

REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMATERIAL

Carlo José Napolitano¹

RESUMO

O presente texto é parte integrante de pesquisa em andamento que objetiva investigar a regulação da propriedade imaterial produzida durante o processo constituinte de 87/88. Por hipótese, a pesquisa considera que esses direitos podem ser tratados como direitos fundamentais e também como assuntos econômicos. A intenção da pesquisa é verificar como o processo constituinte definiu esses direitos, como direitos fundamentais ou como direitos econômicos. Para cumprir esses objetivos a pesquisa analisa as propostas e os debates legislativos durante o processo constituinte, relacionados à propriedade imaterial. Nesta comunicação especificamente serão apresentados a regulação constitucional da propriedade imaterial e sua função social.

PALAVRAS-CHAVE: propriedade imaterial; função social da propriedade; regulação jurídica constitucional.

CONSTITUTIONAL REGULATION OF THE SOCIAL FUNCTION OF INTANGIBLE PROPERTY

ABSTRACT

This text is part of ongoing research that aims to verify the constitutional regulation of the intangible property, elaborated by constituent process on 87/88. For hypothesis, the research considers that these rights can be regulated as fundamental rights, but also as economical issues. The intention of the research is verify how the constituent process regulated these rights, as fundamental rights or economical rights. To fulfill to these objectives the research analyzes the legislative proposals and debates during the

¹ Professor Assistente Doutor do Departamento de Ciências Humanas, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, UNESP campus de Bauru.

constituent process, related to the intangible property. In this communication specifically will be presented the constitutional regulation of the intangible property and its social function.

KEYWORDS: intangible property; social function of the property; constitutional legal regulation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo é parte integrante de pesquisa² em andamento que tem como um de seus pressupostos a compreensão de que a atual constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, tem nítido caráter substancial, programática, dirigente, pois ela estipula inúmeras finalidades, objetivos e valores que o Estado e a sociedade brasileira devem concretizar ou pelo menos almejar, sendo um deles valores substantivos almejados durante o processo constituinte a regulação³ do direito à propriedade imaterial.

Nesse sentido, o texto constitucional prevê, para esses direitos, inúmeras regras protetivas, como são exemplos os incisos XXVII e XXIX do artigo 5º que, respectivamente, dispõe que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar e assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, garantindo o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Considera o projeto de pesquisa que a regulação desses direitos garante o acesso à cultura, à educação e à informação, direitos fundamentais do cidadão, no entanto, também configuram normativas de grande conotação econômica, em especial, nesse período de terceira revolução industrial, conhecido por sociedade da informação e por isso parcela significativa da

² A pesquisa intitulada “A regulação da propriedade imaterial na constituinte de 87/88: direito à comunicação, direitos fundamentais e econômicos” conta com o auxílio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

³ O termo regulação está sendo usado no presente trabalho no definição de direitos e deveres, de delimitação do exercício de direitos, de clarificação das suas condições de uso, no intuito de defender a sociedade e o indivíduo contra eventuais maus usos dos direitos (GONÇALVES, 2003, p. 7).

teoria jurídica compreende que esses direitos, no atual estágio do capitalismo mundial, podem ser considerados como mercadorias transacionáveis no mercado global.

Segundo Grau (2003, 114), na sociedade contemporânea

A informação assume a feição de mercadoria econômica – e política – de modo bem peculiar. O fato de as informações estarem acessíveis, ao imediato alcance de todos, não significa tenham elas deixado de consubstanciar um instrumento de poder.

Segundo o mesmo autor citado vivemos nitidamente “em um momento de transformação do modo de produção capitalista, transformação que decorre, fundamentalmente, da revolução da informática”. (GRAU, 1991, p. 52)

Na mesma linha de raciocínio Gonçalves (2003, p. 7) aponta que

uma das características marcantes da sociedade contemporânea é a penetração das novas tecnologias da informação e da comunicação na vida econômica, social e política. Para além dos seus impactes na economia, estas tecnologias vêm afectando profundamente os modos de organização das relações sociais e as condições da realização de valores básicos das sociedades modernas, como a liberdade e a democracia. No centro desta transformação está a afirmação da informação como principal fonte de riqueza ou recurso estratégico na ‘sociedade pós-industrial’ ou ‘sociedade da informação’.

Ainda de acordo com Gonçalves (2003), tem-se que o pensamento social converge para a noção de que as sociedades entraram numa fase nova do seu desenvolvimento, a informação substitui o capital e o trabalho como recursos estratégicos da econômica, as variáveis centrais da sociedade industrial – o trabalho e o capital – são substituídas pelas variáveis centrais da sociedade pós-industrial – a informação e o conhecimento⁴.

Para Comparato (2008, p. 538 e p. 539) o atual estágio do capitalismo está fundado na monopolização do conhecimento e da informação, sendo que “o ideal do capitalismo financeiro

⁴ Dados, informação e saber “são utilizados, muitas vezes de forma indiferenciada, para designar a realidade da informação. Mas o conceito de informação implica, em rigor, um estado de consciência sobre factos ou dados; o que quer dizer que pressupõe um esforço (de carácter intelectual, antes de mais) que permita passar da informação imanente (dos factos ou dos dados brutos) à sua percepção e entendimento, o que implica, normalmente, a sua escolha, tratamento e organização. O conceito de saber transcende esse plano: consiste na capacidade de extrapolar para além dos factos e de retirar a partir deles conclusões originais.” (GONÇALVES, 2003, p. 17).

contemporâneo é a realização de lucros sem produção de bens”, o autor fundamenta essa afirmação indicando que já no fim do século passado

os países industrializados detinham 97% do total das patentes registradas no mundo inteiro. Mais de 80% das patentes concedidas em países subdesenvolvidos têm como titulares empresas sediadas em países desenvolvidos. Daí o extraordinário impulso dado, hoje, ao sistema de propriedade intelectual.

Nesse sentido e seguindo as regras da economia de mercado, que encoraja a produção de informações, segundo Gonçalves (2003, p. 41), a realização desse objetivo passa pelo reconhecimento da informação como bem jurídico e a forma mais adequada para isso “é reconhecer a existência de direitos de propriedade sobre a informação.”

Diante dessa nova configuração do capitalismo internacional, a informação/conhecimento é um bem que o direito quer e deve regular, diante disso, “cabe aos Estados, nas sociedades contemporâneas, uma função de ordenação e regulação das relações sociais e de composição de interesses individuais e sociais” (GONÇALVES, 2003, p. 24), definindo regras para a produção e circulação das informações.

Se de inspiração liberal o Estado protegerá a liberdade de informação, em uma inspiração empresarial protegerá os investimentos feitos, imporá condições para a livre concorrência visando qualidade e diversidade nas informações⁵.

Portanto, a regulação jurídica implica em opções, pois até mesmo em regimes liberais reconhece-se

que o Estado deve intervir na criação das condições e na imposição das restrições às liberdades e direitos individuais, que garantam a defesa de legítimos interesses públicos ou privados; que facultem, designadamente, um acesso geral e equitativo aos meios de comunicação e às fontes da informação necessários à realização dos direitos das pessoas nas esferas, políticas, socio-cultural, económica ou pessoal, ou que defendam o interesse do consumidor dos novos produtos e serviços de informação e de comunicação. Uma questão central consistirá em saber como são definidos os direitos e liberdades e como é delimitada a esfera da liberdade e autonomia privadas em face da esfera de acção colectiva. (GONÇALVES, 2003, p. 24/5)

⁵ A revolução tecnológica resultou na exigência das empresas de um quadro legal claro e estável dessas relações, conforme (GONÇALVES, 2003)

Mesmo considerando que a informação está na fronteira do mercado e da cultura, do econômico e do político, reconhece-se, no entanto, e segundo a UNESCO, que ela não pode ser tratada como simples mercadoria, pois é um bem público (MENDEL, 2009).

Diante disso, um equilíbrio no tratamento da matéria pode ser alcançado pela regulação jurídica estatal, em especial, nos países adeptos da tradição do *civil law*, como é o caso do Estado brasileiro, onde predomina o conceito de ordem pública, ficando a cargo do Estado a formulação de políticas e regras de direito (GONÇALVES, 2003, p. 142), pois a este cabe a função de compor os interesses individuais e sociais (GONÇALVES, 2003, p. 24).

Essa percepção também está presente nos trabalhos de Ascensão (2008a, p. 19 e 22), para quem há um evidente choque de interesses entre o direito de propriedade dos autores de obras criativas e o acesso aos bens culturais, sendo aquele freio inibidor para a expansão desses. Segundo ainda o autor português, o direito autoral, em especial, beneficia muito mais as empresas detentoras dos direitos do que propriamente o criador, tratando-se efetivamente de um direito de proteção aos investimentos. Por essas razões as legislações passaram a dar maior importância a essa regulação.

Ainda para Ascensão (2008b, p. 39), no mundo moderno, a informação passa a ter um aspecto político de fundamental importância, chega a dizer que quem domina a informação domina o mundo, sendo fator de extrema importância na economia moderna.

A compreensão dos direitos de propriedade imaterial, simultaneamente, como mercadoria e como direitos fundamentais pode, potencialmente, gerar um conflito de interesses, o que, por hipótese, acarretou grandes discussões e debates na sua regulação constitucional.

A partir das considerações apresentadas, o projeto de pesquisa em andamento tem por objetivo verificar e interpretar, na perspectiva dogmática e histórica, a regulação constitucional dos direitos relativos à propriedade imaterial durante o processo constituinte de 87/88, no intuito de averiguar eventual choque de interesses econômicos e sociais na produção desses direitos. A hipótese da pesquisa era de que prevaleceu, ao final dos debates constituintes, a concepção desses direitos como direitos econômicos em detrimento a sua compreensão como direitos fundamentais.

O presente trabalho, constitutivo do projeto de pesquisa, tem por objetivo analisar especificamente a regulação constitucional da função social da propriedade imaterial e para tanto

está assim estruturado: apresentação da regulação jurídica da propriedade imaterial; apresentação da regulação constitucional da função social da propriedade imaterial e por fim serão apresentadas breves considerações sobre o assunto.

REGULAÇÃO JURÍDICA DA PROPRIEDADE IMATERIAL

É sabido que a regulação dos direitos relacionados à propriedade imaterial tem duas bases jurídicas internacionais remotas. A União de Paris (1833) e a de Berna (1886). A primeira trata dos direitos sobre a propriedade industrial, a segunda trata dos direitos autorais. As duas passaram por diversas revisões até a presente data.

A regulação jurídica desses direitos, conforme Afonso (2009), somente surge a partir da evolução das tecnologias.

A invenção da prensa por Gutenberg, fato que facilitou a cópia de trabalhos impressos, é considerada uma das razões para a regulação dos direitos de autor pois, para Gonçalves (2003, p. 49), “antes de Gutenberg não existia um conceito claro de propriedade sobre a informação escrita”⁶.

A cópia, até a invenção da prensa, era um expediente extremamente difícil. Naquela época histórica, o detentor de uma obra escrita, por exemplo, detinha o direito de propriedade sobre o corpo material da obra, não havendo distinção entre o corpo e o conteúdo desta. A possibilidade de desmembramento do corpo e do conteúdo é a razão da criação do direito de autorial.

A dicotomia apontada na legislação internacional em relação à propriedade imaterial se justifica tendo em vista as diferenças existentes entre os direitos de autor e os direitos relacionados à propriedade industrial. No entanto, nas duas regulamentações o objeto da lei é regular as relações jurídicas resultantes entre o autor e sua obra. Nesse sentido, qualquer criação intelectual, independentemente da sua qualidade intrínseca merece proteção, no entanto, deve-se ter no mínimo originalidade na obra criada.

⁶ O representante do Escritório de Direitos Autorais, Jaury Nepomuceno de Oliveira (OLIVEIRA, 2010) disse, em entrevista concedida ao coordenador da pesquisa, que a atenção dada aos direitos autorais somente tomou relevo com o desenvolvimento de novas tecnologias, em especial, com a tecnologia digital e pela internet, pois até então, cópias ou reprodução de obras autorais eram extremamente difíceis, no entanto, com o desenvolvimento tecnológico, a cópia de direitos autorais se tornou mais fácil, passando a ter preocupação dos autores e legisladores.

Por essa razão é que nem toda a produção intelectual interessa ao direito de autor. Ademais, não é a ideia que se protege, é sim o suporte ou a forma sob a qual ela está apresentada, pois de acordo com Bittar (1981) não há proteção jurídica da ideia presente na mente do autor, a obra necessariamente deve ser expressa ou estar contida em algum tipo de suporte, tal como o livro, o filme, o CD, a novela, etc.... Nesse sentido, o direito autoral não protege as atividades criativas orais, como por exemplo, uma forma específica de se narrar um jogo de futebol, ou alguma forma de se expressar durante a narração de uma partida.

A ideia não necessariamente precisa ser originalíssima, como também não se preocupa o direito em reconhecer o mérito intelectual ou merecimento substancial da obra criada, pois não há valoração de cunho subjetivista na concessão da proteção. (BITTAR, 1981)

Algumas diferenças entre o direito autoral e a propriedade industrial podem ser apontadas. A primeira visa à satisfação de objetivos estéticos, um apreço ao belo, na segunda o escopo é a utilidade material da coisa, objeto do direito industrial.

Nesse sentido o direito autoral protege a paternidade e a integridade da obra criada, enquanto o direito da propriedade industrial visa à proteção do produto criado.

Outra diferença recorrentemente apontada é a questão dos prazos, enquanto os direitos de autor têm prazos longos os dos direitos industriais são mais exíguos. Essa diferença de prazo se justifica pelo interesse coletivo subjacente a criação intelectual ou industrial, essas são mais necessárias que aquelas, por isso, o prazo é mais reduzido.

Essa dicotomia de tratamento jurídico está presente na legislação brasileira, tanto no âmbito constitucional como no infraconstitucional. O texto constitucional regula a propriedade imaterial em dois incisos do artigo 5º: XXVII que dispõe que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar⁷ e XXIX que assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das

⁷ A redação final desse inciso foi o resultado de um amplo acordo partidário no interior da Assembleia Nacional Constituinte. Em fevereiro de 1988, Deputados Constituintes de vários partidos e de diferentes posições ideológicas apresentam requerimento de fusão de propostas constitucionais aglutinando várias proposições relativas ao tema direito autoral. Esse requerimento foi assinado por representante do Partido dos Trabalhadores, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro, do Partido Liberal e do Partido Trabalhista Brasileiro. Segundo o Constituinte Artur da Távola (PMDB/RJ), o texto, apresentado em comum acordo entre vários partidos, “é fruto de entendimento produtor de um dos textos mais importantes da atual Assembléia Nacional Constituinte”, tratando-se de um “lúcido acordo [...], dos mais ricos que aqui se produziram”.

marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, garantindo o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

A legislação brasileira infraconstitucional regula o tema em três leis ordinárias. Lei 9.279/96, propriedade industrial; Lei 9.609/98, programas de computadores e 9.610/98, direitos autorais.

Nos dias atuais esses direitos passaram a ter uma relevância econômica sem precedentes, assumindo os acordos internacionais um papel de extrema importância.

Na década de 90, do século passado, a Organização Mundial do Comércio estabelece uma regulação internacional sobre a propriedade intelectual, conhecida pela sigla inglesa TRIPS (Acordo sobre aspectos da propriedade intelectual relativos ao comércio) e passa a exercer pressão para que todos os países sigam essa regulação.

Contudo, no plano internacional, existe uma lacuna na regulamentação dos direitos de propriedade nas declarações de direitos humanos recentes. Os pactos internacionais de direitos humanos de 1966 (sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), por exemplo, não trataram do direito da propriedade privada.

Segundo Comparato (2008, p. 282), seria possível identificar duas explicações para esse fato

De um lado, a resistência dos países do bloco soviético em reconhecer a propriedade como direito humano, em contradição a um princípio fundamental do comunismo. De outro, a verificação de que, ao contrário do que sucedia no século XVIII, a propriedade privada já havia, na segunda metade do século XX, deixado de ser o grande instrumento de segurança econômica dos indivíduos diante do poder estatal absoluto.

Entretanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos corrige essa lacuna no artigo 21 prevendo a proteção à propriedade privada, desde que essa atenda a sua função social.

Especificamente sobre a propriedade imaterial o artigo 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais regula o direito à/de participação da vida cultural; desfrutar do progresso científico e suas implicações; beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor; difusão da ciência e cultura.

Deste modo, verifica-se que há uma antiga e ampla regulação dos direitos relacionados à propriedade imaterial, sugerindo-se ainda a internacionalização e padronização na sua regulação jurídica.

Essa internacionalização fica ainda mais evidente em se tratando dos direitos relacionados aos bens informáticos, em especial, os programas de computadores. Como exemplo, tem-se que os EUA tratam os bens informáticos como direitos autorais e os Europeus, pela Convenção de Concessões de Patentes Européias (1973), vetaram a inclusão dos programas de computadores nas criações patenteáveis.

Segundo Afonso (2009, p. 76)

Os países desenvolvidos sempre desejaram que a proteção dos programas de computador fosse realizada mediante os ditames do direito autoral. A despeito deste objeto ser ou não, uma obra literária, ou a ela se assemelhar. Os critérios técnicos-jurídicos sempre foram subsidiários, na verdade, aos interesses econômicos dos produtores de programas de computador.

Nesse sentido, os programas de computador, definidos como uma ideia lógica matemática ou algoritmo, a princípio, não poderiam ser tutelados pelos direitos autorais, no entanto, por pressões internacionais foram reconhecidos como tais (ASCENSÃO, 2007)⁸.

⁸ Nas pesquisas realizadas nos Diários da Assembleia Nacional Constituinte vários relatos de pressão internacional na regulação dos direitos da propriedade imaterial foram observados. Ressalte-se, por exemplo, que até a constituinte de 88 não era permitido, no Brasil, patentear produtos farmacêuticos, somente era possível ter o privilégio legal em relação a processos de produção. Entretanto, países produtores de remédios como os Estados Unidos e Suíça, por exemplos, tinham legislações protetivas a essas criações. Sem dúvida alguma essa foi a grande questão travada nos debates constituintes acerca da propriedade imaterial. Essa questão aparece nos discursos proferidos pelos parlamentares constituintes que fazem referências a pressões de empresas multinacionais e de países, em especial, dos Estados Unidos, anunciando eventuais retaliações caso o Brasil adote medidas protetivas em relação aos fármacos e outros produtos patenteáveis. Mansueto de Lavor (PMDB/PE) aponta tentativa de interferência das multinacionais em assuntos internos de regulação jurídica na área de remédios, dizendo repudiar as “alterações advogadas pelas multinacionais no texto constitucional, [...] lembrando que o aprofundamento dos modernos instrumentos de poder e de domínio em nosso País pode fazer a alegria de *Wall Street* ou da *City* londrina, mas seguramente será negativo para a soberania do Brasil, para nossa cultura e para a qualidade de vida de nosso povo.” A pressão era tamanha que, nos debates, foram mencionadas incursões de matérias em jornais e notas transmitidas pela televisão, todas pagas por grupos multinacionais interessados na regulação jurídica do setor farmacêutico. O interesse, segundo a Constituinte Abigail Feitosa (PSB/ BA), em discurso proferido em julho de 88, existia, pois 85% das receitas obtidas no mercado farmacêutico brasileiro eram dominadas por empresas americanas e europeias. No mesmo período, Fernando Santana (PCB/ BA) informava os colegas deputados constituinte que a pressão americana sobre os constituintes brasileiros era decorrência de uma provocação da *Pharmaceutical Manufacturers Association*, poderosa associação de produtores de medicamentos dos EUA, sobre o governo daquele país, que, objetivando proteger a sua indústria, estava ameaçando de retaliação comercial o Brasil, caso fosse adotada qualquer medida restritiva ao patenteamento de qualquer produto, em especial, dos fármacos.

Ascensão (2007) aponta algumas razões para essa pressão pelo reconhecimento dos bens informáticos como direitos autorais: proteção mais extensa; proteção automática, sem necessidade de revelar a fórmula; a existência da convenção de Berna; desnecessidade de legislação específica, nacional e internacional.

Ademais, na regulamentação internacional há diferenças de tratamento. Há o sistema individual/subjectivo de linhagem europeia e nitidamente francesa que se volta para o criador. E há o sistema comercial, de linhagem americana e inglesa, cujo objetivo volta-se para a obra em si.

No sistema anglo-norte-americano, do *common law* (copyright), há a confusão entre autor e titular do direito, centra-se no direito de exploração e comercialização. No sistema do direito de autor, ou do *civil law*, não há essa confusão, há a proteção individualista em relação ao autor, esse fato explica por que as legislações adeptas da tradição primeiramente apontada não garantem expressamente os direitos morais ao autor.

Ascensão (2008b, p. 28) menciona que a *commow law* preocupa-se com a reprodução, com a cópia, por isso a denominação *copyright*, na terminologia inglesa. Para esse sistema jurídico a cópia tem mais importância que a criatividade, ao passo que na tradição jurídica romanística a proteção dada pela lei refere-se à atividade criativa, dando-lhe dignidade.

Os direitos de propriedade imaterial têm dupla natureza: respeitar o direito do criador e garantir o acesso à criação do espírito. Há desta forma uma tentativa de conciliação do interesse individual como interesse social

Essas diferenças, entretanto, não podem ser consideradas de maneira absoluta tendo em vista a ocorrência de um fenômeno mundial de convergência entre os modelos jurídicos da *common law*, anglo-saxônico, adotado nos EUA, por exemplo, e da *civil law*, romano-germânico (europeu), adotado em nosso país. Alguns trabalhos indicam essa convergência (CAPPELLETTI, 1993; VIANNA et al., 1997 e GONÇALVEZ, 2003).

REGULAÇÃO JURÍDICA CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A constituição brasileira de 1988 dispõe no artigo 5º, capítulo I (direitos e deveres individuais e coletivos), do Título II (dos direitos e garantias fundamentais) que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Deste modo, reconheceu o direito constitucional brasileiro tratar-se o direito de propriedade um verdadeiro direito e uma garantia fundamental. Os incisos do artigo 5º explicitam direitos e deveres relacionados aos direitos fundamental elencados no caput.

Em relação à propriedade dispõe o inciso XXII que é garantido o direito de propriedade, no entanto, já no inciso subsequente está disposto que a propriedade atenderá a sua função social⁹.

A expressão “função social”, relacionada à propriedade, aparece outras 5 (cinco) vezes no texto constitucional, todas elas no Título VII, que dispõe sobre a ordem econômica e financeira.

No capítulo I deste Título, que trata dos princípios gerais da atividade econômica, está disposto (Art. 170) que a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - **função social** da propriedade, dentre outros.

No capítulo II (Da política urbana), o artigo 182, § 2º dispõe que a propriedade urbana cumpre sua **função social** quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

No capítulo III (da política agrícola e fundiária e da reforma agrária), o artigo 184 atribui competência à União para desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua **função social**, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

No artigo 185 que regula a reforma agrária está previsto que as seguintes propriedades não estão sujeitas a tal política de desapropriação: I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II - a propriedade produtiva. O parágrafo único estabelece que a lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua **função social**.

⁹ A fraternidade, a solidariedade e o ideal da justiça distributiva seriam as fundamentações do princípio da função social da propriedade privada e as razões das políticas públicas para garantir amparo e proteção social aos mais fracos (COMPARATO, 2008).

Para o artigo 186 a propriedade rural atinge a sua **função social** quando 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 trabalhadores¹⁰.

Em uma primeira análise, poder-se-ia concluir que o conceito de função social da propriedade não poderia ser aplicado à propriedade imaterial, pois conforme se verifica nos incisos que tratam desses direitos no artigo 5º, não há a menção sobre o atendimento ou não da função social. (XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País).

No entanto, não é essa a boa hermenêutica.

Para os direitos da propriedade industrial, mesmo não havendo referência expressa ao termo função social, no final do inciso XXIX, do artigo 5º, há a menção de que tais direitos sempre terão em vista, ou seja, sempre deverão seguir o intento do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Diante disso, a legislação reguladora desse direito constitucional prevê, dentre outras regras de cumprimento da função social, a possibilidade do licenciamento compulsório, ficando desta forma solucionada essa questão.

Nesse sentido, Storer e Machado (2007, p. 2325) informam que

A licença compulsória é uma licença obrigatória imposta pelo legislador na ocorrência de determinadas situações, e possui caráter sancionador pela inércia do titular da patente em sua exploração ou por sua utilização de forma abusiva, a fim de que se mantenha a finalidade social da propriedade em questão. Observe-se aqui, a preocupação do legislador com a função social do exercício dessa propriedade industrial, pois seu titular tem que explorar sua invenção e

¹⁰ Uma outra proposta de redação para a função social da propriedade foi apresentada na Assembleia Nacional Constituinte de autoria dos constituintes Cristina Tavares e Nelton Friedrich, que objetivava a garantia do direito universal de uso, reprodução e imitação das descobertas científicas e tecnológicas referente à vida, à saúde e à alimentação. Essa proposta, no entanto, foi rejeitada pelo plenário: 236 votos contra, 175 a favor e 14 abstenções.

torná-la, assim, acessível à coletividade, pois caso não o faça, haverá a intervenção do Estado, na pessoa do Estado-Juiz para reprimir ou sancionar essa conduta, interferindo significativamente no seu direito de propriedade em prol da coletividade, do bem comum, objetivos do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Nesse caso, o titular da patente ficara sujeito a licença compulsória se exercer os direitos decorrentes de sua titularidade, de forma abusiva ou a utilizar como meio de praticar abuso econômico, sendo que tais situações deverão ser comprovadas por decisão administrativa ou judicial.

Questão mais difícil de ser analisada é a aplicabilidade ou não do princípio para os direitos autorais.

De acordo com Silva (2010, p. 281/284) o inciso XXIII, do artigo 5º já basta para que todo tipo de propriedade, sem qualquer distinção, seja “intrinsecamente permeada” pelo princípio constitucional da função social da propriedade, configurando um verdadeiro “elemento conformador de uma nova concepção da propriedade”. Para o autor esse princípio “não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade”, pois “estes dizem respeito ao exercício do direito” e aquela, a sua estrutura, constituindo, portanto, “o fundamento do regime jurídico da propriedade”. Conclui o constitucionalista que “com essa concepção é que o intérprete tem que compreender as normas constitucionais”.

O princípio constitucional em comento não pode, deste modo, ter a sua aplicabilidade restrita somente à fruição, como teoriza Bastos (2000, p. 129), bem como, as especificações constitucionais sobre o atendimento da função social da propriedade, previstas no título da ordem econômica, não podem ser consideradas delimitações expressas do texto, como entendem Araujo e Nunes Junior (2001).

Nesse sentido parece que é mais razoável seguir a orientação da aplicabilidade do princípio da função social da propriedade a toda e qualquer espécie de propriedade, seja ela material ou imaterial.

Branco (2007, p. 128) sugere que a propriedade imaterial, em especial, os direitos autorais cumprem a sua função social quando estes necessariamente abrangem “a garantia de acesso ao conhecimento e à educação”, afirmando o autor “que o fundamento das limitações aos direitos autorais encontra-se exatamente no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal brasileira, que prevê a função social da propriedade” (2007, p. 130).

A função social do direito de autor, para Carboni (2008, p. 92) é atingida quando ele é capaz de promover o “desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico” e “não se exaure com

a imposição de limitações legais ao seu exercício”. O autor defende ainda “uma regulamentação mais abrangente da função social do direito de autor, de forma a abarcar não apenas as limitações previstas em lei, mas também outras limitações relativas à estrutura do direito de autor”.

Carboni (2008, p. 101) sugere algumas situações de aplicabilidade do princípio aos direitos de autor dentre elas o exercício abusivo do direito, podendo “caracterizar infração da ordem econômica ou a prática de concorrência desleal”.

A não aplicação do princípio da função social da propriedade aos direitos imateriais é um mecanismo jurídico utilizado para excluir do acesso ao conhecimento e à informação, e até mesmo à educação, de acordo com Branco (2007), os países subdesenvolvidos e a população menos favorecida economicamente.

No mesmo sentido, Comparato (2008, p. 543/4) diz que

O tradicional sistema de propriedade intelectual sobre invenções técnicas constitui um sério obstáculo à justa difusão de novas tecnologias, a todos os povos e a todas as camadas sociais. Quanto criado pelo Monopolies Act de 1624, na Inglaterra, esse sistema visava a combinar o estímulo à invenção privada (pelo direito do inventor ao recebimento de royalties na utilização industrial do invento) com a divulgação de novos conhecimentos técnicos a toda a coletividade, por meio da obrigatória publicação da fórmula ou receita do produto ou processo de produção. Esta a razão pela qual o prazo de duração das patentes foi fixado pela lei inglesa num múltiplo do tempo de formação de aprendizes, numa corporação de ofício: sete anos. O inventor era considerado o mestre de ofícios da comunidade nacional. Hoje, em lugar de bons resultados para toda a comunidade, o sistema de propriedade industrial engendra concentração de poder econômico, com nula ou quase nula difusão de tecnologia. De um lado, grande parte dos avanços tecnológicos é mantida em segredo, sob regime de Know-how.

Compreende-se, desta forma, que a melhor interpretação é aquela que permite a aplicação do princípio em comento também para os direitos da propriedade industrial e para os direitos autorais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, conclui-se para fins dessa pesquisa que a melhor orientação hermenêutica é a proposta por Silva, Branco e Carboni que reconhecem a aplicabilidade do princípio da função social da propriedade para os direitos imateriais, garantindo-se, desta forma, tanto o direito do

criador, bem como o acesso às criações do espírito humano à sociedade em geral, efetivando-se o direito fundamental de acesso à informação e ao conhecimento, bases da moderna economia de mercado.

REFERÊNCIAS

AFONSO, O. *Direito autoral*. Barueri: Manole, 2009.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JUNIOR, V. S. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ASCENSÃO, J. de O. *Direito autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. O direito de autor e a internet. Em particular as recentes orientações da comunidade europeia. In: _____. *Direito da sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008a.

_____. Direito de autor sem autor e sem obra. In: _____. *Direito da sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008b.

BASTOS, C. R. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

BITTAR, C. A. *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: RT, 1981.

BRANCO, S. A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. Número 6, ano 4, 2007. pp. 120/141.

BRASIL. *Diários do Congresso Nacional*. Disponível em:
<<http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp>>. Acesso em: várias datas.

CAPPELLETTI, M. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993.

CARBONI, G. C. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. In: WACHOVICS, M; SANTOS, M. J. P. dos. *Estudos de direito de autor e interesse público*. Florianópolis: Boiteux, 2008.

COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONCALVES, M. E. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

GRAU, E. R. A. *ordem econômica na constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. *Direito posto e pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDEL, T. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2 ed. Brasília: UNESCO, 2009.

OLIVEIRA, J. N. *Entrevista concedida ao autor em 13 de julho de 2010*. Rio de Janeiro, Brasil, 2010.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STORER, A.; MACHADO, E. D. Propriedade industrial e o princípio da função social da propriedade. In: *Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*, Belo Horizonte, 2007, pp. 2320/2332.

VIANNA, L. W; et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.