

**IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E  
DA LIVRE CONCORRÊNCIA SOBRE O  
PERFIL CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL**

**Afonso de Paula Pinheiro Rocha \***

**RESUMO**

O trabalho objetiva apresentar a necessária ponderação e harmonização constitucional que deve ser realizada entre o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência e o próprio sistema constitucional de proteção à propriedade intelectual. Demonstra-se a relevância da livre iniciativa enquanto valor e princípio da ordem econômica e o princípio da livre concorrência é identificada como um corolário do anterior. São apresentados os monopólios constitucionais existentes, que devem ser concebidos em um número exaustivo de hipóteses. Traça-se um breve panorama das teorias justificadores da existência e da forma dos direitos de propriedade intelectual e como o tratamento constitucional e legal está a criar situações equivalentes a monopólios. O trabalho aponta ainda é necessária uma limitação no escopo da proteção conferida aos conferidos aos direitos de propriedade intelectual, sob pena de se estar permitindo a existência de monopólios danosos ao mercado e em contraste com o que preceitua o princípio da livre iniciativa. Nesse contexto, demonstra-se que os direitos de propriedade intelectual devem ser interpretados num prisma relativo aos direitos humanos, tendo em vista o tratamento constitucional interno e as obrigações assumidas em diversos tratados internacionais. Por fim, o trabalho conclui que o princípio da livre iniciativa e livre concorrência devem ser utilizados como diretrizes e eventuais limitadores do âmbito de proteção dos direitos de propriedade intelectual de modo a prevenir o surgimento de monopólios e favorecendo o objetivo constitucional de estimular a inovação e permitir o acesso ao conhecimento.

---

\* Advogado da PETROBRAS. Mestrando em Direito pela UFC. Pós-graduando – MBA em Direito Empresarial pela FGV. Ex-Bolsista CAPES.

**PALAVRAS CHAVES:** MONOPÓLIOS PROPRIEDADE INTELECTUAL; LIVRE INICIATIVA; LIVRE CONCORRÊNCIA

### **ABSTRACT**

The paper attempts to show the necessary constitutional balance that must exist between the principles of free initiative and free competition e the constitutional protection system of intellectual property rights. It demonstrates the relevancy of free initiative as being as much a value as a principle in the economic order and the free competition principle is seen as a corollary of the previous. It shows the existing constitutional monopolies that should be conceived in limited cases. It traces an overview of the theories that justify the existence and the shape of intellectual property rights and how the constitutional and legal regimes are creating monopoly situations. The paper point out that is also necessary a limitation on the scope of intellectual property rights protection or otherwise there would be permitted the existence of harmful monopolies in contrast with the free initiative principle. In this context, it demonstrates that intellectual property rights should be interpreted in a human rights framework, in accordance with the constitutional and international treaties provisions. In the end, the work concludes that the free initiative and free competition principles ought to be used as directives and boundaries in the protection of intellectual property rights as a way to prevent monopolies and preserving and fostering the constitutional goal of stimulating innovation and allowing access to knowledge.

**KEYWORDS:** MONOPOLIES; INTELLECTUAL PROPERTY; FREE INITIATIVE; FREE COMPETITION

### **INTRODUÇÃO**

A ordem constitucional econômica consagra uma série de princípios que por sua própria natureza devem ser aplicados em bloco. Isto é decorrência lógica do princípio da unidade da constituição, o qual propugna que todos os diversos princípios se aplicam em conjunto.

Nesse sentido, “(...) *uma norma constitucional isolada não pode expressar significado normativo se está destacada do sistema. Dessa forma, não há interpretação de textos isolados, e sim de todo o ordenamento constitucional*”<sup>1</sup>.

Assim, a hermenêutica a ser aplicada aos dispositivos da ordem constitucional econômica não deve ser apenas orientada pelos princípios expressamente ali consignados, mas deve se inserir na moldura axiológica de todo o texto constitucional, sofrendo influências dos diversos princípios explícitos e implícitos da constituição.

O objetivo do presente estudo é delinear o princípio da livre iniciativa e verificar suas implicações na seara dos direitos da propriedade intelectual e o reverso, como tais direitos de exclusividade sobre as criações imateriais se compatibilizam com os valores da ordem econômica.

## **1. O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E O COROLÁRIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA**

A idéia de livre iniciativa tanto reflete um valor, como um princípio. Enquanto valor refere-se ao ideal, à busca de uma ordem social aberta e democrática que permita o acesso e permanência e retirada de todos aqueles que desejam desenvolver determinada atividade econômica. Este valor se relaciona com uma idéia de liberdade, de desnecessidade de permissão para atuar no mercado.

Já enquanto princípio, a livre iniciativa adquire um caráter normativo, consubstanciando-se numa norma de elevada abstração que visa exatamente resguardar o “valor livre iniciativa”.

Destarte, a livre iniciativa, com esse duplo perfil, encontra-se consagrada no *caput* do art. 170 da Constituição Federal como um dos princípios fundamentais da ordem econômica. Sendo um dos fundamentos dessa ordem a mesma condicionará a interpretação dos outros nove princípios especificados nos incisos do referido artigo.

O professor José Afonso da Silva assim o concebe:

(...) a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato.

---

<sup>1</sup> BERCOVICI, Gilberto. **O princípio da unidade da Constituição**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 37 n. 145 jan./mar. 2000. p.95-99. p. 97.

Consta do artigo 170 [da Constituição Federal], como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgão públicos, salvo casos previstos em lei.<sup>2</sup>

Por sua vez, temos a posição de André Ramos Tavares, *verbis*:

Além daqueles princípios fundamentais – livre iniciativa e valor social da iniciativa humana – enumerados em seu *caput*, o art. 170 das Constituição relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

**Estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabelecer metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios.**<sup>3</sup> (destaques do trabalho)

O Art. 170 da Constituição da República, portanto, estabelece os princípios gerais da ordem econômica, trazendo garantias para a mesma, como a liberdade de iniciativa do setor privado, mas disciplinando, também, limites a serem seguidos, tendo em vista outros valores constitucionais como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

A livre iniciativa impõe obrigações de cunho negativo e positivo para o Estado. As de perfil negativo relacionam-se com a não intervenção do Estado, salvo nos casos determinados na própria constituição, criando-se e respeitando-se um espaço de autonomia da esfera privada. Já as obrigações de perfil positivo impõem ao ente público

---

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 17ª Edição, São Paulo, Melhoramentos. 2005. p. 767.

<sup>3</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 134.

tomar medidas de modo a assegurar a própria existência e “fertilidade” desse âmbito privado, adotando medidas de estímulo à economia e ao desenvolvimento privado.

O princípio da livre concorrência é por sua vez um corolário da livre iniciativa ou até mesmo uma forma de incidência da livre iniciativa no contexto das relações de concorrência no mercado.

Cumprido perceber que tais princípios incidem sobre o mercado, este, por sua vez deve ser entendido como um sistema de relações, constituídas através do direito, através da circulação eficiente dos recursos econômicos. Num viés normativo, o mercado deve ser eficiente, permitindo uma circulação fluida de bens na economia, permitindo melhor alocação dos recursos. Nesse sentido é elucidativa a lição de Rachel Sztajn:

Na medida em que se entenda mercado como uma instituição que vise a criar incentivos, reduzir incertezas, facilitar operações entre pessoas, fica clara a idéia de que mercados aumentam a prosperidade e, portanto, o bem-estar geral. Intervenções em mercados podem ser tanto reguladoras quanto moderadoras do conjunto de operações neles realizadas. Aquelas são intervenções disciplinadoras de certos mercados, estas as destinadas a corrigir desvios que comprometem o funcionamento do mercado.<sup>4</sup>

Tanto o princípio da livre iniciativa como da livre concorrência, se traduzem em pautas normativas que devem orientar a atuação dos poderes públicos de modo a estimular a concorrência, que do ponto de vista econômico é necessária ao desenvolvimento social.

Os mercados com efetiva concorrência entre os agentes econômicos interessam às sociedades, uma vez que geram competição e, por conseguinte, mantêm os preços próximos ao custo de produção, possibilitando a um maior número de pessoas o acesso ao que é produzido.

Deste modo, a concorrência efetiva enquanto mecanismo de proteção ao consumo e ampliação de acesso aos produtos é o valor salvaguardado em nível constitucional. Sintetiza bem Rachel Sztajn:

Mercados livres, atomizados e concorrenciais, ou de concorrência perfeita, em que a barganha entre ofertantes e adquirentes é comum, são o modelo ideal para troca econômica.

---

<sup>4</sup> SZTAIN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 36.

Por serem atomizados, dificultam aumentos arbitrários de preços, manipulação da oferta e, segundo a teoria econômica, promovem o bem-estar social.<sup>5</sup>

A ordem econômica constitucional adotou então esta postura central de resguardar a concorrência e promover a condições para a efetiva competição.

Esse compromisso constitucional com a promoção da competitividade no mercado implica que o Estado deve reprimir situações patológicas de concorrência, como no caso dos monopólios, que são a antítese da concorrência perfeita.

## 2. OS MONOPÓLIOS CONSTITUCIONAIS

Conclui-se do já exposto que a Constituição não vê com bons olhos a existência de monopólios, todavia, em casos específicos e de interesse à soberania nacional, existem monopólios que não só são permitidos, mas necessários ao atendimento de outros objetivos e valores constitucionais.

O rol explícito de tais monopólios está no art. 177, *in verbis*:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

Além desses monopólios, é importante perceber que existem outros no texto constitucional. Ganhou relevância no cenário atual a questão do monopólio sobre o serviço postal, contestado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46, que questiona dispositivos da lei 6.538/78 e sua não recepção pela Constituição.

---

<sup>5</sup> Idem. p. 47.

Apesar da indecisão no STF, o caso serve para mostrar que existem outros espaços constitucionais para monopólios e um espaço em particular que chega até mesmo ao patamar de um direito fundamental é a questão da propriedade intelectual.

Observe-se, contudo, que a existência de direitos de exclusividade sobre criações do intelecto está a permitir a existência de “monopólios” na seara econômica sem estarem os mesmos insertos nas disposições da ordem social.

Até a carta constitucional de 1946 a proteção das criações intelectuais ainda contava com a possibilidade de pagamento de um prêmio pelo Estado ao inventor ou criador pela vulgarização do invento. No novo cenário constitucional, a proteção passa a se consubstanciar numa restrição da concorrência. Nesse sentido, a síntese:

“...até 1967, as várias Constituições, desde o Império, determinavam que a lei lhes assegurasse privilégio exclusivo e temporário, ou remuneração, como ressarcimento da perda que hajam de sofrer por sua vulgarização (Constituição de 1824, art. 179, inc.26), ou então, na República, o privilégio seria concedido pelo Congresso, consistindo em prêmio razoável, quando houvesse conveniência de vulgarizá-lo (Constituição de 1934, art.113, inc. 13, e de 1946, art. 141, § 17), determinaram os constituintes de 1934 e de 1946, omitindo-se, neste particular, a Carta de 1937, a de 1967, a de 1969 e a 1988. Em 1967, continuando em 1969, a Constituição “retirou a referência à salvaguarda do lado social da invenção, não permitindo mais que o Estado a vulgarizasse mediante pagamento de justo prêmio, ou seja, de acordo com o valor do invento e dos gastos que se ornassem indispensáveis. Em nossos dias, caba somente o instituto da desapropriação, que, aliás, não é privilégio algum, conservando-se apenas o privilégio temporário, retirado o prêmio justo ao inventor.”<sup>6</sup>

Portanto, é fácil verificar que a propriedade intelectual, mesmo que se procure dar um cunho de reconhecimento social aos inventores, o que realmente se está diante é de uma política pública constitucionalmente prescrita. De um mecanismo constitucional de estímulo à criação e ao desenvolvimento.

### **3. DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO MONOPÓLIOS CONSTITUCIONAIS**

---

<sup>6</sup> JUNIOR, J. Cretella *apud* BARBOSA, Denis Borges, **Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual**, Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002.

Por propriedade intelectual deve-se entender a existência de uma série de direitos que protegem tanto a expressão como a inovação consubstanciada num procedimento industrial ou econômico útil à sociedade.

É da convenção da OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual que desponta uma definição internacionalmente aceita do que vem a ser propriedade intelectual. Segundo o art. 2º da convenção, a Propriedade Intelectual é o conjunto de direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas; às interpretações dos artistas intérpretes; aos fonogramas e radiodifusão; às invenções de um modo geral nos mais variados campos do conhecimento humano; aos desenhos, marcas, modelos industriais, bem como aos nomes comerciais; proteção e tutela da concorrência e, finalmente, todo e qualquer outro direito que seja oriundo da atividade intelectual e cognitiva, seja na seara industrial, comercial, artística ou literária.<sup>7</sup>

Entretanto, ainda é necessário e pertinente saber qual a razão para a existência de tais direitos ou mecanismos de proteção às atividades intelectuais.

A doutrina americana nos traz algumas teorias que tem embasado a justificativa da necessidade de um sistema de proteção à propriedade intelectual. Podem-se dividir essas teorias em quatro grandes grupos: teorias do “direito natural”; teorias da “recompensa através de monopólio”; teorias do “incentivo pelos lucros com o monopólio” e teorias de “troca pelos segredos”<sup>8</sup>.

A primeira busca fundamento na existência natural de um direito à “propriedade de uma criação ou invenção”. É uma tese de menor aceitação.

As demais teorias buscam lastro na constatação de que o indivíduo merece compensação em virtude dos gastos com a criação de determinado invento ou obra, de forma proporcional a sua utilidade para a sociedade, bem como de maneira a garantir um incentivo para o contínuo desenvolvimento da tecnologia.

Tais formas de recompensa/incentivo viriam por meio de uma exclusividade temporária sobre a idéia ou invenção, reconhecida pelo Estado. Assim, a maneira mais

---

<sup>7</sup> No original do item (viii) do artigo 2º da convenção: “*intellectual property*” shall include the rights relating to: literary, artistic and scientific works; performances of performing artists, phonograms, and broadcasts, inventions in all fields of human endeavor, scientific discoveries, industrial designs, trademarks, service marks, and commercial names and designations, protection against unfair competition and all other rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic field”.

<sup>8</sup> POPP, Shane M. **The Third Door Is off the Hinges: A Prospective Study on the Effects of the create Act Against Federal Patent Policies**, JOHN MARSHALL REVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW. 597 (2005).

simples, mais barata e mais efetiva para a sociedade garantir os incentivos é conceder e garantir monopólios temporários na forma de direitos exclusivos de patente sobre invenções<sup>9</sup>.

Essa noção de apropriação das idéias, invenções e obras do intelecto não é nova. Na Grécia antiga, contam as histórias de que foi criada uma lei no sentido de que se qualquer confeitoiro ou cozinheiro elaborasse um prato ou uma receita diferente e com um grau diferenciado de excelência, nenhum outro cozinheiro teria direito de repetir tal prato pelo período de um ano. Somente o inventor seria o titular dos lucros havidos com a manufatura da receita pelo mesmo período, exatamente para se criar um estímulo a que outras pessoas pudessem, através de trabalho, pesquisa e atividade inventiva, elaborar um novo prato superior ao primeiro.

Milhares de anos depois, em Veneza, tais princípios ainda estavam vivos. Galileu Galilei, na condição de inventor de um maquinário para a captação de água e irrigação de terra com baixos custos e grande conveniência, peticionou ao Doge a concessão de um privilégio especial para si, seus herdeiros e a quem viessem licenciar o exclusivo direito de se beneficiar da invenção. Argumentou que não era adequado que o seu invento, fruto de intenso trabalho e de grandes custos, fosse transformado em propriedade comum de todos<sup>10</sup>.

O ponto central de justificativa da necessidade de uma garantia jurídica dos direitos da propriedade intelectual é exatamente criar mecanismos que permitam – numa linguagem econômica – internalizar externalidades positivas. Trata-se de uma maneira de garantir uma efetiva viabilidade econômica de determinada atividade de pesquisa e desenvolvimento.

Imaginemos que determinado inventor utilizou grande gama de recursos e tempo para desenvolver um novo produto de maior economia, qualidade e eficiência. Num cenário sem as leis de proteção à propriedade intelectual, os eventuais

---

9 POPP, Shane W. *Idem*.

<sup>10</sup> SHANE M. Popp, 2005, apud Giles S. Rich, The “Exclusive Right” Since Aristotle, Address At the Foundation for a Creative America Bicentennial Celebration—United States Patent and Copyright Laws (May 9, 1990). No original: “Galileo Galelei in Venice as the inventor of a machine for raising water and irrigating land with small expense and great convenience, petitioning the Doge of Venice for a grant what was called a “privilege,” giving him and his heirs, and those he might license, the sole right to make and use his machine, saying in his petition: “it not being fit that this invention, which is my own, discovered by me with great labor and great expense, be made the common property of everyone.”

concorrentes não encontrariam óbices a simplesmente copiar o produto ou a forma de produção, sem ter tido qualquer gasto com tempo ou pesquisa.

Levando a diante esta idéia, teríamos um panorama onde nenhum agente econômico se sentiria motivado a pesquisar ou desenvolver novas idéias, exatamente em virtude de ser mais economicamente desejável esperar que outros tenham os custos de pesquisa e desenvolvimento.

Desta maneira, justifica-se que aquele que se aventura na busca do conhecimento ou da viabilização de uma nova idéia seja recompensado, ou mesmo estimulado, a continuar seu trabalho em virtude da garantia estatal de exclusividade sobre o proveito econômico da idéia ou invento.

Assim, conclui-se que a outorga de direitos de propriedade intelectual em qualquer de suas doutrinas específicas é a tolerância de um monopólio, de uma exclusividade por parte do Estado em favor do indivíduo.

Cumprе consignar o posicionamento de autores como Robert Sherwood, para quem a propriedade intelectual deve ser entendida de forma diversa de um monopólio, pois a propriedade intelectual deve ser antes de ser uma proteção, ser um estímulo ao desenvolvimento humano.

O foco da noção de monopólio é a exclusividade na própria atividade a ser desempenhada, já para a propriedade intelectual o foco é exclusividade de aproveitamento de uma criação intelectual enquanto e nos limites do necessário para promover a inovação. Nesse sentido,

A propriedade intelectual pode oferecer uma vantagem importante, mas não é um monopólio. Num monopólio, especialmente quando for criado por iniciativa governamental, como é freqüente em muitos países comunistas e em desenvolvimento, a empresa, na verdade, não fracassa porque ela é protegida. A propriedade intelectual protege a idéia, a invenção, a expressão criativa, mas não a empresa. No caso da propriedade intelectual, o produto da mente pode fracassar ou ser suplantado no mercado. No caso de um monopólio, é a própria empresa o objeto de proteção.<sup>11</sup>

Consubstanciando tal entendimento temos a posição do ilustre Richard Posner, para quem:

---

<sup>11</sup> SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: EdUsp. 1992. p.61.

(...) uma patente ou um *copyright* conferem um “monopólio” legal para os seus detentores. Esta prática, apesar de comum, é um tanto infeliz, pois confunde a idéia de um direito exclusivo com a idéia de um monopólio econômico. Eu tenho o direito exclusivo ao uso de minha casa, porém não sou um monopolista, nem mesmo se a casa fosse extremamente valiosa. Uma patente ou um *copyright* efetivamente cria uma área de direitos exclusivos, porém se o titular será ou não capaz de usar esses direitos para obter um monopólio depende da existência ou não de bons substitutos para o seu produto (...) <sup>12</sup>

Tais considerações são precisas, porém, estão baseadas na premissa de um correto equilíbrio tanto no escopo como no prazo de proteção que a legislação confere à propriedade intelectual.

Cada uma das doutrinas formadoras do conceito de propriedade intelectual tem experimentado nas últimas décadas uma tendência comum, possivelmente a nota definidora da propriedade intelectual no mundo atual, a expansão.

Quase sem nenhuma exceção o conjunto de direitos outorgados e a duração dos mesmos têm crescido de forma contínua, dramática e em constante aceleração desde o século 18 até o presente. <sup>13</sup>

Dessa forma, sem o devido equilíbrio para a propriedade intelectual, esta está se consubstanciando num próprio empecilho para a atividade criativa e inventiva humana.

Os direitos autorais ao invés de estimularem as criações artísticas estão a permitir um controle exacerbado dos autores sobre trabalhos e conteúdos que inegavelmente já se incorporam ao *pool* cultural comum. As patentes por sua vez, estão a limitar o acesso e o desenvolvimento de tecnologias que poderiam fazer avançar a fronteira do conhecimento humano. Marcas, símbolos e significados são retirados do universo cultural comum, apropriados e revendidos com exclusividade à própria sociedade.

---

<sup>12</sup> POSNER, Richard A., **Transaction Costs and Antitrust Concerns in the Licensing of Intellectual Property**, 4 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 325 (2005), p. 329. No original: “(...) a patent or copyright confers a legal “monopoly” on the patent or copyright holder. This usage, though common, is unfortunate, because it confuses an exclusive right with an economic monopoly. I have the exclusive right to the use of my house, but I am not a monopolist and would not be even if the house were very valuable. A patent or copyright does carve out an area of exclusive rights, but whether the rights holder can use his rights to obtain a monopoly return depends on whether there are good substitutes for his product...”

<sup>13</sup> FISHER, William. **The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas**. Berkman Center. Harvard Law. Disponível: <<http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/iphistory.pdf>>.

De tal modo, os efeitos da propriedade intelectual são utilizados de forma a representar verdadeiros monopólios para determinada atividade ou tipo de produto. Mesmo que a proteção conferida seja à criação intelectual, existindo empresas cuja atividade é exatamente a comercialização desse objeto intelectual, o que o direito criou foi exatamente um monopólio dessa atividade.

A propriedade intelectual ganha ainda mais relevo tendo em vista a mudança de paradigmas na própria economia, que deixa de ser uma economia baseada em bens materiais tangíveis e passa a ser uma *new economy*, onde a força motriz é o valor da informação.

A propriedade imaterial se torna não só uma ferramenta de atuação estratégica das empresas, como também a espinha dorsal de atividades das mais diversas, desde a indústria farmacêutica, indústria do entretenimento e, especialmente, indústrias de tecnologia.

Nesse sentido,

(...) para as empresas a posse do capital físico está se tornando marginal ao processo econômico e até desnecessário e incômodo. Em contraposição, agora a fonte da riqueza é o capital intelectual: conhecimentos estratégicos, marcas, patentes, conceitos, enfim, propriedade intelectual.<sup>14</sup>

Devido a este profundo impacto na economia e no próprio mercado, além de sua própria existência se relacionar com o desenvolvimento, a propriedade intelectual deve ser observada sob a ótica principiológica da ordem social e econômica constitucional.

A exclusividade dos direitos de propriedade intelectual deve ser harmonizada e até mesmo delimitada pelos princípios da ordem econômica dos Estados Democrático-Constitucionais modernos.

Assim sendo, a correta compreensão dos limites de proteção estatal para um direito de propriedade intelectual deve ser encontrada num juízo de proporcionalidade de modo a sopesar os diferentes princípios constitucionais envolvidos, em especial os princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

---

<sup>14</sup> ROVER, Aires J. **O Direito Intelectual e seus Paradoxos.** In ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.* Curitiba: Juruá. 2006. p. 36.

#### 4. PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA E A PROTEÇÃO DAS CRIAÇÕES INTELECTUAIS

Cumprir destacar a forma como o texto constitucional consagra os direitos de propriedade intelectual, utilizando mais de um inciso do artigo quinto:

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**; (grifos nossos)

A localização no artigo quinto é indicativa de que os direitos de propriedade intelectual assumem um perfil de garantias individuais. Além da constituição, temos a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é o documento por excelência na ordem internacional a caracterizar e a indicar que direitos são tidos por direitos humanos, faz referência aos direitos de propriedade intelectual no art. 27, *verbis*:

Artigo 27º

1. **Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.**

2. Todos têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.<sup>15</sup>

Além da declaração, o tema se fez presente no art. 15 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, entrou em vigor no

---

<sup>15</sup> *Universal Declaration of Human Rights*. No original: *Article 27.(1) Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits. (2) Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.*

Brasil em 24 de fevereiro de 1992, sendo promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, *verbis*

Artigo 15 –

1. Os Estados-Partes no presente Pacto **reconhecem a cada indivíduo** o direito de:

a) **Participar da vida cultural;**

b) **Desfrutar o progresso científico e suas aplicações;**

c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

2. As medidas que os Estados-Partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de **assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.**

3. **Os Estados-Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa e à atividade criadora.**

4. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura. (destaques nossos)

Dos dispositivos constitucionais e dos tratados internacionais sobre direitos humanos, percebemos que os direitos de propriedade intelectual possuem um perfil de direitos humanos. Essa primeira ótica indica a existência de um direito subjetivo do autor ou inventor a beneficiar-se economicamente de suas criações.

Uma segunda ótica refere-se à destinação social de tais direitos. O inciso XXIX indica que o privilégio temporário deve ter em vista o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Essa textura aberta do dispositivo remete a toda a principiologia da ordem econômica, especialmente por ser o desenvolvimento econômico que se será orientado, pelos princípios do art. 170 da Constituição Federal.

Portanto, os direitos de propriedade intelectual, ou melhor, a forma como se devem estruturar esses privilégios na legislação se consubstancia num interesse difuso de toda a coletividade.

Há um direito da coletividade de que os privilégios legais atinjam os fins constitucionalmente estabelecidos. Existe um direito da coletividade de que as proteções outorgadas às criações imateriais sejam tantas que venham a inibir o próprio desenvolvimento cultural e tecnológico.

Assim, apesar do dispositivo constitucional indicar que a lei irá definir o escopo e a duração dos direitos de exclusividade existe um limite constitucional implícito que decorre da moldura axiológica da constituição. Há como que uma condição de eficiência mínima, para que os privilégios dos incisos XXVII e XIX se repute constitucionais.

O argumento que aqui se apresenta é que o conteúdo jurídico da expressão: “...*tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*” caracteriza-se como um comando imperativo que vai moldar os limites da proteção à propriedade intelectual.

Tal expressão também está ser uma ponte interpretativa dentro da própria constituição, pois o desenvolvimento tecnológico e, principalmente, o econômico é determinado pelos princípios da ordem econômica.

Os princípios da livre iniciativa e livre concorrência ganham um destaque nessa análise, pois se tratam de opções constitucionais de organização social-econômica. Tratam-se das escolhas do corpo social, criando uma esfera de liberdade de atuação no mercado para que os indivíduos possam atuar na busca de seus interesses e com isso promover o desenvolvimento.

Há uma colisão aparente entre essas duas linhas de princípios constitucionais. A primeira linha de proteção aos criadores, garantindo-lhes exclusividade de utilização e aproveitamento de seus inventos e obras e a segunda, garantindo à coletividade o direito de acesso às atividades econômicas.

O ordenamento jurídico ao produzir a proteção ao detentor de determinada patente, permitindo-lhe impedir que outros utilizem seu invento ou processo para ingressar no mercado e nele atuar, está gerando uma restrição à livre iniciativa. Tal restrição só é constitucional na medida de seu efeito – impulsionar o desenvolvimento econômico e tecnológico.

A necessidade dessa harmonização e ponderação é revelada no próprio acordo TRIPS – *Trade Related Aspects of Intellectual Property*, no âmbito da OMC. No preâmbulo do Acordo, os Estados-membros devem assegurar que as medidas e

procedimentos adotados para a observância dos direitos de propriedade intelectual não podem servir de barreiras ao comércio legítimo.<sup>16</sup>

Apesar de ser direcionada ao contexto de comércio exterior, fica patente que a propriedade intelectual não pode ser utilizada como forma de barreira ao comércio, bem como de novos competidores no mercado.

Mais ainda, há a obrigação de intervenção do Estado de atuar de modo a evitar que se formem monopólios privados, consoante o art. 173, § 4º da Constituição Federal. Esse comando constitucional não deve ser interpretado tão somente a implicar uma postura de repressão *a posteriori* de uma situação de dominação já verificada.

É proposta desse trabalho que a Constituição ao determinar que: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” não está somente determinando um comando de criação de uma lei tal como a Lei 8.884/94 e de um sistema de proteção da concorrência com órgãos como a SDE e o CADE.

O verdadeiro comando constitucional é direcionado à todos os poderes públicos que devem pautar suas atuações de modo a reprimir as situações de restrição da concorrência como forma de consubstanciar o respeito ao princípio da livre-concorrência.

Cogita-se de uma determinação ao legislador infra-constitucional de que o mesmo não só deve criar um corpo legislativo como o da Lei 8.884/94, como deve se abster de criar leis que permitam a concentração de monopólios privados.

Trata-se de uma limitação de ordem constitucional à lei referida nos incisos XIX e XXVII do art. 5º da Constituição. Todo o corpo legislativo referente à propriedade intelectual (Lei de Propriedade Industrial, Lei de Direitos Autorais, Lei do *Software* e demais diplomas normativos) deve ser tal que permita a recuperação dos investimentos realizados com o desenvolvimento de uma nova idéia, bem como estimule novas criações, sem, contudo, estabelecer proteções tão excessivas que venham a gerar monopólios.

Destarte, o princípio da livre iniciativa é um fator de limitação nas políticas públicas relativas à propriedade intelectual. É proposta ainda desse trabalho que o

---

<sup>16</sup> HEINEMANN, Andreas. **Antitruste Internacional e Propriedade Intelectual.** In Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios. RODRIGUES JR, Edson Beas; POLIDO, Fabrício. (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier. 2007. p. 441.

mesmo seja visto como um determinante de uma postura positiva junto ao Estado, para que o mesmo atue na produção de conhecimentos intelectuais, seja detentor de patentes e utilize as mesmas para promover o desenvolvimento social.

O princípio da livre iniciativa poderia ainda ser visto como um fundamento possível para que o Estado, em razão da supremacia do interesse público, “desapropriasse”, mediante indenização adequada, direitos relativos à propriedade intelectual e os colocasse no domínio público.

A livre iniciativa e concorrência possuem severas implicações na propriedade intelectual quando se pensa em termos de acesso ao conhecimento e à informação. O desenvolvimento econômico perpassa pelo acesso e liberdade de utilização do conhecimento humano,

Stiglitz, Amartaya e milhares de outros economistas começaram a notar a correlação perversa entre direito de propriedade intelectual, de um lado, e direito do acesso à informação e ao conhecimento do outro. A hipótese com que trabalhamos é simples: em vez de estar a favor da produção e da disseminação de conhecimento, o direito de propriedade intelectual, quando radicalizado, limita injustamente o acesso à informação e pode se voltar contra o legítimo direito dos povos ao conhecimento.<sup>17</sup>

A sociedade utilizaria essa faculdade para construir sobre esse conhecimento, permitindo um maior acesso ao conhecimento. A propriedade intelectual de propriedade do Estado poderia ainda ser utilizada de forma estratégica para promover o acesso de novos competidores não detentores de uma tecnologia mais avançada, promovendo-se, assim, a concorrência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do presente trabalho foi lançar luz nas possíveis formas de utilizar a carga normativa da ordem econômica, com especial ênfase na livre iniciativa, para moldar a percepção do nosso sistema de propriedade intelectual.

---

<sup>17</sup> FALCÃO, Joaquim. *Apud* BARBOSA, Denis Borges. **Domínio Público e Patrimônio Cultural**. In ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá. 2006. p. 119.

No mundo atual, a propriedade intelectual é essencial para ao funcionamento no mercado, passando a ser uma pauta prioritária nas agendas de política externa e interna das nações que almejam o desenvolvimento.

É necessária a percepção de que o acesso ao conhecimento e a capacidade de se beneficiar do desenvolvimento tecnológico é um direito humano. A livre iniciativa e a livre concorrência convertem-se, então, em comandos que devem ser observados pelo legislador e pelo próprio Estado. A proteção às criações intelectuais deve estar sempre atenta e encontrar seu fundamento de existência no delicado equilíbrio entre o interesse social no estímulo a inovação e acesso ao conhecimento em contraste com a eventual dominação de fato de um determinado mercado decorrente do privilégio legal de exclusividade.

Nessa tensão de valores constitucionais, os princípios da livre iniciativa e concorrência devem ser considerados ao se estabelecer o escopo e duração da proteção às criações do espírito, podem e devem atuar como limitadores e diretrizes na formação de políticas públicas e diplomas legislativos sobre o tema e

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges, **Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual**, Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002.

BARBOSA, Denis Borges. **Domínio Público e Patrimônio Cultural**. In ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá. 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **O princípio da unidade da Constituição**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 37 n. 145 jan./mar. 2000. p.95-99

HEINEMANN, Andreas. **Antitruste Internacional e Propriedade Intelectual**. In *Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios*. RODRIGUES JR, Edson Beas; POLIDO, Fabrício. (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier. 2007.

POPP, Shane M. **The Third Door Is off the Hinges: A Prospective Study on the Effects of the create Act Against Federal Patent Policies**, JOHN MARSHALL REVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW. 597 (2005).

POSNER, Richard A., **Transaction Costs and Antitrust Concerns in the Licensing of Intellectual Property**, 4 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 325 (2005).

ROVER, Aires J. **O Direito Intelectual e seus Paradoxos.** *In* ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.* Curitiba: Juruá. 2006.

SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico.** São Paulo: EdUsp. 1992.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo,** 17ª Edição, São Paulo, Melhoramentos. 2005.

SZTAIN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Atlas, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico.** São Paulo: Método, 2003