legal, Administração da Justiça, Indústrias Farmacêuticas, Agricultura, Pecuária, Diagnósticos Genéticos, Terapia Genética, início de uma Medicina ainda mais previdente etc...

O Projeto Genoma Humano teve iniciativa do Departamento de Energia dos Estados Unidos da América. Seu marco inicial é uma das grandes, senão a maior descoberta do Século XX: o ADN (Ácido Desoxirribonucléico), realizada, em 1953, por Watson e Crick, ganhadores do Premio Nobel²¹³ (CASABONA, 2002, p.24).

Verificada a estrutura do ADN, inferiu-se a possibilidade dele ser o guardião e transmissor do código de produção de proteínas (código genético). O objetivo inicial do Projeto Genoma consistia em verificar os efeitos de exposição do ADN a baixas cargas radioativas, justamente em virtude dos desastres experimentados pela sociedade no Japão e na

²¹³ A descoberta da estrutura do ADN em dupla hélice pelo biólogo norte americano James Dewey Watson, pelos físicos ingleses Francis Harry Compton Crick e Maurice Huga Frederick Wilkins e pela cristalógrafa inglesa Rosalind Franklin, é considerada a Terceira Revolução da Biologia.

Menciona-se como Primeira Revolução da Biologia a elaboração da Teoria Celular pelo botânico alemão Matthias-Jakob Schleiden e o zoólogo prussiano Theodore Schwann, entre 1838 e 1839, muito tempo após a descoberta da célula pelo físico inglês Robert Hooke, em 1665.

A Teoria Celular afirma que todos os seres vivos são constituídos por células, sendo esta a unidade funcional e morfológica do indivíduo.

A Segunda Revolução Biológica é a Teoria da Evolução de Darwin/Wallece, elaborada em 1858, estruturando melhor as antigas idéias do evolucionismo e separando a ciência da religião, o que foi mais um enorme passo para o desenvolvimento das ciências. (BARCHIFONTAINE, 2001, p. 245).

Europa. Enxergando a possibilidade de avanços no campo médico, juntou-se ao projeto o Instituto Nacional de Saúde norte-americano, conferindo um caráter interdisciplinar à pesquisa.

Não demorou muito para, os outros países desenvolvidos, a exemplo do Canadá, Japão e França, ingressarem neste Projeto Norte Americano, todos movidos pelas novas possibilidades médicas. A União Européia lançou-se em um projeto autônomo, nomeado de Biomed (CASABONA, 2002, p.25). Multiplicaram-se os programas pelo cenário global, em uma verdadeira corrida pelo sequenciamento.

Devido a multiplicidade de projetos, a UNESCO (Organização das Nações Unidas para Ciência, Educação e Cultura) criou a Organização do Genoma Humano (HUGO), sendo esta responsável pela coordenação dos diversos projetos no cenário mundial (CASABONA, 2002, p.25). Apesar da diversidade dos projetos de pesquisa, todos caminhavam com um objetivo comum: o de estudar especificamente os genes, sua posição, distância e mapeamento, com o fito de dominar a Engenharia Genética.

Como consequência da evolução do projeto, resultando na localização, mapeamento e isolamento dos genes, perquiriu-se a possibilidade de conceder natureza de propriedade a estes bens (genes e genoma humano). A tentativa de constituição de propriedade objetivava a confecção de medicamentos direcionados a determinadas pessoas, segundo sua estrutura genética específica.

O programa de sequenciamento é capaz de identificar quais genes produzem proteínas, isolando-os e utilizando-os para aplicação industrial, como medicamentos. Tais medicamentos poderão ser direcionados, confeccionados sobre medida para cada indivíduo, segundo suas necessidades e estrutura genética.

A identificação do gene que causa uma determinada patologia, seu isolamento, consequente verificação de possibilidade de resultado e aplicação industrial consistem em processo complicado, custoso e demorado. Soma-se a isto, o fato de apenas uma pequena parcela de seqüência do ADN ser responsável por patologias. Afirma Emílio Díez Monedero (2002, p. 198-199):

Como vimos, só uma pequena parcela da seqüência de DNA do genoma humano codifica para a expressão de proteínas. Ainda assim, há aproximadamente 100 000 genes cuja expressão é diferente em cada tipo de célula ou tecido. Portanto, a identificação dos genes implicados numa patologia é um processo bastante complicado, que pode ser abordado de diferentes maneiras e utilizando-se distintas tecnologias, como clonagem posicional e as técnicas de expressão diferencial.

Atualmente, o Instituto Dinamarquês das Patentes, subscrevendo posicionamento do *European Patent Office* (EPO), permite o patenteamento de produtos relativos às genes humanos. Consideram eles a que identificação de um gene de origem natural é uma descoberta, e seu isolamento e caracterização, visando a fabricação de um gene sintético, uma invenção (REMÉDIO, 2001, p. 80).

Porém, atente que o sequenciamento do genoma, por si só, não é passível de patenteamento, por consistir mera descoberta, revelando apenas o sequenciamento da espécie humana. Diuturnamente, por ser algo relativo ao corpo humano, defende os posicionamentos internacionais consistir patrimônio da humanidade.

Nesse sentido, a Declaração da UNESCO relacionada ao Genoma Humano e Direitos do Homem, datada de 10 de dezembro de 1948, encerra na sua oitava recomendação que “O genoma humano é patrimônio da humanidade, e como tal não é patenteável”. Este fato também é acolhido na Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética Genética de Manzanillo, de 1996, revista em Buenos Aires em 1998 (BARCHIFONTAINE, 2001, p. 253).

A Organização das Nações Unidas (ONU), igualmente, oficializou este posicionamento em 1998, referindo-se ao genoma humano como patrimônio da humanidade (BARCHIFONTAINE, 2001, p. 254).

Essa construção do Genoma como patrimônio da humanidade, perpassa pelo receio acerca da eugenia positiva e proteção da espécie humana, como bem pontua segundo Carlos Maria Romeo Casabona (2002, p. 29).

Nessa senda, diuturnamente, cresce o interesse no patenteamento dos genes, visando uma produção de medicamentos direcionada, mais custosa e, por conseguinte, ainda mais inacessível. Cresce a ótica capitalista para exploração dessa gama de medicamentos pelos laboratórios internacionais.

5.5 AS PATENTES DE MEDICAMENTOS E OS CUSTOS DA INVENÇÃO

Já realizado o estudo sobre o que é uma patente e em que consiste um medicamento, torna-se possível conceituar a patente de medicamento.

Esta traduz-se na tutela estatal a uma invenção aplicável na seara da indústria medicamentosa, tendo o inventor, ou aquele que primeiro patentear a criação, o monopólio instrumental apto a explorar o engenho, com exclusividade, durante um dado lapso de tempo. No Brasil, será de 20 (vinte) anos para invenção e 15 (quinze) anos para modelo de utilidade

(pequena invenção).

A leitura do conceito demonstra, pela construção realizada até este momento do trabalho, uma noção equânime: aquele que é o responsável pela criação deve ser recompensado, até mesmo em atenção ao que foi capaz de proporcionar para a humanidade. O meio de recompensa é o monopólio.

Porém, como a aludida migração da ciência do pilar da humanidade para o da produção, e a capitania no desenvolvimento de pesquisas pelos grandes conglomerados de laboratórios internacionais, a ótica de invenção mudou em muito. Da perspectiva segundo a qual o invento serviria para salvar vidas, passa-se à noção de que o engenho deve gerar fortunas.

Dados compilados pela UN Millenium Development Goals Project (2004, p. 1) demonstram que 40 (quarenta) milhões de pessoas possuem o vírus da AIDS nos países em desenvolvimento, sendo 26,6 (vinte seis vírgula seis) milhões no continente africano. Dessas pessoas infectadas, 93% (noventa e três por cento) não têm acesso aos medicamentos anti-retrovirais, essenciais ao tratamento.

Tal deficiência de acesso não se relaciona apenas à AIDS, atingindo outras doenças existentes, principalmente, nos países em desenvolvimento, como a malária, tuberculose, diarreia... Tais doenças, inclusive, possuem um reduzido número de medicamentos no mercado. Paradoxalmente, interessante notar que as doenças dos países desenvolvidos, como a asma, diabetes e doenças cardíacas, possuem grande gama de medicamentos, pesquisa e acesso.

Qual a justificativa?

A resposta, infelizmente, não é complexa. A pesquisa, o lançamento do remédio e o acesso são implementados para mercados consumidores mais atraentes em termos monetários, os quais, obviamente, concentram-se onde existem maiores riquezas: países desenvolvidos.

Mesmo assim, ainda nesses países desenvolvidos, apenas 10% (dez por cento) da população possui amplo acesso aos medicamentos, enquanto todos os países em desenvolvimento, em conjunto, respondem somente com o consumo de 20% (vinte por cento) de toda produção de medicamentos no globo terrestre (JUNIOR, 2004, p. 12).

Em uma análise de mercado, infere-se que a indústria farmacêutica, a partir dos anos oitenta, experimentou enorme crescimento, triplicando seus lucros. Em 2002, estimou-se que o total de medicamentos com prescrição vendidos no mundo somava a incrível quantia de 400 (quatrocentos) bilhões de dólares, dos quais 200 (duzentos) bilhões provinham dos Estados Unidos (Angell, 2007, p. 19-21).

Em 2001, dez laboratórios farmacêuticos americanos encontravam-se na lista da Fortune 500 (que traz as empresas mais ricas do mundo). Ressalte-se que essas empresas dotavam de lucro líquido imensamente superior àquelas outras empresas relacionadas na revista, seja ao analisar o percentual de vendas (18,6% superior), o patrimônio (16,3% superior) ou o patrimônio líquido (33,2% superior) (Angell, 2007, p. 19-27).

Já em 2002, os lucros somados dos dez laboratórios farmacêuticos na Fortune 500 (US\$ 35,9 bilhões) foram superiores aos lucros somados de todas as outras 490 empresas (US\$ 33,7 bilhões) (Angell, 2007, p. 27).

Mais interessante ainda, acerca desses dados numéricos, é perceber que os maiores gastos das empresas farmacêuticas não dizem respeito à pesquisa e desenvolvimento, mas relacionam-se a marketing e administração, corroendo 36% dos valores das vendas (Angell, 2007, p. 27).

Obviamente, por conta de uma economia de mercado, tais valores são repassados ao custo final da droga, majorando o seu preço. Nesses valores estão insertos o pagamento dos altíssimos salários de vários executivos e o grande investimento em propaganda, não só diretamente aos consumidores, mas, principalmente, para os médicos, convencendo e oferecendo vantagens, viagens, almoços... em troca de prescrições médicas.

Só em 2001, os laboratórios farmacêuticos deram aos médicos cerca de 11 bilhões em amostras grátis, enviando 88.000 (oitenta e oito mil) representantes de vendas a consultórios médicos. Nas visitas, como cortesia, além de amostras grátis, também são repassados presentes pessoais, ajudas com seminários... (Angell, 2007, p. 131-132).

Há propagandas de medicamentos na Nascar, no Super Bowl e no mais variados eventos esportivos.

A majoração do investimento em propaganda e remuneração do quadro de diretores, em detrimento de novas pesquisas, já tem reflexos práticos. Dificilmente adentram no mercado drogas novas, com novos princípios ativos. O que há são as chamadas drogas similares, que são inseridas quando a patente do medicamento original está próxima de expirar.

Dos 78 (setenta e oito) medicamentos aprovados pelo FDA (*Food and Drug Administration*) em 2002, apenas 17 (dezessete) realmente tinham novos princípios ativos. Todos os outros consistiam em variantes de medicamentos existentes no mercado, chamados de “remédios de imitação” (Angell, 2007, p. 32). Para estes a propaganda ocorre de forma mais veemente, pois tenta o laboratório dissuadir o médico a receitar o medicamento, que o próprio laboratório outrora identificou como bom, e receitar o “novo”. Por detrás desta

conduta, em verdade, observa-se uma tentativa de remeter um mercado de consumidores para a compra de uma nova droga que terá maior período de proteção patenteária, ao passo que a patente “original” está mais próxima do domínio público.

Observa-se, portanto, que o argumento da indústria farmacêutica, segundo o qual remédios custam caro em razão da pesquisa, não condiz com a realidade. As industriais deste setor sequer disponibilizam os valores que realmente são gastos em pesquisa, sob alegação de serem informações confidenciais.

Inserem ainda, dentro dos supostos valores relacionados à pesquisa e desenvolvimento, os custos de marketing, os quais, como noticiado, são os maiores desta indústria. E após mensurar todos esses valores, repassam para os consumidores/pacientes custos com presentes, viagens, propagandas na liga norte americana de futebol americano...

Enquanto isso, repisa-se, 93% (noventa e três por cento) dos pacientes com o vírus da AIDS, e uma série de outras pessoas em países em desenvolvimento, afetados com mazelas locais, não tem acesso a estes medicamentos e a uma pesquisa voltada para a sua microracionalidade.

Será que esta conduta é condizente com uma visão constitucionalizada do direito civil, na qual as propriedades têm como traço unificador a função social?

É possível, em uma ótica internacional, permitir a perpetuação do genocídio dos países mais pobres pelo capitalismo que enriquece poucos?

Essas duas últimas questões serão objetos do próximo e último capítulo de desenvolvimento, respondendo o tema-problema posto no início do trabalho e indo além, ao fazer uma análise também global da questão.

6 A FUNÇÃO SOCIAL DAS PATENTES DE MEDICAMENTOS

A propriedade não é uma função social, mas contém uma função social, de tal forma que o proprietário deve ser compelido a dar aos bens um destino social, além daquele que atende ao seu próprio interesse, na intenção, harmonizando o uso da propriedade ao interesse coletivo, se chegar ao plano da Justiça Social.
Giselda Hironaka (1988, p. 144)

O prisma de análise sobre o instituto da propriedade é diferente entre o civilista clássico e aquele dito moderno, provido de uma visão constitucionalizada. O clássico verifica a propriedade como um direito real subjetivo, enquanto o moderno, imbuído de um enfoque civil-constitucional, a enxerga como uma garantia com finalidade social.

O capítulo em questão irá ultrapassar o conceito proprietário clássico - como um poder de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa da forma mais absoluta possível - conferindo-lhe tutela constitucional com sociabilidade. Partirá, portanto, de uma visão liberal da propriedade, impregnada pelo constitucionalismo e direitos de primeira dimensão, perpassando pelos direitos prestacionais de segunda dimensão e chegando ao constitucionalismo atual, solidário e reflexo do modelo da Constituição Russa de 1918, da Constituição Weimar em 1919 e da Constituição do México de 1917.

Será observado o atual estágio de combate ao individualismo possessivo da ideologia codificatória oitocentista, com a noção de funcionalidade social permeando as relações intersubjetivas e concretizando os valores constitucionais. Tal análise será feita seguindo o curso cronológico da história, tanto no cenário internacional, como no brasileiro.

Não se olvida que a função social é cristalizada em outros setores do direito civil, como na empresa, na família, no testamento, no contrato...²¹⁴ Tal materialização social tem o escopo de promover o ideal solidário constitucional. Porém, como o recorte metodológico do trabalho encerra-se nas patentes de medicamentos, esta é a funcionalização que será objeto do estudo.

²¹⁴ Sobre a função social no direito civil indica-se o livro coordenado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2007), o qual aborda a função social da propriedade, da posse, da empresa e da família.

6.1 O SURGIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL PROPRIETÁRIA

Em que pese ser relativamente recente a positivação da função social da propriedade no direito brasileiro, o nascimento do instituto remonta a antiguidade, especificamente à propriedade coletiva romana.

Neste contexto verificava-se o instituto do *omini agro deserto*, através do qual era possível a “aquisição” da propriedade mediante o cultivo de terras longínquas e fronteiriças. Para tanto, os agricultores que se apropriassem do terreno haveriam de torná-lo produtivo, estando-se diante de uma espécie de antecedente histórico da atual usucapião (GUEDES, 2003, p. 346).

Na Idade Média, idéias socializantes eram observadas na doutrina cristã, especificamente na *Suma Teológica* de São Tomás de Aquino, com o ideal do *bonum commune*. Defendia a *Suma* que os bens disponíveis na terra pertenciam a todos, sendo a apreensão individual apenas algo provisório. O excesso não deveria ser acumulado, mas repartido entre os necessitados. Após o ideal Tomista, a Igreja católica passou largo período histórico silenciosa sobre o assunto, especificamente entre os séculos XIII e XIX. É o reinado do feudalismo, o movimento das luzes e da propriedade mercantil.

Nos antecedentes históricos da função social da propriedade merece especial atenção o nascimento da teoria do abuso de direito²¹⁵. Função social e abuso de direito são institutos diversos, pois este se coloca de forma externa à propriedade, como limitação intersubjetiva, não integrando o conteúdo daquela²¹⁶.

O jusnaturalismo reservou especial atenção à função social mediante a utilização dos bens enquanto instrumentos de concretização da justiça divina, em busca de equidade.

A queda do absolutismo e o avanço do liberalismo revolucionário francês não consistiram em terreno fértil para a função social, visto que esta não germinava em uma matriz liberal fincada na propriedade absoluta²¹⁷. O movimento revolucionário aniquilou as poucas idéias socializantes presentes na concepção filosófica-teleológica, sendo que o Código Civil Francês expressa veementemente o ideal individualista proprietário.

²¹⁵ O *leading case* em matéria de abuso de direito ocorreu em 1912 no caso Clement Bayard, quando a Corte de Amiens, acolhendo a teoria do abuso de direito, reputou abusiva a conduta de um proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis de construir, sem qualquer justificativa ou interesse próprio, enormes torres com lanças de ferro, colocando em perigo as aeronaves que ali aterrissavam.

²¹⁶ Ainda neste capítulo, quando for conceituada função social, será feita a diferenciação entre limites intersubjetivos ao direito de propriedade e função social da propriedade.

²¹⁷ Sobre o absolutismo proprietário do modelo Napoleônico, remete-se ao capítulo intitulado As Propriedades, no qual o tema foi devidamente aprofundado.

Percebe-se no transcorrer do século XIX, época de marcante individualismo e legislação caracterizada pela demasiada importância ao binômio contrato-propriedade, que a função social da propriedade foi “esquecida” em nome da crescente busca pela efetivação do capitalismo.

Não demora muito e os não-proprietários começam a gritar pela sua inclusão, principalmente após a progressiva exploração operária inaugurada pela Revolução Industrial. Os ideais anarquistas e socialistas passam a habitar o loco industrial europeu. Verifica-se no marxismo o primeiro forte instrumento ideológico que ataca veementemente a propriedade individualista burguesa, a qual se preocupava tão somente com os proprietários, em detrimento dos não-proprietários.

A Igreja Católica retorna à cena com a defesa da necessidade de um exercício mais solidário do direito de propriedade, de forma a beneficiar os proprietários e não-proprietários. Deixa-se o catolicismo impregnar-se pela visão Tomista da *bonum commune*, sendo exaradas Encíclicas papais sobre o assunto.

A *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, no ano de 1891, alberga em seu conteúdo a justiça distributiva e o bem-estar social, ambas alcançadas a partir da função social da propriedade. Segundo ela: “o proprietário que tenha recebido bens em abundância não é possuidor absoluto, mas simples administrador da Providência Divina, que lhe assegurou bens para o próprio proveito e também para o benefício de todos os demais” (GAMA, ANDRIOTTI, 2007, p. 5).

Consiste a *Rerum Novarum* em uma resposta cristã ao Manifesto Comunista e ao Capital, com o escopo de uma reorganização socioeconômica (ZIBETTI, 2006, p. 38). Integra esta Encíclica a chamada Doutrina Social da Propriedade (SZANIAWSKI, 2000, p.134).

A Encíclica do *Quadragesimo anno*, datada de 1931 e de autoria do Papa Pio XI, foi responsável por conferir uma visão mais autoritária ao direito de propriedade. Defendia ser a propriedade um direito natural, sendo que o seu uso coletivo consistiria em uma imposição ética a ser observada pelo legislador, verdadeiro responsável em traçar os limites para observância dos interesses da sociedade (não-proprietários) (SZANIAWSKI, 2000, p.134 - 153).

Combatia a *Quadragesimo anno* as práticas de agiotagem e especulação, denominadas de usura. Para este combate, sugere-se o dirigismo econômico, sendo o Estado ao mesmo tempo agente fiscalizador e incentivador em promoção da justiça social (ZIBATTI, 2006, p. 38-39).

Noticia-se, como outra importante Encíclica, a *La Solemita e Oggi*, do Papa Pio XII, a qual reconhecia a propriedade privada como importante fundamento para concreção da justiça social. Defendia-se a desapropriação caso não fosse exercida a propriedade segundo o interesse comum (GAMA, ANDRIOTTI, 2007, p. 5-6).

A Encíclica papal *Mater et Magistra*, criada no ano de 1961 e de autoria do Papa João XXIII, aborda uma espécie de hipoteca social que deveria incidir sobre cada propriedade (GAMA, 2000, p.402). A Encíclica *Pacem in Terris*, de 1963 e também de autoria do Papa João XXIII, traz a necessidade de paz na terra, com a conferência de um caráter social à propriedade.

A *Populorum Progresso*, exarada pelo Papa Paulo VI, manifestou-se contra o acúmulo proprietário em detrimento daqueles que nada possuem, afirmando não consistir a propriedade em um direito absoluto e incondicional (GAMA, ANDRIOTTI, 2007, p. 6). Eleva esta Encíclica ao plano mundial a Doutrina Social da Igreja, asseverando os ideais da *Mater et Magistra* (ZIBATTI, 2006, p. 40).

A partir da primeira grande catástrofe mundial, confere-se ao Estado um papel interventor, não sendo somente um regulador das relações privadas, como outrora. É a tentativa de impulsionar o capitalismo então decadente. O fascismo, o nazismo e a quebra da bolsa de Nova York em 1929 encerram a fase liberal clássica e o capitalismo nos seus moldes mais primitivos. Infere-se na sociedade um sentimento de busca por melhorias sociais. Há um total ocaso de um Estado não intervencionista, sendo casuisticamente comprovado que as leis de mercado, por si só, não seriam capazes de promover o equilíbrio econômico e social de maneira conjunta.

Os direitos individuais não são mais encarados como uma ilha, isolada da sociabilidade; ao passo que esta não é mais enxergada como dever unicamente do Estado. Os atos da vida privada são verificados mediante a necessidade de possuir uma função para a sociedade. Funcionalizam-se os institutos jurídicos e promove-se uma participação interventora estatal, com o escopo de ser atingido o equilíbrio econômico e social.

Asseverando tais ideais, observa-se a matriz teórica de Leon Duguit²¹⁸, influenciada pelo pensamento de August Comte e Emile Durkheim.

²¹⁸ Leon Duguit é um importante publicista francês, com forte vertente constitucionalista e administrativista. Realizou o estudo do direito segundo uma matriz sociológica, baseando seus estudos em Comte e Durkheim. A sua teoria da *propriété-fonction* já havia sido explicitada por Proudhon, tendo sido Duguit, porém, o primeiro a sistematizá-la.

Para Comte, a função social é inerente a todo cidadão, sendo este uma espécie de funcionário público no desenvolver de suas atividades. Confere Comte, com base nesse princípio, caráter universal à propriedade; *in verbis* (*apud* DUGUIT, 1931, p. 179):

En todo estado normal de la humanidad, todo ciudadano, cualquiera que sea, constituye realmente um funcionário público, cuyas atribuciones, más o menos definidas, determinan a la vez obligaciones y pretensiones. Este principio universal debe ciertamente extenderse hasta la propiedad, em la que el positivismo vê, sobre todo, una indispensable función social [...]²¹⁹

Outra importante influência aos estudos de Duguit é o sociólogo Emile Durkheim, com os ideais de divisão do trabalho e solidarismo social. Cita-se Duguit (1939, p. 165):

Los hombres de una misma sociedad están unidos unos com otros, primeiro porque tiene necesidades comunes, cuya satisfacción no pueden asegurar más que por lê vida común: tal es la solidaridad o interdependencia por semejanzas. Por outra parte, los hombres está unidos unos a otros porque tienen necesidades diferentes, y al mismo tiempo, aptitudes diferentes, u pueden, por tanto, ayudarse em mútuos servicios y asegurar la satisfacción de sus necesidades diversas. Em esto consiste la solidaridad o la interdependencia social por la división del trabajo²²⁰.

Defende Duguit ser o homem social e, como tal, não ter direitos subjetivos, devendo esta noção metafísica ser substituída pela realista de função social. Todo indivíduo possui um dever social, tendo de desenvolver-se no cumprimento deste dever.

Entende como metafísica a noção de direito subjetivo por envolver um poder de querer, impondo a todos a sua vontade, sem, no entanto, ser possível precisar qual a natureza desta vontade e qual vontade deve ser sobreposta (GAMA, ANDRIOTTI, 2007, p. 9). Asseverava a inexistência de direitos subjetivos, propondo a sua substituição por situações jurídicas permeadas pelo solidarismo social e indo de encontro ao individualismo dantes reinante.

A propriedade deveria ser uma função social, não consistindo em um direito intangível, sagrado, mas sim na possibilidade do proprietário gerar riquezas aos não-proprietários. (VARELA, LUDWIG, 2002, p. 768). Para Duguit, enquanto nos direitos

²¹⁹ Tradução livre do autor: Em todo estado normal da humanidade, todo cidadão, qualquer que seja, constitui um funcionário público, cujas atribuições, mais ou menos definidas, determinam as obrigações e pretensões. Este princípio universal deve certamente estenderse à propriedade, na qual o positivismo vê, sobre toda, uma indispensável função social.

²²⁰ Tradução livre do autor: os homens de uma mesma sociedade estão unidos uns com os outros, primeiro porque tem necessidades comuns, cuja satisfação não podem assegurar senão pela via comum: essa é a solidariedade ou interdependência. Por outra parte, os homens estão unidos uns a outros porque têm necessidades diferentes, e ao mesmo tempo, atitudes diferentes, e podem, portanto, ajudarem-se em mútuos serviços e assegurar a satisfação de suas necessidades diversas. Nisso consiste a solidariedade e interdependência social pela divisão do trabalho.

subjetivos são conferidos com o escopo de atender interesses individuais, a situação jurídica é conferida objetivando atingir interesses sociais. Daí porque, ao reduzir a propriedade a uma situação jurídica, a entendia como função, e não como direito.

Atualmente não vem recebendo maiores ecos a teoria sistematizada por Duguit, sendo que a própria doutrina francesa, à época, já criticava as suas convicções, afirmando que os direitos subjetivos persistem não mais como direitos absolutos, mas como direitos funcionalizados²²¹.

Diuturnamente, a propriedade pode ser considerada como um feixe plural de direitos, ao passo que contempla no seu conteúdo uma esfera individual e uma esfera difusa – função social²²². O direito subjetivo de propriedade contém uma função social, não sendo uma função social²²³. Persiste a existência do direito subjetivo.

Seguindo a evolução histórica, observa-se a migração do Estado Liberal para o Social, com a busca de uma igualdade material, e não apenas formal. Chega-se a segunda dimensão dos direitos, ultrapassando a fase do liberalismo e o constitucionalismo de primeira geração. Avulta-se o intervencionismo estatal. O mundo globaliza-se e os Estados começam a confeccionar, com maior habitualidade, tratados internacionais. A propriedade torna-se tema de tais tratados, porém não a sua funcionalização²²⁴.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem²²⁵, de 1948, dispõe sobre a propriedade no art. 17, fazendo constar na sua alínea 1 que: “todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com os outros”; e na alínea 2: “ninguém será arbitrariamente privado da sua propriedade”.

²²¹ Um dos ferrenhos críticos à teoria de Duguit, na época de sua exposição, foi o doutrinador francês Josserand (VARELA, LUDWIG, 2002, p.768 - 769). Josserand delineou a figura do abuso de direito, não tolerando o direito de propriedade irregularmente exercido.

²²² Justamente por isso fica complicado inserir a propriedade no campo do privado ou do público, demonstrando a quebra da *summa division* explicitada neste trabalho.

Para fins didáticos, porém, mantém a propriedade a sua caracterização de direito privado, sendo que sobre ela incidem normas de ordem pública. Mantém-se a distinção entre direito público e privado, aboli-se a dicotomia, a separação em compartimentos estanques.

Defere-se a propriedade o seu importante papel de um dos centros ao redor do qual gravita a vida civil, a esfera particular, chegando Fachin (2003) a inseri-la na sua tríplice vertente estruturante do ramo civil, ao lado do contrato e da família.

Ressalta-se que não é a topologia da norma no ordenamento jurídico que a fará ser, na distinção e não dicotomia, de direito público ou privado. O que dá este caráter à norma é o seu conteúdo.

²²³ O tema será retomado nos itens que abordam o conceito de função social e seu alcance.

²²⁴ Por vezes tais tratados versaram apenas acerca da desapropriação, conceito distinto de função social, como será tratado ao conceituar a funcionalização proprietária. (SZANIAWSKI, 2000, p.128).

²²⁵ Tal Declaração é uma revisão da anterior, de 1789, a qual no seu art. 17 afirmava: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém pode dela ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente comprovada, o exigir evidentemente e sob a condição de justa e prévia indenização.”

O Protocolo I da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1952, garante em seu art. 1º que: “qualquer pessoa singular ou colectiva tem o direito ao respeito de seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas em lei e pelos princípios gerais do direito internacional”.

Com a explosão demográfica mundial e a maior concentração das pessoas nas cidades, questões relativas à distribuição dos direitos de propriedade e o seu exercício ganham grande relevo. A moradia, o uso adequado do solo, a não-concentração proprietária e o acesso às propriedades foram apenas alguns dos temas que adentraram as diuturnas reflexões dos estudiosos.

Percebe-se que a redução de índices de violência social perpassa pela resolução e melhoramento da distribuição das propriedades. Atentou-se que a distribuição racional das propriedades, mediante o solidarismo social, é fator de diminuição das desigualdades e das tensões sociais.

O ideal da função social das propriedades ingressa no constitucionalismo nacional, de forma sucessiva, a partir de 1934. O instituto ganha relevo e espaço, sendo inegável a sua força, existência e aplicabilidade hodiernamente no cenário nacional.

6.2 EVOLUÇÃO NACIONAL: O CONSTITUCIONALISMO PÁTRIO

Sofreu o constitucionalismo nacional, principalmente no seu início, forte influencia do português, por conta do longo período histórico em que o Brasil foi colônia de exploração portuguesa.

A Constituição Portuguesa de 1822 estabelecia ser a propriedade um direito inviolável e sagrado, o que foi seguido pela Constituição nacional de 1824, denominada de Imperial. O art. 179 da Constituição Imperial dispensava tratamento ao direito de propriedade, o inserindo dentro do rol dos direitos individuais do cidadão. O inciso XXII do mencionado artigo previa a possibilidade de desapropriação de bens particulares por parte do poder público.

Infere-se que trouxe a Constituição Imperial regramento sobre a propriedade e sua desapropriação, não sendo conferida guarida, porém, ao instituto da função social da propriedade²²⁶ (GAMA, 2000, p. 407).

²²⁶ A comprovação de que função social da propriedade e desapropriação são institutos diversos se dá com a simples constatação de que um bem que exerce função social poderá, mediante indenização prévia, ser desapropriado, devido a uma necessidade pública.

A Constituição Republicana de 1891 não inovou em relação ao texto pretérito, mantendo a plenitude do direito de propriedade e a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, especificamente no seu art. 72, §17. Sendo confeccionada no contexto da “Política dos Governadores” e influenciada pelos grandes latifundiários nacionais do café, a socialização proprietária não consistia em prioridade nesta ordem constitucional.

Até este momento histórico, percebia-se no ordenamento nacional apenas limitações externas à propriedade, fundadas no direito administrativo.

Sofrendo influência da Constituição Mexicana de 1917, Russa de 1918 e Alemã (Weimar) de 1919, é a Constituição nacional de 1934 a primeira a afirmar que não poderá a propriedade ser exercida contra interesse social ou coletivo (art. 113, §17), representando marco no constitucionalismo brasileiro sobre o tema.

De fato, antes do movimento constitucional de Weimar e da Constituição do México²²⁷, inexistia no direito comparado capítulo versando sobre a ordem econômica e social²²⁸. É justamente a inserção desse capítulo que movimenta o constituinte nacional.

Advinda de um movimento revolucionário anarco-sindicalista, a Constituição Mexicana de 5 de fevereiro de 1917 foi recheada de ideais proletários, como redução da jornada de trabalho, licença maternidade, idade mínima laboral, etc...²²⁹ Previa no seu art. 27 que a propriedade das terras era originalmente da Nação mexicana, apenas sendo reconhecida como propriedade aquelas que promovessem a justa e equitativa distribuição de riquezas (GAMA, ANDRIOTTI, 2007, p. 7).

O reflexo, no ocidente europeu, dos ideais anarco-sindicalistas, apenas é concretizado dois anos mais tarde, em 1919, com o final da *belle époque*. É a Carta Política de Weimar a responsável por tal mister, refletindo influência das idéias de Duguit e absorvendo a chamada Doutrina Social da Igreja. Citam-se seus arts. 153 e 155:

Art. 153. A propriedade obriga. Seu exercício deve ser ao mesmo tempo um serviço prestado ao bem comum.

Art. 155. O possuidor da terra está obrigado, frente à comunidade, a trabalhar e explorar o solo.

Como se verá no decorrer deste estudo não constitui a função social da propriedade uma limitação ao direito de propriedade. Consiste função social em conteúdo do direito de propriedade, no seu núcleo duro.

²²⁷ Também possui parcela de influência, ainda que não tão marcante quanto o movimento mexicano e alemão, a revolução russa e a conseqüente Constituição de 1918.

²²⁸ No ordenamento nacional foi inserido tal capítulo em 1934 e, a partir de então, todas as seguintes constituições o mantiveram.

²²⁹ Sobre o tema, abordando justamente o movimento constitucional mexicano, indica-se referência eletrônica intitulada A Constituição Mexicana de 1917, cuja autoria é de Fábio Konder Comparato, com referência completa ao final deste trabalho e que serviu como referencial teórico a este trabalho.

A expressão a “propriedade obriga” (*Eigentum verpflichtet*) traz à propriedade, outrora entendida como direito absoluto, uma noção de obrigação social. Firma-se cláusula ético-social vinculativa do operador do direito.

Apenas com a Revolução de 30 e a industrialização²³⁰ verificou-se uma diminuição da força dos latifundiários do café no cenário brasileiro, começando a surgir terreno fértil à funcionalização proprietária e influências do direito comparado. Malgrado inovar o ordenamento jurídico nacional com o funcionalismo proprietário, a Constituição de 1934 o fez através de norma de eficácia contida, sendo que sua respectiva Lei Complementar nunca foi editada.

Foi bastante efêmera a duração da norma fundamental de 1934, sendo sucedida pela Constituição Polaca de 1937, responsável pelo Estado Novo de Getúlio Vargas. Esta ordem constitucional menciona não ser absoluto o direito de propriedade, devendo a lei regulamentar o seu exercício. Porém, não previu a proibição de exercício do direito de propriedade contrário aos interesses sociais e coletivos (art. 122, §14). Constata-se retrocesso legislativo em relação ao tema.

A Constituição Federal de 1946 tratou do direito de propriedade em dois artigos: 141, §16; e 147. O art. 141 assegurava à propriedade como direito inviolável, resguardando a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública. O art. 147, modificando de forma substancial a disposição pretérita, asseverou que o exercício do direito de propriedade deveria observar o bem-estar social e promover a justiça distributiva.

Devido à força dos grandes proprietários de terra, a previsão do artigo 147 se tornou uma norma programática de eficácia limitada, não auto-executável, não saindo, *a priori*, “do papel.”²³¹

Em 1964 foi promulgada a Lei 4.504/64, intitulada do Estatuto da Terra, a qual previa instrumentos capazes de garantir a racional exploração da terra e a sua funcionalização. Percebiam-se rumores de efetivação da função social da propriedade.

²³⁰ A oligarquia agrária comandou o Brasil até a década de 20 (1920), sendo que apenas com a Revolução de 30 é que enxerga-se o primeiro surto industrial interno. Outros momentos de grande crescimento da indústria podem ser observados em 1950 (Juscelino Kubitschek: “50 anos em 5”) e nos anos 70, com o “Milagre Econômico”.

Com a industrialização há enorme êxodo rural, não conseguindo os centros urbanos absorverem toda a mão-de-obra, criando-se um enorme exercito de reserva – operários sem emprego e conseqüente diminuição da remuneração – e os “bolsões de miséria” (favelas).

Entre 1940 e 1990 observa-se que a população urbana cresce em concentração de 31,2% para 76,2%, enquanto a rural decresce de 68,8% para 23,8%, segundos dados oficiais (ZIBETTI, 2006, p. 58).

²³¹ Sobre eficácia constitucional, força das normas constitucionais, sua legalidade, constituição real e formal, consultar o capítulo que aborda sobre constitucionalização.

Na Constituição de 1967 (art. 157, III) e na de 1969 (art. 160, III)²³² percebe-se, pela primeira vez, a utilização do termo função social da propriedade, com o escopo efetivo de compatibilizar os interesses sociais e o direito dos proprietários. Ocorre que tais diplomas incluíram a função social da propriedade dentro do título da ordem econômica e social, como princípio de fundamentação desta, permitindo construção equivocada de que este princípio não contaminaria todo o ordenamento constitucional.

Importante observar, portanto, que o surgimento da expressão função social da propriedade aconteceu no movimento constitucionalista, sendo estranha à codificação civil de 1916, o qual não trazia disposição expressa sobre o tema²³³.

A vigente ordem constitucional, promulgada em 1988, além de incluir o princípio da função social da propriedade dentre os fundamentos da ordem econômica e social, o coloca também no rol dos direitos e garantias fundamentais. O constituinte nacional extermína qualquer possibilidade de construção no sentido de que o princípio em apreço não contaminaria todo o tecido constitucional. Afirma André Osório Godinho (2000, p.412):

A inserção da função social da propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais significa que a mesma foi considerada pelo constituinte como regra fundamental, apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico. É interessante notar que a Constituição reservou à função social da propriedade a natureza de princípio próprio e autônomo.

Em contaminando todo o tecido constitucional, é ressaltada necessidade de concretizar a função social segundo os objetivos, princípios e fundamentos da República Federativa do Brasil. Apenas será funcional aquela propriedade que esteja atendendo a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais.

A atual Constituição traz o princípio em duas disposições principais: no art. 5º, XXIII, dentro do rol dos direitos e garantias individuais, logo após a garantia ao direito de propriedade; e no art. 170, III, dentro das disposições relativas à ordem econômica. Encontra-se a expressão, ainda, em outros artigos, a exemplo dos arts. 182, §2º, e 186.

A colocação topológica do princípio da função social da propriedade dentro do art. 5º do texto constitucional, e a sua reafirmação dentro do art. 170, acabam por trazer

²³² Para uns, a EC/69 constituiu em uma nova Constituição. Já se consignou que não é objetivo deste trabalho discutir se tal EC inaugurou, ou não, uma nova ordem constitucional.

²³³ A estranheza na legislação cível codificada apenas foi solucionada com o advento do Código Civil de 2002, como foi tratado no capítulo sobre constitucionalização do Direito Civil.

contrapartida ao direito de propriedade: para o seu regular exercício, faz-se necessário que o proprietário assegure uma destinação social à sua propriedade, funcionalizando-a.

Observa-se, ainda, que o constituinte conferiu importância ímpar à função social, pois, ao colocá-la no rol do art. 5º, a eleva ao patamar de cláusula pétrea²³⁴, impassível de alteração pelo Poder Constituinte Derivado.

Observa-se que, desde a inserção do ideal de função social da propriedade no constitucionalismo nacional em 1934, até a atual Constituição de 1988, ganhou a sociabilidade muito espaço. De norma programática desprovida de eficácia, floresce a função social como cláusula pétrea que veicula norma-princípio auto-aplicável, de observância cogente a toda espécie proprietária.

Mas o que significa função social?

6.3 O CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL

Os direitos subjetivos podem ser estudados tanto pelo seu prisma estrutural, como pelo funcional, verificando-se, na estrutura, como é um dado direito, e, na sua função, sua serventia (FARIAS, ROSENVALD 2006, p. 200).

Isto não é diferente com o direito de propriedade, o qual também pode ser analisado tanto sob uma perspectiva estrutural, como funcional. Estruturalmente, verifica-se o elemento econômico, com as faculdades de usar, gozar e dispor, além do jurídico, cristalizado na exclusão de ingerências alheias e na reivindicação. O elemento funcional relaciona-se ao aspecto dinâmico do instituto, ligando-se ao seu o papel nas relações sociais.

Etimologicamente, função advém de *functio*, a qual deriva do verbo *fungor* (*functus sem, fungi*), significando cumprir algo, desempenhar um dever ou uma tarefa, cumprir uma finalidade, funcionalizar (GAMA, ANDRIOTTI, 2007, p. 3-4).

Conferir função (funcionalizar) é “a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever; posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera de interesses alheios” (MARTINS-COSTA, BRANCO, 2002, p. 148).

²³⁴ Conforme o art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal.

Reconhece André Osório Gondinho (2000, p 405) que a propriedade sempre exerceu uma função na sociedade, seja traduzindo uma ideologia burguesa liberal, seja na ótica capitalista, seja na tentativa de construção de uma sociedade mais justa e solidária.

A expressão social remete a solidariedade, a qual significa segundo Daniel Sarmiento (2004, p. 338):

[...] o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser *locus* de concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais.

Muito se discute sobre o conceito de função social da propriedade, bem como se ela é uma limitação ao direito de propriedade, ou faz parte do seu conteúdo.

No direito é noticiado que a lei, e, principalmente, a Constituição, não possuem palavras inúteis. Percebe-se, então, necessidade de delimitar a expressão função social da propriedade, ainda que o conceito de social seja histórico-determinado, dependendo da análise do caso concreto, em contraste com o ordenamento jurídico e o contexto geográfico, temporal e social, para sua real delimitação.

Stefano Rodotá²³⁵ foi um dos primeiros autores a realizar um estudo mais aprofundado sobre o real significado das expressões “função” e “social”.

Segundo ele, o termo função opõe-se ao de estrutura, sendo o norte para averiguar a forma pela qual o direito é operacionalizado. No instante em que o ordenamento reconhece que o direito de propriedade não deve ser exercido de forma a satisfazer unicamente ao interesse do seu titular, devendo também se dirigir aos não-proprietários, consigna uma função social ao direito de propriedade. (BULOS, 2001, p. 144-145).

Função, segundo Rodotá (*apud* Gondinho, 2000, p. 405), é o modo concreto de um instituto ou um direito, de características morfológicas particulares, operar no mundo dos fatos. Por social deve-se enxergar um padrão elástico através do qual se transfere para a órbita legislativa e do judiciário certas exigências do momento histórico. Traduz conceito histórico-determinado por meio do qual se “encaixariam” os valores sociais relevantes de um contexto histórico.

²³⁵ A concepção de Rodotá busca reconstruir o direito subjetivo de propriedade, estabelecendo embate histórico com Duguit, quem não reconhecia o direito subjetivo, mas apenas a situação jurídica social (GAMA, ANDRIOTTI, 2007, p. 8).

Para Rodotá, seriam três os aspectos da função social da propriedade: a) privação de certas faculdades; b) criação de várias condições, pelas quais o proprietário exerce seus poderes; c) obrigação de exercer certos direitos elementares do domínio (BULOS, 1995, p.143).

José Heder Benatti (2003, p.124) afirma que a expressão função traz consigo uma idéia de dever do proprietário de exercer sua propriedade em prol dos interesses de outrem. Já do termo social, infere-se o “conveniente à sociedade”, o que “interessa para a sociedade”. Tais valores sociais seriam os eleitos em lei e na Constituição Federal. Por função social depreende-se o dever do proprietário em atender a sociabilidade protegida em lei.

Cristiane Derani (2001, p.53) enxerga a função como conteúdo. Ao se falar em função social da propriedade, estar-se-á a dizer que o conteúdo da propriedade é social, destinado ao interesse dos não proprietários.

Partindo do estudo de tais autores e verificando ser a função social norma-princípio constitucional de aplicação imediata que contamina todo o ordenamento jurídico, entende este autor que a função social da propriedade consiste em conteúdo do direito de propriedade, o destinando também aos não-proprietários. É a cristalina transição de uma ótica individualista possessiva do proprietário, para a social (sociabilidade), saindo do *ius singulus* para o *ius socius*.

O preenchimento da função social da propriedade é causa de existência do direito de propriedade, integrando o conteúdo desta. Não consiste em fator externo. Para ser propriedade terá de exercer e atender a sua função social, sendo esta o seu direcionamento constitucional²³⁶.

Malgrado ser conteúdo do direito de propriedade, não se sobrepõe a função social ao direito subjetivo. Só há função porquanto existir o direito; e apenas há legítimo direito de propriedade em tendo função social. A propriedade, portanto, não é uma função social, mas

²³⁶ O ponto de vista defendido pelo autor deste trabalho segundo o qual a função social da propriedade está inserta no conceito de propriedades, não consistindo tão-somente em uma limitação ao instituto proprietário, não é aceito por alguns doutrinadores nacionais, a exemplo de J.J. Calmon de Passos, conforme mencionado pelo mesmo em palestra proferida no Simpósio Baiano de Direito: Novas tendências na interdisciplinaridade do Direito Civil (2004, informação verbal), sob o título A Função Social da Propriedade e do Contrato. Neste seminário, defendeu Professor Calmon a tese segundo a qual a função social da propriedade é limite ao direito proprietário.

Entendem também ser a função social da propriedade limitação, e não conteúdo do direito proprietário, Vilson Rodrigues Alves, na obra *Uso Nocivo da Propriedade* (1992, p.185), Orlando Gomes, na sua obra *Direitos Reais* (2004), Eros Roberto Grau, em seu livro sobre a *Ordem Econômica* (2003) e Paulo Roberto Lírio Pimenta em artigo que versa sobre a propriedade rural (1995, p. 163). No cenário do direito comparado, defende ser a função social limite ao direito de propriedade, Salvatore Pugliatti (1964, p. 126).

A idéia, segundo a qual a função social faz parte do conceito de propriedade, será detalhada ainda neste capítulo.

contém uma função social, encerrando uma situação subjetiva complexa. Afirma Giselda Hironaka (1988, p. 144):

A propriedade não é uma função social, mas contém uma função social, de tal forma que o proprietário deve ser compelido a dar aos bens um destino social, além daquele que atende ao seu próprio interesse, na intenção, harmonizando o uso da propriedade ao interesse coletivo, se chegar ao plano da Justiça Social.

No sentir do autor, a utilização da expressão dever-poder, importada do direito administrativo²³⁷, no sentir deste autor é incoerente para retratar esta questão cível, pois o dever da função social não se sobrepõe ao direito subjetivo. Ambos – direito subjetivo e função – são noções complementares, consoante a autonomia privada²³⁸.

Igualmente, não é possível conferir à função social caráter de limite ao direito de propriedade, porquanto o limite não integrar o conteúdo do direito subjetivo. Os limites aos direitos subjetivos são externos, cristalizados em obrigações negativas, com o escopo de evitar o exercício anormal do direito. Na seara proprietária, ligam-se tais limites às faculdades de domínio, sendo exemplos: os direitos de vizinhança, o poder de polícia e o abuso de direito²³⁹.

Não se confunde função social da propriedade com tais limites negativos, pois, como noticiado, função social é interna (integra o conteúdo) ao direito subjetivo de propriedade, impondo prestações positivas para que o seu titular compatibilize seu direito individual com o social, em clara promoção aos ideais fundantes do vigente constitucionalismo. Menciona-se Gilberto Bercovici (2001, p.76)²⁴⁰:

Quando se fala em função social, não está se fazendo referência às limitações negativas do direito de propriedade, que atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância. As transformações pelas quais passou o instituto da propriedade não se restringem ao esvaziamento dos

²³⁷ Afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p.61) que: “Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder -, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”.

²³⁸ No particular concorda o autor com o dito por Roxana Cardoso Brasileiro Borges (1999, p. 77).

²³⁹ Não olvida-se de opiniões doutrinárias segundo a qual o abuso de direito seria uma limitação positiva à propriedade. Com efeito, entende o autor, que se trata de obrigação de não fazer, a qual consiste em não exercer o seu direito de maneira anormal.

Defendendo ser limite positivo, consultar Roxana Cardoso Brasileiro Borges (1999, p. 73). Mesmo entendendo como limite positivo, também defende, a autora supramencionada, ser função social conteúdo, e não limite, da propriedade.

²⁴⁰ Compartilha deste entendimento Roxana Cardoso Brasileiro Borges (1999, p. 73): “No entanto, com as constituições sociais, a função social da propriedade, atrelada à idéia de direito subjetivo, torna-se parte do próprio conteúdo do direito de propriedade”.

poderes do proprietário ou à redução do volume do direito de propriedade, de acordo com as limitações legais. Se fosse assim o conteúdo do direito de propriedade não teria sido alterado [...].

A mudança ocorrida foi de mentalidade, deixando o exercício de direito de propriedade de ser absoluto. A função social é mais de que uma limitação. Trata-se de uma concepção que se consubstancia no fundamento, razão e justificação da propriedade.

No mesmo sentido, assevera José Afonso da Silva (2006, p. 281-282): “A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade”.

O direito espanhol também confere à função social o *status* de conteúdo da propriedade, a diferenciando dos limites externos ao direito subjetivo de propriedade. Transcreve-se trecho de julgado do Tribunal Constitucional Espanhol; *in verbis*:

[...] por ello la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a la misma subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante des derecho mismo²⁴¹.

Sentença 37/1987, FJ20. (*apud* GAMA, CIDAD, 2007, p. 29)

A própria casuística revela que pode o proprietário não estar a praticar abuso de direito, mas a violar a função social, não destinando o seu bem ao interesse difuso. Certo, porém, que violações a limites e à função social da propriedade podem ocorrer simultaneamente. Não há, portanto, antagonismo total entre limitações à propriedade e função social. Por vezes, é mediante as imposições de restrições administrativas que se observa o cumprimento da função social²⁴² (BORGES, 1999, p. 97). Colaciona-se ementa de julgado proveniente do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) que aborda utilização do poder de polícia para concretização da função social da propriedade:

Ementa nº 43462. APELAÇÃO CÍVEL - Meio ambiente - Alegação de que o Poder Público limitou direito de propriedade, limpeza e conservação de um loteamento - Inocorrência - Hipótese em que a autora desmatou vegetação capoeira, sem autorização ambiental - Poder de polícia - Limitação administrativa visando o interesse social - Função social da propriedade - Art. 225 da Constituição da República - Recurso não provido.

²⁴¹ Tradução livre do autor: por isso, a fixação do conteúdo essencial da propriedade privada não pode ser feita com a exclusiva consideração subjetiva do direito e dos interesses individuais que na mesma subsistem, sendo que deve incluir igualmente a necessária referência a função social, entendida não como mero limite externo à sua definição ou ao seu exercício, sendo como parte integrante do direito mesmo.

²⁴² Justamente por isso, alguns dos julgados que versam sobre função social, colacionados neste trabalho, abordam também sobre limitações da propriedade.

A função social da propriedade confere ao direito de propriedade, que devido ao conceito napoleônico-pandecista era absoluto e individual, caráter difuso. O direito de propriedade transborda os contornos de um direito e garantia individual, tornando-se um direito e garantia transindividual. Sobre o tema, interessante menção a ementas provenientes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS):

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. EMBARGOS DE TERCEIRO. DIREITO À MORADIA. DIREITO SOCIAL MÍNIMO. GARANTIA FUNDAMENTAL. ENTRECHOQUE COM DIREITO DE CRÉDITO. GARANTIA POR LEI ORDINÁRIA. PREVALÊNCIA. A função social da propriedade transcende não só à própria lei substantiva, mas também ao próprio direito individual, notadamente o direito de crédito. O direito à moradia de uma comunidade, como mínimo social, possui prevalência sobre o direito de crédito de instituição financeira. Apelações do banco improvidas e providas as apelações dos embargantes. Sucumbência redimensionada.

Apelação Cível Nº 70016616732, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em 10/10/2006.

Sobre o objeto do direito de propriedade, além das faculdades econômicas e jurídicas, percebe-se incidência dos direitos dos não-proprietários. Isto, porém, não quer significar a total supressão da esfera individual do direito de propriedade. Persistem as faculdades elencadas no art. 1228 do Código Civil, porém sob uma ótica social e de concretização dos ideais constitucionais (TEPEDINO, 2004, p. 323)²⁴³.

A sociabilidade proprietária impõe ao titular do direito de propriedade um dever positivo e outro negativo. O positivo consiste em exercer o seu direito em benefício dos não proprietários, mediante obrigações de fazer, com uma intervenção impulsionadora; enquanto o negativo relaciona-se à obrigação de não exercer o direito de propriedade em prejuízo de outrem (obrigação de não fazer), segundo uma intervenção limitadora (GRAU, 2004, p. 213).

Ainda delimitando o conceito do instituto, observa-se que função social da propriedade não é conceito similar ao de produtividade. Função social não é observada em uma propriedade rural que, apesar de produtiva, utilize mão-de-obra escrava, em afronta a sua destinação constitucional. Idem em relação à propriedade que viole questões ambientais²⁴⁴ (ZIBETTI, 2006, p. 53)²⁴⁵.

²⁴³ No mesmo sentido é a opinião de Roxana Cardoso Brasileiro Borges (1999, p. 72-73).

²⁴⁴ A jurisprudência vem firmando entendimento, porém, que a produtividade do imóvel é fator que deve ser considerado no momento de uma desapropriação, não sendo possível desapropriação sanção de imóvel produtivo. Nesta hipótese a desapropriação deverá submeter-se a processo com prévia e justa indenização.

O cumprimento da função social da propriedade perpassa pela necessidade de observância da dignidade da pessoa humana (humanização proprietária), valorização social trabalho, diminuição das desigualdades sociais, fundamentos, princípios e objetivos da República Federativa do Brasil (NETO, 2002, p.20)²⁴⁶. O próprio art. 170 da Constituição disciplina que a propriedade deverá ter como finalidade mediata assegurar a todos existência digna, segundo os ditames da justiça social.

Este entendimento coaduna-se com os princípios tópicos de interpretação constitucional da unidade e concordância prática, com a maximização dos princípios constitucionais e com a teoria de ponderação de interesses²⁴⁷. É justamente aqui que se enxerga chamado fenômeno da despatrimonialização do direito civil, com a sua publicização (ou desprivatização), humanização e repersonificação²⁴⁸.

Cumpra também esclarecer que não se confunde função social da propriedade com os ideais de socialização ou coletividade proprietárias. Continua o ordenamento nacional a contemplar a propriedade privada e suas faculdades. Função social não deve ser compreendida como causa extintiva dos direitos exclusivos dos proprietários e nem significar que a coletividade também será detentora do direito de usar, gozar e dispor de todos os bens.

Tais faculdades persistem como exclusividades do titular da propriedade, tendo este, contudo, que exercer seu direito de modo compatível à sua função social. Não se pretende extirpar desse direito subjetivo a sua vocação ao atendimento das necessidades individuais, mas sim compatibilizá-lo à sociedade, vinculando o seu exercício.

O direito subjetivo de propriedade, nessa releitura constitucional, perde a sua moldura de direito subjetivo clássico, com ares absolutos. Passa a propriedade a ser um direito subjetivo vinculado, cujo exercício tem como dever a observância da sua função social, aliado a deferência de faculdades proprietárias. Inserem-se no conceito de propriedade e relação de

Isto não quer significar, todavia, que tal propriedade observa a sua função social. Traduz, sim, níveis diferenciados de sanção, um mais rigoroso para propriedade improdutiva, e outro mais brando para a produtiva. Sobre o tema, menciona-se julgado do Supremo Tribunal Federal (STF):

“Caracterizado que a propriedade é produtiva, não se opera desapropriação-sanção – por interesse social para fins de reforma agrária -, em virtude de imperativo constitucional (CF, art. 185, II) que excepciona, para a reforma agrária, a atuação estatal, passando o processo de indenização, em princípio, a submeter-se às regras constantes do inciso XXIV, do art. 5º, da Constituição Federal, mediante ‘justa e prévia’ indenização”.

MS 22.193. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ de 29-11-1997, p. 47.160.

²⁴⁵ Tal entendimento coaduna-se com a lei que complementa o art. 186 constitucional²⁴⁵ (Lei 8.629/93), a qual no seu art. 9º, inciso II, aduz como critério necessário ao cumprimento da função social da propriedade rural: “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”. Relaciona-se, ainda, à manutenção de um ambiente ecologicamente equilibrado conforme art. 225 da Constituição Federal.

²⁴⁶ No mesmo sentido Gilberto Bercovici (2001, p.83).

²⁴⁷ Tais conteúdos foram explorados no capítulo que versa sobre a visão constitucional, hoje verificada no direito civil.

²⁴⁸ Todos esses temas foram tratados no capítulo que aborda o olhar constitucional, início do desenvolvimento do trabalho.

direito real, delineados no capítulo terceiro de desenvolvimento, a sua função, o seu conteúdo unificador e social, sendo fechada à delimitação conceitual.

6.4 O ALCANCE DO PRINCÍPIO: A FUNÇÃO SOCIAL DA(S) PROPRIEDADE(S)

Conforme assente neste trabalho, no capítulo terceiro de desenvolvimento, há na realidade fático-jurídica pós-moderna propriedades e não propriedade. Tutelando essas variadas manifestações proprietárias há diversos microssistemas jurídicos. O traço unificador das propriedades é a observância do seu núcleo duro, do seu fator de distinção dos demais institutos jurídicos, ou seja: é a função social.

Ocorre que nem todas as propriedades terão a maximização da sua função social, sendo possível que, na análise do caso concreto, não haja potencialização deste princípio constitucional. Retoma-se, portanto, à análise da função social da propriedade para verificar os seus parâmetros de aferição.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor acerca da obrigatoriedade do atendimento da função social pela propriedade (art. 5º, XXIII), e a mencionar como um princípio da ordem econômica (art. 170, III), não restringiu o alcance do princípio.

Consolidou o legislador constituinte, principalmente por meio da redação do art. 5º, XXIII, o fator unificador dos diversos tipos proprietários, o núcleo duro das propriedades. Não trouxe distinção afirmando quais propriedades teriam, ou não, incidência do princípio. Não tendo o legislador constitucional feito tal distinção, não cabe ao interprete fazê-lo, segundo regra básica de hermenêutica.

A função social das propriedades é veiculada mediante uma cláusula geral²⁴⁹, com conteúdo elástico e grande abertura semântica, possibilitando o seu ajuste ao influxo contínuo dos valores sociais mundanos.

Partindo dessa primeira premissa, infere-se que a função social da propriedade se dirige a todas as espécies proprietárias, sejam móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, de produção ou de uso, de consumo, etc...

Função social da propriedade é o núcleo duro do direito proprietário, o impassível de mudanças. Esta afirmação é facilmente comprovada mediante a análise dos poderes do

²⁴⁹ Os temas cláusula geral e casuística foram devidamente tratados no capítulo que trata acerca da constitucionalização do direito civil.

proprietário, todos passíveis de mitigação, ao contrário do instituto da função social, o qual é imutável.

Aduz o art. 1228 do atual Código Civil nacional que “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como tem o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Menciona o artigo os poderes do proprietário, todos passíveis de mitigação.

As prerrogativas de uso e gozo não mais possuem o absolutismo de outrora, sendo que tem o proprietário de observar as limitações intersubjetivas à sua conduta, como o direito de vizinhança, a possibilidade de desapropriação e a vedação do abuso de direito²⁵⁰.

A disposição da coisa pode ser deveras mitigada, ou até mesmo vedada, mediante a utilização do instituto do usufruto, ou se gravando o bem com uma cláusula de inalienabilidade, tudo mediante um ato válido de vontade.

Ao direito de seqüela (reivindicação) pode ser oposto outro direito, uma forma de aquisição de propriedade: a usucapião.

Já em relação ao princípio função social da propriedade, não é possível estabelecer, seja por ato de vontade, seja por inércia do titular, seja por limitação legal, a não incidência sobre a(s) propriedade(s), posto ser ele um princípio e, como tal, com força de aplicação imediata²⁵¹. Por isso pode-se afirmar que a função social da propriedade é o núcleo duro do direito de propriedade, o fator unificador das propriedades na sua ótica pós-moderna, incidindo sobre toda e qualquer espécie proprietária. Afirma Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2006, p. 207):

Ora se no estado fluido da pós-modernidade a propriedade é ampliada em diversas propriedades, a função social também se avoluma, ultrapassando o estágio primário do direito das coisas, incidindo atualmente em toda e qualquer relação jurídica patrimonial.

Não é outro o posicionamento de Eduardo Takemi Kataoka (2000, p.462):

Por exemplo, a propriedade fundiária, urbana e rural, a propriedade acionária, a propriedade intelectual, a propriedade de bens de consumo, etc... Cada uma destas “propriedades” tem uma disciplina jurídica própria, sendo unificadas apenas pela sua função social comum.

²⁵⁰ Conforme já posto neste trabalho, tais limitações não se confundem com a obrigatoriedade de observância do princípio da função social da propriedade, pois este princípio integra o conteúdo das propriedades.

²⁵¹ Em relação aos princípios, sua força obrigatória e interpretação constitucional, remete-se ao capítulo de constitucionalização, o qual tratou do tema.

As próprias mitigações às faculdades proprietárias hão de ser realizadas em observância da sua função social. Cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade, incomunicabilidade e demais atos erguidos sob o prisma da autonomia privada não podem ser utilizados como biombos que objetivem o descumprimento da função social. Sobre o tema, por mais de uma oportunidade, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. As cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade devem ser afastadas sempre que representarem obstáculo à aplicação do princípio constitucional que consagra a **função social da propriedade**. DERAM PROVIMENTO

Apelação Cível Nº 70011497997, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 28/06/2005.

EMENTA: APELAÇÃO. PEDIDO DE CANCELAMENTO DE GRAVAMES. CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, IMPENHORABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE. LOCAL DO IMÓVEL LEGADO DISTANTE DO DOMICÍLIO DOS DONATÁRIOS. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA NO ATO. CC ART. 1848. Admite-se o cancelamento dos gravames de impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade, dispostos sobre imóvel em testamento, mesmo na vigência da lei antiga, a fim de possibilitar a plena fruição do bem legado pelos donatários, assim como em respeito ao princípio constitucional da função social da propriedade. Ademais, não ocorreu, no ato da doação e instituição das cláusulas questionadas, a justificativa hoje exigida na lei civil. Art. 1848 do CC. APELAÇÃO DESPROVIDA.

Apelação Cível Nº 70009761180, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 27/10/2005.

Sendo uma cláusula geral aplicável aos diversos tipos de propriedades, tem a função social flexibilidade, moldando-se a depender do respectivo estatuto proprietário (objeto), e possibilidades deste promover os anseios dos não-proprietários (TEPEDINO, 2004, p. 318).

A jurisprudência, progressivamente, vem se mostrando mais sensível ao tema, mitigando faculdades proprietárias em colisão com a função social. Transcreve-se ementa do Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar ação reivindicatória de um terreno no qual foi consolidada uma favela:

EMENTA: AÇÃO REIVINDICATÓRIA. Perecimento do direito de domínio e improcedência da ação reivindicatória. Favela consolidada sobre terreno urbano loteado. Função social da propriedade. Prevalência da Constituição Federal sobre o direito comum. Apelação Cível Nº 21272618, Tribunal de Justiça de SP, Relator: José Osório.

O mesmo entendimento relacionado à reivindicatória é acolhido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; cita-se:

EMENTA: AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO. ABANDONO DO IMÓVEL. PRAZOS AQUISITIVOS FRENTE À DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL. **FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.** Considerando o largo espaço de tempo entre a aquisição dos direitos à propriedade (1968) e a válida e legítima provocação do Judiciário (1992), o imóvel restou abandonado, dando ensejo à concretização de uma vila popular, com moradores de pouca renda, assim reconhecidos pela municipalidade, viável se ter o imóvel como abandonado. De outra banda, entre o início da ocupação pelos demandados, a propositura da ação de reivindicação e sua regular angariação, que só se deu em novembro de 1993, pode se ter como incidente a aquisição de domínio base no usucapião urbano constitucional, caracterizando o fim social da propriedade, a afastar o domínio enquanto mero catálogo ou registro imobiliário. Sentença de improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. Apelação Cível Nº 70013925441, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 16/03/2006.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também se pronunciou sobre o tema, ao analisar o direito de uso da coisa em contraponto à função social dos hospitais; *in verbis*:

Ementa. Médico. Direito de internar e assistir seus pacientes. Cod. De ética médica aprovado pela resolução cfm n. 1.246/88, art. 25. Direito de propriedade. Cod. Civil, art. 524. Decisão que reconheceu o direito do médico, consubstanciado na resolução, de "internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição", não ofendeu o direito de propriedade, estabelecido o art. 524 do cod. Civil. Função social da propriedade. [...] recurso especial não conhecido. Decisão por unanimidade, não conhecer do recurso especial. REsp 27039 / SP; Recurso Especial 1992/0022713-9. Fonte. Dj Data:07/02/1994 pg:01171 jbcc vol.:00174 pg:00301 lexstj vol.:00058 pg:00129 rstj vol.:00059 pg:00268. Relator. Min. Nilson naves (361). Data da decisão. 08/11/1993. Órgão julgador. T3 - terceira turma.

Traçadas essas linhas acerca da aplicação do instituto, neste momento impõe-se a necessidade de uma ponderação. Apesar da existência da função social em todas as propriedades, defende o autor que nem sempre sofrerá o objeto da propriedade potencialização do princípio. A existência do princípio sempre é certa, porém nem sempre é maximizada.

Para a potencialização, de forma maior ou menor, devem ser levados em conta dois fatores fundamentais analisados no caso concreto: 1. Potencial aptidão da propriedade satisfazer os interesses dos não proprietários; e 2. A escassez da propriedade.

É possível, até mesmo, que o instituto da função social não seja maximizado. Isto, porém, não quer significar que não há função social na espécie proprietária; mas sim que,

segundo os parâmetros postos, não houve de falar-se em sua potencialização. Função social sempre existe, como conteúdo do direito de propriedade, ainda que em sua forma latente.

Não é possível analisar a maximização da função social da propriedade de forma abstrata, sem verificar o caso concreto. Não se pode afirmar abstratamente que somente uma espécie proprietária teria a incidência do instituto da função social, enquanto outras espécies jamais a teriam. A propriedade terá maior ou menor potencialização do instituto da função social se for mais ou menos apta à satisfação dos interesses da coletividade.

Em decorrência, os bens de produção terão uma maior e mais cristalina funcionalização, pois têm maior aptidão de atender interesses sociais; enquanto nos bens de consumo a percepção do instituto será mais branda, em que pese ele existir.

Ademais disto, a escassez do produto, em uma análise do binômio necessidade x quantidade, levará a uma maior ou menor incidência da função social da propriedade. É justamente aqui que fica claramente perceptível a maximização do instituto nos bens de consumo. Quanto maior a necessidade e menor a quantidade, mais clara e perceptível é a escassez.

Passa-se aos exemplos para esclarecer o raciocínio.

Imagine-se uma pequena ilha, há milhas náuticas do continente, na qual inexistente farmácia. Devido a esta casuística, seus moradores, sempre que necessitam de um remédio, têm de se dirigir até o continente para adquiri-lo. Nesta mesma ilha, há uma única casa vaga e o seu proprietário se nega a alugá-la para a instalação de uma farmácia.

Será que o princípio da função social da propriedade não poderia ser potencializado neste caso concreto, para que, através de uma ação judicial e mediante o arbitramento de um valor justo de aluguel, seja o proprietário (que não usa seu imóvel) compelido a realizar o contrato de locação?

Entendo que a resposta é positiva pelo fato de o imóvel em comento possuir potencial aptidão para atender os interesses da coletividade, a qual, por escassez, não tem um local próximo para adquirir os bens necessários à manutenção e qualidade de vida: medicamentos.

A maximização do instituto não levará em conta a natureza do objeto da propriedade, nem a sua característica de bem de produção ou de consumo; mas sim a aptidão de atender os interesses da coletividade e a presença da escassez.

Seguem os exemplos.

O art. 182, §4º da Constituição Federal, obriga o aproveitamento racional do terreno urbano, posto ter função social. Acaso não atendido este preceito constitucional, poderá o

Estado sancionar o proprietário, que não está observando o núcleo duro do direito proprietário: o exercício da sua função social.

Prevê, o mencionado artigo, a possibilidade de edificação ou parcelamento compulsório (inciso I), a incidência de IPTU progressivo (inciso II) e a possibilidade de desapropriação (inciso III), tudo como consequência da não observância da função social da propriedade. Tais sanções são aplicadas progressivamente, sendo a desapropriação *ultima ratio*.

Infere-se que a propriedade de um terreno residencial urbano, o qual nem sempre consiste em um bem de produção, tem de exercer a sua função social, ou seja: nela há de se construir e habitar, caso localizada em local de difícil obtenção de outros terrenos (tenham-se presentes os requisitos: potencial aptidão para atender os interesses não proprietários e escassez). Afirma Lênio Luiz Streck (2002, p. 45):

[...] aquele que, por exemplo, cerca um imóvel adequado à produção e deixá-lo ao léu, esperando que se valorize, não pode adequar que dele dispõe para sua função social. Por certo não está exercendo o uso ou o gozo do bem: a rigor sequer tem-no à disposição para o objetivo social. Ele cuida apenas de seu interesse próprio, egoístico. Logo não é possuidor do imóvel.

Tal obrigatoriedade traduz o direito de moradia e habitação, de cunho constitucional (art. 6º). Se não for exercida a função social da propriedade, incidirão as sanções previstas no art. 182, § 4º, da Constituição Federal.

O §2º do art. 182 da Constituição nacional dispõe que a propriedade urbana cumpre a sua função social no momento em que atende às exigências do plano diretor, não aduzindo este artigo que a propriedade urbana seja um bem de produção, ou de consumo, ou de qualquer outra espécie (ou seja, englobando todas as espécies).

É justamente pelo plano diretor, por exemplo, que é imposta a obrigação de não edificação superior a certa altura na orla marítima, observando-se necessidade de circulação do ar para todos.

Pergunta-se: Será que toda propriedade constante na orla marítima é um bem de produção?

Percebe-se mais uma demonstração de que a função social da propriedade não atinge somente os bens de produção, ou de consumo, ou corpóreos, ou incorpóreos, ou de qualquer outra espécie; atinge a todas as propriedades e todos os bens objetos das propriedades.

Versando sobre edificação litorânea, há interessante julgamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDIFICAÇÃO LITORÂNEA. MUNICÍPIO DE MATINHOS. EMBARGO PELO ESTADO. LEGALIDADE. USO DO SOLO URBANO. INTERESSE DA COLETIVIDADE. LEI E DECRETO PARANAENSE 7.389/80 e 4.605/84. O uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem estar comum da sociedade. Consoante preceito constitucional, a União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e, até, do lazer. A Lei 7.389/80 e o Decreto 605/84 do Estado do Paraná não foram revogados pelo art. 52 do ADCT Estadual, nem interferem na autonomia do Município de Matinhos, devido à mencionada competência legislativa concorrente. Recurso ordinário conhecido, porém, improvido. Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto. ROMS 13252 / PR; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2001/0070379-8. Fonte DJ data:03/11/2003 PG:00285. Relator. Min. Francisco Peçanha Martins (1094). Data da Decisão. 19/08/2003. Órgão Julgador T2 - Segunda Turma

Neste ponto, os céticos passariam às hipóteses mais esdrúxulas, com o escopo de tentar derrubar o raciocínio explicitado. Não demoraria o seguinte questionamento: já que toda a propriedade tem função social, então é possível enxergar a funcionalização de uma caneta, um lápis, um caderno, uma televisão, um carro?

A resposta é positiva, desde que observados os parâmetros postos.

A função social destes bens existe, em que pese ser quase imperceptível. E o é pelo fato de que, na atualidade, *a priori*, não há necessidade destes bens atenderem os interesses difusos, porquanto inexistir escassez. Entrementes, no momento em que estes bens se tornem escassos, e com potencial aptidão para atender a interesses da sociedade, sobressairá neles a maximização da sua função social (núcleo duro da propriedade), com atenção aos não-proprietários.

Para ilustrar o dito, menciona-se o caso do rodízio de veículos em São Paulo, atacado por muitos com o fundamento de que atentaria o direito de propriedade, pois limitaria o uso do veículo. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em análise de mandado de segurança sobre o tema, determinou que a propriedade há de ser exercida em função da sociedade (função social), sendo que o rodízio de carros é legal por proteger a saúde e o meio ambiente. Cita-se a ementa do julgado:

Ementa nº 205510. MANDADO DE SEGURANÇA - Sistema de rodízio de veículo, instituído pela Lei 9.358/96 (Regulamento, Decreto 41.049/96) - Não violação ao direito à locomoção, à propriedade e à isonomia - Proteção à saúde e ao meio ambiente - Função social da propriedade - Condição para o próprio exercício - Cassação da ordem, mantida - Recurso, não provido. Apelação Cível n. 63.520-5 - São Paulo - 5ª Câmara de Direito Público - Relator: William Marinho - 25.02.99 - V.U.

Após estas considerações, fica factível que a função social da propriedade há de ser verificada no caso concreto, segundo os parâmetros postos. Todavia, decerto que, na espécie proprietária dos bens de produção, torna-se mais fácil enxergar a obrigatoriedade de observância deste, consoante o caráter social inerente a tais bens.

Foi justamente este pensamento que levou a alguns operadores do direito, como o baiano Orlando Gomes (2004, p.125)²⁵², a entender que o princípio constitucional da função social da propriedade apenas seria aplicável à categoria dos bens de produção, pois somente esses seriam idôneos à satisfazer os interesses coletivos. Não é diverso o posicionamento de Eros Roberto Grau (GRAU, 2003, p. 212):

Aí, incidindo pronunciadamente sobre a propriedade dos bens de produção, é que se realiza a função social da propriedade. Por isso se expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social de empresa.

Data venia, apesar da autoridade dos autores que defendem a tese supramencionada, entende este autor que não é esta a linha de raciocínio que segue um enfoque civil-constitucional, além de não abranger o leque de fatos concretos que visa tutelar uma constituição inserta na realidade pós-moderna.

Como verificado, a Constituição não tece distinções entre os tipos proprietários funcionalizados, visto não enumerar aqueles obrigados e os não-obrigados à observância do instituto. Há função social em toda propriedade, sendo variável o *quantum* de maximização.

Há bens consumíveis que, devido a sua individualidade latente, *a priori* não são passíveis de incidência do princípio em análise. É justamente por isso que não há função social, *a priori*, de um picolé, de um CD, de um videocassete, de um DVD... Estes são bens que possuem a função individual, conforme afirma Eros Roberto Grau (2004, p. 210).

Todavia, não é o fato de tais bens serem de consumo que irá gerar a não maximização inicial do princípio da função social, mas sim o da inexistência, na análise do caso concreto,

²⁵² Orlando Gomes chega a classificar como apedeutas aquelas pessoas que estendem o princípio da função social da propriedade aos bens de consumo. Já foi externado neste capítulo que outros autores nacionais acompanham o pensamento de Orlando Gomes, a exemplo de Calmon de Passos, Vilson Rodrigues Alves e Eros Roberto Grau.

dos dois parâmetros postos: potencial aptidão para atender a interesse dos não-proprietários e escassez. Caso tais bens se tornem escassos e aptos a atender interesses dos não proprietários, conseqüentemente terão sobre si a maximização do instituto da função social da propriedade.

Além disso, a própria utilização individual de tais bens, promovendo a subsistência individual ou familiar e não revelando desperdício aos não proprietários, já é capaz de gerar o atendimento à sua função social. Cita-se André Osório Gondinho, autor que é enfático ao afastar as idéias de Orlando Gomes (2000, p. 426):

Em que pese a autoridade dos ilustres doutrinadores, não podemos concordar com a restrição imposta à incidência do princípio da função social da propriedade nos bens de consumo. O fato de um bem ser utilizado para a subsistência individual não se exclui do campo de incidência do princípio da função social. Isso por que a função social da propriedade não se justifica apenas pela destinação econômica do bem. Assim, se determinado bem, dada a sua natureza, se destina apenas à utilização individual ou familiar, mas é efetivamente assim utilizado, este bem não representa um **desperdício de potencialidade** para a sociedade [...].

O proprietário de prédio urbano, por exemplo, que nele reside com sua família, ou que aluga ou empresta para moradia de outrem, exerce o seu domínio de forma consoante com o princípio da função social da propriedade, mesmo que esta ocupação residencial pouco contribua, individualmente, para a redução do grande déficit habitacional existente em nossos centros urbanos.

A afirmação abstrata, segundo a qual apenas os bens de produção seriam capazes de ter função social, não subsiste a uma análise casuística, conforme externa Pietro Perlingieri²⁵³ (2002, p.230):

A afirmação pela qual “somente os bens produtivos têm uma função social” é desmentida pela própria letra da disposição constitucional que “não prevê exceções à regra da função social da propriedade privada”. Do contrário, seria obrigatório reservar à função social uma interpretação pela qual o social se contrapõe ao pessoal-individual, prevalecendo assim uma postura econômica e produtivista, ainda que atenuada, relativamente àquela codicista, pela referência à atuação das equânimes relações sociais e à noção de solidariedade social. A afirmação generalizada de que a propriedade privada tem função social não consente discriminações e obriga o intérprete a individualizá-la em relação à particular ordem de interesses juridicamente relevantes. Assim, tem função social não somente a propriedade da empresa, mas também a da casa de habitação, e dos bens móveis que ela contém, a da oficina artesã e da propriedade do pequeno produtor (*diritta coltivaltrice*), a dos utensílios profissionais, e dos animais e instrumentos de trabalho das empresas.

²⁵³ Doutrinador italiano cujas ilações são plenamente aplicáveis ao ordenamento pátrio, tendo em vista que a atual Constituição nacional de 1988, assim como a italiana de 1942, não fez distinções em relação a qual propriedade deve cumprir a sua função social.

Do explicitado, expõe o autor entendimento de que não só os bens de produção devem atender ao princípio da função social da propriedade. O princípio em questão é de aplicação imediata, inserto no conteúdo das propriedades. Todavia, há propriedades que, devido a sua função individual latente, *a priori* não têm maximização de sua função social. Isso não por serem bens de consumo, mas por não terem a potencial aptidão de atender os anseios dos não-proprietários e não serem escassas em um dado momento histórico.

Tais propriedades têm função social latente, a qual apenas não é potencializada pela desnecessidade. Como o conceito de escassez e potencial aptidão do bem²⁵⁴ de atender os interesses da sociedade são mundanos, a função social da propriedade pode hoje não incidir sobre um determinado bem, mas amanhã passar a incidir. Basta uma mudança no contexto, a exemplo de uma guerra, para que todo o cenário mude e o princípio seja maximizado.

E a propriedade que não exerce sua função social, é protegida?

A resposta é positiva, e isso não evidencia nenhuma antinomia de raciocínio. O é justamente para não propiciar a prática de abuso de direito pelo Estado: dispensa-se tutela para possibilitar a sanção, como a desapropriação do bem ou seu licenciamento compulsório, mediante a paga indenização.

A função social, portanto, é o conteúdo que legitima o exercício do direito de propriedade. A tutela legítima da situação jurídica proprietária perpassa pela observância da sua função social. Em não tendo função social, a propriedade não é legítima, porém não está completamente desamparada. Tem-se, como medida extrema, a desapropriação com pagamento de indenização, para que seja conferida destinação social à propriedade.

Em contaminando a função social todas as espécies proprietárias, pergunta-se: tem a patente no Brasil um valor econômico ou social?

6.5 O VALOR SOCIAL DAS PATENTES

Desde o seu início, o trabalho enfatiza a idéia de que a patente possibilita a segurança na pesquisa e, em conseqüência, sua dilação, continuidade e aprofundamento. Mas seria este o

²⁵⁴ Neste ponto, impende ressaltar o recorte metodológico do trabalho, não sendo seu objetivo uma análise detida do conceito mais amplo de bem jurídico, bem como da faceta de direito de personalidade da Propriedade Intelectual. Sobre o assunto, trazendo uma crítica construtiva à classificação tradicional de bens jurídicos e analisando de forma clara o tema disponibilidade dos direitos de personalidade, indica o autor a obra de Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005).

valor interno (para um determinado país) da patente? Será que essa pesquisa volta-se para o país que concede a patente?

Percebe-se que muitos dos países que se filiaram a um sistema de proteção patentearia nos moldes internacionais não experimentaram importante desenvolvimento científico, a exemplo das nações componentes da África negra. A adoção de um sistema de proteção, em tais países, não gerou maiores investimentos tecnológicos. Não se observa melhor e mais amplo combate às mazelas sociais, não há um maior fluxo de pesquisa para combate das doenças locais ou criação de gêneros alimentares capazes de suprir as carências específicas da região.

Por quê?

A resposta é simples: não há investimento. Inexistem recursos por não existir um interessante mercado de consumo para as futuras criações. Não circula, em tais países, capital suficiente capaz de incentivar a indústria em investir nas pesquisas. Um sistema que busque a proteção das patentes não muda este cenário.

Como silogismo, percebe-se que a simples concessão de um sistema neutro de proteção às patentes não é capaz de beneficiar aos cidadãos do país concedente, conforme noticia Denis Borges Barbosa (2003, p. 630-631):

Nosso argumento, na época, foi o de que a idéia de que a patente era um instrumento de desenvolvimento da pesquisa científica e da pesquisa tecnológica específica para os interesses do país que as concedia tinha uma prova muito curiosa. Aquela época, como hoje, os países africanos, praticamente todos ou pelo menos da África negra, não tinham limites sensíveis à concessão de patentes. Em todos eles haveria patentes de produtos farmacêuticos. Em todos eles haveria patentes de produtos alimentares.

No entanto, singularmente, são exatamente as afecções, doenças, propriedades e os males desses países onde a patente é restrita que menos se vê entre os detentores de patentes.

O teste que nos estava sendo proposto como o caminho para o benefício do consumidor brasileiro – que era conceder patentes para que aqui e para os nossos propósitos e fins específicos fosse ampliada a pesquisa – mostrava-se exatamente um sofisma total se aplicado aos países africanos. Lá não existia, quero crer que não mudou a situação, um fluxo de pesquisa dedicado às afecções locais, às endemias específicas, às necessidades alimentares idiomáticas do povo africano.

O investimento na pesquisa, capaz de gerar engenhos, perpassa por uma análise de mercado, a qual remonta a inserção da ciência no pilar de produção²⁵⁵. Não passa o estudo de investimentos pela preocupação em propiciar a cura ou a melhoria do doente brasileiro,

²⁵⁵ O papel da ciência pós-moderna foi analisado neste trabalho, sendo demonstrada a sua migração do pilar da humanidade para o da produção, especificamente no capítulo de desenvolvimento anterior ao presente.

asiático, africano... Pensa-se, mais do que em curar uma determinada mazela, nos lucros obtidos, os quais dependem da existência de um mercado consumidor apto à aquisição dos produtos inventados.

Seria então a patente um valor social ou econômico?

O Brasil fez claramente sua opção, ao eleger, no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, o valor social como necessário para a tutela desta espécie proprietária. A ordem constitucional vigente condiciona a proteção do invento ao “interesse social e o desenvolvimento tecnológico do país”. Transcreve-se o dispositivo:

XXXIX: 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 das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Mais adiante, no art. 216, inciso III, o mesmo texto constitucional reafirma o caráter social das criações científicas (objeto das patentes), as inserindo dentro do patrimônio cultural nacional. Cita-se:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à nação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
[...]
III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas.

Assim, retira-se por completo a absolutização do direito de propriedade e a condiciona a um valor social. Aduz Denis Borges Barbosa (2003, p. 627):

Segundo a Constituição Brasileira vigente, a propriedade resultante das patentes e demais direitos industriais não é absoluta – ela só existe em atenção ao interesse social e para propiciar o desenvolvimento econômico e tecnológico do país. Assim, não há espaço para um sistema neutro ou completamente internacionalizado de propriedade industrial no Brasil.

Na verdade o art. 5º, inciso XXXIX, é um reforço à funcionalização, a qual já se percebia pela incidência do princípio da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII, e 170, III) como o conteúdo de toda e quaisquer espécie proprietária.

O reconhecimento de uma patente, no contexto nacional, que não contemple a sua função social, é uma inconstitucionalidade patente, seja por força da aplicação genérica do art. 5º e 170, seja pela específica redação do art. 5º, XXXIX e 216, III, todos da Constituição Federal.

No Brasil a concessão do monopólio instrumental deve ser analisada por um viés de eficiência social apta a possibilitar mais pesquisa e maior desenvolvimento, o que é amplamente dificultoso em um modelo de produção capitalista, cuja ciência é norteadada pelo lucro.

Mais dificultoso é resolver a falha de mercado: gerar pesquisa e investimento para a cura de doenças que promovem verdadeiros genocídios em países nos quais inexistente mercado consumidor.

No cenário interno, ao eleger o valor social como integrante das patentes, instrumentaliza o constituinte a máxima efetivação constitucional em busca de uma vida digna, promovendo-se o acesso ao patrimônio mínimo essencial. É a unidade constitucional, sua aplicação sistemática. Mas qual será esse mínimo existencial²⁵⁶?

É justamente aquele alcançado (ou que deveria ser alcançado) pelo salário mínimo, conforme a redação do art. 7º, IV, do texto constitucional; *in verbis*:

IV. salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim;

O Constituinte confere parâmetros objetivos do que vem a ser este mínimo, o qual não engloba apenas o essencial para a manutenção da vida, mas sim para a manutenção de uma vida digna, coadunando-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, com preâmbulo constitucional e objetivos da república (arts. 1º a 3º). O mínimo não inclui apenas bens materiais, mas também o lazer, vestuário, transporte e arte, afinal não apenas do alimento material vive o ser humano.

²⁵⁶ Conforme já mencionado neste trabalho, a expressão patrimônio mínimo deve ser lida com a carga semântica que lhe é conferida por Luiz Edson Fachin, sendo incluídos no seu conceito os bens materiais e imateriais mínimos necessários à vida digna. Sobre o tema, vide a obra do mencionado autor: O Estatuto do Patrimônio Mínimo (2001).

Igualmente interessante visita a produção de Ana Paula Barcelos (2001) sobre o assunto. A autora o aborda o tema sob uma nova roupagem e nome *iuris*: mínimo existencial. Afirmar ser o mínimo existencial o substrato necessário para conferir dignidade, sendo o centro desta, a saúde básica, o ensino fundamental, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Também esta a obra está devidamente referida ao final deste trabalho.

Entende este autor possuir o ordenamento nacional parâmetros que tem o escopo de objetivar os delineamentos do que vem a ser este mínimo, no art. 7º, IV, da Constituição Federal, conforme infere-se no texto do trabalho.

6.6 A PATENTE NÃO FUNCIONALIZADA: CONSEQUÊNCIAS.

As patentes de medicamentos, que podem ser de invenção ou de modelo de utilidade, inserem-se dentro da propriedade industrial, espécie da propriedade intelectual. Esta, por sua vez, insere-se na pluralidade proprietária pós-moderna.

A função social da propriedade, como visto, por imposição constitucional, abrangendo todos os tipos proprietários, todas as espécies de bens, sejam estes corpóreos, incorpóreos, materiais, imateriais, de produção, de uso, de consumo... Logo, como consectário lógico, verifica-se que a função social da propriedade atinge as patentes de medicamentos.

Indo além desta construção geral, que demonstra a aplicação da função social da propriedade a todas as espécies proprietárias, pode-se verificar, no texto constitucional, a eleição de um valor difuso à propriedade industrial, retirando a neutralidade. O constituinte, para espantar quaisquer dúvidas, legitima a propriedade industrial que for social, com o escopo de garantia do “interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país”.

Então retoma-se o tema-problema do trabalho: podem os medicamentos ser comercializados em valores tão elevados, impossibilitando o acesso de grande parte da população?

Os remédios devem ser ofertados a todos aqueles necessitados, não podendo ser facultado aos laboratórios internacionais a “comercialização da vida” e a obtenção de lucros exorbitantes através da exploração do desespero da humanidade em manter a sua existência.

Os lucros dos laboratórios não podem ter como custo milhares de vidas humanas desprovidas de capacidade econômica para adquirir os remédios essenciais²⁵⁷. Esta conduta é inconstitucional, não atende a função social da propriedade, os objetivos, princípios e fundamentos da República Federativa do Brasil.

O que fazer então?

A solução perpassa pelas opções em adotar uma saída de microjustiça (justiça no caso concreto) e/ou de macrojustiça (justiça ampla, democrática).

²⁵⁷ Os dados numéricos acerca do acesso às patentes de medicamentos essenciais já foram tratados no capítulo pretérito, em especial no tópico intitulado de patentes de medicamentos e o custo da invenção.

6.6.1 A Microjustiça: Uma Saída Restrita

De maneira habitual, verifica-se o ajuizamento de ações, em face do Estado, para o fornecimento de medicamentos de alto custo a pessoas carentes. A argumentação de tais ações perpassa pelo direito à vida e sua dignidade, a saúde e função social da propriedade.

Como consequência de tais demandas, há sentenças determinando, sob pena de multas diárias e prisões, a concessão dos medicamentos pleiteados²⁵⁸. Ocorre que tais decisões contemplam apenas uma pequena parcela da população, a qual “bate às portas do judiciário”. Implementa, portanto, uma política de microjustiça, apta a atender apenas algumas pessoas, de maneira não democrática e pontual. Colaciona-se ementa oriunda do Rio Grande do Sul:

AGRAVO INTERNO MANEJADO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE DEU PROVIMENTO LIMINAR AO AGRAVO DE INSTRUMENTO ANTERIORMENTE INTERPOSTO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PROVIMENTO LIMINAR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, QUE SE IMPUNHA, NA FORMA DO QUE DISPÕE O ART. 557, § 1.º-A, DO CPC.

Quando a matéria estiver pacificada na Câmara, perfeitamente aplicável a regra do art. 557, caput e § 1º, do Código de Processo Civil. Precedente do STJ. É dever e responsabilidade da União, Estados e Municípios, por força de disposição constitucional e infraconstitucional, o fornecimento de medicamentos, assim como, quando indispensável, a internação hospitalar, indispensáveis à saúde e à própria vida do autor. O direito à saúde, pela nova ordem constitucional, foi elevado ao nível dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo direito de todos e dever da União, Estados e Municípios. Aplicabilidade imediata dos princípios e normas que regem a matéria. Relação entre o custo da medicação e renda do autor que leva ao deferimento da medida.

AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

Primeira Câmara Cível. Agravo Interno n. 70018149708. Estado do Rio Grande do Sul. Comarca de Porto Alegre. Agravante Estado do Rio Grande do Sul. Agravado Manoel Procópio de Resende.

Outro caso emblemático é o narrado por Gustavo Amaral (2001, p. 26). Trata-se de Agravo de Instrumento (n. 97.000511-3, Rel. Des. Sérgio Paladino) no qual o Tribunal de Justiça de Santa Catarina concedeu liminar, sem oitiva da parte contrária, determinando ao Estado custear tratamento experimental, em território norte-americano, para vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne, ao custo de US\$ 163.000,00 (cento e sessenta e três mil dólares).

²⁵⁸ As questões envolvendo a concessão de medicamentos de alto custo é um dilema mundial. Notícia Gustavo Amaral (2001, p. 22-23) que, mesmo nos Estados Unidos da América, onde 13,6% do Produto Interno Bruto é destinado à saúde, a situação é complicada, com 17% (dezessete por cento) da população sem seguro de saúde.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão da lavra do Ministro Celso de Melo (Petição n. 1.246-1, DOU de 23.2.97), negou a suspensão dos efeitos da medida liminar, também oriunda de Santa Catarina, em caso análogo de custeamento pelo Estado da terapêutica experimental norte-americana para a cura da distrofia muscular progressiva (Duchene) (AMARAL, 2001, p. 27).

Em todos esses casos, observam-se decisões pontuais que conferem direito de acesso a tratamentos de alto custo a uma ou algumas determinadas pessoas. Nestas hipóteses, encontra-se o membro do Poder Judiciário em uma situação extremamente delicada, porquanto a negativa do pleito acaba por gerar a dor ou, até mesmo, a morte de alguém com nome, sobrenome, estado civil, nacionalidade, registro geral e todos os dados qualificadores da inicial. Sente-se o magistrado com uma vida em suas mãos.

Ocorre que as decisões concessivas acabam por afrontar a organização orçamentária para a saúde e o princípio da divisão dos poderes, a qual consiste em cláusula pétrea²⁵⁹. Demais disto, perpetraram solução pontual em um determinado caso concreto e não democrática.

Fere a organização orçamentária quando obriga o Estado a aplicar recursos em um dado medicamento, inclusive de alto custo, em detrimento da compra de outros remédios essenciais. Curioso observar que, em tais julgados, determina o magistrado o financiamento do tratamento, porém, não aborda a origem orçamentária dos recursos, a fonte de custeio.

Os recursos financeiros são limitados, enquanto as necessidades humanas ilimitadas. Isto é um fato. A Administração Pública, em atenção a este binômio e aos critérios de conveniência e oportunidade, realiza a distribuição de divisas da forma que julga melhor para atender os interesses sociais.

Tais decisões judiciais concessivas de tratamento são vorazes, fulminam recursos que tinham endereço certo, atacando a concretização de políticas públicas pensadas, estudadas e em fase de execução. Ao serem modificadas as alocações de recursos, altera-se todo o planejamento estatal para saúde, o qual reflete o plano plurianual, as leis de diretrizes, direcionamentos ideológicos eleitos pelos cidadãos, etc...

A Administração gere recursos escassos, e por isso o faz com base na chamada reserva do possível, ou seja: excludente segundo a qual, mediante recursos escassos, apenas o possível pode ser feito e exigido. Levar os direitos à sério remete à necessidade de levar a escassez à sério (AMARAL, 2001, p. 78).

²⁵⁹ Art. 60, §4, III da Constituição Federal.

Em sendo os recursos escassos, depende o direito de decisões disjuntivas, pois a aplicação de determinados valores em um dado setor gera, como consectário lógico, a sua não alocação em outro setor. O caráter disjuntivos das decisões têm conseqüências inimagináveis, em uma teia de infindáveis reações.

A Administração Pública é composta por quem foi eleito pelo cidadão, através do exercício do seu direito ao voto. Em última análise, é o próprio cidadão o responsável por essa divisão de recursos²⁶⁰. Já os integrantes do Poder Judiciário são investidos no cargo por aptidão técnica, através de uma prova de conhecimento e de títulos (concurso público de provas e títulos)²⁶¹.

É legítimo aos integrantes da função judiciária, não eleitos pelo voto do cidadão, modificar a divisão de recursos perpetrada por integrantes do executivo, eleitos em processo democrático?

Assevera o texto constitucional que as funções Estado são independentes e harmônicas entre si²⁶², sendo o princípio da separação dos poderes elevado à cláusula pétrea. Ao Poder Judiciário seria possível interferir na Administração de recursos públicos, sem violar a cláusula pétrea da separação de poderes? Em sendo possível esta conduta, não deveria então ser dado maior espaço ao Poder Executivo na divisão de valores do judiciário?

Em atenção a todas essas questões, já é possível verificar decisões negativas em demandas que pleiteiam medicamentos para casos pontuais, principalmente quando tais medicamentos são de alto custo. Colacionam-se julgados relacionados ao tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DIREITO À PRESTAÇÃO POSITIVA. COLISÃO DE PRINCÍPIOS. RESERVA DO POSSÍVEL. O fornecimento de medicação ou tratamento médico é excepcional a pacientes sem meios econômicos para a aquisição com recursos próprios. Trata-se de direito à vida e à saúde, garantia constitucional e dever do estado. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receberem do ente público os medicamentos necessários. Entretanto, o direito fundamental à saúde, por se tratar de um direito à prestação positiva, encontra limite no princípio da reserva do possível, devendo a sua consecução respeitar as condições do ente público de realizá-la dentro da suas possibilidades orçamentárias, cotejados os iguais direitos da mesma natureza. Tratando-se de pedido de custeio de cirurgia para colocação de implante de estimulador cerebral (no valor de R\$ 97.650,00), embora não reste dúvida quanto à necessidade da realização do ato cirúrgico, uma vez documentalmente comprovada a enfermidade do agravante, não merece concessão à tutela pretendida, diante do elevadíssimo

²⁶⁰ Segundo o art. 1º, parágrafo único, que estabelece a democracia representativa, todo o poder emana do povo, que exerce em seu nome ou por representantes.

²⁶¹ Conforme art. 93, inciso I da Constituição Federal.

²⁶² Conforme art. 2º da Constituição Federal.

custo do equipamento postulado, sob pena de inviabilizar a prestação do serviço de saúde aos demais usuários do sistema, em especial aquelas hipóteses que apresentam maior urgência. Além disso, embora reconhecida a gravidade da doença do agravante, salienta-se que não resta demonstrado o seu risco de morte iminente, ausente, assim, o risco de dano irreparável pela não-concessão da tutela pretendida. Agravo desprovido por maioria, vencido o Des. Roque.

Agravo de Instrumento n. 70018995712. Segunda Câmara Cível. Comarca de Porto Alegre. Agravante: Valdomiro Dias Pimentel. Agravado Município de Porto Alegre.

AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DESCABIMENTO. 1. Descabe impor o fornecimento de medicamento de custo elevadíssimo pelo Estado, quando a doença não tem cura conhecida e a medicação nova visa apenas propiciar melhores condições de vida para a criança, sobrecarregando com isso, de forma excessiva, os recursos públicos de forma a prejudicar a própria sociedade. 2. O direito à saúde preconizado no art. 196 da Carta Magna situa-se dentro da chamada 'reserva do possível', ou seja, dentro das disponibilidades orçamentárias da Administração Pública, atento ao princípio da universalidade do atendimento e buscando assegurar tratamento igualitário a todas as pessoas. 3. Descabe estabelecer o bloqueio de verbas públicas em tais condições. Recurso provido.

Agravo de Instrumento n. 70018774968. Sétima Câmara Cível. Comarca de Porto Alegre. Agravante: E.R.G.S. Agravado: F.TG. P.S.M.T.G

Abordando especificamente a questão da separação dos poderes, interessante menção a trecho de voto de julgamento oriundo no Tribunal de Justiça de São Paulo; *in verbis*:

Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevailecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame de programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes.

Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Alves Bevilacqua. Agravo de Instrumento n. 42.530.5/4, julgado em 11/11/1997.

Infere-se que a concessão de medicamentos através de decisões pontuais, em uma política de justiça no caso concreto, enfrenta uma série de problemas, remetendo inclusive à legitimação do Poder Judiciário e desembocando na ineficiência, no momento em que atende um cidadão em detrimento dos demais.

No momento em que o Poder Judiciário ordena a concessão de medicamentos para o autor da ação - dentro da sistemática de recursos limitados e da reserva do possível - faltam medicamentos essenciais em postos de saúde, prejudicando inúmeros outros cidadãos. Toda decisão de alocação de recursos é trágica, haja vista a escassez de tais recursos.

Tal política, ademais, atende apenas aquele que vai até o judiciário, que consegue a liminar, de forma pontual. Não pode o trabalho em tela contentar-se com uma decisão de microjustiça, sendo necessário enfrentar o tema em uma ótica macro.

Não é a velocidade na obtenção de uma liminar que deve nortear a concessão de medicamentos. A busca da impessoalidade, eficiência e isonomia, todos princípios constitucionais²⁶³ ligados à administração pública, impõe a busca de soluções mais amplas, democráticas.

6.6.2 A Macrojustiça: Uma Conduta Democrática

Verificada a incompatibilidade da utilização da microjustiça para concretização da função social, infere-se a necessidade da adoção de mecanismos mais amplos, aptos a atacar o problema em seu cerne e gerar largo acesso aos medicamentos.

Uma vez não atendida a função social das patentes de medicamentos, os tratados internacionais e a legislação interna prevêm mecanismo específico com o escopo garantir a funcionalização proprietária. Esse instrumento é nomeado de licenciamento compulsório²⁶⁴, ou, coloquialmente, de quebra de patentes²⁶⁵.

O licenciamento compulsório é o veículo apto a sancionar àquela propriedade que não está a exercer a sua função social²⁶⁶. Tutela o ordenamento a propriedade ilegítima, não funcional, para que com o pagamento de contraprestação ao inventor, haja a sua quebra e amplo acesso do corpo social²⁶⁷. Com a quebra da patente a propriedade industrial torna-se mais acessível a toda sociedade brasileira, e não apenas a Caio, Xisto ou Mévio, que procuraram o Poder Judiciário. A sociabilidade ganha revelo, como noticiado no capítulo primeiro.

²⁶³ Conforme art. 37 da Constituição Federal, *in verbis*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência [...]”

²⁶⁴ O tema licenciamento compulsório foi tratado no capítulo que versa sobre propriedade industrial. Neste momento foi asseverada a normatização internacional sobre o tema e a lei interna, com prazos, mecanismos, formas de ser quantificada a contraprestação pecuniária do inventor, etc...

²⁶⁵ As expressões licenciamento compulsório e quebra de patentes são utilizadas neste trabalho como sinônimas, remetendo à licença compulsória estudada no capítulo quarto.

²⁶⁶ A dogmática pertinente ao tema licenciamento compulsório foi tratada no capítulo que versa sobre Propriedade Industrial.

²⁶⁷ Em raciocínio análogo ao da propriedade rural, a qual, acaso não exerça a sua função social, será tutelada e desapropriada. Tal premissa já foi desenvolvida neste trabalho.

O governo nacional, desde 1999, vem utilizando-se de manobras políticas em busca da diminuição de custos dos medicamentos. O movimento político tem como marco inicial mais específico o dia 6 (seis) de outubro, quando foi editado o Decreto nº 3.201. O aludido Decreto regulamenta o art. 71 da Lei 9.279/96²⁶⁸, dispondo acerca²⁶⁹ da concessão de licença compulsória nas hipóteses de emergência nacional e interesse público²⁷⁰.

A partir deste Decreto o Estado Brasileiro começou a negociar com os grandes laboratórios internacionais reduções de valores, sob pena de quebra de patente. Com José Serra à frente do Ministério da Saúde, em 2000, tal diretriz política tornou-se ainda mais nítida.

A então “menina dos olhos” do governo era a política de combate à Síndrome da Imuno Deficiência Adquirida (HIV - AIDS), sendo os medicamentos do coquetel anti-HIV alvo de busca incessante pela redução de valores. Iniciado em 1996, o programa nacional de combate à AIDS (modelo mundial) garante aos infectados, com ou sem a ativação do vírus, acesso ao coquetel de medicamentos de forma gratuita, pelo SUS – Sistema Único de Saúde.

Drogas componentes do coquetel, como o Nelfinavir, produzida e comercializada pelos laboratórios Roche e Agouron; Efavirenz, do laboratório Merck Sharp & Dohme; Atazanavir, pertencente ao laboratório Bristol; Interferon Peguilato da Scheing-Ploug e Roche; e o Kaletra, da Abbot, foram objetos de pressões nacionais.

Sem efetivamente quebrar patentes, o Brasil conseguiu importantes conquistas com respeitáveis reduções de valores. A Merk chegou a reduzir o valor do Efavirenz, nos idos de 2001, em 64%. A unidade que custava US\$ 2,32 (Dois dólares e trinta e dois centavos) passou a ser adquirida pelo governo brasileiro a US\$ 0,84 (oitenta e quatro centavos de dólar) (MIGNONE, MADUEÑO, 2001). A Abbot reduziu o valor da unidade do Kaletra de US\$

²⁶⁸O Decreto em todo o seu teor, atualizado pelo Decreto 4830/99, está anexo a este trabalho. As disposições mais importantes estão também transcritas neste articulado.

²⁶⁹Assim, dispõe o art. 1º do mencionado decreto: “Art. 1º A concessão, de ofício, de licença compulsória, nos casos de emergência nacional ou interesse público, neste último caso apenas para uso público não-comercial, de que trata o art. 71 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, dar-se-á na forma deste Decreto.” ([Redação dada pelo Decreto nº 4.830, de 4.9.2003](#))

²⁷⁰Assevera o Decreto, no art. 2º o que se infere por emergência nacional e interesse público: “Art. 2º Poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória de patente, nos casos de emergência nacional ou interesse público, neste último caso somente para uso público não-comercial, desde que assim declarados pelo Poder Público, quando constatado que o titular da patente, diretamente ou por intermédio de licenciado, não atende a essas necessidades. ([Redação dada pelo Decreto nº 4.830, de 4.9.2003](#)). § 1º Entende-se por emergência nacional o iminente perigo público, ainda que apenas em parte do território nacional. § 2º Consideram-se de interesse público os fatos relacionados, dentre outros, à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como aqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou sócio-econômico do País”.

1,17 (um dólar e dezessete centavos) para US\$ 0,68 (sessenta e oito centavos de dólar) (2007)²⁷¹.

Porém, com o passar dos anos os abusos comerciais continuaram a ser perpetrados pelos conglomerados de laboratórios internacionais, com novos aumentos de preços. Então, em 4 (quatro) de maio de 2007, em decisão inédita no cenário nacional, o governo brasileiro licenciou compulsoriamente, por interesse público, as patentes referentes ao Efavirenz, garantindo *royalties* ao titular do direito industrial na monta de 1,5% (um vírgula cinco por cento) sobre a comercialização²⁷².

A quebra da patente foi formalizada pelo Decreto²⁷³ 6.108/07. O licenciamento deve perdurar enquanto houver interesse público, ou, no máximo, até 2012: termo final do direito industrial relativo ao medicamento licenciado.

Com o licenciamento, além da possibilidade de produção interna como genérico em Farmanguinhos (Laboratório da Fio Cruz), fará o Brasil importações paralelas da indústria medicamentosa indiana, especificamente dos laboratórios Rainbaxy, Cipla e Aurobindo, os quais têm certificação da Organização Mundial de Saúde (OMS) e praticam valor 70% (setenta por cento) menor que o titular da patente (SUWWAN, 2007).

Foi a primeira vez que o mecanismo do licenciamento compulsório, concretizando o princípio da função social da propriedade, foi utilizado pelo governo nacional. Em outros períodos, já houve ameaça de quebra de patente, sem o efetivo licenciamento, como no caso das drogas Nelfinavir (Roche) e o Kaletra (Abbot), entre 2001 e 2003.

A medida extrema de licenciamento apenas aconteceu após longa negociação, sem sucesso, junto ao laboratório que detêm o direito industrial sobre o referido medicamento (Merck). O laboratório chegou a apresentar proposta de redução em 30% sobre o valor de comercialização, o que não atendia o interesse público nacional.

O anti-retroviral licenciado é utilizado por cerca de 75 (setenta e cinco) mil pacientes, a um custo de US\$ 43 (quarenta e três) milhões de dólares por ano. Com o licenciamento, estima-se uma economia de US\$ 30 (trinta) milhões por ano, com a possibilidade de compra de mais medicamentos e atendimento a um maior número doentes (SUWWAN, 2007).

²⁷¹ Dado fornecido pela Secretaria de Saúde do Distrito Federal, com referência eletrônica completa ao final do trabalho.

²⁷² Está a contraprestação estabelecida no art. 2º do mencionado Decreto: “Art. 2º A remuneração do titular das patentes de que trata o art. 1º é fixada em um inteiro e cinco décimos por cento sobre o custo do medicamento produzido e acabado pelo Ministério da Saúde ou o preço do medicamento que lhe for entregue”.

²⁷³ O inteiro teor do Decreto encontra-se anexo a este trabalho. De igual sorte, há algumas transcrições de artigos importantes neste articulado.

Uma vez licenciados, tais medicamentos passam a ser produzidos como genéricos, ao lado daqueles que estão em domínio público, como um hábil instrumento capaz ampliar o acesso²⁷⁴.

Acontece que a correta postura internacional do governo brasileiro ainda está longe de resolver as necessidades internas.

Em 2004 o Ministério da Saúde gastou R\$ 621 (seiscentos e vinte um) milhões com a compra de 16 medicamentos do coquetel anti-HIV. Para 2007 o orçamento é de R\$ 945 (novecentos e quarenta e cinco) milhões, dos quais 80% (oitenta por cento) destinam-se à aquisição de quatro drogas estrangeiras (2007)²⁷⁵.

No que tange a quebra de patentes de medicamentos que compõem o coquetel anti-HIV, há Projeto de Lei²⁷⁶ (PL 22/2003), de autoria do Deputado Roberto Gouveia, defendendo impedimento de concessão de patentes no território nacional a medicamentos que visem o combate da AIDS. O referido projeto já tramitou pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJC) da Câmara dos Deputados. Neste ponto, cabe ser aberto um parêntese.

Não se está a defender neste trabalho, repisa-se²⁷⁷, a construção de impedimento para concessão de patentes de medicamentos, tendo em vista o impacto negativo à pesquisa e desenvolvimento na seara da saúde.

A quebra de patentes, em casos pontuais nos quais o direito industrial é prejudicial ao interesse público, e/ou configura-se emergência nacional, é salutar. A construção de um impedimento, abstrato e geral, que venha a atingir uma série de medicamentos, entende-se como abusivo.

O abuso na utilização do licenciamento compulsório é tão ilícito quanto o preço exorbitante praticado pelos laboratórios internacionais. A quebra irrestrita de patentes traz riscos à própria saúde pública nacional, com a diminuição de investimento no território brasileiro e conseqüente queda no aparecimento de novas drogas para mazelas locais²⁷⁸.

Então, consiste a pontual quebra de patentes no único mecanismo de macrojustiça apto a possibilitar o amplo acesso aos medicamentos?

²⁷⁴ Ainda neste capítulo, no próximo tópico, será feita a relação entre genéricos, licenciamento compulsório e função social da propriedade. De igual forma, ainda neste capítulo, será tratado especificamente os genéricos, seu nascimento, contornos e atuais campos de incidência.

²⁷⁵ Dado fornecido pelo Ministério da Saúde, com fonte de pesquisa colacionada nas referências do trabalho.

²⁷⁶ Inteiro teor anexado neste trabalho.

²⁷⁷ Esse posicionamento já foi externado pelo autor no capítulo que trata sobre Propriedade Industrial, especificamente ao abordar os impedimentos legais à proteção patentearia.

²⁷⁸ *Mutatis mutandi* se sentiram os laboratórios internacionais assim como se sentiram os brasileiros no episódio da Petrobrás na Bolívia. Neste, malgrado todos os esforços da indústria brasileira para implementar uma melhor exploração do petróleo no território boliviano, com grande investimentos, o Governo da Bolívia decidiu, por uma questão interna, apropriar-se de todo o petróleo. Será que a Petrobrás ainda irá investir por lá?

A resposta é negativa. Possui o governo brasileiro mais um mecanismo bastante eficaz para a redução de valores dos medicamentos e promoção do seu amplo acesso: a redução da carga tributária.

Na seara do direito tributário é cristalino o pensamento segundo o qual o tributo deve ser adequado à capacidade contributiva da população²⁷⁹. Há uma espécie de progressividade: maior tributação para a parcela mais rica e menor tributação para a parcela mais pobre. Igualmente, seguindo a mesma linha de raciocínio, é salutar que a tributação seja menor aos produtos ditos essenciais (comida, vestuário, habitação...), em relação àqueles tidos por não-essenciais (cigarros, bebidas alcoólicas...). É a chamada seletividade tributária.

Sobre a capacidade contributiva aduz Luciano Amaro (2003, p.137): “O princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo que na terra seca não adianta abrir poço à busca de água”. Acabam capacidade contributiva e seletividade, engendrando o princípio da igualdade material²⁸⁰, desiguando segundo a possibilidade econômica e necessidade social.

A população nacional experimenta a maior tributação internacional sobre a produção de medicamentos. A carga média tributária sobre essa espécie de bens no Brasil, entre os anos de 2000 e 2004, é de 35,07% (trinta e cinco vírgula zero sete por cento) (AMARAL, 2005, p. 29)²⁸¹.

A tributação sobre medicamentos de uso humano é superior, pasmem, àquela relacionada a insumos agrícolas (14,31%), ração de uso animal (23,43%) e, até mesmo, medicamentos de uso animal (14,31%) (AMARAL, 2005, p. 31). O governo nacional, em termos tributários, estimula mais a indústria que trata de doenças animais do àquela capaz de curar e aumentar a expectativa de vida de seres humanos.

Incidem sobre os medicamentos de uso humano ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias), CONFINS (Contribuição sobre o Financiamento da Seguridade Social), Contribuições Previdenciárias, IRPJ (Imposto de Renda sobre Pessoa Jurídica), FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), CSLL (Contribuição sobre Lucro Líquido), IPI (Imposto

²⁷⁹ O princípio da capacidade contributiva possui matriz constitucional, estando disciplinado no art. 145, § 1º da Constituição Federal.

²⁸⁰ Sobre o princípio da igualdade, remete-se ao capítulo que versa acerca da constitucionalização, em especial o tópico relacionado aos princípios tópicos de aplicação constitucional.

²⁸¹ Para os dados numéricos apresentados, utiliza-se estudo cuja autoria é de Gilberto Luiz Amaral (2005), realizado em parceria com a FEBRAFARMA – Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica. O autor em comento realizou uma radiografia acerca de tributação sobre medicamentos, engendrando pesquisa em 32 (trinta e dois) laboratórios com sede no Brasil e utilizando-se de dados da FEBRAFARMA, do Ministério da Saúde, da FGV – Fundação Getúlio Vargas e da ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico) e GRUPEMEF (Grupo Executivos do Mercado Farmacêutico).

sobre Produtos Industrializados), IOF (Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários), PIS (Programa de Integração Social)...

Na média entre os anos de 2000 e 2004, os tributos sobre as vendas (valor agregado) representam 63% (sessenta e três por cento); os sobre a folha de pagamento 18% (dezoito por cento); sobre o lucro 6% (seis por cento); sobre importação de estoque 9% (nove por cento); financeiros 2% (dois por cento) e sobre o patrimônio e regulatórios mais 2% (dois por cento) (AMARAL, 2005, p. 19).

O principal problema encontra-se na tributação sobre valor agregado (IVA), na qual o Brasil possui parâmetro de 27,25% (vinte e sete vírgula vinte e cinco por cento), à frente da Suécia (25%), Itália (20%), Portugal (19%), Espanha (16%), México (15%) e Canadá (7%), apenas para mencionar alguns exemplos (AMARAL, 2005, p. 24).

O gasto das famílias brasileiras com a assistência à saúde tem com principal “vilão” os medicamentos, responsáveis por 40% (quarenta por cento) do dispêndio com esta classe de despesas (AMARAL, 2005, p. 6).

O setor relacionado aos medicamentos é um dos poucos da economia brasileira que sofre controle de preços (Lei 10.742/2003). Qualquer aumento da carga tributária reflete em conseqüente progressão dos preços no mercado de consumo (prateleira), coadunando-se com a ótica capitalista de inserção da ciência no pilar de produção.

Necessita o governo nacional, como concretização de uma política pública de ampliação ao acesso dos medicamentos, além de implementar a quebra de patentes em hipóteses episódicas, promover incentivo tributário a este setor industrial. A redução da tributação é capaz de englobar um número muito maior de medicamentos do que o licenciamento compulsório. Além disso, consiste em medida de política interna, desprovida de conflitos internacionais.

É bem verdade que o Brasil tem buscado uma redução tributária, porém de forma **demasiadamente tímida**. Foi criada uma lista positiva de medicamentos em relação aos quais há aplicação de crédito presumido, anulando-se a incidência de PIS e CONFINS. A lista está estabelecida nos Decretos 3.803/2001, 4.275/2002 e 5.447/2005.

Todavia a lista é reduzida e não contempla uma série de medicamentos, sendo a lista dita negativa muito mais extensa. Em sendo os medicamentos bens essenciais à manutenção da vida e sua qualidade, mister aplicação da seletividade tributária. Para as pessoas menos favorecidas, a redução ainda há de ser maior, em atenção ao princípio da capacidade contributiva.

Não é condizente com o texto constitucional uma política tributária que priorize, por exemplo, insumos agrícolas e medicamentos de uso animal, em detrimento de remédios para humanos. Soa ainda mais estranho uma política tão veemente no cenário internacional, com conflitos na OMC e quebra de patentes, ao lado de uma postura nacional antagônica, com tributação elevadíssima.

Há descompasso no plano interno e externo. Necessária a concretização de uma ampla política pública sobre o tema, perpassando pela redução do Estado na sua fatia do bolo, com minoração tributária.

Ocorre que tais condutas, sejam de micro ou macorjustiça, apenas são aptas a possibilitar o acesso de medicamentos para aqueles localizados no território nacional. As demandas pontuais são propostas em território nacional. A função social da propriedade é princípio constitucional brasileiro. O valor social conferido à patente o foi pela Constituição nacional. A licença compulsória, conforme assinalado no art. 31, “f” do TRIP’s, destina-se ao mercado interno. O espectro de produção genérica vem sendo reduzido pelos acordos internacionais. Será que cabe ao governo nacional preocupação apenas com uma solução interna?

Por acreditar que não, volta-se o estudo para uma análise global do problema. Assim, inicialmente far-se-á análise sobre a produção de genéricos, em decorrência da quebra de patentes no cenário nacional, e, posteriormente, serão traçados os caminhos vislumbrados por este autor com o objetivo de uma solução global.

6.7 OS GENÉRICOS E A QUESTÃO NACIONAL

Os Genéricos foram legalmente introduzidos no Brasil no ano de 1976, através da Lei 6.370/76. À época, havia, no Brasil, impedimento ao patenteamento de medicamentos, sendo possibilitada apenas a obtenção das patentes dos processos, pelos quais se chegava até a fabricação dos remédios genéricos (engenharia reversa)²⁸². Dessa forma, era possível a produção de qualquer medicamento como genérico.

²⁸² Sobre a vedação da obtenção de patentes de medicamentos, bem como a análise da evolução da posição do Brasil até os dias atuais, com a possibilidade de patenteamento de medicamentos, vide o capítulo que versa sobre propriedade intelectual.

A justificativa, para adoção desta postura, era a afirmação de que o sistema de patentes de medicamentos, naquele momento histórico, não seria algo proveitoso ao desenvolvimento nacional devido à necessidade de pagamento de *royalties*²⁸³.

Com o TRIP's e a conseqüente adoção de patentes de medicamentos, fica facultado, ao lado da possibilidade de utilizar-se da produção dos medicamentos genéricos para aquelas patentes que caíram em domínio público, a possibilidade de uso da licença compulsória, nas hipóteses definidas no tratado e referendadas por lei nacional²⁸⁴.

Reduz-se, portanto, o campo de atuação dos genéricos, os quais abrangiam quaisquer modalidade de medicamento, passando a englobar apenas aqueles remédios cuja patente tenha caído em domínio público ou tenham sido licenciados compulsoriamente. Dispõe o art. 3º, XXI, da Lei 6.370/76, com redação modificada em 1999:

XXI – Medicamento Genérico – medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI; (Inciso incluído pela Lei nº 9.787, de 10.2.1999)²⁸⁵

A redução do campo de atuação dos genéricos foi ainda mais brusca no momento em que adotou o Brasil o uso da patente de revalidação (*pipeline*²⁸⁶).

Hodiernamente, caso entenda o governo nacional que o titular do direito de uma patente está cometendo abuso do poder econômico no exercício de seu direito, ou ainda, que exista, em um dado caso concreto, interesse de saúde pública, emergência nacional ou qualquer outra hipótese de concessão de licenciamento compulsório²⁸⁷, poderá ser quebrada a patente. Isso, repisa-se, difere em muito da larga produção genérica que ocorria outrora no território nacional.

²⁸³ Tema tratado no capítulo que aborda a propriedade intelectual, especificamente ao ser analisado os impedimentos à concessão da propriedade industrial.

²⁸⁴ Sobre o tema, vide o capítulo que aborda a propriedade industrial.

²⁸⁵ Entendem-se por DCB e DCI, consoante o mencionado art. 3º da Lei em comento, incisos XVIII e XIX:
XVIII – Denominação Comum Brasileira (DCB) – denominação do fármaco ou princípio farmacologicamente ativo aprovada pelo órgão federal responsável pela vigilância sanitária; ([Inciso incluído pela Lei nº 9.787, de 10.2.1999](#))

XIX – Denominação Comum Internacional (DCI) – denominação do fármaco ou princípio farmacologicamente ativo recomendada pela Organização Mundial de Saúde; ([Inciso incluído pela Lei nº 9.787, de 10.2.1999](#))

²⁸⁶ Tema tratado no capítulo que aborda a propriedade industrial.

²⁸⁷ Todas abordadas no capítulo que versa acerca da propriedade industrial.

Além disso, desde 2005 não mais se permite, a nenhum signatário, a produção de medicamentos genéricos relativo a patentes novas, conforme assinalam o TRIP's e a Declaração de Doha.

O ano de 2005 consiste no termo final para que todos os países signatários dos acordos em questão reconhecessem as patentes de medicamentos, e não somente seus processos. Este fato ocorreu no Brasil antes de 2005, por não ter o governo nacional se utilizado de todo o período de transição facultado no TRIP's, tendo adiantado a incidência plena do mesmo através da Lei 9.274/96²⁸⁸.

Atualmente, portanto, a não observância da função social da propriedade pela patente de medicamento leva à incidência do instituto do licenciamento compulsório, coloquialmente denominado de quebra de patente, com a produção deste específico medicamento no modelo genérico a um custo menor e gerando acesso mais amplo. Aliado a isso, há produção genérica de medicamentos cujas patentes estão em domínio público.

Essa produção genérica soluciona a questão nacional, por possuir o Brasil indústria medicamentosa capaz de produzir tais drogas. Acontece que tal produção de genéricos, segundo previsão expressa do TRIP's no seu art. 31, deve voltar-se ao mercado interno. Como ficam então os países que não possuem uma indústria farmacêutica avançada a ponto de produzir os genéricos?

É esta a última questão a ser enfrentada neste trabalho.

6.8 A QUESTÃO INTERNACIONAL

É factível que grande parte dos países em desenvolvimento, a exemplo da esmagadora maioria dos Estados componentes África negra, não possui uma indústria farmacêutica evoluída a ponto de produzir medicamentos genéricos. Observa-se, então, uma inocuidade no sistema de licenciamento compulsório e conseqüente produção como genéricos.

Tais países ficam impossibilitados, até mesmo, de produzirem como genéricos medicamentos cuja proteção patentearia já expirou; ou seja: se encontram no chamado domínio público.

²⁸⁸ Ressalta-se que o Brasil não usou o período de transição facultado pelo TRIP's até 2005, sendo que, desde o advento da Lei 9.276/94, já reconhece patentes de medicamentos. Além disso, permitiu o Brasil, mediante a instituição do *Pipeline*, que patentes anteriores ao ano de 1996 fossem reconhecidas no território nacional. Com isso, aumentou-se consideravelmente o número de patentes concedidas a empresas estrangeiras. Sobre o tema foram feitas as devidas considerações em capítulo que especificamente abordou a propriedade industrial.

O licenciamento compulsório, os genéricos e a produção de medicamentos que estão no domínio público, apenas atendem, *a priori*, aos países que possuem uma indústria farmacêutica avançada: países que possuem uma “melhor” condição econômica.

Aos demais países em desenvolvimento, desprovidos de uma indústria medicamentosa avançada (ou até mesmo desprovidos de uma indústria medicamentosa), resta uma única via: realizarem a chamada importação paralela.

Importação paralela consiste na compra de medicamentos genéricos produzidos por outros países, a exemplo do Brasil, seja por estarem tais medicamentos em domínio público ou licenciados compulsoriamente. Isso porque não teriam os países importadores condições para arcar com os preços utilizados pelos proprietários das patentes ao comercializar o seu produto e, igualmente, não teriam condições de realizar a sua produção interna.

Entretanto, após 2005, os principais países que poderiam abastecer os mais necessitados com os genéricos (Brasil e Índia, sobretudo) não poderão mais o fazer-lo em relação a medicamentos recém patenteados, devido aos acordos internacionais (TRIP's e Doha).

Subsistirá, então, apenas o recurso da licença compulsória. Todavia, se o remédio produzido sob licença compulsória deve servir predominantemente ao mercado interno do país que a concede (conforme dispõe o art. 31, “f”, do TRIP's), não será possível exportá-lo para os demais países que dele necessitam e são desprovidos de uma indústria medicamentosa. O que fazer?

Foi justamente esse o ponto central que ensejou as maiores discussões na Conferência Interministerial da OMC, realizada em Doha, capital do Catar, em dezembro de 2001. Os países em desenvolvimento, liderados pelo Zimbábue, levantaram a bandeira no sentido de que nenhuma regra do TRIP's impeça os membros da OMC de adotarem medidas para proteger a saúde pública, como a produção de medicamentos genéricos, licenciamento compulsório e importações paralelas.

Países como Estados Unidos, Canadá, Austrália, Japão e Suíça, defendendo os interesses das multinacionais, se posicionavam justamente no sentido inverso, de uma maior “absolutização” dos direitos conferidos pelas patentes, sendo vedadas práticas como a produção de genéricos e importações paralelas.

Discutiu-se, imensamente, a limitação do princípio da exaustão das patentes, sendo debatido se poderia o titular do direito impedir a importação paralela de remédios de outros países que os produza a um custo mais baixo.

A resposta a esta indagação, em verdade, irá variar de acordo com a legislação interna de cada país importador, sendo que, se o país adotar o princípio da exaustão internacional da patente, é possível a importação paralela; ao passo que, se for adotado o princípio da exaustão nacional, a prática é vedada. Explica-se.

Pela exaustão internacional, o direito do titular da patente exaure-se com a primeira comercialização do bem em qualquer lugar do globo. Se um remédio custa menos no Brasil do que em um dado país (doravante denominado de país 'x'), é possível a compra do medicamento no Brasil e sua venda no país 'x', sem que o titular da patente possa impedi-lo, caso seja adotada a regra da exaustão internacional pelo país 'x'.

Diferente seria a situação se o país 'x' adotasse o princípio da exaustão nacional, pois, neste caso, o direito do titular da patente apenas irá exaurir quando houver comercialização interna do medicamento.

Em síntese: a exaustão internacional possibilita a importação paralela; enquanto a nacional a impossibilita.

Ressalta-se, como visto neste trabalho, que o art. 6º do TRIP's, de forma aberta, possibilita a escolha, pela legislação interna de cada signatário, da adoção do princípio da exaustão nacional ou internacional. Igualmente, determina a Declaração de Doha a possibilidade de os signatários escolherem entre uma ou outra faceta do princípio da exaustão.

Pela exaustão internacional, instituto que permite a importação paralela, torna-se possível a um determinado país explorar as diferenças de comercialização (melhor preço) de um medicamento no mercado mundial, posto que a exaustão da patente se dará a partir da primeira comercialização em qualquer lugar do globo. Tudo isso, enfatiza-se, sem a agressão aos direitos do titular da patente.

Observa-se, então, que a indústria de genéricos não possibilita, de maneira satisfatória, o acesso das camadas mais humildes aos medicamentos, o mesmo sendo afirmado em relação ao instituto da licença compulsória.

A única saída subsistente é a possibilidade, ao lado do licenciamento compulsório e da produção de genéricos, da adoção do princípio da exaustão internacional, com importações paralelas. Assim, com acesso a uma economia de mercado global, podem os países em desenvolvimento suprir as necessidades dos seus habitantes de acesso aos medicamentos com a possibilidade de compra a um custo bem menor.

Todavia, os países mais industrializados, progressivamente, aumentam o cerco e a pressão para a vedação da produção de genéricos, a diminuição de possibilidades do licenciamento compulsório e, principalmente, a vedação das importações paralelas.

A retirada desses três institutos fulmina a função social da propriedade patenteada em termos globais. Fulmina o direito à vida dos africanos, parte dos asiáticos e dos integrantes da América central e latina, locais onde se concentram as maiores pobreza do globo.

Traçadas tais premissas, observa-se que o caminho para ser atingida a função social mundial das patentes de medicamentos, a qual irá instrumentalizar a garantia ao direito à vida, há de ser alcançada da seguinte maneira:

a) publicidade da patente do medicamento, principalmente no que se refere a sua matriz e processo de produção;

b) fabricação de medicamentos genéricos e licenciados compulsoriamente por países com aptidão industrial para tanto, através da obtenção do conhecimento socializado pela patente (item 'a');

c) importação paralela desses medicamentos por países em desenvolvimento, impossibilitados economicamente de produzi-los como genéricos.

Adotando esta conduta, mais do que uma opção solidária, estará o Brasil abraçando uma postura de mercado, gerando grande crescimento econômico interno, fomentando um bem econômico valioso para o crescimento da indústria nacional: sua produção de medicamentos genéricos com um amplo mercado de consumo global.

Aliado a isto, deve-se buscar coibir os repasses das indústrias farmacêuticas dos estratosféricos valores gastos com marketing na tentativa de vendas de remédios de imitação, o que acarretaria grande redução de preços no produto final, como analisado especificamente no capítulo quarto deste trabalho.

Em uma análise pautada no Estado brasileiro, consigna o autor o seu ponto de vista segundo o qual não deverá o governo nacional subscrever tratados que atentem contra o princípio da função social da propriedade, o qual incide sobre as patentes de medicamentos, que detêm valor social eleito pela Constituição Federal. Tais tratados não podem, sequer, ser recepcionados pelo ordenamento nacional, como já noticiado neste trabalho²⁸⁹.

Ademais, deverá o Brasil, como país em desenvolvimento que possui uma avançada indústria medicamentosa, lutar pela ampliação da produção de medicamentos genéricos e da incidência do instituto da licença compulsória. Aqui deverá utilizar-se, inclusive, de medidas comerciais junto à OMC para a garantia de acesso aos remédios.

Ao lado disso, deve o Brasil posicionar-se junto à OMC no sentido de possibilitar a majoração das exportações paralelas de seus medicamentos, produzidos como genéricos e em

²⁸⁹ No capítulo que versa sobre propriedade intelectual foram traçadas linhas, com vasta pesquisa, sobre os tratados internacionais e sua recepção no ordenamento nacional.

decorrência do licenciamento compulsório ou domínio público, para que os países necessitados economicamente tenham, ao menos, essa fonte de acesso.

Com tais atitudes estará o governo nacional cumprindo a Constituição Federal, concretizando o princípio da função social da propriedade, cuja aplicação é imediata, observando os objetivos, princípio e fundamentos da República Federativa Brasileira, bem como o preâmbulo constitucional.

Além disso, estará o governo nacional buscando assegurar o direito à vida e à dignidade humana, cumprindo o seu papel no direito comparado junto com os países em desenvolvimento, os quais devem se ajudar de forma horizontal.

Aliado a tudo isso, o Brasil terá ainda interessantíssimo mercado de consumo global a ser explorado por sua produtiva indústria medicamentosa nacional

7 CONCLUSÃO

*Eu vejo a vida melhor no futuro
Eu vejo isso por cima do muro
de hipocrisia que insiste em nos rodear
Eu vejo a vida mais farta e clara
Repleta de toda a satisfação
Que se tem direito
Do firmamento ao chão.
Lulu Santos (1982)*

Na introdução do trabalho, como marco do início da pesquisa, foram traçadas as suas diretrizes metodológicas, com seu tema problema, questões orientadoras, objetivo geral e objetivos específicos. O problema central foi enunciado de maneira clara: a comercialização de medicamentos em altos valores, devido às suas patentes, pode continuar a subsistir após o advento da Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional?

Ainda na introdução, foi mencionada a estrutura da dissertação, a dividindo em cinco temas fundamentais: uma visão civil-constitucional; as propriedades; a propriedade industrial; os medicamentos e a função social das propriedades.

Em cada capítulo foram verificados os fundamentos da lógica de raciocínio e, de pronto, concluída as ilações, sendo consignadas as percepções relacionadas à matéria. Esta foi a sistemática adotada, sendo a conclusão do pensamento em cada capítulo passo fundamental para o subsequente. Seguindo esta linha, verifica-se no último tópico do capítulo quinto a abordagem do instrumentário necessário para concretização da função social das patentes de medicamentos.

Seria infundada a construção feita no último tópico do capítulo final de desenvolvimento acaso não tivesse consignado o autor, de logo, suas conclusões nos capítulos anteriores. As premissas haviam de ser fincadas para a edificação das idéias defendidas. Todavia, buscando a sistematização da pesquisa, em sede de conclusão se faz necessário enunciar, topicamente, os acabamentos setoriais, verificando a sua coerência com a resposta final ao tema-problema. Portanto, durante a pesquisa restou verificado que:

a) O atual direito civil está orientado por uma matriz constitucional fundada no ser, sendo que a ótica privada não mais é erguida segundo uma matriz patrimonialista-possessiva-individualista baseada no “ter” (proprietário).

b) A mudança de paradigmas realizada pela Constituição Federal de 1988 desencadeou necessidade do advento de um “novo” Código Civil, não mais impregnado pelos ideais

oitocentistas proprietários romano-napoleônicos e visando a proteção do ser humano digno e das necessidades sociais, ao revés das individuais.

c) A força dos princípios constitucionais, em virtude da constitucionalização do direito civil e cenário pós-positivista, orienta a hermenêutica-constitucional, ocupando o seu vértice e influenciando, de sobremaneira, a significação do direito infraconstitucional.

d) O vigente Código Civil, influenciado pela força normativa dos princípios constitucionais, traz sua estrutura baseada em três pilares: eticidade, sociabilidade e operabilidade. A sociabilidade impõe a adequação do caráter individual ao difuso, sendo observada no contrato, na posse, na empresa e, principalmente, na propriedade (função social da propriedade).

e) A gênese do direito de propriedade remete a um fenômeno plural e coletivo, evoluindo o instituto para uma noção privada, sofrendo tentativa de redução a uma forma única e imóvel no modelo romano-napoleônico, e renascendo na pós-modernidade com estatutos plurais, como a espécie urbana, rural, material, imaterial...

f) Há, atualmente, na realidade fático-jurídica propriedades (no plural), e não propriedade (no singular), sendo múltiplos os estatutos que versam sobre a forma de apropriação. Dentre tais estatutos proprietários insere-se o imaterial, o qual tem como espécie a propriedade industrial. Um dos centros da propriedade industrial é a patente, relacionadas aos inventos e modelos de utilidade.

g) O tema propriedade industrial possui uma série de tratados internacionais, os quais, em regra, refletem um “cabo-de-guerra” entre os países do norte, em busca de maior proteção aos inventos, e os do sul, perquirindo maior acesso.

g) A patente foi engendrada com objetivo de estimular às pesquisas, conferindo monopólio instrumental àquele que primeiro patentear a criação. Ocorre que o monopólio pode gerar abusos, e tais abusos devem ser coibidos, sendo o licenciamento compulsório, coloquialmente denominado de “quebra de patentes”, o mecanismo apto a coibir tais situações excepcionais.

h) Medicamento e remédio consistem em substâncias e tratamentos que visam paliar a dor, controlar mazelas e/ou proporcionar a cura. A criação de um medicamento traduz uma propriedade industrial tutelada pela patente, sendo que o detentor do monopólio, ao explorar o seu invento, promove vendas com altíssimos preços, buscando o lucro em detrimento do acesso. Tal conduta remonta uma ótica capitalista, na qual a ciência ocupa o pilar da produção, e não aquele destinado à humanidade.

i) A função social é o princípio que, conferindo conteúdo aos estatutos proprietários, unifica as diversas modalidades proprietárias. Assim, há função social da propriedade em todas as propriedades, ainda que de forma latente. A maior maximização do princípio, porém, irá variar segundo dois parâmetros: 1. potencial aptidão para atender interesses sociais e 2. escassez do objeto proprietário.

j) Função social das propriedades é princípio constitucional que, em virtude da força normativa dos princípios em um contexto pós-moderno, aplica-se diretamente nas mais diversas propriedades, de maneira cogente. Isto porque, o próprio legislador constituinte, ao dispor sobre a função social da propriedade, em especial no art. 5, XXIII, e 170, III, não enumerou exceções, contaminando este princípio todo o corpo normativo constitucional.

l) Demonstra a propriedade funcionalizada “quebra” da *summa divisio*, sendo enxergada a propriedade como instituto privado com incidência de norma-princípio de ordem pública. Ressalta-se, porém, que permanece a divisão entre o público e o privado para fins de estudo e eficácia do sistema.

m) Em sendo a função social aplicável a todas as espécies proprietárias, não há de ser retirado desse campo de incidência as patentes, espécie de propriedade industrial. A patente de medicamento, portanto, há de ter funcionalidade em prol da sociedade.

n) Além dessa construção que possibilita a aplicação da função social a todas as espécies proprietárias, observam-se duas normas expressas na Constituição Federal (art. 5, XXXIX e 216, III) que conferem às patentes um valor social, como patrimônio de toda a sociedade.

o) Com o valor social dispensado à patente pelo constituinte originário, aliado à aplicação do princípio da função social das propriedades, norteia-se o Estado brasileiro pela busca de mecanismos aptos a promover o acesso das camadas mais baixas da população aos remédios. Esse acesso pode acontecer através de uma política de microjustiça e macrojustiça.

p) A solução de microjustiça não atende uma política pública de acesso global aos medicamentos, pois apenas os confere a algumas pessoas que “batem às portas” do Poder Judiciário. Ademais, há sérias críticas doutrinárias e jurisprudenciais acerca dessa política do caso concreto. Por violar a cláusula pétrea de separação dos poderes, resta questionada a legitimidade dessa incursão do membro do Judiciário na seara do Executivo, o qual é dirigido por pessoas eleitas através do voto.

q) A solução de macrojustiça é mais ampla e, por conseguinte, democrática. Perpassa pela adoção de uma política pública de atendimento aos interesses da sociedade (sociabilidade), na tentativa de promover o amplo acesso aos medicamentos. Na solução

macro, um primeiro passo a ser dado é a utilização do mecanismo do licenciamento compulsório, em casos pontuais, permitidos pela lei nacional e em tratados internacionais, com o escopo de garantir remédios a um valor mais acessível. Esta medida promove, até mesmo, um efeito cascata no momento em que outros laboratórios internacionais, receosos com novos licenciamentos, ficam mais propícios a negociações para melhores preços. Outra salutar medida, extremamente coerente com a política internacional de “quebra” de patentes e na seara da macrojustiça, é a adoção de mecanismos para redução dos tributos sobre medicamentos. Como visto em números no capítulo quarto, o Brasil fomenta mais a indústria dos medicamentos para animais do que para humanos.

r) Com o licenciamento compulsório há fortalecimento da produção de genéricos, os quais também dizem respeito às patentes que caíram em domínio público, com um denso incentivo à indústria nacional, crescimento e geração de empregos.

s) Aliado a isto, e extrapolando o tema-problema, enfatizou o trabalho a necessidade de verificar uma solução global, até mesmo em atenção ao direito à vida digna, de alcance mundial. Para tanto, após a pesquisa, verificou-se necessidade de garantir: 1. a publicidade das patentes dos medicamentos, principalmente no que se refere a sua matriz e processo de produção; 2. a fabricação de medicamentos genéricos e licenciados compulsoriamente por países com aptidão industrial para tanto, através da obtenção do conhecimento socializado pela patente (item 1); 3. a importação paralela desses medicamentos por países em desenvolvimento, impossibilitados economicamente de produzi-los como genéricos.

Desta maneira, a resposta à questão colocada como problema central é negativa. Não pode, no Brasil, em atenção ao valor constitucional social da patente, ser tolerada a venda de medicamentos essenciais a preços exorbitantes. Tal premissa coaduna-se com a própria legislação infraconstitucional, no momento em que há, de forma expressa no ordenamento nacional, possibilidade de licenciamento compulsório; e tratados internacionais que disciplinam o mecanismo da licença compulsória.

Além disso, na seara de direito internacional, em atenção à postura do Brasil na política interna, buscou o autor fixar premissas globais na tentativa de demonstrar maneiras capazes de concretizar o acesso da população mundial aos medicamentos essenciais, os quais asseguram o direito à vida.

Tanto as premissas nacionais, quanto as globais, remetem à maximização da função social das patentes, e tais mecanismos de potencialização também foram traçados no trabalho, como visto na alínea ‘i’ das conclusões.

Dessa forma, a pesquisa iniciada foi desenvolvida segundo os parâmetros traçados, seguindo o seu plano de execução de forma plena.

Por tudo isso, infere-se que a ótica do mercado, a qual é colocada como norte do sistema capitalista, não pode ser implementada ao custo de milhares de vidas humanas, de inúmeras mortes na África, na Ásia e na América Latina pelo não-acesso das pessoas (não-proprietárias) aos remédios essenciais, a exemplo daqueles componentes do coquetel anti-HIV.

A morte não pode ser o preço do sucesso econômico.

Esta premissa vai além do direito, sendo de lógica, ética e mínimo amor ao próximo. O superfaturamento não pode ser o preço das viagens, seminários, amostras grátis e propagandas realizadas pelos grandes laboratórios internacionais, para seduzir os pacientes e médicos a pedirem e prescreverem certos medicamentos.

O sucesso econômico de pouquíssimos não pode ser realizado com base na morte, na desgraça, na vida com dor por falta de analgésicos, nas lágrimas dos parentes, amigos, namoradas, noivas, esposas, filhos e todos aqueles que assistem ao enterro de um ente querido. Morte essa que, por vezes, é causada por uma mazela cuja cura já foi alcançada pela sociedade, ou atual estado de técnica, como dizem os juristas com base em um tecnicismo frio.

Possibilitar uma vida digna é um princípio de superdireito, que se traduz também no acesso aos medicamentos essenciais. Impedir o acesso de um necessitado aos medicamentos é um verdadeiro homicídio. Impedir o acesso de continentes inteiros, inúmeros países, milhares de pessoas, é um verdadeiro genocídio.

O operador do direito tem de lembrar sempre que, atrás de dado numérico frio, há uma pessoa e uma família dependente. O desaparecimento de um número da estatística de seres humanos vivos, e o seu conseqüente aparecimento nos dados relativos aos mortos, traduz a perda de uma vida, a qual ocorre em conseqüência de os conglomerados internacionais não quererem reduzi a sua exorbitante margem de lucros (“comercialização da vida”).

O financiamento das propagandas nas ligas internacionais de esportes pelo mundo, valor de marketing que é repassado ao custo dos medicamentos, aumenta o não-acesso, gerando inúmeras mortes.

Sendo assim, compete ao Estado através das suas três funções (Executivo, Judiciário e Legislativo), cumprir o texto constitucional, possibilitando - não só no Brasil, mas em todo globo - mecanismos de acesso às camadas mais humildes aos remédios essenciais, com a adoção de políticas internacionais mais agressivas. Com tal atitude não estará o Estado a fazer

um favor aos seus governados, mas sim cumprido e concretizando o disposto na Constituição Federal.

Porém, mais do que ao Estado, cabe à sociedade nacional e mundial a efetiva pressão para que os laboratórios internacionais parem de comercializar medicamentos com valores que superam, em muito, aqueles que seriam razoáveis para o mercado (entenda-se razoável como aquele que possibilitaria o lucro), conforme restou claro, após a vitória do Brasil junto à OMC, na questão relativa à produção de genéricos anti-HIV.

Esses são os caminhos...

Fecha-se então o trabalho asseverando a convicção de que de nada serviria o direito, com todo o seu aparato ideológico e coercitivo, se não possibilitar salvar vidas e tutelar o ser humano. Enquanto isto não ocorrer, a indignação não poderá se esgotar.

Não se prega aqui o direito alternativo, a busca de valores extrassistêmicos para a aplicação. O que se perquiri é a concretização, aplicação do ideal de legalidade constitucional. Não pode tudo mudar, e tudo continuar igual. O advento da Constituição de 1988, com a sua despatrimonialização e antrópocentrismo, tem de ser observado no âmbito constitucional e infraconstitucional, inclusive quanto às patentes de medicamentos.

Já no plano global, a cooperação internacional e os belos signos (palavras) dos acordos e declarações, a teor da dos direitos humanos, têm de ser significados de maneira a instrumentalizar a solidariedade, a salvar vidas e conviver de forma pacífica.

Enfim, busca-se concretização e força normativa constitucional, e não “invenção” ou “reboque” de valores extrassistêmicos para construir a tese aqui defendida. Que tal ser significada a Constituição Cidadã de 1988 de maneira a ser efetivada? Essa é a grande e incansável busca.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, José Maurício. **Bases para uma Metodologia de Pesquisa em Direito**. Disponível em www.juspodium.com.br. Acesso em: 22.dez.2003.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Lael, 2002.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Uso Nocivo da Propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo: Renovar, 2001.

AMARAL, Gilberto Luiz. **Radiografia da Tributação sobre Medicamentos**. Carga Tributária Incidente no Setor Farmacêutico. Brasília: FEBRAFARMA, 2005.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDORNO, Roberto. **Bioética y Dignidad de La Persona**. Madrid: Tecnos, 1998.

ANDREI, Edmondo. **Dicionário Médico Blakiston**. 2. ed. São Paulo: Editora Andrei LTDA. Edição brasileira: Dr. Benjamim Mayerovitch; Dr. Joaquim Clemente Almeida Moura; Prof. Roberto Pessoa.

ANGELL, Márcia. **A Verdade sobre os Laboratórios Farmacêuticos**. Como somos enganados e o que podemos fazer a respeito. São Paulo: Record, 2007.

ARRONE, Ricardo. **Propriedade e Domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSIS, Machado. **Dom Casmurro**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1991.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **NBR 6023. Informação e documentação – Referências – Elaboração**. Rio de Janeiro, ago. 2002.

_____. **NBR 6024. Numeração progressiva das seções de um documento**. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 6027. Informação e documentação – Sumário – Apresentação**. Rio de Janeiro, maio. 2003.

_____. **NBR 10520. Informações e documentação – Citações em documentos - Apresentação.** Rio de Janeiro, ago. 2002.

_____. **NBR 14724. Informações e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação.** Rio de Janeiro, ago. 2002.

ATIENZA, Manuel. Juridificar La Bioética. In: **Bioética y Derecho.** Fundamentos y Problemas Actuales. Comp.: Rodolfo Vásquez. México: ITAM, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro. In DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueiredo. **Questões controvertidas no novo Código Civil.** São Paulo: Método, v.2, 2004.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELOS, Ana Paula de. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional.** Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Genoma Humano e Bioética. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. PESSINI, Léo (Orgs). **Bioética. Alguns Desafios.** São Paulo: Loyola, 2001.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Aperfeiçoamento e Dependência em Patentes.** In: BARBOSA, Denis Borges (Org.). Coleção Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 6^aed., 2004

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 6^aed, 2002.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós positivismo). In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASSO, Maristela. **Os Fundamentos Atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Disponível em:< www.cjf.gov.br> Acesso em: 16.jan.2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1992.

BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade**. In: JUNIOR NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coor.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 7, ano 2 Julho-Setembro 2001.

BESSONE, Darcy. **Da Posse**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BÍBLIA SAGRADA. 70 Ed. São Paulo: Editora Ave Maria, 1999.

BLASI, Gabriel Di; GARCIA, Mario Soerense; MENDES, Paulo Parente M. **A Propriedade Industrial**. Rio De Janeiro: Forense, 1997.

BÁRBARA, Rosemberg. **Patentes de medicamentos e comércio internacional: os parâmetros do trips e do direito concorrencial para outorga de licença compulsória**. Universidade de São Paulo: 2004.

BOAVENTURA, Edvaldo M. **Metodologia da Pesquisa**: Monografia, Dissertação, Teses. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Novos Estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **A Função Ambiental da Propriedade Rural**. São Paulo: LTR, 1999.

_____. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BROOK K. Baker, Arthritic Flexibilites fos Acessing Medicines: Analysis of WTO Action Regarding Paragraph 6 of the Doha Declaration on the Trips Agreement and Public Health in Indiana International & Comparative Law Review, 14 Ind. Int'l & Comp. L. Ver. 613, page 1, 2004.

BULOS, Uadi Lamêgo. Função Social da Propriedade (Perspectiva Constitucional). In: CARRION, Valentin (diretor). **Trabalho & Processo. Revista Jurídica Trimestral**. São Paulo: Saraiva, Setembro 1995.

_____. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Constituição Federal Anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Uma Contribuição ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 3. ed, 1999.

CARNEIRO, Walber Araújo. **Escassez, Eficácia e Direitos Sociais**: em busca de novos paradigmas, 2004. (Artigo à época não publicado e gentilmente oferecido pelo autor).

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Genética e Direito. In CASABONA, Carlos Maria Romeo (org). **Biotecnologia, Direito e Bioética**. Perspectivas de Direito Comparado. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratada da Propriedade Industrial**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CHILDRESS, James F. BEAUCHAMP, Tom L. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Propriedade e Posse: Uma Releitura dos Ancestrais Institutos. Em Homenagem ao Prof. José Carlos Moreira Alves. In **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. São Paulo. Ano 4, Vol. 14. Editora Padma. , Abril – Junho de 2003.

CODE CIVIL. 104. ed. PARIS: DALLOZ, 2005.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A Constituição Mexicana de 1917. Disponível em:<
<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/max1917.htm>> Acesso em: 04.fev.2008.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade Intelectual: A Tutela Jurídica da Biotecnologia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DERANI, Cristiane. **A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo de Sua Função Social.** In Revista Trimestral de Direito Público 34/2001. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O Que é Bioética.** São Paulo: Brasiliense, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos.** São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas,** v.4, 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas,** v.4, 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula da boa-fé no novo código civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Questões controvertidas no novo Código Civil.** São Paulo: Método, v.2, 2004.

DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones Generales del Derecho Privado.** Rosada: Madrid, 1931.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** CAMARGO, Jefferson Luiz (Trad). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os Direitos a Sério.** BOEIRA, Nelson (Trad). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico.** 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.** Rio de Janeiro, Renovar: 2001.

_____. **Elementos Críticos do Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003b.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil. Teoria Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

_____. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil. Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa – Século XXI**. Editora Nova Fronteira. Coordenação e edição: Margarida Anjos; Marina Baird Ferreira. Rio de Janeiro, 1999.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a Bioética**. Teorias e Paradigmas Teóricos na Bioética Contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FONTES, André R. C.. Limites constitucionais ao direito de propriedade. In TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FREITAS, Juarez. A Melhor Interpretação Constitucional “VERSUS” A Única Resposta Correta. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRIEDMAN, Meyer; FRIEDLAND, Gerald W. **As Dez Maiores Descobertas da Medicina**. São Paulo: Companhia das Letras, Ano: 2000.

FROTA-PESSOA, Oswaldo. Fronteiras do Biopoder. In **Bioética**. Vol. 5. N. 2. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópoles, Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. Vol.IV. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. ANDRIOTTI, Caroline Dias. Breves notas históricas da função social do Direito Civil. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (Coord). In **Função Social do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007. Pág. 1-17

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. CIDAD, Felipe Germano Caciado. Função social no direito privado e constituição. In GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (Coord). **Função Social do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 18-38.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. OLIVEIRA, Andréa Leite Ribeiro de. Função social da propriedade e da posse. In GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (Coord). **Função Social do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 39-68.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O Chamado Direito Civil Constitucional. In: Martins-Costa, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. Vol V. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos Reais e Autonomia da Vontade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Função Social da Propriedade. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Luiz Roberto. O Princípio da Função Social da Propriedade e a Exigência Constitucional de Proteção Ambiental. In BENJAMIM, Antônio Herman V.; MILARÉ, Edis. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Janeiro – Março 2000. Ano 5. nº 17.

GOMES, Orlando. **Ensaio de direito civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

_____. **Introdução ao Direito Civil**, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Direitos Reais**. FACHIN, Luiz Edson (Atualizador). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Direitos Reais**. FACHIN, Luiz Edson (Atualizador). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. In ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil. Escritos em Homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUIMARÃES JÚNIOR João Lopes. Função Social da Propriedade. In BENJAMIM, Antônio Herman V.; MILARÉ, Edis. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Janeiro – Março 2003. Ano 8. nº 29.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução Gilmar Ferreira Mendes.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Função Social do Contrato. In: **Revista de Direito Civil**. V. 45, 1998.

HOOFT, Pedro Federico. Bioética e direito? Bioética e biodireito? Biodireito: uma crítica ao neologismo. In: GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leo (orgs). **Bioética: Poder e Injustiça**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética; Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola, 2003.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no Novo Código Civil**. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2004

JÚNIOR, Alberto do Amaral. Licença Compulsória e Acesso a Medicamentos nos Países em Desenvolvimento. 2004. [www.islandialaw.yale.edu](http://islandialaw.yale.edu). Disponível em: [http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202005/Alberto%20Amaral%20\(Final%20Portugues%20Version\)%20v%201.0.pdf](http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202005/Alberto%20Amaral%20(Final%20Portugues%20Version)%20v%201.0.pdf). Acesso em: 15.out.2007.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do Individualismo e Propriedade. In TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Análise de uma “Recepção”. São Paulo: Fragmentos, 1990.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert. VIEIRA, Sônia Chagas. **Manual de Estilo Acadêmico**. 2. ed. Salvador: Editora EDUFBA, Ano 2004.

LUDWIG, Marcos de Campos; VARELA, Laura Beck. . Da *Propriedade* Às Propriedades: Função Social e reconstrução de um Direito. In: Martins-Costa, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: A Superação da Dicotomia. In: Martins-Costa, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Das Propriedades à Propriedade: Construção de um Direito. In: Martins-Costa, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navegandi**, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 03 maio 2004.

_____. Entidades familiares constitucionalizada: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, nº 12:40-55, jan/mar, 2002.

_____. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. **Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MARIS MARTINEZ, Stella. ?Quién es el Dueño del Genoma Humano?. In **Bioética**. Vol. 5. N. 2. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **O novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação”**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O Direito Privado como um “sistema em constrição”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: **Jus Navegandi**,. ano 4, n. 41, maio de 2000. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br>. Acesso em: 26/09/2006.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTOS NETO, Antônio José de. **Função Ética da Propriedade Imobiliária no Novo Código Civil**. In NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Revista de Direito Privado**. n. 11, Julho-Setembro. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, Julho-Setembro 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Efavirenz: Questões sobre o Licenciamento Compulsório. **www.saude.gov.br**. Disponível em:
http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalhe.cfm?co_seq_noticia. Acesso em: 27.jul.2007.

_____. Conselho Defende quebra de patente de medicamentos. Disponível em:
<http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/noticias.asp?NOTCod=66602>. Acesso em: 22.jul.2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIGNONE, Ricardo. MADUEÑO, Denise. Brasil quebra patente de remédio contra a Aids. **Folha de São Paulo**. 2001

MONEDERO, Emílio Diez. A biotecnologia na indústria farmacêutica. In CASABONA, Carlos Maria Romeo (org). **Biotecnologia, Direito e Bioética**. Perspectivas em Direito Comparado. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MONTEIRO, Yara Darcy Police. A Propriedade e sua Função Social na Constituição de 1988. In QUADROS, Cerdônio (org.). **Nova Dimensão do Direito Administrativo. Repertório de Estudos Doutrinários e Jurisprudenciais**. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 1997.

MUJALI, Walter Brasil. **A Propriedade Industrial. Nova Lei de Patentes**. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

PASSOS, J.J. Calmon. **A Função Social da Propriedade e do Contrato**. Palestra proferida no Simpósio Baiano de Direito. Novas Tendências na interdisciplinaridade do Direito Civil. Salvador: Fiesta Convention Center, 24/04/2004.

PAES, P. R Tavares. **Propriedade Industrial**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2052>>. Acesso em: 07 fev. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais. Notas sobre a Distinção entre Princípios e Regras. In: PEIXINHO, Manoel Messias. GUERRA, Isabella Franco. FILHO, Firly Nascimento (org.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da Argumentação**. A nova Retórica. 5.ed. São Palo: Martins Fontes, 2002.

PERLINGINERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil Constitucional**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2002.

PIMENTA, Paulo. Roberto Lório. A Função Social da Propriedade Agrária e Os Interesses Difusos. In **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**. DIAS, Sérgio Novais. PIMENTA, Paulo Roberto Lório (Coord). Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1995.

PIMENTA, Paulo. Roberto Lório. CASALI, Saulo. Aulas Proferidas no Curso de Hermenêutica no Mestrado em Direito da UFBA. 2006.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade Intelectual e Universidade**. Aspectos Legais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

PUGLIATTI, Salvatore. **La Proprietá e Le Proprietá**. In La Proprietá Nel Nuovo Dirito. Milano: Giuffrè, 1964.

RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas**. 69.ed. São Paulo: Record, 1995.

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. In: **Jus Navigandi**. ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: www.jus2.uol.com.br. Acesso em: 06.nov.2006.

REMÉDIO MARQUES, J.P. **Patentes de Genes Humanos?** Coimbra: Coimbra, 2001. p. 63/88.

REVISTA Super Interessante. Editora Abril. Outubro 2004. Edição 205. Págs. 70-73. “História da Anestesia”.

Revista Veja. Editora Abril. Edição 1848. Ano 37. Nº 14. 7 de Abril de 2004. Pág. 62. “Risadas no Dentista”.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, Lulu. **Tempos Modernos**. Gravadora Gold.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

SCHEIR, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SECRETARIA DE SAÚDE GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL. Guerra de Patentes. www.saude.df.gov.br. Disponível em: http://www.saude.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=30089. Acesso em: 27.jul.2007.

SILVA, G. E. do Nascimento. ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 52. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVEIRA, Newton. **A Propriedade Intelectual e as Novas Leis Autorais**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SIMON, Jurgen. Biotecnologia e Lei de Patentes sob Perspectiva Européia. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. QUEIROZ, Juliana Fernanda (Coords). **Biotecnologia e suas Implicações Ético Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SOARES, Mario Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. Os princípios informadores do novo código civil e os princípios constitucionais fundamentais. Lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navegandi**, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3974>. Acesso em: 12 maio 2004.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Pela Mão de Alice**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Um Discurso sobre as Ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SOUZA, Álvaro. **Grandes Médicos & Grandes Artistas**. Nomes que deram vida à Medicina e às artes. Salvador, BA: Casa de Qualidade, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. A Constituição e o construir da sociedade: a função social da propriedade e o direito – um acórdão garantista. In STROZAKE, J. J. (Org.). **Questões Agrárias**. Julgados comentados e pareceres. São Paulo: Método, 2002. p.31-49.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 4.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUWWAN, Leila. Governo Lula decide quebrar patente de remédio anti-Aids. **Folha de São Paulo**. 2007.

SZANIAWSKY, Elimar. Aspectos da Propriedade Imobiliária Contemporânea w sua Função Social. In: JÚNIO NERY, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, ano 1 Julho-Setembro 2000.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos** – do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. 2 .ed, São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Maria Celina M. B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In **Revista de Direito Civil, Agrário e Empresarial**. Ano 17, Julho-Setembro, 1993.

TRINDADE, Washington. Aulas proferidas na matéria Novos Quadros Jurídicos da Economia no Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, 2006.

ULHOA COELHO, Fábio. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VARELLA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol.1. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

VARELA, Laura Beck. Das propriedades à Propriedade: Construção de um Direito. In Martins-Costa, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VELOSO, CAETANO. **Circulado**. Polygram, 1991, Polygram.

VENOSA, Silvio do Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Civil: Direito Reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003b.

_____. **Direito Civil: Direito Reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. 1.ed. bras. Trad. Tércio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

ZIBETTI, Darcy Walmor. **Teoria Tridimensional da Função da Terra no Espaço Rural**. Econômica, Social e Ecológica. Curitiba: Juruá, 2006.