

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

Caio de Paula Carvalho

**Análise histórica e o conceito da propriedade industrial em relação ao
capitalismo**

Juiz de Fora – MG

2017

Caio de Paula Carvalho

Análise histórica e o conceito da propriedade industrial em relação ao capitalismo

Artigo de conclusão de curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à conclusão do curso.

Orientador: Prof. Dr. Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes

Juiz de Fora – MG
2017

Caio de Paula Carvalho

**Análise histórica e o conceito da propriedade industrial em relação ao
capitalismo**

Monografia de conclusão de curso
apresentada na Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial à
conclusão do curso.

Aprovado em

Banca Examinadora:

Lucas Almeida Silva

Examinador

José Roberto Almeida Sales Júnior

Examinador

Prof. Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes

Orientador

Juiz de Fora – MG

2017

Análise histórica e o conceito da propriedade industrial em relação ao capitalismo

Caio de Paula Carvalho ¹

Resumo

Esse artigo tem a finalidade de entender o que é a propriedade industrial e suas origens, a fim de ter uma melhor compreensão do instituto jurídico atualmente. Trata-se de uma pesquisa de base bibliográfica, com foco na análise da evolução histórica do conceito supracitado. Como resultados, tem-se que: o argumento jusnatural que tenta justificar o instituto é frágil; os avanços tecnológicos e, conseqüentemente, as patentes, são fundamentais para a manutenção e progresso do mais valia relativa; e que os institutos patentários não devem ser fins em si mesmos. A conclusão alcançada é que o direito contemporâneo precisa tratar a propriedade industrial como um direito íntegro e coerente, e não deixá-lo como dado e certo, com o objetivo de ocultar interesses econômicos.

Abstract

This article has the objective to understand what is intellectual property and its origins, so it can have a better comprehension about the legal institute. It is a bibliographical study, emphasizing on the historical evolution of the concept. As results, it has: the 'natural law' argument that tries to justify it is weak; technological advancement and, as results, intellectual property, are core mechanics of maintenance and progress of relative value; and that the copyrights should not be ends in themselves. The conclusion is that contemporary law should deal with intellectual property as a coherent right, and not let it be used as means of concealing economical interests.

1. Introdução

¹ Graduando em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

O Direito como Identidade é uma proposta teórica que objetiva lançar luzes sobre a velha questão de como se deve entender o fenômeno jurídico, ou, mais precisamente, lançar luzes sobre o questionamento do que realmente é o fenômeno jurídico.

A resposta a tal pergunta passa por um nuclear tema filosófico: “o que é ser?” Enfrentar tal pergunta é condição para que se possa tentar estabelecer o que é o direito, sendo evidente a falta de lógica em tentar dizer o que “é” alguma coisa sem saber o que “ser” significa. Nesse ponto o Direito como Identidade se baseou principalmente nas construções de Charles Taylor e Ronald Dworkin, para buscar uma definição que não mutilasse ser jurídico, vendo-o em sua totalidade. A partir disso essa proposta teórica crê contribuir para uma melhor produção do direito, que no cabível ao judiciário se daria por meio de interpretações vertical e horizontalmente coerente do ser jurídico.²

Dessa forma o Direito como Identidade reconhece a formação cultural do justo, não buscando cristalizar formas acabadas de conceitos jurídicos, mas sim exigindo uma profunda reflexão sobre cada instituto jurídico e sobre cada caso concreto. Portanto, faz-se essencial a delimitação histórico-axiológica da ideia de propriedade industrial.

2. A constituição da ideia de propriedade

A propriedade industrial, como a conhecemos, tem como momento de sua formação a ideia de propriedade privada que, simplificada, consiste no direito de um ou alguns privarem os outros da utilização de determinada coisa. Tal prática, hoje tão naturalizada, foi construída durante milênios³, sendo fundamental a análise de seus contornos esclarecedores da constituição da propriedade industrial.

² Sobre o Direito como Identidade: FERES, Marcos Vinício Chein Feres; RIBEIRO MENDES, Brahwlio Soares de Moura. *Direito como Identidade: Estado, Direito e Política*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; de PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivum, 2011, pp. 185-204.

³ A construção da ideia de propriedade vem se desenvolvendo há milênios e de maneira descentralizada, possibilitando sua variação no tempo e no espaço. Por isso John Gilissen adverte que “na

Considerar a propriedade como fato histórico já é tomar posição, negando as propostas naturalizantes desse instituto e pondo em evidencia que “*conceber a propriedade em termos abstratos e atemporais é uma ficção*” (PEREZ LUÑO, 2003, p. 442. *Tradução livre*). Quanto a isso, mesmo sendo evidente que uma interpretação científica da propriedade não pode ser ahistórica, não se pode ignorar que a formação de tal conceito não se fez somente na ciência.

Historicamente é curioso notar como a ideia basilar da propriedade intelectual, a saber, a ideia de que o criador detém naturalmente a propriedade sobre sua criação, ocupou posição fundamental no surgimento da propriedade privada do solo. Tendo em vista o desenvolvimento descentralizado da noção de propriedade, devemos ressaltar que as afirmações seguintes não se aplicam a quaisquer povos, mas certamente se aplicam aos que mais influenciaram a formação da nossa cultura atual.

Hoje é comum considerar a alienabilidade como característica geral da propriedade, mas nem sempre foi assim. Em seu surgimento, na Grécia Antiga, “*não foram as leis, mas a religião, aquilo que primeiramente garantiu o direito de propriedade*” (COULANGES, 1987, p. 69). Com isso a propriedade do solo não era alienável, havendo mesmo leis que proibiam a venda de terras. Dessa forma, a alienabilidade seria consequência da fundamentação da propriedade no trabalho humano. Vez que esteja fundada, não no trabalho, mas na religião, pode-se dizer que um elo mais forte que a vontade individual une o homem à terra (COULANGES, 1987, p. 73). É nessa fundamentação religiosa que está intrínseca a ideia basilar da propriedade intelectual, como se pode notar nas imprescindíveis palavras de Fustel de Coulanges:

Entre a maior parte das sociedades primitivas só pela religião se estabelecia este direito de propriedade. Na bíblia, o Senhor fala a Abraão, dizendo: “Eu sou o Eterno que te fez sair de Ur dos Caldeus, a fim de te dar esta terra”, e a Moisés: “Eu vos farei entrar na terra que jurei dar a Abraão e dar-vo-lo-ei em herança”. Assim, Deus, proprietário primitivo por direito de criação, delega ao homem a sua

realidade, o historiador constata que não existe uma definição de propriedade, mas um grande número, que varia de acordo com as épocas e com as regiões” (GILISSEN, 2003, p. 635).

propriedade sobre parte do solo. (COULANGES, 1987, p. 69) *grifo nosso*.

Vê-se aí a ideia de propriedade pela criação, que aparenta ter sustentado o surgimento da propriedade privada do solo. Inversamente aos gregos, alguns povos, como os tártaros, não conheceram, de início, a propriedade da terra. Admitiam somente a propriedade sobre o que haviam criado, como rebanhos e colheitas (COULANGES, 1987, p. 63).

Deve-se notar que não há um passo lógico da criação à propriedade. Embora tenhamos internalizado tal ideia, inexistente qualquer obviedade na construção de que a criação pertence ao criador, tal passo necessita de justificativas. Historicamente tais justificativas aparentam ter se dado por meio de dogmatizações religiosas, que posteriormente não foram satisfatoriamente traduzidas em termos seculares. A origem da propriedade na ideia de criação acabou ocultando-se na proposta jusnaturalista de fundamentação do instituto, na qual, por meio da metafísica, foi possível driblar a necessidade de uma profunda justificação discursiva.

Teóricos do direito natural, como Enrique Luño Peña, aceitam a propriedade como um instituto natural fundado diretamente na natureza racional e social do homem (LUÑO PEÑA, 1954, p. 406), afirmando convictamente que “*a lei não cria a propriedade, somente regula o direito de propriedade, o condiciona, limita, defende e garante*” (LUÑO PEÑA, 1954, p. 412. *Tradução livre*). Não questionar os fundamentos axiológicos da propriedade, justificando-a como uma exigência natural, esvazia a possibilidade de uma interpretação verticalmente coerente do instituto. O corte arbitrário feito pela fundamentação dogmática jusnatural oculta a verdadeira face histórico-axiológica do direito, absolutizando sua face deontica de forma a restringir qualquer interpretação da essência da propriedade, elegendo a lógica da subsunção como modelo ideal de sua aplicabilidade. Um dos combatentes da manobra absolutizante jusnatural foi Robespierre, cujas palavras, pronunciadas em tempos revolucionários, merecem transcrição:

Enunciamos, portanto, de boa-fé os princípios da propriedade; o que é tanto mais necessário quanto é certo que os preconceitos e os vícios dos homens têm tentado envolvê-los nas nuvens mais espessas. [...] Aos olhos de todos esses, a propriedade não se baseia em princípios morais.

Por que é que a vossa Declaração dos direitos parece conter os mesmos erros? [...] Multiplicastes os artigos para assegurar a maior liberdade ao exercício da propriedade e não disseste uma palavra para definir a sua legitimidade; de modo que a vossa Declaração parece feita não para os homens, mas para os ricos, os monopolistas, os agiotas e os tiranos. (ROBESPIERRE, *discurso proferido em 24 abril 1793*⁴)

Essas nuvens espessas, das quais fala Robespierre, envolveram a propriedade industrial durante muito tempo. Tal qual o jusnaturalismo obscureceu a ideia de propriedade ao tratá-la como evidência normativa natural, também ocultou os fundamentos do direito patentário. Dissipar as brumas que o direito natural lançou sobre o instituto será o objetivo do próximo tópico.

3. O jusnaturalismo na propriedade industrial sob a lente do Direito como Identidade.

A coerência vertical exigida pelo direito como identidade exige que o ser da norma seja entendido como um tornar-se histórico-axiológico. Daí a consideração do jusnaturalismo como um momento histórico constituinte da propriedade industrial. Entretanto, a exigência de fundamentação axiológica obriga o Direito como Identidade a ir além do direito natural, levando em conta toda a história de valores que constitui o instituto.

O jusnaturalismo comandou o início da formação do pensamento jurídico acadêmico no Brasil (MACHADO NETO, 1969, p. 18), tendo irradiado suas concepções sobre diversos temas, inclusive a propriedade industrial. Vários autores se contentaram com a fundamentação jusnaturalista, que não prega nada além da correção autoevidente da patente. Tomando um exemplo clássico, Gama Cerqueira não hesita em afirmar que “*os direitos relativos à propriedade industrial [...] fundam-se no direito natural*” (GAMA CERQUEIRA, 1946, p.78), e ainda em autores contemporâneos são encontradas afirmações categóricas dizendo ser “*evidente que um inventor deva ter o direito natural da propriedade do bem imaterial, caracterizado na invenção. A sociedade está obrigada*

⁴ Disponível em http://membres.multimania.fr/discours/1793_1.htm

a reconhecer este direito” (DI BLASI; GARCIA; MENDES, 1998, p.29). O Direito como Identidade não considera nada evidente, por essa razão tentaremos visualizar o sentido histórico-axiológico do instituto patentário, para que assim se possa aplicá-lo de maneira mais esclarecida.

A ideia de premiar o inventor por sua invenção certamente é muito antiga. A primeira notícia de normas estatais destinadas a incentivar inventos socialmente valiosos data de 720 a 510 a.C. em Sybaris, uma colônia grega que recompensava os inventores de delícias culinárias com prêmios ou direito de exclusividade sobre a receita por um ano. (CHISUM, D. et al, 2004 , p.7).

Posteriormente, no período das corporações de ofício, o instituto patentário desempenhou um papel relevantemente diverso de suas relativas manifestações na antiguidade e de sua manifestação hodierna. Embora características nucleares da atual concessão patentária tenham se desenvolvido nesse período pré-capitalista ⁵, sua função era bastante diferente. Antes de vigorar o liberalismo econômico havia restrições produtivas garantindo o monopólio das guildas, por isso todos os privilégios medievais consistiam, primariamente, numa autorização de uso e só secundariamente na autorização para proibir o uso de terceiros (CARVALHO, 2009, p. 44). São esclarecedoras as palavras de Nuno Pires Carvalho:

Não se podia outorgar um direito de exclusividade sobre algo que já estava sendo usado por um artesão, um industrial estabelecido. Isso seria o mesmo que retirar ao moleiro a mó de cima ou a mó de baixo, pois impedia-o de trabalhar. A razão é que os privilégios exclusivos tinham como conteúdo principal, não o direito de excluir, e sim o direito de usar. Portanto, quando o rei dava um privilégio, estava dando a permissão ao beneficiado para usar de sua invenção – o que poderia, sem dúvida, conflitar com a exclusividade naturalmente estabelecida das corporações de ofício. (CARVALHO, 2009, p. 25).

⁵ Em 1474 a República de Veneza, em um período de domínio das guildas, já havia positivado um estatuto explicitando os requisitos de novidade, não obviedade e direito exclusivo por tempo limitado (CHISUM, D. et al, 2004 , p.11). Sendo que mesmo antes desse estatuto veneziano outros Estados da Europa já concediam patentes com regularidade, por isso *“Veneza poderia, quando muito, ter inspirado outros países a ‘legislar’ sobre a matéria”* (CARVALHO, 2009, p. 43).

Vemos aí que a propriedade industrial que conhecemos constitui-se de uma propriedade industrial tornada anacrônica pelas mudanças no sistema econômico que ela mesma colaborou para formação. Notamos, no texto acima, que a patente é inserida como um golpe ao monopólio das corporações de ofício, cuja extinção levou ao liberalismo econômico que possibilitou o capitalismo, sistema no qual está contida a patente da atualidade, como analisaremos mais adiante.

Cabe, nesse momento, uma pequena digressão, exigida pelo Direito como Identidade. Assim como deve ser rejeitada a fundamentação dogmática jusnatural, deve ser rejeitada qualquer outra espécie de fundamentação ahistórica. Referimo-nos especificamente a Breakey,

Breakey propõe que a atual configuração jurídica da propriedade intelectual que se observa nos ordenamentos modernos pode ser entendida como consequência lógica de dois direitos liberais clássicos, a saber: a liberdade contratual e o direito às ideias incorporadas. (DE PAULA, 2009, p. 20).

Como se pode notar, a proposta de Breakey ignora o percurso histórico do desenvolvimento da propriedade industrial. O instituto da patente já havia desenvolvido grande parte de suas características atuais muito antes do liberalismo clássico. Portanto, querer fixar sua gênese em direitos liberais é uma postura ideológica que obscurece a capacidade metamórfica do instituto patentário, que tem perdurado desde as corporações de ofício até o capitalismo contemporâneo.

A investigação histórico-axiológica aqui pretendida entrará agora na formação da ideia capitalista de patente. Contexto no qual a lógica exposta acima é invertida, de forma que o primordial no instituto da propriedade industrial passa a ser o que antes era secundário, ou seja, o direito de excluir terceiros. Anexamente, o critério da novidade deixa de encontrar seu fundamento no não impedimento de trabalhos já consolidados para funcionar como propulsor capitalista, como pretendemos mostrar adiante.

4. A constituição capitalista da patente

Com a implementação do liberalismo econômico e demais componentes do ideário burguês houve a necessidade de reformulação do instituto de patente, que até então se constituía como um elemento da monarquia e de seu sistema econômico. Assim, o pensamento liberal cuidou de envolver a propriedade industrial em uma teoria que ocultava suas raízes históricas. Abominaram a nomenclatura monárquica – privilégio – para instituir uma ideia que seria mais útil ao nascente capitalismo, a ideia de propriedade. São luminosas as palavras de Domingues sobre a passagem da propriedade industrial monárquica para a burguesa:

a vontade da consciência jurídica, exigência econômica e social para restabelecer o privilégio como direito do inventor, não o fazia sob a forma antiga, com a mesma figura e o nome abominável. O privilégio foi reconhecido como Direito Natural do inventor sobre o resultado de sua atividade inventiva, e não poderia ser tutelado de forma outra que não o direito absoluto de gozo, direito de propriedade. (DOMINGUES, 1980, p. 14).

Tal fundamentação burguesa deu substrato teórico para a consolidação da propriedade industrial da atualidade, mesmo estando em dissonância com prática estabelecida em diversos momentos da aplicação do instituto. Utilizaremos o próprio exemplo brasileiro para demonstrar a fragilidade da fundamentação jusnatural, cuja teoria não se encaixa na prática.

A fundamentação difundida foi de que a propriedade industrial seria um direito natural do inventor, decorrente de sua atividade inventiva. Nota-se que tal fundamentação centra-se no sujeito, no inventor, como se ele fosse o fim ao qual se destina o direito patentário, que apenas reconheceria a propriedade pré-existente, derivada diretamente da invenção. Para desmentir tal fundamentação simplista e fictícia o Direito como Identidade não se vale dos motivos particulares que fizeram surgir as normas de direito patentário ⁶, mas extrai os valores constituintes de sua realidade. Dentre outros pontos,

⁶ Nesse sentido não discordamos de Carvalho quando afirma que a primeira norma brasileira de patentes – o alvará de 1809 – derivou de interesses ingleses e não de uma visão industrialista de D. João (CARVALHO, 2009, p. 42). Mas, embora o motivo particular dessa norma tenha sido a subserviência, historicamente explicável, brasileira à Inglaterra, seu sentido universal é a promoção do capitalismo.

basta um para mostrar que as normas de propriedade industrial se destinavam, verdadeiramente, a algo diferente da mera recompensa à atividade inventiva. Basta notar que o §6º do Alvará de 1809 igualava inventores e introdutores de máquinas (CARVALHO, 2009, p. 23). Ora, como seria possível dentro da fundamentação jusnatural reconhecer o direito pré-existente de propriedade sobre uma máquina que apenas foi introduzida no Brasil, já sendo consolidada em outras nações? Isso denota que a razão da propriedade industrial era algo além do mero reconhecimento de direitos naturais. A patente era, na verdade, o mecanismo propulsor do ascendente capitalismo.

Vários autores têm proposto que a propriedade industrial objetiva o crescimento econômico, para nós, mais do que objetivar, a patente foi condição de possibilidade de tal crescimento. Dentro de uma economia capitalista ela é um dos principais elementos possibilitadores da formação de capital. Por isso é que *“foi sob a revolução industrial que as leis de patentes começaram a ser disseminadas por toda Europa”* (MARANHÃO, 1998, p.12), já que *“com a chegada do capitalismo, invenções tornaram-se parte fundamental da sistemática produtiva e comercial”* (MARANHÃO, 1998, p.12).

5. A patente como instituição da mais valia relativa

A formação de capital no sistema capitalista pode ser analisada por meio do fenômeno da mais valia. Tal fenômeno é bipartido em duas categorias por Karl Marx, a mais valia absoluta e a mais valia relativa. A primeira consiste no prolongamento do tempo de trabalho para além do necessário, com isso – sendo pago apenas o salário necessário – todo o tempo de trabalho excedente se transforma em valor excedente para o capitalista. Ocorre que se o capitalismo se valesse apenas da mais valia absoluta, teria uma capacidade de formação de capital muito limitada. Basta notar a limitação natural de não se poder estender a jornada de trabalho a um tempo maior que 24 horas diárias.

A mais valia relativa vai libertar o capitalismo dessa limitação natural. Seu objetivo é aumentar o trabalho excedente sem alterar a jornada total de trabalho. Numa hipótese de jornada de 12 horas, na qual 10 horas representassem o trabalho necessário e 2 horas o trabalho excedente, a mais valia absoluta só poderia aumentar o trabalho excedente aumentando a jornada de trabalho total, mas a mais valia relativa atuará apenas

reduzindo o tempo de trabalho necessário, aumentando, conseqüentemente o excedente. Assim “*o que muda não é a duração da jornada de trabalho, mas seu modo de repartir-se em trabalho necessário e trabalho excedente.*” (MARX, 1996, p. 360).

Tem-se que o trabalho necessário é definido a partir da quantidade necessária de trabalho para produzir o valor suficiente à subsistência cotidiana do trabalhador. Então, a mais valia relativa tem de fazer com que o trabalhador produza em menos tempo o necessário à sua sobrevivência, para que, conseqüentemente, o trabalho excedente seja alongado.⁷ Tal fenômeno, entretanto, só pode ocorrer por meio de uma mudança no processo de trabalho, ocasionada por transformações técnicas e sociais.

Adentrando ao ponto central para a propriedade industrial, temos que a lógica capitalista opera de forma que a redução do trabalho necessário só é possível ao se produzir em tempo inferior ao tempo social médio de produção da mesma mercadoria. Sendo, por sua vez, esse tempo social médio estabelecido pelo estado da técnica produtiva, que tende sempre a ser igualado. É nesse momento que age o direito patentário.

Marx nos dá a clara descrição do processo econômico de obtenção da mais valia relativa e sua posterior impossibilitação pelo nivelamento do estado da técnica, evidenciando que a expansão do capital só pode continuar crescendo por meio da constante evolução técnica,

O capitalista que emprega o modo de produção aperfeiçoado, apropria-se assim de parte do dia de trabalho, constituída de trabalho excedente, maior do que aquela que se apropriam os demais capitalistas do mesmo ramo. [...] Mas, essa mais valia extra se desvanece quando se generaliza

⁷ O antropólogo francês Pierre Clastres opõe essa lógica de pensamento de nossa cultura à cultura indígena, na qual ao encontrar meios de produzir mais rapidamente não se pensaria em produzir mais, mas sim em trabalhar menos. Nas palavras do autor: “*A vantagem de um machado de metal sobre um machado de pedra é evidente demais para que nela nos detenhamos: podemos, no mesmo tempo, realizar com o primeiro talvez dez vezes mais trabalho que com o segundo; ou então executar o mesmo trabalho num tempo dez vezes menor. E, ao descobrirem a superioridade produtiva dos machados dos homens brancos, os índios os desejaram, não para produzirem mais no mesmo tempo, mas para produzirem a mesma coisa num tempo dez vezes mais curto. Mas foi exatamente o contrário que se verificou, pois, com os machados metálicos, irromperam no mundo primitivo dos índios a violência, a força, o poder, impostos aos selvagens pelos civilizados recém-chegados.*” (CLASTRES, 1978, p. 137)

o novo modo de produção, desaparecendo assim a diferença entre o valor individual das mercadorias que eram produzidas mais baratas e seu valor social. (MARX, 1996, p. 366)

Daí a relevância do direito burguês estabelecer um mecanismo de regulação e fomento da atividade inventiva industrial, tornando-a economicamente interessante no modo de produção capitalista. A atividade inventiva humana, mais antiga do que a invenção da roda, recebe aqui a roupagem adequada ao capitalismo, sistema que se empenha – e tem tido notório êxito – em vincular as potencialidades humanas à possibilidade de ganhos pecuniários. É possível notar agora porque esse “direito natural” à propriedade industrial, ao contrário de outros direito naturais, se extingue com o passar do tempo, tal extinção possibilita o nivelamento do estado da técnica pela copia, forçando sua evolução. A tendência de imitação das novas tecnologias já era prática comum ao tempo da revolução industrial (MARX, 1996, p. 367).

Com isso notamos a mutação da função do instituto patentário monárquico, a primordialidade do atual direito de patente passa a ser a faculdade de excluir terceiros do uso da nova tecnologia, podendo assim recuperar os custos que tiveram na implementação da mesma e ascender os lucros.

6. A propriedade industrial sob a égide do direito como identidade

Tendo proposto um percurso histórico-axiológico da propriedade industrial, podemos agora buscar como o direito deve exprimi-la ⁸. Parece estar claro que o atual instituto da patente não deriva da perfeição da natureza, mas sim da resposta jurídica às exigências capitalistas, cujo objetivo é sempre gerar capital. Ocorre que o Direito como Identidade reconhece como *télos* jurídico supremo a Justiça e não o acúmulo de capital (FERES; RIBEIRO MENDES, 2011, p. 193). Daí a necessidade de um esforço jurídico para não reproduzir dentro de si a lógica econômica. É certo que em uma economia

⁸ O termo expressão é aqui utilizado no sentido específico que o Direito como Identidade o atribui. Significando o processo de realização do direito por meio de sua interpretação construtiva.

capitalista o direito também deva servir à expansão do capital, tal só não pode ocorrer em prejuízo do Justo.

A Constituição federal brasileira de 1988 consagrou a norma segundo a qual o asseguramento da propriedade industrial terá em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país (art. 5º, XXIX). A lei de propriedade industrial reafirma o mesmo interesse social e desenvolvimento econômico e tecnológico (Lei 9279, art. 2º *caput*).

Sob o Direito como Identidade, o primeiro elemento – interesse social – deve ser encarado como manifestação normativa da supremacia do Justo. Considerado o sentido corrente do termo “interesse” não há como falar em interesse social homogêneo na atual sociedade contingente e hipercomplexa, nesse sentido não existe um interesse social, mas sim interesses sociais. Daí o termo “interesse” não poder ser tomado em seu sentido convencional, devendo representar o interesse social intrínseco à existência do direito, que reside na ideia de confiar ao Estado a tutela da justiça articulada na consciência jurídica de uma comunidade (FERES; RIBEIRO MENDES, 2011, p. 193). Dessa forma, o interesse social representa, de forma clara, a vontade dos cidadãos de que os casos relativos à propriedade industrial sejam abordados na égide do Justo, sem que este se deixe determinar pelas exigências econômico-políticas.

Por sua vez, os desenvolvimentos econômico e tecnológico devem ser analisados com cautela. Diversas vezes ambos foram apontados na lei e na constituição para forçar a conclusão de que a interpretação do instituto patentário devesse se dar de forma utilitarista, observando-os como fins. Entretanto, esta ideia é incorreta. Os desenvolvimentos econômico e tecnológico são partes integrantes essenciais do próprio conceito de patente, colocá-los como fins na interpretação jurídica do instituto só provoca uma odiosa autorreferencialidade que impede a justiça de realizar seu necessário movimento de coerência horizontal, no qual são considerados todos os valores internalizados no ser jurídico. Uma analogia pode esclarecer esse ponto, considerar que a interpretação do instituto jurídico da prisão deve utilitaristamente ter como objetivo a retirada do preso da sociedade provoca a mesma odiosa autorreferencialidade. Uma vez que a perda de liberdade já é essencial à prisão, tê-la como objetivo da mesma apenas faz da prisão um fim em si mesma, o que não pode ser aceito por um direito que se pretende

vertical e horizontalmente íntegro e coerente. Com isso notamos que o desenvolvimento tecnológico é parte essencial da própria ideia de patente, não podendo ser juridicamente seu fim. Alguma dúvida poderia surgir sobre a essencialidade do desenvolvimento econômico ao conceito de patente, mas essa dúvida já pode ser solucionada pela observância do ponto ocupado pela patente na economia capitalista, tal qual foi evidenciado acima. Corroborando essa afirmação, de que o desenvolvimento econômico é intrínseco à patente, podemos citar pesquisas econômicas que apontam a ligação causal entre tal desenvolvimento e a patente. Referindo-se aos EUA, “pesquisa econômica sobre os últimos 60 anos tem demonstrado a ligação causal entre propriedade intelectual e o crescimento de nossa economia nacional”⁹ (CHISUM, D. et al, 2004 , p.55). Ou seja, se há tal relação causal, significa que desenvolver a economia já é propriedade intrínseca à patente, não podendo ser sua finalidade na interpretação jurídica, sob pena de esvaziamento axiológico do instituto.

Por fim, alguns autores tem procurado cristalizar conceitos nucleares colocados pelo legislador, como novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. O direito como identidade defende que qualquer cristalização apriorística de conceitos conserva uma potencial injustiça. Vez que tal cristalização obstrui o espaço deixado pelo próprio legislador para que a expressão judicial do direito possa se adequar a cada caso que recebe. Sendo sabido que nenhum caso é perfeitamente igual ao outro, todas as particularidades devem ser analisadas para não se tratar de forma igual os que deveriam ser tratados diferentemente. Alguns argumentarão que essa proposta não se coaduna com a diminuição dos riscos de mercado, a qual necessita de uma elevada previsibilidade maior segurança jurisdicional. A eles deve-se responder que o direito não está a serviço do mercado, o capitalismo se desenvolve em um meio de riscos e incertezas, não cabendo ao direito afastar seu *télos* para oferecer segurança aos investidores. É evidente que o direito não objetiva o caos econômico, apenas é necessário deixar claro que a desejada diminuição dos custos da insegurança não deve se dar à custa da justiça, que só encontra

⁹ Tradução livre do trecho “*economic research over the past sixty years has demonstrated the causal link between intellectual property and the growth of our national economy.*”

possibilidade de concretização se cada caso for analisado individualmente dentro dos parâmetros legalmente definidos. Se tais parâmetros empregam palavras vagas, isso não é um problema a ser resolvido de forma generalizante e absoluta, isso é o espaço deixado pelo legislador para que a expressão judicial do direito possa se moldar da forma mais justa possível às particularidades dos casos concretos. Alguns ainda falarão que não se trata de segurança para o mercado, mas da própria segurança jurídica. Ora, já é sabido que a segurança jurídica não existe enquanto a sonhada forma de que a lei seria clara e o magistrado apenas a pronunciaria. Sabemos que o juiz ao expressar o direito, também o constrói (FERES; RIBEIRO MENDES, 2011, p. 196). Ficando, portanto, a segurança jurídica garantida se o julgador não atua de forma excêntrica, mas de maneira íntegra por meio dos momentos de coerência vertical e horizontal.

7. Um esboço do caso biotecnológico

O termo biotecnologia designa o ramo tecnológico no qual são utilizados organismos vivos – ou parte deles – para a produção de bens e serviços. A importância industrial dos seres vivos encontra-se em grande ascensão. Em 2001, as empresas que se dedicavam exclusivamente à pesquisa e desenvolvimento de novas aplicações da biotecnologia moderna¹⁰ tiveram juntas um rendimento total de cerca de 35 bilhões de dólares e proporcionaram 190 mil postos de trabalhos diretos (SILVEIRA; DAL POZ; ASSAD, 2004, p. 20). Em termos patentários temos que “*nos anos 90 os pedidos anuais de patentes nos Estados Unidos praticamente triplicaram: de 1765 pedidos em 1990 para 7763 pedidos em 2002*” (SILVEIRA; DAL POZ; ASSAD, 2004, p. 20).

O ramo biotecnológico é um exemplo de fácil visualização para o problema da cristalização apriorística de termos legais. Os conceitos cristalizados pela doutrina de novidade, atividade inventiva e aplicabilidade industrial – bem como diversos outros

¹⁰ A biotecnologia moderna é aquela que se vale da engenharia genética ou tecnologia do DNA recombinante, diferenciando-se da biotecnologia clássica, caracterizada pela utilização de organismos vivos na forma como são encontrados na natureza ou melhorados geneticamente por meios tradicionais (SILVEIRA; DAL POZ; ASSAD, 2004, p. 19).

termos da lei – se mostram, em casos biotecnológicos, bastante impróprios. Nesse sentido, dentro do marco teórico adotado, não se está propondo apenas uma nova cristalização apriorística destinada aos casos biotecnológicos, pois estes mesmos têm complexidades que exigem que os conceitos sejam estabelecidos levando em conta as particularidades de cada caso concreto.

De maneira geral, “*o problema da replicabilidade e da possibilidade de ocorrerem mutações na matéria biológica objeto de um invento, dificulta, sobremaneira, a identificação do atendimento dos requisitos novidade e atividade inventiva para a concessão de patentes*” (DIAFÉRIA, 2007, p. 47). Vale a pena analisar mais de perto a insuficiência dos conceitos cristalizados.

Sobre a atividade inventiva pode-se dizer que a impropriedade das cristalizações doutrinárias se dá pelo método de desenvolvimento das invenções biotecnológicas, cujo resultado depende mais de uma atuação conjunta material e intelectualmente paciente, eficiente, diligente e repetitiva do que propriamente de uma inspiração genial (DIAFÉRIA, 2007, p. 49). Varias propostas de cristalizações da atividade inventiva já consideraram essa genialidade essencial – e em vários casos essa construção foi apropriada –, entretanto, nota-se como tal proposta petrificante é problemática em outros casos, como os biotecnológicos.

Parece ser necessária uma pequena relativização no conceito de aplicação industrial, visto que não há possibilidade absoluta de se garantir a repetibilidade ou reprodutibilidade, devido à possíveis mutações e inconstâncias naturais da própria matéria viva. Tal problema encontra-se presente, principalmente, nas invenções que utilizam a técnica do DNA recombinante (DIAFÉRIA, 2007, p. 51).

Tal qual o caso biotecnológico, qualquer caso merece não receber conceitos aprioristicamente consolidados, a consolidação só deve se fazer completa após a análise das particularidades presentes.

8. Conclusão

A patente é um instituto jurídico bem antigo, existindo antes mesmo do Estado de Direito. O que parece mais relevante ao seu estabelecimento histórico não é sua relação com uma forma específica de Estado, mas sim sua íntima relação com formas distintas de economia. Sendo econômicas as razões que ensejam a necessidade de sua positivação jurídica.

Na atualidade percebe-se a capacidade de geração de capital incitada pela patente, sendo um verdadeiro propulsor da economia. O foco, portanto, dirige-se a como o direito contemporâneo tratará esse instituto centenário. A posição aqui defendida é de que o atual apreçamento jurídico deva se estabelecer nos moldes dos direitos subjetivos contemporâneos, tendo por finalidade a construção de um direito íntegro e principiologicamente coerente, não um direito supostamente seguro e cristalizado. Assim espera-se que seja possível tratar o inventor com o devido respeito e não apenas usar o slogan do respeito ao inventor para ocultar interesses econômicos. Trata-se de juridicizar o fundamento patentário, adequando a economia ao Estado Democrático de Direito, e não o contrário.

Ter em conta a gênese econômica do instituto patentário e ainda assim, devido à realização da finalidade jurídica (justiça), interpretá-lo como um direito subjetivo é o dever do Direito como Identidade.

Referências

CARVALHO, Nuno Pires de. *200 Anos do Sistema Brasileiro de Patentes: O Alvará de 28 de Abril de 1809 – Comércio, Técnica e Vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHISUM, D. ; NARD, C. ; SCHWARTZ, H. ; NEWMAN, P. ; KIEFF, F. *Principles of patent law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2004.

CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: Pesquisas de Antropologia*. Trad. Theo Santiago. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1978.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Fernando de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

DE PAULA, Pedro do Carmo Baumgratz. *Uma análise conceitual do instituto da patente*. Juiz de Fora: UFJF, 2009. 40 p. (Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora)

DI BLASI, Clésio Gabriel; GARCIA, Mario Augusto Soerensen; MENDES, Paulo Parente Marques. *A Propriedade Industrial: Os Sistemas de Marcas, Patentes e Desenhos Industriais analisados a partir da Lei nº 9279 de 14 de maio de 1996*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIAFÉRIA, Adriana. *Patente de Genes Humanos e a Tutela dos Interesses Difusos: o Direito ao Progresso Econômico, Científico e Tecnológico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Direito Industrial – Patentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FERES, Marcos Vinício Chein Feres; RIBEIRO MENDES, Brahwlio Soares de Moura. *Direito como Identidade: Estado, Direito e Política*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; de PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivum, 2011.

GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946. v. 1.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. Antonio Manoel Hespanha ; L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

LUÑO PEÑA, Enrique. *Derecho Natural*. 3. ed. Barcelona: La hormiga de oro, 1954.

MACHADO NETO, A. L. *História das ideias jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969.

MARANHÃO, Ricardo (Cord.). *Propriedade Industrial no Brasil: 50 anos de história*. São Paulo: ABAPI, 1998.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Trad. Reginaldo Sant'Anna. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996. v.1.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

SILVEIRA, José Maria Ferreira Jardim da; DAL POZ, Maria Ester; ASSAD, Ana Lucia (Org.). *Biotecnologia e Recursos Genéticos: Desafios e oportunidades para o Brasil*. Campinas: Instituto de Economia/FINEP, 2004.