

Implementando disposições de Propriedade Intelectual em Instrumentos de Direitos Humanos: Rumo a um novo Contrato Social para a Proteção de Intangíveis.

Implementing provisions of Intellectual Property in Human Rights Instruments: Towards a New Social Contract for Intangible Protection.

Christophe Geiger^{* **}

Resumo:

Apesar da importância crucial da garantia de um justo equilíbrio de interesses no âmbito do Direito de Propriedade Intelectual, ainda falta na maioria esmagadora dos instrumentos de Direitos Humanos uma cláusula “bem pensada” de Propriedade Intelectual. Baseando-se nos resultados de um estudo empírico de cerca de 200

* Professor, Diretor Geral e Diretor do Departamento de Pesquisa do Centro para Estudos Internacionais de Propriedade Intelectual (CEIPI), Universidade de Estrasburgo; Pesquisador Sênior Afiliado ao Instituto Max Planck para Inovação e Concorrência, Munique. O autor é muito grato à Elena Izyumenko, Doutoranda do CEIPI, por sua excelente assistência na pesquisa e fantástico apoio editorial. Este artigo é uma versão traduzida de um capítulo publicado em: Ch. Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* (Cheltenham, UK/ Northampton, MA, Edward Elgar, 2015), p. 661). Este artigo baseia-se em algumas partes em pesquisas anteriormente publicadas pelo autor sobre a função social da propriedade intelectual e a relação entre direitos fundamentais e a PI, em particular: ‘The Social Function of Intellectual Property Rights, Or how Ethics can Influence the Shape and Use of IP law’, in: G.B. Dinwoodie (ed.), *Intellectual Property Law: Methods and Perspectives*, 153 (Cheltenham, UK / Northampton, MA, Edward Elgar, 2014); ‘Intellectual “Property” after the Treaty of Lisbon, Towards a different approach in the new European legal order?’, 32(6) *EIPR* 255 (2010); ‘Intellectual Property shall be protected!?! Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Mysterious Provision with an Unclear Scope’, 31(3) *EIPR* 113 (2009); ‘“Constitutionalising” Intellectual Property Law?’, The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in Europe’, 37(4) *IIC* 371 (2006).

** Tradução: Luca Schirru. Revisão: Denis Borges Barbosa.

constituições nacionais e vários dos principais tratados internacionais e europeus em matéria de Direitos Humanos, este artigo examina como a estrutura constitucional direciona o entendimento e a estrutura da legislação de Propriedade Intelectual. Em particular nele serão examinadas diferentes disposições-modelo para Propriedade Intelectual quando incluídas nos instrumentos de Direitos Humanos e coloca-as no contexto da prática judicial selecionada, de princípios gerais de interpretação jurídica e das regras “quase-constitucionais” de proteção à Propriedade Intelectual. Ao fim serão desenvolvidas várias soluções que poderão ser consideradas no futuro para a construção a nível constitucional de uma cláusula equilibrada e satisfatória para a Propriedade Intelectual, capaz de exprimir através da sua “mera” redação que a Propriedade Intelectual está intrinsecamente vinculada aos interesses da sociedade.

Abstract:

Despite the crucial importance of ensuring a just balance of interests within intellectual property law, a well ‘thought-out’ IP clause is still lacking in an overwhelming majority of human rights instruments. Building upon the results of an empirical study of about 200 national constitutions and several leading international and European treaties on human rights, this article examines how the constitutional framework is guiding the understanding and shape of IP law. In particular, it examines different model provisions for IP included in human rights instruments and puts them in the context of selected judicial practice, general principles of legal interpretation and ‘quasi-constitutional’ rules of IP protection. Several solutions are ultimately advanced which could be envisaged in the future to construct a satisfying and balanced clause for IP at constitutional level, capable of demonstrating by its ‘mere’ wording that intellectual property is intrinsically linked to the interests of society.

O crescente interesse na intersecção da Propriedade Intelectual e Direitos Humanos certamente não é acidental. A proteção da Propriedade Intelectual desenvolveu-se de tal forma que questões éticas fundamentais são cada vez mais envolvidas quando da

concepção de seus contornos, exigindo, portanto, dos agentes envolvidos na elaboração de políticas que considerem opções sociais bastante fundamentais. Ao mesmo tempo o público em geral muitas vezes percebe os direitos exclusivos como potencialmente capazes de afetarem o livre gozo dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais. Como resultado o sistema de Propriedade Intelectual enfrenta atualmente tempos difíceis: ao ser confrontado com o que tem sido muitas vezes descrito como uma grave crise de legitimidade, ele é considerado por muitos como incapaz de garantir um justo equilíbrio entre os interesses envolvidos. Este artigo irá analisar algumas das possíveis raízes desta crise. Em particular será examinado em que extensão as considerações acerca do “equilíbrio de interesses” por trás da proteção da Propriedade Intelectual encontraram (ou não encontraram) o seu caminho nas constituições ou nos instrumentos jurídicos semelhantes pelo mundo afora. Nele será postulado que uma fórmula constitucional equitativa pode remediar as tendências expansivas da Propriedade Intelectual e auxiliar a recuperar a sua legitimidade através de uma reorganização da estrutura legal.

Neste contexto inicia-se este artigo com a descrição de várias razões que tornaram necessária a reflexão sobre uma garantia constitucional adequada de proteção à Propriedade Intelectual (1). Baseando-se nos resultados de um estudo empírico de cerca de 200 constituições nacionais e de vários instrumentos internacionais sobre Direitos Humanos, será examinado em seguida como tal proteção está enquadrada nas constituições em todo o mundo (2). Posteriormente será demonstrado que, apesar da importância crucial de garantia de um justo equilíbrio de interesses no corpo da legislação sobre Propriedade Intelectual, ainda falta em uma maioria esmagadora de instrumentos constitucionais uma cláusula de Propriedade Intelectual ‘bem-pensada’ (2.1.). Em busca de tal cláusula serão examinadas várias disposições constitucionais que poderiam orientar no futuro a reconstrução das bases da proteção da Propriedade Intelectual (2.2). Uma vez que tais disposições são excepcionais, também serão apresentadas algumas opções sobre onde encontrar suporte adicional para estas novas justificativas relacionadas aos direitos dos criadores. Em particular as disposições de Propriedade Intelectual serão contextualizadas no quadro mais amplo da legislação de Direitos Humanos, na prática judicial selecionada e nos princípios gerais de

interpretação jurídica (2.3). Por fim, serão desenvolvidas várias soluções que poderão ser consideradas no futuro para a construção de uma cláusula constitucional satisfatória e equilibrada de proteção à Propriedade Intelectual (2.4). Como conclusão será demonstrado no presente artigo que, apesar das diferenças jurídicas e culturais existentes, já são presentes os fundamentos para a implementação desejável de tal cláusula no âmbito de diferentes textos constitucionais (3).

1. O sistema de propriedade intelectual, os criadores e a sociedade em geral: o contrato social rompido

Diversas razões fazem hoje necessária a reflexão sobre o mandato constitucional para proteção à Propriedade Intelectual. Em primeiro lugar, as razões para a garantia de proteção carecem de clareza: para muitos já não é evidente porque a Propriedade Intelectual é protegida e quais são seus benefícios. Com a mudança gradual para uma economia baseada em produtos de conhecimento e intangíveis, os direitos de Propriedade Intelectual desenvolveram-se progressivamente em um mecanismo de proteção ao investimento. Como resultado, tanto os legisladores nacionais como os internacionais tentaram desenhar novas leis, de tal forma que pudessem oferecer proteção abrangente ao investidor¹. No entanto, o interesse público não pode ser reduzido a interesses econômicos, da mesma forma como o investimento não envolve necessariamente um *input* criativo adicionado e, portanto, um valor social adicionado. Alguns investimentos podem até mesmo gerar consequências negativas quando abusados: a recente crise financeira deixou isso bem claro². As justificativas para a

¹ *Veja*, por exemplo, no que se refere à Europa, os termos de referência de programas de numerosas Diretivas da União Europeia: Considerandos 4 e 10 da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001 sobre a harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e direitos conexos na sociedade da informação (*InfoSoc*), JO n. L167, de 22 de junho de 2001, p. 10; Considerandos 1, 3 e 9 da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril de 2004 sobre a aplicação dos direitos de propriedade intelectual (*IPRED*), JO n. L 195 de 02 de junho de 2004, p. 16; Considerando 5 da Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Outubro de 2012, relativa a determinados usos permitidos de obras órfãs, JO n. L 299 de 27 de Outubro de 2012, p. 5; Considerando 5 da Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006 sobre direito de aluguel e de comodato e certos direitos conexos ao *Copyright* no campo da propriedade intelectual (versão codificada), JO n. L 376, de 27 de dezembro de 2006, p. 28.

² Para uma análise crítica do movimento da Propriedade Intelectual para um mecanismo de proteção ao investimento *ver e.g.* M. Vivant, 'Propriété intellectuelle et nouvelles technologies, À la recherche d'un nouveau paradigme', in: Université de tous les savoirs, Vol. 5, *Qu'est ce que les technologies ?* (Paris, Odile Jacob, 2001), p. 204; C. Geiger, 'The Privatisation of Information by Copyright Law – What Are the Remedies?', in: L.M. Genovese and G. Ghidini (eds.), *Intellectual Property and Market Power: ATRIP Papers 2006-2007* (Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2008), p. 567, at 572;

proteção da Propriedade Intelectual são mais amplas e devem levar em conta certos princípios éticos fundamentais³.

Em segundo lugar, uma vez que o investimento vem gradualmente se transformando na principal razão de proteção, já não resta claro quem deveria ser o (verdadeiro) beneficiário da proteção da Propriedade Intelectual. Os Direitos de Propriedade Intelectual tendem hoje a se tornarem cada vez mais dissociados dos criadores e a beneficiarem ‘grandes corporações, impessoais e antipáticas’⁴. Como os resultados de um recente estudo sobre as percepções dos europeus em relação à Propriedade Intelectual demonstram, mais de quarenta por cento dos cidadãos da União Europeia, quando perguntados sobre quem mais se beneficia com a proteção da Propriedade Intelectual, mencionaram as grandes empresas e artistas famosos⁵, e não criadores ou a sociedade em geral. Como um estudioso afirmou com razão, ‘uma imagem corporativa e econômica domina a cena e toma o centro do palco’⁶. Este é um desenvolvimento alarmante, uma vez que levou muitos usuários a recusarem aberta e deliberadamente o respeito às regras de Propriedade Intelectual⁷, enquanto mais e mais criadores abandonam os modos mais clássicos de proteção, recorrendo aos chamados modelos ‘abertos’, às vezes esquecendo-se em seu protesto que estes sistemas também são

B. Remiche, ‘Marchandisation et brevet’, in: M. Vivant (ed.), *Propriété intellectuelle et mondialisation* (Daloz, Paris, 2004), p. 127, em 128.

³ Para uma discussão detalhada sobre esta questão veja C. Geiger, ‘The Social Function of Intellectual Property Rights, Or how Ethics can Influence the Shape and Use of IP law’, *Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 13-06*, in: G.B. Dinwoodie (ed.), *Intellectual Property Law: Methods and Perspectives*, 153 (Cheltenham, UK/ Northampton, MA, Edward Elgar, 2014); “‘Constitutionalising’ Intellectual Property Law?, The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in Europe’, 37(4) *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)* 371 (2006).

⁴ J.C. Ginsburg, ‘How Copyright Got a Bad Name For Itself’, 26(1) *Columbia Journal of Law & the Arts* 61 (2002), em 61.

⁵ Relatório do IHMI, *European Citizens and Intellectual Property: Perception, Awareness and Behaviour*, Novembro de 2013, p. 66.

⁶ Y. Gendreau, ‘The image of copyright’, 28(4) *European Intellectual Property Review (EIPR)* 209 (2006), em 211.

⁷ Considere, por exemplo, o sucesso dos ‘partidos piratas’. Para uma discussão mais profunda veja J. Phillips, ‘It’s my party and I’ll cry if I want to’, 4(7) *Journal of Intellectual Property Law & Practice (JIPLP)* 451 (2009). Insistindo sobre os benefícios da pirataria veja J. Proschinger, ‘Piracy is good for you’, 14(5) *Entertainment Law Review* 97 (2003).

baseados em regras de Propriedade Intelectual⁸. O sucesso do movimento *open source* oferece um exemplo perfeito.

Ainda, pode ser observada uma constante multiplicação dos Direitos de Propriedade Intelectual⁹. Direitos de Propriedade Intelectual clássicos (como o de autor, patentes e marcas) vêm sendo gradualmente acrescidos por direitos conexos, direitos *sui generis* e direitos de Propriedade Intelectual que não revelam seu nome (como o direito à própria imagem ou os direitos dos organizadores de eventos esportivos), em alguns casos relacionados ao mesmo objeto¹⁰. Essas múltiplas camadas de proteção geram diferentes obrigações de pagamentos a serem cumpridas e proibições a serem superadas.

Finalmente, todas estas tendências resultam em uma retórica muito pouco clara em torno da proteção da Propriedade Intelectual. Uma vez que os direitos de Propriedade Intelectual conferem poderes consideráveis aos agentes econômicos, é tentador usá-los de forma abusiva, em uma maneira de certa forma ‘maximalista’¹¹. Direitos exclusivos vêm sendo gradualmente considerados como ‘direitos de proibir’ ou ‘direitos de sancionar’, servindo às vezes como um espantalho. Isso faz com que a sua aceitação pela opinião pública seja mais difícil, especialmente quando outros valores competitivos

⁸ Ver e.g. S. Dusollier, ‘Les licences Creative Commons: les outils du maître à l’assaut de la maison du maître’, (18) *Propri. intell.* 10 (2006).

⁹ Nesta tendência ver R.M. Hilty, ‘The Expansion of Copyright Law and its Social Justification’, in: C. Heath and K.-C. Liu (eds.), *Copyright Law and the Information Society in Asia* (Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007), p. 1; W. Cornish, ‘The Expansion of Intellectual Property Rights’, in: G. Schriker, T. Dreier and A. Kur (eds.), *Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation* (Baden-Baden, Nomos, 2001), p. 9; R.C. Dreyfuss, D.L. Zimmermann and H. First (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property* (Oxford, Oxford University Press, 2001); P. Gyertyánfy, ‘Expansion des Urheberrechts – Und kein Ende?’, *GRUR Int.* 557 (2002); H. Laddie, ‘Copyright: Over-strength, Over-regulated, Over-rated?’, 18(5) *EIPR* 253 (1996); N.W. Netanel, ‘Why has Copyright Expanded? Analysis and Critique’, in: F. Macmillan (ed.), *New Directions in Copyright Law* (Vol. 5, Cheltenham (UK)/Northampton, MA (USA), Edward Elgar Publishing, 2007), p. 24.

¹⁰ Sobre esta questão veja C. Geiger, ‘The Right to the Image of One’s Own Property on the Run: Has the Brake Finally Been Pulled on the Privatisation of the Public Domain?’, 36(6) *IIC* 706 (2005). Para uma discussão detalhada sobre a monopolização indireta da informação pela expansão dos direitos de propriedade intelectual veja C. Geiger, *Droit d’auteur et droit du public à l’information* (Litec, Paris, 2004), at 274; ‘The Privatisation of Information by Copyright Law’, nota 2 *supra*.

¹¹ Para um comentário crítico sobre essa tendência veja A. Peukert, ‘Intellectual property as an end in itself?’, 33(2) *EIPR* 67 (2011); C. Geiger, ‘Intellectual Property and Constitutional Law in the EU after the Treaty of Lisbon: Time to Revise Art. 17 (2)’, Artigo apresentado no 32º Congresso Anual ATRIP sobre o tópico ‘*Is Intellectual Property a Lex Specialis?*’, University de Oxford (Reino Unido), 25 de junho de 2013; ‘The Future of Copyright in Europe: Striking a Fair Balance between Protection and Access to Information’, 1 *Intellectual Property Quarterly (IPQ)* 1 (2010); e ‘Intellectual Property shall be protected!? Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Mysterious Provision with an Unclear Scope’, 31(3) *EIPR* 113 (2009).

são ignorados. A questão do acesso aos medicamentos genéricos para o combate a epidemias em países em desenvolvimento é um dos exemplos mais marcantes¹².

Torna-se assim urgente legitimar o Direito de Propriedade Intelectual de uma nova forma. Isto poderia ser alcançado ao fornecer ao sistema um novo fundamento, capaz de ajudar o público em geral a aceitar e respeitar os Direitos de Propriedade Intelectual com mais disposição. Isso também deverá ajudar a combater e mitigar certas tendências expansionistas na legislação em vigor e, mesmo podendo não ser suficiente, a equipar os juízes com um instrumento legal para 'dar forma ao sistema', a fim de evitar uma aplicação inflexível dos direitos de Propriedade Intelectual.

Uma cláusula constitucional sobre Propriedade Intelectual garantindo que os direitos exclusivos sejam conciliados com os outros interesses de importância fundamental (isto é, que eles cumpram com a sua função social)¹³ poderia vir a permitir a combinação de todos os recursos do 'contrato social' entre o criador e o público de uma maneira equitativa¹⁴.

2- Direitos humanos - a solução?

2.1 A ambiguidade da estrutura constitucional global para a Propriedade Intelectual e as suas consequências

Para alcançar soluções equilibradas pode ser útil começar com um exame da estrutura da legislação constitucional já existente e referente aos Direitos de Propriedade Intelectual, como encontrada em diversas constituições ou instrumentos de Direitos Humanos similares em todo o mundo.

¹² Sobre o conflito entre Propriedade Intelectual e Direito à saúde ver D. Matthews, 'Right to health and patents', publicado em: Ch. Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* (Cheltenham, UK/ Northampton, MA, Edward Elgar, 2015) .

¹³ Para uma discussão mais aprofundada sobre a função social da propriedade intelectual ver C. Geiger, 'The Social Function of Intellectual Property Rights', nota 3 *supra*; 'La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle', (9) *Recueil Dalloz* 510 (2010).

¹⁴ Ver C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, nota 10 *supra*, em 27.

Um estudo minucioso de tais documentos revela que, apesar da importância crucial da garantia de um justo equilíbrio de interesses dentro da legislação de Propriedade Intelectual, ainda falta uma cláusula ‘bem-pensada’ de Propriedade Intelectual na maioria esmagadora dos textos constitucionais.

2.1.1. Disposições de Propriedade Intelectual em constituições nacionais

Primeiro de tudo, os direitos de Propriedade Intelectual não são sequer mencionados em mais da metade das constituições nacionais¹⁵. Assim sendo, na ausência de normas jurídicas autônomas, eles são ‘sem mais’ agrupados ao abrigo da disposição geral de propriedade, sem que qualquer diferenciação seja feita entre o direito à propriedade como tal e o direito à ‘propriedade’ intelectual¹⁶. Enquanto isso, ao simplesmente reduzir a Propriedade Intelectual ao ‘seu caráter de direito de propriedade ou, o que dá no mesmo, a um direito exclusivo’¹⁷, consolida-se a ideia da Propriedade Intelectual como um monopólio, criando, assim, a percepção errônea de que o objetivo primordial do direito seria recompensar os titulares dos direitos, ao invés de promover o progresso cultural ou científico¹⁸. Além disso, essa abordagem também obscurece o fato de que o Direito de Autor, por exemplo, tem uma dimensão moral que visa salvaguardar a ligação pessoal entre os autores e suas criações, assim pelo menos nos países com

¹⁵ Esta é a situação nos seguintes países: Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Romênia, Reino Unido, Andorra, Bósnia e Herzegovina, Islândia, Monaco, Noruega, San Marino, Suíça, Belize, Dominica, Jamaica, Panamá, Argélia, Botswana, Camarões, Chade, Gâmbia, Mali, Marrocos, Namíbia, Níger, Senegal, África do Sul, Zâmbia, Zimbábue, Bangladesh, Camboja, China, Indonésia, Iraque, Israel, Japão, Jordânia, Cazaquistão, Líbano, Paquistão, Arábia Saudita, Singapura, Uzbequistão, Iêmen, Nova Zelândia, Papua Nova Guiné, Ilhas Salomão e muitos outros.

¹⁶ Neste momento apenas o aspecto constitucional deverá ser considerado, pois, no que toca o direito privado, o tratamento da Propriedade Intelectual como propriedade sempre foi discutido intensivamente em determinadas jurisdições (especialmente no que diz respeito à legislação de Direito de Autor). Devido a este fato essa discussão não deve ser retomada aqui.

¹⁷ A. Dietz, ‘Constitutional and Quasi-Constitutional Clauses for Justification of Authors’ Rights (Copyright) – From Past to Future’, 6 *Zbornik Hrvatskog Društva za Autorsko Pravo* 1 (2005), em 3. Ver ainda C.J. Craig, *Copyright, Communication and Culture: Towards a Relational Theory of Copyright Law* (Cheltenham, UK/ Northampton, MA, Edward Elgar, 2011), em 218; M.A. Carrier, ‘Cabining Intellectual Property through a Property Paradigm’, 54(1) *Duke Law Journal* 1 (2004); L.R. Patterson, ‘Free Speech, Copyright and Fair Use’, 40(1) *Vanderbilt Law Review* 1 (1987), em 9.

¹⁸ Para uma excelente explicação por que isso não deveria ser assim veja a decisão histórica da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), em 349-350

tradição continental de direitos de autor¹⁹. Finalmente, ao igualar incondicionalmente a proteção à Propriedade Intelectual com o direito constitucionalmente garantido à propriedade, desconsidera-se a ideia de que - a partir do ponto de vista dos Direitos Humanos - nem todos os interesses econômicos merecem proteção²⁰, mas somente aqueles que ‘contribuem para o gozo do direito a um nível de vida adequado [art. 11, par. 1 (PIDESC)]’.²¹ De fato, ao contrário dos direitos econômicos tradicionais em um sistema de *copyright*, os interesses materiais [protegidos pela legislação de Direitos Humanos] não estão vinculados aos objetivos de eficiência do mercado e utilitarismo²².

Curiosamente, os Estados que incorporam disposições expressas de Propriedade Intelectual em seus textos constitucionais muitas vezes não situam os direitos dos criadores no âmbito da propriedade, como poderia ser esperado²³. De forma bastante diferente, eles alocam cláusulas de Propriedade Intelectual à garantia fundamental da liberdade das artes e ciências²⁴. No entanto, mesmo dentre aquelas constituições que se

¹⁹ Veja A. Dietz, ‘The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries’, 19 *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts* 199 (1995).

²⁰ K.D. Beiter, ‘The right to property and the protection of interests in intellectual property – a human rights perspective on the European Court of Human Right’s decision in Anheuser-Bush Inc v Portugal’, 39(6) *IIC* 714 (2008), em 717. Veja também P. Yu, ‘Ten Common Questions about Intellectual Property and Human Rights’, 23 *Georgia State University Law Review* 709 (2007), em 732.

²¹ Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), *General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Par. 1 (c) do Pacto)*, 12 de janeiro de 2006, E/C.12/GC/17, par. 15.

²² M. Wong, ‘Toward an Alternative Normative Framework for Copyright: from Private Property to Human Rights’, 26 *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* 775 (2009), em 813

²³ De fato, apenas alguns países adotam referências definitivas para os Direitos de Propriedade Intelectual no âmbito do direito à propriedade constitucionalmente salvaguardado: veja Artigo 34 da Constituição de Liechtenstein de 1921; Artigo 9 da Constituição da Moldávia de 1994; Artigo 17 da Constituição da Argentina de 1853; Artigo 103 da Constituição de El Salvador de 1983; Artigo 38 da Constituição do Haiti de 1987; Artigo 8 da Declaração Constitucional Provisória da Líbia de 2011; Artigo 41 da Constituição Tunisiana de 2014.

²⁴ Para exemplos de disposições constitucionais incorporando a Propriedade Intelectual no âmbito da liberdade das artes e ciências, veja Artigo 54 (3) da Constituição Búlgara de 1991; Artigo 69 da Constituição Croata de 1990; Artigo 34 (1) da Carta dos Direitos Fundamentais Tcheca de 1993; Artigo 113 da Constituição da Letônia de 1922; Artigo 42 da Constituição Lituana de 1992; Artigo 43 (1) da Constituição Eslovaca de 1992; Artigo 42 da Constituição Portuguesa de 1976; Artigo 36 da Constituição Armênia de 1995; Artigo 44 (1) da Constituição Russa de 1993; Artigo 73(2) da Constituição da Sérvia de 2006; Artigo 58 da Constituição Albanesa de 1998; Artigo 64 da Constituição Turca de 1982; Artigo 2 (8) da Constituição do Peru de 1993; artigo 98 da Constituição da Venezuela de 1999; Artigo I, seção 8, cláusula 8 da Constituição dos EUA de 1787; Artigos 125 e 127 da Constituição da Nicarágua; Artigo 29 da Constituição do Congo de 2002; Artigo 46 da Constituição da República Democrática do Congo de 2006; Artigo 94 da Constituição de Moçambique de 2004; Artigo 26 da Constituição de Madagascar de

referem explicitamente à proteção dos Direitos de Propriedade Intelectual, seja no âmbito da proteção da liberdade de artes e ciências, com uma garantia geral de propriedade ou, ainda, como uma disposição ‘independente’ e autônoma de Propriedade Intelectual, os casos em que a proteção apresenta-se de uma forma equilibrada são exemplos bastante excepcionais. De fato, a grande maioria das constituições nacionais falha na transmissão dos aspectos sociais do Direito de Propriedade Intelectual através de suas cláusulas, não os transmitindo de maneira suficiente, não abarcando as limitações expressas daquele. Muitas vezes elas não identificam os beneficiários da proteção garantida, contribuindo para uma maior dissociação entre os direitos de propriedade intelectual e os criadores. Além disso, uma quantidade substancial de constituições nacionais não fornece qualquer conteúdo elaborado do direito protegido: algumas referem-se apenas a tipos específicos de Propriedade Intelectual (com mais frequência – Direito de Autor) negligenciando os outros²⁵. Finalmente, uma série de disposições constitucionais de Propriedade Intelectual consagram o princípio do direito exclusivo, o que dificulta uma certa flexibilidade na proteção dos interesses do criador²⁶: porque é imperativo que a Propriedade Intelectual tome a forma de um direito exclusivo, outras formas, como licenças legais ou outras disposições legais que assegurem uma remuneração justa para os criadores, o que na prática e em alguns casos pode ser mais favorável do que a garantia de direitos exclusivos, tendem a ser mais difíceis de se implementar.

2.1.2 Disposições de Propriedade Intelectual em instrumentos supranacionais de Direitos Humanos

1992; Artigo 47 da Constituição do Afeganistão de 2004; Artigo 49 da Constituição do Quirguistão de 2010; Artigo 16 da Constituição da Mongólia de 1992; Artigo 22 da Constituição da República da Coreia de 1948; Artigo 40 da Constituição do Tajiquistão de 1994; Artigo 60 da Constituição do Vietnã de 1992; Parte 9, Seção 86 da Constituição da Tailândia de 2007.

²⁵ Para exemplos de disposições referentes exclusivamente ao Direito de Autor veja o Artigo 16 da Constituição sueca de 1974; Artigo 34 da Constituição de Liechtenstein de 1921; Artigo 58 da Constituição Albanesa de 1998; Artigo 54 da Constituição de Cabo Verde de 1992; Artigo 15 (e) da Constituição da Libéria de 1984. Para exemplos de cláusulas de Propriedade Intelectual limitadas ao direito de autor e patentes ver, *inter alia*, a Seção 91 da Lei Constitucional do Canadá de 1867; os Artigos 51 e 55 da Constituição Etíope de 1994 e o Artigo 16 da Constituição da Mongólia de 1992.

²⁶ Ver e.g. Artigo 5, parágrafo 27 da Constituição Federal Brasileira de 1988; os Artigos 47 e 121 da Constituição da Costa Rica de 1949; o Artigo 17 da Constituição da Argentina de 1853; o Artigo 52 da Constituição da República Dominicana de 2010; Artigo 108 da Constituição de Honduras de 1982; o Artigo 110 da Constituição do Paraguai de 1992 e o Artigo XIV, Seção 13 da Constituição das Filipinas de 1987.

Além das constituições nacionais, os fundamentos constitucionais atuais do Direito de Propriedade Intelectual a nível dos textos constitucionais regionais ‘supranacionais’ também merecem uma análise mais aprofundada. Na Europa aqueles são representados pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)²⁷ e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta da UE)²⁸, enquanto a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem²⁹, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)³⁰ e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP)³¹ referem-se às regiões norte-americana e africana, respectivamente.

Uma leitura da CADH e da CADHP não revela quaisquer referências visíveis aos Direitos de Propriedade Intelectual. No entanto e no que toca ao primeiro instrumento, ele foi complementado em 1988 pelo Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³², incorporando por meio de seu Artigo 14 (Direito aos Benefícios da Cultura) ‘a proteção de interesses morais e materiais’ dos autores. Redação semelhante acompanha o Artigo 13 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que encapsula o direito à proteção dos interesses morais e materiais do autor no âmbito do direito aos benefícios da cultura. Embora

²⁷ Conselho da Europa, *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de acordo com as alterações introduzidas pelos Protocolos nos. 11 e 14*, 4 de novembro de 1950, ETS 5. Sobre as recentes discussões a cerca do "papel constitucional" do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ver S. Greer and L. Wildhaber, 'Revisiting the Debate about "constitutionalizing" the European Court of Human Rights', 12(4) *Human Rights Law Review* 655 (2012); F. de Londras, 'Dual Functionality and the Persistent Frailty of the European Court of Human Rights', (1) *European Human Rights Law Review* 38 (2013); X. Groussot and E. Gill-Pedro, 'Old and new human rights in Europe: the scope of EU rights versus that of ECHR rights', in: E. Brems and J. Gerards (eds.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (Cambridge University Press, 2014), p. 232.

²⁸ União Europeia, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, 7 de Dezembro de 2000, JO n.º C 83 de 30 de Março de 2010, p.389

²⁹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, 02 de maio de 1948, Res OEA. XXX, adotada pela Nona Conferência Internacional dos Estados Americanos, reimpresso em Documentos Básicos em Matéria de Direitos Humanos no Sistema Interamericano, OEA/Ser.L/V/I.4 Rev. 9 (2003).

³⁰ Organização dos Estados Americanos, *Convenção Americana sobre Direitos Humanos ("Pacto de San José)*, Costa Rica, 22 de Novembro de 1969, 1144 UNTS 123.

³¹ Organização de Unidade Africana, *Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos ("Carta de Banjul")*, 27 de junho de 1981, 1520 UNTS 217.

³² Organização dos Estados Americanos, *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ("Protocolo de São Salvador")*, 17 de novembro de 1988, OASTS No. 69.

originalmente em forma de declaração, e não na forma de tratado juridicamente vinculante, tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconheceram que a 'Declaração Americana é hoje uma fonte de obrigações internacionais para os Estados membros da OEA'³³.

Do outro lado do Atlântico, a situação é bem diferente. No âmbito da CEDH e uma vez que nela não consta nenhuma cláusula específica de Propriedade Intelectual, a propriedade intelectual recai, ainda que não explicitamente, no âmbito geral da proteção à propriedade prevista no Artigo 1 do Protocolo Adicional à Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais³⁴. De fato, nos últimos anos o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) vem gradualmente vinculando diferentes Direitos de Propriedade Intelectual à disposição da Convenção sobre propriedade³⁵, sendo o escopo de tal proteção às vezes muito amplo. O caso mais indicativo nesse sentido foi provavelmente o *Anheuser-Busch*³⁶, onde a proteção do

³³ *Veja Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, Parecer Consultivo OC-10/89, 1989 Corte Interamericana de Direitos Humanos. (ser. A.) No. 10, PP 35-45 (14 de julho de 1989). *Veja* também R. Balleste, 'The Earth Alliance Constitution: International Human Rights Law and Babylon 5', 10 *Florida Coastal Law Review* 33 (Fall 2008), em 58; e T. Buergenthal, 'The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court', 79 *American Journal of International Law* 1 (1985), em 7-8.

³⁴ *Ver e.g.* A.R. Coban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights* (Ashgate, Aldershot, 2004), p. 149; M. Carss-Frisk, *The Right to Property: A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 4 (Strasbourg, Council of Europe, 2001), em 6; D.J. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick and E. Bates, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights* (2nd ed., OUP, Oxford, 2009), em 655 *et seq.*

³⁵ *Veja e.g.* no domínio do *copyright*: TEDH, *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* (dec.), no. 40397/12, 19 de fevereiro de 2013, não declarada; 44(6) *IIC* 724 (2013); TEDH, *Ashby Donald and Others v. France*, no. 36769/08, 10 de janeiro de 2013, não declarada; *IIC* (2014) (a ser publicada); TEDH, *Balan v. Moldova*, no. 19247/03, 29 de janeiro 2008, não declarada; TEDH, *Melnychuk v. Ukraine* (dec.), no. 28743/03, 5 de julho de 2005, Reports of Judgments and Decisions 2005-IX; TEDH, *Dima v. Romania* (dec.), no. 58472/00, 26 de maio de 2005, não declarada; Comissão de Direito Humanos, *Comissão Europeia de Direitos Humanos, EcommHR, Aral, Tekin and Aral v. Turkey* (dec.), no. 24563/94, 14 de janeiro de 1998, não declarada; Comissão Europeia de Direitos Humanos, *EcommHR, A.D. v. the Netherlands* (dec.), no. 21962/93, 11 de janeiro de 1994, não declarada. No domínio das marcas: TEDH, *Paeffgen GmbH v. Germany* (dec.), nos. 25379/04, 21688/05, 21722/05 e 21770/05, 18 de setembro de 2007, não declarada; TEDH, *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* [GC], no. 73049/01, 11 de janeiro de 2007, Reports of Judgments and Decisions 2007-I. No domínio da lei de patentes: Comissão Europeia de Direitos Humanos, *ECommHR, Lenzing AG v. the United Kingdom* (dec.), no. 38817/97, 9 de setembro de 1998, não declarada; Comissão Europeia de Direitos Humanos, *ECommHR, Smith Kline & French Lab. Ltd. v. the Netherlands* (dec.), no. 12633/87, 4 de outubro de 1990, Decisions and Reports 66, p. 70. Para uma análise detalhada da jurisprudência de Propriedade Intelectual do TEDH, *veja* L.R. Helfer, 'The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights', 49 *Harvard International Law Journal* 1 (2008); D.S. Welkowitz, 'Privatizing Human Rights? Creating Intellectual Property Rights from Human Rights Principles', 46 *Akron Law Review* 675 (2013).

³⁶ TEDH, *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* [GC], *id.* Para um excelente comentário sobre o caso *veja* K.D. Beiter, 'The right to property and the protection of interests in intellectual property', nota 20 *supra*;

Artigo 1 do Protocolo Adicional foi estendida a ‘meros’ pedidos de registro de marcas. Além disso, sendo o Artigo 1 do Protocolo Adicional a única disposição da Convenção aplicável a pessoas jurídicas, o caso incentivou empresas a invocarem os seus direitos ‘humanos’ como uma justificativa para uma proteção mais forte da Propriedade Intelectual³⁷. Esta tendência do Tribunal de Estrasburgo, de garantir a proteção prevista na Convenção de forma gradual e ‘geral’ para toda a gama de Direitos de Propriedade Intelectual regularmente reconhecidos³⁸, pode ser considerada problemática em vista da adesão prevista da União Europeia à CEDH, como resultado da entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 1 de Dezembro de 2009³⁹. De fato, isso poderá nutrir uma concepção maximalista de Propriedade Intelectual na prática do Tribunal. Além disso, ela poderá apoiar uma retórica indiferenciada por parte de grandes corporações de proteção supra legislativa de Direitos Humanos para a Propriedade Intelectual, em detrimento da barganha social inerente a esses direitos.

No que se refere a outras mudanças introduzidas pelo Tratado de Lisboa⁴⁰, uma das mais importantes dentre aquelas relevantes ao contexto deste artigo é, sem dúvida, o

J.W. Reiss, ‘Commercializing Human Rights: Trademarks in Europe After Anheuser-Busch v. Portugal’, 14(2) *Journal of World Intellectual Property* 176 (2011); B. Goebel, ‘Trademarks as Fundamental Rights – Europe’, 99 *The Trademark Reporter* 931 (2009).

³⁷ Para uma análise da tendência de vincular o Direito Humano à propriedade de corporações, para assim dar suporte aos seus interesses relacionados à Propriedade Intelectual veja L.R. Helfer and G.W. Austin, *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface* (Cambridge University Press, 2011), em 61-64.

³⁸ Veja K.D. Beiter, ‘The right to property and the protection of interests in intellectual property’, nota 20 *supra*, em 717.

³⁹ Artigo 6 (2) do Tratado da União Europeia (TUE), conforme alterado pelo Artigo 1(8) do Tratado de Lisboa (União Europeia, *Tratado de Lisboa alterando o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia*, 13 de dezembro de 2007, JO no. C 306 de 17 de Dezembro de 2007, p. 1). Para os últimos desenvolvimentos sobre a questão da futura adesão da UE à CEDH consulte *Draft Agreement on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, acordado na quinta reunião de negociação entre o grupo de negociação ad hoc do Comitê Diretor de Direitos Humanos (CDDH) e a Comissão Europeia (relatório final ao CDDH, 47+1(2013)008rev2, 3-5 Abril de 2013). Para uma análise desta questão consulte o excelente artigo de J. Polakiewicz, ‘EU law and the ECHR: will the European Union’s accession square the circle?’, 6 *European Human Rights Law Review* 592 (2013); veja também S.A. de Vries, ‘EU and ECHR: Conflict or Harmony?’, 9(1) *Utrecht Law Review* 78 (2013); T. Lock, ‘End of an Epic? The Draft Agreement on the EU’s Accession to the ECHR’, 31(1) *Yearbook of European Law* 162 (2012).

⁴⁰ Para mais detalhes sobre esta questão veja C. Geiger, ‘The construction of intellectual property in the European Union: searching for coherence’, in: C. Geiger (ed.), *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives* (EIPIN Series, Vol. 1, Cheltenham, UK / Northampton, MA, Edward Elgar, 2013), p. 5.

fato da Carta da UE (mais um instrumento supranacional definindo os fundamentos da ordem jurídica europeia) ter adquirido ‘o mesmo valor jurídico que os Tratados’ tornando-se, assim, parte do direito primário da União Européia⁴¹.

Em contraste com a CEDH, a Carta explicitamente prevê a Propriedade Intelectual em seu catálogo de direitos fundamentais. Assim, o Artigo 17, em seu primeiro parágrafo, ao lidar com o direito geral à propriedade, também contém um segundo parágrafo especificando, de uma forma um tanto lacônica, que ‘é protegida a propriedade intelectual’⁴². É de se admitir ser a redação do Artigo 17 (2) surpreendente⁴³. Primeiro de tudo, ela estranhamente ‘eleva’ um direito econômico ‘comum’ ao nível constitucional Europeu. De acordo com os documentos preparatórios da Carta, a Propriedade Intelectual beneficiou-se de uma menção em separado ‘em razão de sua crescente importância e legislação secundária da Comunidade’⁴⁴. Comentários sobre a Carta procedidos pela Rede de Peritos Independentes em Direitos Fundamentais (“*Network of Independent Experts on Fundamental Rights*”) estabelecida pela Comissão Europeia explicam que a ‘elevação’ desta última para o catálogo de direitos fundamentais é justificada pela atividade significativa da Comissão no domínio da

⁴¹ Artigo 6 (1) do TUE, conforme alteração dada pelo Artigo 1(8) do Tratado de Lisboa, nota 39 *supra*. Ver, de maneira geral, S. Douglas Scott, ‘The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon’, 11 *Human Rights Law Review* 645 (2011); S. Peer, ‘The Rebirth of the EU’s Charter of Fundamental Rights’, 13 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 283 (2010–11); D. Denman, ‘The Charter of Fundamental Rights’, 4 *European Human Rights Law Review* 349 (2010); X. Groussot and L. Pech, ‘Fundamental Rights Protection in the European Union Post Lisbon Treaty’, *Foundation Robert Schuman Policy Paper*, No. 173 (2010).

⁴² Sobre esta disposição veja C. Geiger, ‘Intellectual Property shall be protected!?’ , nota 11 *supra*; ‘Intellectual “Property” after the Treaty of Lisbon, Towards a different approach in the new European legal order?’, 32(6) *EIPR* 255 (2010). Veja também J. Griffiths and L. McDonagh, ‘Fundamental Rights and European Intellectual Property Law – The Case of Art 17(2) of the EU Charter’, in: C. Geiger (ed.), *Constructing European Intellectual Property*, nota 40 *supra*, p. 75; J. Drexler, ‘Constitutional Protection of Authors’ Moral Rights in the European Union – Between Privacy, Property and the Regulation of the Economy’, in: K.S. Ziegler (ed.), *Human Rights and Private Law, Privacy as Autonomy* (Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007), p. 159; T. Milly, ‘Intellectual Property and Fundamental Rights: Do they Interoperate?’, in: N. Bruun (ed.), *Intellectual Property Beyond Rights* (Helsinki, WSOY, 2005), p. 197.

⁴³ Notavelmente, uma abordagem semelhante no sentido de salvaguardar a Propriedade Intelectual é adotada em diversas constituições nacionais; a mais recente das quais é certamente a Constituição Tunisiana de 2014. Assim, esta última prevê no Artigo 41 que ‘a propriedade intelectual é garantida’. Para uma excelente análise desta disposição ver A. Abdel-Latif, ‘Egypt and Tunisia’s New Constitutions Recognize the Importance of Knowledge Economy and Intellectual Property Rights’, 3 de março de 2014, *cmimarseille.org* (acessado em 19 de março de 2014).

⁴⁴ Nota do *Praesidium*, *Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Text of the Explanations Relating to the Complete Text of the Charter as set out in CHARTE 4487/00 CONVENT 50 (Bruxelas, 2000), em 20.

Propriedade Intelectual e especialmente pelas numerosas diretivas e regulamentos⁴⁵. Esse tipo de raciocínio para inclusão de uma disposição de Propriedade Intelectual na Carta é, portanto, muito incomum: a Propriedade Intelectual teria sido consagrada como um ‘direito fundamental’ por conta de seu valor econômico e do ativismo do legislador Comunitário? Obviamente, e em primeiro lugar, está-se aqui muito distante das justificativas filosóficas que tradicionalmente dão forma aos direitos fundamentais⁴⁶. Em segundo lugar, a propriedade intelectual parece ser mencionada como um fim em si mesma⁴⁷: nenhuma referência é feita à sua natureza limitada. Com efeito, enquanto o artigo 17 (1) sobre o direito de propriedade geral claramente determina que ‘a utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral’, não há nenhuma restrição expressa na Carta no que diz respeito à Propriedade Intelectual. Em terceiro lugar, o artigo 17 (2) não contém qualquer referência ao beneficiário da proteção. Enquanto a grande maioria das outras disposições da Carta são introduzidas com as palavras ‘todas as pessoas têm o direito a [...]’, a referência ao criador está totalmente ausente na Carta, um fato que parece consagrar, em nível constitucional, o lugar preponderante do investidor.

Esta redação pouco clara e ambígua - sem qualquer referência a um objetivo específico do direito ou ao seu destinatário - presta-se facilmente a interpretações abusivas. De fato, o legislador Comunitário já se referiu ao Artigo 17 (2), ao optar por uma concepção ‘maximalista’ da Propriedade Intelectual na União Europeia, com o objetivo de implementar um sistema de proteção à propriedade intelectual ‘rigoroso’ e ‘de maior alcance’⁴⁸. Além disso, a chamada lógica ‘absolutista’ também tem influenciado a

⁴⁵ Rede de Peritos Independentes em Direitos Fundamentais, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union* (Junho de 2006), em 168.

⁴⁶ Veja, nesse sentido, o capítulo muito interessante de J.J. Shestak, ‘The Philosophical Foundations of Human Rights’, in: J. Symonides (ed.), *Human Rights: Concept and Standards* (Paris, Unesco/Ashgate Publishing, 2002), p. 31.

⁴⁷ A. Peukert, ‘Intellectual property as an end in itself?’, nota 11 *supra*.

⁴⁸ Veja neste sentido e *por exemplo* o Considerando 11 da Diretiva 2001/29/CE (InfoSoc), nota 1 *supra*; Considerando 16 da Diretiva 2006 /115/ CE, nota 1 *supra*. Veja também Comissão das Comunidades Europeias, *Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy* (Brussels, COM, 2008, 466 final), p. 4. Sobre a ‘importância do emprego de nomenclatura “alta” e “baixa”, máxima e mínima, no contexto da proteção dos direitos fundamentais’ veja J. Polakiewicz, ‘EU law and the ECHR’, nota 39 *supra*, em 594, com outras referências para J. Weiler, *The Construction of Europe: Do the New Clothes Have an Emperor? And Other Essays on European Integration* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), at 107-116.

jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Para dar apenas alguns exemplos, isso se manifestou no caso *Infopaq*, onde foi declarado que até mesmo certas partes de frases podem ser consideradas como uma obra protegida⁴⁹; no caso *SGAE*, onde o Tribunal decidiu que a distribuição de um sinal de televisão por um hotel aos clientes instalados em seus quartos está sujeita ao direito exclusivo de comunicação ao público⁵⁰; nos casos *Interflora*⁵¹ e *l'Oreal v. Bellure*⁵², nos quais o TJUE reconheceu que as funções mais amplas da marca podem ser protegidas, dando margem a implicações problemáticas para a livre expressão⁵³.

2.2 A melhor opção: disposições de Propriedade Intelectual específicas e equilibradas incluídas na estrutura constitucional

⁴⁹ TJE, Caso C-5/08, *Infopaq* [2009], Julgamento do Tribunal (Quarta Câmara) de 16 de Julho de 2009, ECR I- 06569. Para um comentário sobre este caso veja E. Derclaye, 'Wonderful or Worrisome? The Impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK Copyright Law', 32(5) *EIPR* 247 (2010).

⁵⁰ TJE, Caso C- 306/ 05, *SGAE* [2006], Julgamento do Tribunal (Terceira Câmara) de 7 de dezembro de 2006, ECR I11519. Para um comentário veja A. Bateman, 'The Use of Televisions in Hotel Rooms', 29(1) *EIPR* 22 (2007).

⁵¹ TJUE, Caso C-323/ 09, *Interflora* [2011], Julgamento do Tribunal (Primeira Câmara) de 22 de Setembro de 2011, ETMR 1. Para um comentário sobre este caso ver J. Cornthwaite, 'Say it with flowers: The Judgment of the Court of Justice of the European Union in *Interflora v Marks & Spencer*', 34(2) *EIPR* 127 (2012); D. Meale, 'Interflora: the last word on keyword advertising?', *JIPLP* 11 (2012).

⁵² TJE, Caso C- 487/ 07, *L'Oréal v. Bellure* [2009], Julgamento do Tribunal (Primeira Câmara) de 18 de Junho de 2009, ECR I- 05185. Para um comentário sobre este caso veja R. Burrell e D. Gangjee, 'A Brief Note on L'Oréal and the Prohibition on Free Riding', *University of Queensland TC Beirne School of Law Research Paper No. 09-32* (2009); A. Kur, L. Bently and A. Ohly, 'Sweet Smells and a Sour Taste – The ECJ's L'Oréal decision', *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No. 09-12* (2010).

⁵³ Para uma análise mais aprofundada destas tendências "expansionistas" na área de marcas veja J.K. Box, 'Trade mark law and the threat to free speech', 4 *IPQ* 289 (2012); L.R. Helfer and G.W. Austin, *Human Rights and Intellectual Property*, nota 37 *supra*, em 288-289. De modo mais geral sobre a questão de marcas e liberdade de expressão ver C. Geiger, 'Trade Marks and Freedom of Expression – The Proportionality of Criticism', 38(3) *IIC* 317 (2007); 'Marques et droits fondamentaux', in: C. Geiger and J. Schmidt-Szalewski (eds.), *Les défis du droit des marques au 21e siècle/ Challenges for Trademark Law in the 21st Century* (Collection of the CEIPI, Paris, Litec, 2010), p. 163; M. Senftleben, 'Free signs and free use: how to offer room for freedom of expression within the trademark system', publicado em: Ch. Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, nota 12 *supra*; W. Sakulin, *Trademark Protection and Freedom of Expression* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011); K.G. Weckström, 'The Lawfulness of Criticizing Big Business: Comparing Approaches to the Balancing of Societal Interests behind Trademark Protection', 11 *Lewis & Clark Law Review* 671 (2007); L. Ramsey and J. Schovsbo, 'Mechanisms for limiting trade mark rights to further competition and free speech', 44(6) *IIC* 671 (2013); W. Sadurski, 'Allegro without Vivaldi: trademark protection, freedom of speech, and constitutional balancing', 8(3) *European Constitutional Law Review* 456 (2012); D. Voorhoof, 'Freedom of Expression, Parody, Copyright and Trademarks', in: J.C. Ginsburg and J.B. Besek (eds.), *Adjuncts and Alternatives to Copyright, ALAI 2001* (Kernochan Center for Law Media and the Arts, New York, 2002), p. 636; P.N. Leval, 'Trademark: Champion of Free Speech', *Columbia Journal of Law & the Arts* 187 (2004); M. Amin Naser, 'Trademarks and Freedom of Expression', *IIC* 188 (2009); R. Burrell and D. Gangjee, 'Trade Marks and Freedom of Expression: A Call for Caution', 41(5) *IIC* 544 (2010); L. Ramsey, 'Free Speech and International Obligations to Protect Trademarks', 35 *Yale Journal of International Law* 405 (2010).

À luz do exposto, a melhor opção seria a de procurar por uma disposição de Propriedade Intelectual específica e equilibrada, com o objetivo de (re)introduzi-la em uma estrutura constitucional que, atualmente, é desprovida de uma abordagem equitativa no que toca os direitos dos criadores. Na verdade já existem bons exemplos que valem a pena ser seguidos.

2.2.1 Padrões universais de uma proteção equilibrada à Propriedade Intelectual: os exemplos da DUDH e do PIDESC

Dois exemplos de uma cláusula de Propriedade Intelectual harmoniosa a nível regional estão incorporados, como demonstrado acima, no Artigo 13 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e no Artigo 14 do Protocolo Adicional à CADH. Distanciando-se do supranacional regional e caminhando para o internacional, um dos melhores exemplos de uma cláusula de Propriedade Intelectual equilibrada poderia ser encontrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁵⁴ e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁵⁵. Ambos os instrumentos contêm disposições modernas em matéria de proteção de Propriedade Intelectual, redigidas de forma muito semelhante à Declaração Americana - sendo esta última, de fato, uma precursora da DUDH⁵⁶.

De acordo com o artigo 27 (1) DUDH, todos têm 'o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios ', enquanto o Artigo 27 (2) prossegue afirmando que todos têm o 'direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção

⁵⁴ Assembleia Geral das Nações Unidas, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 10 de dezembro de 1948, Resolução 217 A, ONU Doc . A/810

⁵⁵ Assembleia Geral da ONU, *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, em 16 de dezembro de 1966, 993 UNTS 3.

⁵⁶ Dado que as disposições discutidas da DUDH, do PIDESC, da CADH e da Declaração Americana correspondem entre si, este artigo concentra-se apenas e principalmente nas disposições da DUDH e do PIDESC como instrumentos de cobertura universal.

científica literária ou artística da qual seja autor⁵⁷. Embora seja verdade que a DUDH não tem um efeito vinculativo direto, o mesmo não se aplica ao Artigo 15(1) do PIDESC, que adota de maneira praticamente literal a redação do DUDH⁵⁸.

Os fundamentos clássicos da Propriedade Intelectual são encontrados nestes instrumentos em equilíbrio estável: por um lado, o fundamento do direito natural, que garante ao autor um direito de exploração e um 'droit moral' e, por outro lado, o fundamento utilitarista, porque esse reconhecimento tem como objetivo a promoção da diversidade intelectual e a disseminação da cultura e da ciência em toda a sociedade⁵⁹. Ainda, tanto a DUDH quanto o PIDESC enfatizam o vínculo com o 'autor', ou seja, o criador, referindo-se também às palavras como 'ele' e 'todos', excluindo, assim, a proteção dos interesses de pessoas jurídicas no âmbito dos Direitos Humanos⁶⁰. Além disso, nem a DUDH nem o PIDESC determinam *a forma* pela qual a proteção dos interesses materiais e imateriais relevantes deverá ser alcançada. Não há aqui menção aos direitos exclusivos ou mesmo de propriedade, o que significa que, no âmbito desses tratados, outros meios de proteção são igualmente concebíveis⁶¹. Isso deixa em aberto aos países um bom espaço de manobra, ao mesmo tempo que garante aos criadores uma justa remuneração por suas obras, o que faz desses instrumentos jurídicos instrumentos particularmente modernos e flexíveis para regular questões de Propriedade Intelectual⁶².

2.2.2 Padrões domésticos de uma proteção equilibrada à Propriedade Intelectual: constituições nacionais

⁵⁷ Para uma análise mais profunda do artigo 27 da DUDH ver, *inter alia*, E. Stamatopoulou, *Cultural Rights in International Law: Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007), p. 110.

⁵⁸ Para uma discussão mais aprofundada sobre essa disposição veja C. Sganga, 'Right to culture and copyright: participation and access', publicado em: Ch. Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, nota 12 *supra*; L. Shaver and C. Sganga, 'The right to take part in cultural life: on copyright and human rights', 27 *Wisconsin International Law Journal* 637 (Winter 2010).

⁵⁹ Para uma discussão mais aprofundada dos fundamentos clássicos da legislação de Propriedade Intelectual ver C. Geiger, "Constitutionalising" Intellectual Property Law?', nota 3 *supra*, em 377 *et seq.*

⁶⁰ Veja CDESC, *General Comment No.17*, nota 21 *supra*, par. 7.

⁶¹ *Id.*, Par. 10. Ver também C. Geiger, 'Fundamental Rights as Common Principles of European (and International) Intellectual Property Law', in: A. Ohly (ed.), *Common Principles of European Intellectual Property Law* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2012), p. 223, em 227

⁶² Veja também neste sentido T. Milly, 'Intellectual Property and Fundamental Rights', nota 42 *supra*; C. Geiger, *id.*

2.2.2.1 Seguindo o modelo universal: proteção à Propriedade Intelectual ao abrigo da liberdade das artes e ciências

Um número impressionante de constituições nacionais (na verdade, acima de quarenta) refletem o disposto na DUDH e no PIDESC na salvaguarda dos direitos dos criadores no âmbito da liberdade das artes e ciências⁶³. A maior parte destas cláusulas são, com efeito, caracterizadas por uma redação equilibrada, referindo-se diretamente à dimensão do ‘interesse público’ dos direitos de Propriedade Intelectual⁶⁴. Ilustrando, o artigo 42 da Constituição Lituana de 1992, por exemplo, garante que o Estado ‘*apoie a cultura e a ciência*’, ao ‘proteger e defender os interesses morais e patrimoniais de um autor relacionados a uma obra científica, técnica, cultural e artística’⁶⁵. Uma redação similar é adotada por muitas outras constituições ao redor do mundo, incluindo o Artigo 73 da Constituição da Sérvia de 2006, o Artigo 98 da Constituição da Venezuela de 1999, o Artigo 46 da Constituição da República Democrática do Congo de 2006 e o Artigo 40 da Constituição do Tajiquistão de 1994. No entanto, talvez a mais famosa disposição constitucional que se refere explicitamente à promoção da liberdade das artes e ciências como um motivo legislativo por trás da proteção à Propriedade Intelectual seja o Artigo 1, Seção 8, cláusula 8 da Constituição dos EUA de 1787,⁶⁶ que estabelece o seguinte:

⁶³ *Veja nota 24 supra.*

⁶⁴ *Ver, inter alia*, o Artigo 54 (3) da Constituição Búlgara de 1991; o Artigo 69 da Constituição Croata de 1990; o Artigo 34 (1) da Carta dos Direitos Fundamentais Tcheca de 1993; o Artigo 113 da Constituição da Letônia de 1922; o Artigo 42 da Constituição Lituana de 1992; o Artigo 43 (1) da Constituição Eslovaca de 1992; o Artigo 36 da Constituição Armênia de 1995; o Artigo 44 (1) da Constituição Russa de 1993; o Artigo 73 (2) da Constituição da Sérvia de 2006; o Artigo I, seção 8, cláusula 8 da Constituição dos EUA de 1787; o Artigo 2 (8) da Constituição do Peru de 1993; o Artigo 98 da Constituição da Venezuela de 1999; o Artigo 29 da Constituição do Congo de 2002; o Artigo 46 da Constituição da República Democrática do Congo de 2006; o Artigo 94 da Constituição de Moçambique de 2004; o Artigo 49 da Constituição do Quirguistão de 2010; o Artigo XIV, Seções 13 e 15 da Constituição da Filipinas de 1987; o Artigo 22 da Constituição da República da Coreia de 1948; o Artigo 40 da Constituição do Tajiquistão de 1994; o Artigo 60 da Constituição do Vietnã de 1992.

⁶⁵ Grifos adicionados pelo autor. Para uma excelente análise da interpretação do Tribunal Constitucional da Lituânia da disposição de Propriedade Intelectual contida no artigo 42, *ver* V. Mizaras, ‘Issues of Intellectual Property Law in the Jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania’, 19(3) *Jurisprudence* (2012).

⁶⁶ A chamada “Cláusula do Progresso”.

‘O Congresso deverá ter poder [...] *para promover o Progresso da Ciência e das Artes úteis*, assegurando por tempo limitado aos autores e inventores os direitos exclusivos aos seus respectivos escritos e descobertas.’⁶⁷

As considerações de interesse público por trás da garantia de proteção restam aqui salientadas: os direitos exclusivos são garantidos, *desde e na medida em que* facilitam o progresso cultural⁶⁸. Os interesses da sociedade são a razão para a garantia de proteção, mas também uma razão para a sua limitação⁶⁹ - uma premissa que ainda foi interpretada e concluída pela prática judicial estabelecida da Suprema Corte dos EUA. Por exemplo, uma decisão datada de 1932 estabeleceu que o ‘interesse exclusivo dos Estados Unidos e o objetivo primário em conferir um monopólio reside nos benefícios gerais derivados pelo público a partir do trabalho dos autores’⁷⁰. Além disso, a Cláusula do Progresso refere-se explicitamente aos ‘autores e inventores’ como beneficiários de proteção, reforçando, a nível constitucional, o papel principal do criador.

⁶⁷ Grifo adicionado pelo autor.

⁶⁸ Note, no entanto e quando em comparação com os exemplos previamente examinados, que a Constituição dos EUA adota uma abordagem um pouco diferente quando salvaguarda os Direitos de Propriedade Intelectual sobre o fundamento da ‘liberdade das artes e das ciências’. Assim, ela incorpora uma cláusula de Propriedade Intelectual no âmbito da lista de competências atribuídas ao órgão estatal (o Congresso) e não no âmbito do direito autônomo à ciência e cultura como tal. Tal abordagem legislativa é adotada em outros textos constitucionais: por exemplo e em um sentido similar, o Artigo 121, número 18 da Constituição da Costa Rica de 1949 concede à Assembléia Legislativa ‘poderes exclusivos para [...] *promover o progresso da ciência e das artes* e garantir aos autores e inventores a propriedade das suas respectivas obras e invenções por um período de tempo limitado” (grifos adicionados pelo autor).

⁶⁹ Veja sobre este assunto G. Davies, *Copyright and the Public Interest* (London: Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2002); P. Samuelson, ‘Economic and Constitutional Influences on Copyright Law in the United States’, *EIPR* 409 (2001); L. Mtima, ‘Copyright Social Utility and Social Justice Interdependence: A Paradigm for Intellectual Property Empowerment and Digital Entrepreneurship’, 112 *West Virginia Law Review* 97 (2009), em 102-104; S.F. McDonald, ‘Copyright for Sale: How the Commodification of Intellectual Property Distorts the Social Bargain Implicit in the Copyright Clause’, 50 *Howard Law Journal* 541 (2007), em 542-543.

⁷⁰ *Fox Film Corp. v. Doyal*, 286 U.S. 123 (1932), em 127. Muitos casos reiteram a referência ao interesse público e ao bem público. Veja, por exemplo, *Fogerty v. Fantasy, Inc.*, 510 U.S. 517 (1994), em 526: ‘Nós, muitas vezes reconhecemos que os privilégios monopolistas que o Congresso autorizou, enquanto “pretendeu motivar a atividade criativa dos autores e inventores através do provimento de uma recompensa especial”, são naturalmente limitados e devem, em última instância, servir ao bem público’ (referindo-se ao leading case *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984), em 429, grifos adicionados pelo autor). Veja também *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985), em 558: ‘A filosofia econômica por trás da cláusula que garante poder ao Congresso para garantir patentes e copyrights reside na convicção de que o encorajamento do esforço individual através dos ganhos pessoais é a melhor maneira para a promoção do bem estar público através dos talentos dos autores e inventores na “ciência e nas artes úteis” (citando *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201 (1954), em 219, grifos adicionados pelo autor); *N.Y. Times Co. v. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001), em 524 n.20 (J. Stevens, ao contrário): ‘A Lei de Copyright não é uma apólice de seguro para os autores, mas [resultado de] um equilíbrio cuidadosamente alcançado entre a necessidade da criação de incentivos para a autoria e os interesses da sociedade em uma ampla acessibilidade de ideias” (grifos adicionados pelo autor).

No entanto, o mais importante é o fato de que a liberdade das artes e das ciências não é, de nenhuma maneira, a única abordagem para a proteção à PI adotada nas constituições nacionais. Nesse sentido também seria possível tentar procurar por uma garantia constitucional equilibrada de proteção à PI no contexto do direito à propriedade ou entre as disposições autônomas de PI.

2..2.2.2 Autonomia v. propriedade? Incorporação da Propriedade Intelectual em um artigo independente ou incorporado ao direito à propriedade

O que distingue primariamente uma estrutura proprietária equitativa para a Propriedade Intelectual é o fato de que tal estrutura não exclui o mandato ou a função social da proteção. O Artigo 103 da Constituição de El Salvador de 1983 fornece um exemplo excepcional de tal cláusula, ao garantir o ‘direito à propriedade com uma *função social*’ e, ainda, ao incorporar ao último ‘o direito à propriedade intelectual e artística, pelo tempo e na forma determinada por lei’.⁷¹

A situação é bem diferente quando se trata de salvaguardar a Propriedade Intelectual no âmbito das cláusulas relativamente autônomas. O estudo empírico realizado para cumprir com os fins deste artigo demonstrou que os legisladores nacionais estão de fato bastante ansiosos para dedicar em suas constituições aos Direitos de Propriedade Intelectual disposições autônomas exclusivas⁷². No entanto, quase nenhuma dessas disposições poderia ser qualificada como ‘equilibrada’, não sendo elas, portanto, de muita valia na busca de uma base constitucional harmoniosa para a Propriedade Intelectual.

⁷¹ Grifos adicionados pelo autor.

⁷² De fato, cerca de trinta constituições em todo o mundo dedicam disposições autônomas específicas para a proteção da Propriedade Intelectual. Para exemplos de tais cláusulas veja, *inter alia*, o Artigo 39 da Constituição da Estônia de 1992; o Artigo 60 da Constituição Eslovena de 1991; o Artigo 16 da Constituição Sueca de 1974; o Artigo 30 da Constituição do Azerbaijão de 1995; o Artigo 61 da Constituição Colombiana de 1991; o Artigo 33 da Constituição do Uruguai de 1967; o Artigo 69 da Constituição Egípcia de 2014; a Seção 60 da Constituição do Timor -Leste de 2002.

2.2.2.3 Uma exceção notável: a liberdade de expressão como fundamento da Propriedade Intelectual

Como foi demonstrado até agora, as constituições dos países que contêm referências expressas à Propriedade Intelectual tendem a salvaguardar os direitos dos criadores quer no escopo do direito de acesso à ciência e à cultura (predominantemente), seja por meio de uma disposição autônoma de Propriedade Intelectual ou (menos freqüentemente) pela via do direito de propriedade. Uma exceção importante está contida no Artigo 20 da Constituição Espanhola de 1978, onde a Propriedade Intelectual é protegida no âmbito do direito à liberdade de expressão e de informação (parágrafo 1 (b)).⁷³ Esta disposição reflete sem dúvida as origens da Propriedade Intelectual, em particular do *copyright* que desde a sua criação tem mantido uma estreita relação com a liberdade de expressão e seu corolário, qual seja o direito do público à informação⁷⁴. F. Bondia em um comentário sobre esta disposição colocou de forma sucinta:

‘A liberdade de expressão pertence à Propriedade Intelectual da mesma forma como a sua falta aniquila a criatividade artística, a pesquisa científica, bem como a busca filosófica pela verdade. Além disso, a Propriedade Intelectual é o leito do rio ou o canal por onde a liberdade de expressão corre, e isso está perfeitamente entendido em nossa Constituição, quando ambos os direitos estão reunidos em um mesmo artigo legal [...]’⁷⁵.

Na verdade, poderia-se inferir do Artigo 20 da Constituição Espanhola que o objetivo da Propriedade Intelectual seria, pelo menos parcialmente, garantir a liberdade de expressão e o direito do público à informação - uma lógica que poderia ainda ser encontrada na referência ao ‘aspecto comercial da expressão na [...] violação de *copyright*’ no Artigo 15 (e) da Constituição da Libéria de 1984, e no Artigo 13 da Constituição Centro Africana de 2004, que incorpora a proteção da ‘liberdade de criação intelectual, artística e cultural’ ao direito mais amplo à liberdade de expressão e de informação.

⁷³Para uma discussão mais profunda sobre esta disposição consulte J.M. Otero, ‘La protección constitucional del derecho de autor: Análisis del artículo 20.1 b/ de la Constitución española de 1978’, Part 2 *La Ley* 370 (1986).

⁷⁴ Veja C. Geiger, *Droit d’auteur et droit du public à l’information*, nota 10 *supra*.

⁷⁵ F. Bondia, *Propiedad intelectual. Su significado en la Sociedad de la Información* (Trivium, Madrid, 1988), em 94 e 105, citado em: J. Rodriguez, ‘A historical approach to the current copyright law in Spain’, 28(7) *EIPR* 389 (2006), em 393.

De qualquer forma e como já demonstrado, estes e outros exemplos de cláusulas socialmente subordinadas em matéria de proteção à Propriedade Intelectual infelizmente não encontraram muitos seguidores em nível nacional. Isso induz a ir mais longe na busca para o que A. Dietz chamou de ‘cláusulas quase-constitucionais’ na proteção da Propriedade Intelectual⁷⁶.

2.2.3 Padrões “quase constitucionais” de proteção equilibrada à Propriedade Intelectual

De plano poderiam ser mencionados os exemplos de determinadas Diretivas Europeias em Propriedade Intelectual, na medida em que prevêm uma série de elementos valiosos que auxiliam a preencher o elo perdido entre a proteção e a sua justificativa vinculada ao interesse público. Assim, o Considerando 14 da Diretiva InfoSoc prevê, por exemplo, que a ‘directiva deve *promover a aprendizagem e a cultura* mediante a protecção das obras e outro material protegido, permitindo, ao mesmo tempo, excepções ou limitações *no interesse público* relativamente a objectivos de educação e ensino.’⁷⁷.

Para além do âmbito regional Europeu, as referências às bases da Propriedade Intelectual vinculadas ao interesse geral também podem ser encontradas nos preâmbulos dos tratados e convenções internacionais sobre Propriedade Intelectual.

⁷⁶ Veja A. Dietz, ‘Constitutional and Quasi-Constitutional Clauses for Justification of Authors’ Rights’, nota 17 *supra*.

⁷⁷ Considerando 14 da Diretiva 2001/29/CE (InfoSoc), nota 1 *supra* (grifo adicionado pelo autor). Para outros exemplos de cláusulas ‘quase-constitucionais’ equilibradas em matéria de Propriedade Intelectual a serem encontrados na diretiva InfoSoc *ver, inter alia*, o Considerando 9, enfatizando os motivos legislativos de manutenção e desenvolvimento da criatividade nos interesses da cultura, do público em geral, entre outros; o Considerando 12, destacando a necessidade de ter-se em conta os aspectos culturais no âmbito da proteção do Direito de Autor; o Considerando 22, subjacente ‘o objetivo de apoiar adequadamente a difusão cultural’; o Considerando 31, apontando para a necessidade de salvaguardar um ‘justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos’. Veja também o Considerando 2 da Diretiva 2004/48/CE (IPRED), nota 1 *supra*, salientando a necessidade de contrapor a proteção da Propriedade Intelectual à liberdade de expressão, à livre circulação de informações, bem como à proteção dos dados pessoais; os Considerandos 18, 20, 21 e 23 da Diretiva 2012/28/UE, nota 1 *supra*, subjacente aos seguintes motivos legislativos: objetivos de promoção cultural dos “Estados-Membros”, a necessidade de “atingir objetivos relacionados com as suas missões de interesse público, como sejam a promoção da aprendizagem e disseminação da cultura”, “preservação e o restauro das suas coleções, e a oferta de acesso cultural e educativo às mesmas”, um objetivo de ‘promover o acesso dos cidadãos da União ao patrimônio cultural europeu’; Considerando 11 da Diretiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao prazo de proteção de direito de autor de certos direitos conexos (versão codificada), JO n. L 372, de 27 de dezembro de 2006, p. 12, enfatizando os motivos legislativos por trás da manutenção e desenvolvimento da criatividade, no interesse das, *inter alia*, indústrias culturais e sociedade como um todo.

Assim, o preâmbulo do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (“WIPO Copyright Treaty”) reconhece ‘a *necessidade de manter um equilíbrio* entre os direitos dos autores e o *interesse público geral*, especialmente no domínio da educação, da investigação e do acesso à informação [...]’⁷⁸, enquanto o preâmbulo ao Acordo TRIPS refere-se não só ao objetivo de promover a eficácia da Propriedade Intelectual mas, também, de promover os mecanismos de proteção adequados, reconhecendo os ‘objetivos de política pública dos sistemas nacionais’⁷⁹.

Finalmente, pode-se validamente tentar procurar uma garantia constitucional harmoniosa da Propriedade Intelectual em seus fundamentos históricos antigos. Neste sentido poderia ser feita uma referência ao Estatuto da Rainha Ana de 1709/1710, onde o objetivo da disseminação do conhecimento desponta já no título da lei, nomeadamente como “Lei de Incentivo ao Aprendizado” (“Act for Encouragement of Learning”). Da mesma forma o preâmbulo do Estatuto enfatiza a necessidade “de encorajar homens instruídos a comporem e escreverem livros úteis”⁸⁰. Como pode ser visto, o *copyright* foi aqui evidentemente concebido como imbuído de uma importante função social, que foi, em grande medida, a sua *raison d’être*. Desde a sua criação, portanto, tinha o objetivo de assegurar o desenvolvimento cultural e social, ao invés de ser um fim em si mesmo.

⁷⁸ Tratado da OMPI sobre *Direito de Autor* (WCT), adotado em Genebra em 20 de Dezembro de 1996, S. Treaty Doc. No. 105-17, 36 *ILM* 65 (1997) (grifo adicionado pelo autor). Uma redação similar é aplicada no Preâmbulo do Tratado da OMPI sobre Prestações e Fonogramas (WIPO Performances and Phonograms Treaty - WPPT), adotado em Genebra em 20 de Dezembro de 1996, S. Treaty Doc. No. 105-17, 36 *ILM* 76 (1997), e no preâmbulo do Tratado de Pequim sobre as Interpretações e Execuções Audiovisuais (“Beijing Treaty on Audiovisual Performances”), adotado pela Conferência Diplomática em 24 de Junho de 2012, AVP / DC / 20. Considere também o preâmbulo do Tratado de Cooperação em matéria de Patentes (Patent Cooperation Treaty - PCT), assinado em Washington em 19 de junho de 1970, 9 *ILM* 978 (1970), listando entre os seus objetivos a contribuição para o progresso da ciência e da tecnologia.

⁷⁹ OMC, *Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio* (Acordo TRIPS - *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), anexo 1C do Acordo de Marraquexe que institui a Organização Mundial do Comércio, assinado em Marraquexe, Marrocos, em 15 de abril de 1994; 1869 *UNTS* 299;33 *ILM* 1197 (1994). Para mais detalhes sobre o preâmbulo e o seu impacto na interpretação do Acordo TRIPS ver D. Gervais, *The TRIPS Agreement – Drafting History and Analysis* (2nd ed., Sec. 2.08, Sweet and Maxwell, London, 2003).

⁸⁰ R. Deazley, ‘Commentary on the Statute of Anne 1710’, in: L. Bently and M. Kretschmer (eds.), *Primary Sources on Copyright (1450-1900)* (2008), www.copyrighthistory.org (acessado em 13 de dezembro de 2013). Para uma análise mais aprofundada veja A. Dietz, ‘Constitutional and Quasi-Constitutional Clauses for Justification of Authors’ Rights’, nota 17 supra, em 1-3; C. Geiger, ‘The Influence (Past and Present) of the Statute of Anne in France’, in: L. Bently, U. Suthersanen and P. Torremans (eds.), *Global Copyright: Three Hundred Years since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace* (Cheltenham, UK/ Northampton, MA, Edward Elgar, 2010), p. 122.

2.3 Onde encontrar suporte para uma nova validade constitucional da Propriedade Intelectual?

Embora exemplos de cláusulas constitucionais e quasi-constitucionais harmoniosas em matéria de proteção à Propriedade Intelectual, como as acima examinadas, sejam relevantes, elas por si só dificilmente bastariam para uma (re)construção do paradigma da Propriedade Intelectual. De fato, a redação constitucional precisa ser contextualizada na ampla estrutura legislativa e judicial, enquanto leva-se em conta os princípios gerais de interpretação jurídica. Em outras palavras, para ser válido um novo fundamento para a Propriedade Intelectual precisará encontrar apoio em vários aspectos adicionais. Estes serão examinados na presente seção.

2.3.1 A estrutura geral de proteção constitucional da Propriedade Intelectual

Em primeiro lugar, as cláusulas de Propriedade Intelectual devem ser analisadas sob o prisma das disposições às quais elas estão incorporadas. Assim, por exemplo, o Artigo 17 (1) da Carta da UE, no que tange a garantia geral de propriedade, claramente garante os limites sociais do direito: ele reitera que ‘a utilização dos bens pode ser regulamentada por lei *na medida do necessário ao interesse geral*’.⁸¹ Da mesma forma, o direito à propriedade protegido pelo Artigo 1 do Protocolo Adicional à CEDH, do qual o Artigo 17 (1) da Carta deriva⁸², é inerentemente limitado pela sua função social⁸³. De fato o segundo parágrafo do artigo 1 do Protocolo adicional à CEDH estabelece que ‘as condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, *de acordo com o interesse geral* [...]’⁸⁴. O direito à propriedade na

⁸¹ Grifos adicionados pelo autor.

⁸² Nota do Praesidium, *Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*, nota 44 *supra*, em 19. Veja também o Artigo 52(3) da Carta da EU.

⁸³ Para maiores detalhes sobre essa questão veja C. Geiger, ‘The Social Function of Intellectual Property Rights’, nota 3 *supra*.

⁸⁴ Grifos adicionados pelo autor. A referência específica ao interesse público geral no texto da Convenção foi mais desenvolvida na jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo a respeito do artigo 1 do Primeiro Protocolo. Como já afirmado em *Potomska and Potomski v. Poland*, ‘propriedade, incluindo a propriedade privada, exerce também uma *função social* que, dadas as circunstâncias adequadas, deve ser

Carta e na CEDH é, assim, considerado como um direito caracterizado por fortes laços sociais, e seu âmbito de proteção é, portanto, limitado por natureza⁸⁵. Isso deixa aos Estados uma ampla margem de apreciação para regular a propriedade⁸⁶.

Esta natureza limitada do direito à propriedade foi claramente prevista pelos autores da CEDH e da Carta. Como demonstram os *travaux préparatoires* do Protocolo adicional à CEDH, os autores entenderam o recém-introduzido paradigma de propriedade como, ao contrário do direito absoluto à propriedade nos moldes do Direito Romano, de natureza ‘relativa’⁸⁷. Uma lógica semelhante, excluindo claramente uma concepção ‘absolutista’ da Propriedade Intelectual, acompanhou os documentos preparatórios da Carta da UE, na medida em que os autores tiveram o cuidado de especificar que ‘as garantias previstas no parágrafo 1 [do artigo 17] aplicam-se, nos limites apropriados, à propriedade intelectual’⁸⁸. Isto significa que a Propriedade Intelectual - assim como o direito de propriedade física - pode ser limitado a fim de salvaguardar o interesse público. O Artigo 17 (2) da Carta poderia então ser considerado como nada mais do que um simples esclarecimento ou subcategoria do artigo 17 (1), com a consequência de que não haveria absolutamente nenhuma justificativa para expandir a proteção com base nesse fundamento.

Além disso, não se deve esquecer que tanto a Carta quanto a CEDH garantem proteção a uma série de outros direitos fundamentais de igual valor, que devem ser levados em

equacionada para determinar se foi alcançado o "*justo equilíbrio*" entre as *exigências do interesse geral da comunidade e os direitos individuais fundamentais* foi alcançado" (TEDH, *Potomska and Potomski v. Poland*, no. 33949/05, 29 de março de 2011, par. 67 não declarada, grifos adicionados pelo autor).

⁸⁵ Nesse sentido veja C. Calliess, ‘The Fundamental Right to Property’, in: D. Ehlers (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms* (Berlín, De Gruyter, 2007), p. 456, afirmando que a função social ‘serve como uma justificativa para e limitação das restrições impostas na utilização da propriedade’.

⁸⁶ Por exemplo, no caso *Smith Kline* (Comissão Europeia de Direitos Humanos, *ECommHR, Smith Kline & French Lab. Ltd. v. Netherlands* (dec.), nota 35 *supra*) a Comissão Europeia de Direitos Humanos declarou que a garantia sob a lei holandesa de uma licença compulsória para um medicamento patenteado não caracterizaria uma violação do artigo 1 do Protocolo adicional à Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Ela considerou a legalidade da licença compulsória perseguindo o objetivo legítimo de incentivar o desenvolvimento tecnológico e econômico.

⁸⁷ Conselho da Europa, *Preparatory work on Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights*, CDH (76) 36, Strasbourg, 13 de agosto de 1976 (veja, por exemplo, a apresentação do Sr. de la Vallée-Poussin (Bélgica), p. 12; considere também a declaração feita pelo Sr. Nally (Reino Unido) na p. 16 no sentido de que ‘a base da luta Européia pela sobrevivência é uma luta pela subordinação da propriedade privada às necessidades da Comunidade’).

⁸⁸ Nota do Praesidium, *Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*, nota 44 *supra*, em 20.

conta e em relação aos quais a Propriedade Intelectual precisa ser equilibrada⁸⁹. Isso resulta evidente particularmente da proibição de abuso de direito e do princípio da proporcionalidade, previstos tanto pela CEDH quanto pela Carta⁹⁰.

Esse entendimento "restritivo" de proteção à Propriedade Intelectual não só acompanhou de forma evidente a recente jurisprudência do TJUE e do TEDH, mas também orientou diversos juízos nacionais de diferentes partes do mundo.

2.3.3 Interpretação judicial das cláusulas de Propriedade Intelectual

No que diz respeito ao TJUE, as suas decisões mais recentes demonstram a disposição do Tribunal a interpretar a legislação de Propriedade Intelectual 'à luz dos' direitos fundamentais, incluindo a liberdade de expressão e informação, proteção dos dados pessoais, julgamento justo e a liberdade de conduzir um negócio⁹¹. Assim, em *Sky Österreich* onde,⁹² por exemplo, o Tribunal considerou que a imposição de limites sobre os direitos exclusivos de transmissão de informes curtos de notícias de grande interesse para o público, tais como jogos de futebol, era válida e justificada à luz da liberdade de ter acesso a informações. No mesmo sentido os julgamentos anteriores nos casos

⁸⁹ Sobre as vantagens de um quadro constitucional para a Propriedade Intelectual veja C. Geiger, 'The Constitutional Dimension of Intellectual Property', in: P. Torremans (ed.), *Intellectual Property and Human Rights* (Austin/ Boston/ Chicago/ New York, The Netherlands, Kluwer Law International, 2008), p. 101. Em termos mais gerais, consulte L.R. Helfer, 'Towards a Human Rights Framework for Intellectual Property', 40 *UC Davis Law Review* 971 (2007).

⁹⁰ Tanto o artigo 17 da CEDH como o correspondente Artigo 54 da Carta da UE proíbem a utilização abusiva de qualquer direito protegido por estes instrumentos "constitucionais" - um princípio que poderia igualmente ser antecipado para frustrar uma concepção inflacionada da Propriedade Intelectual. No que toca o princípio da proporcionalidade, ele constitui-se como um dos pilares sobre os quais a interpretação de todo o sistema da Convenção se baseia, enquanto a Carta refere-se diretamente a ele em seu Artigo 52 (1).

⁹¹ Seguindo essa tendência veja C. Geiger, 'L'utilisation jurisprudentielle des droits fondamentaux en Europe en matière de propriété intellectuelle: Quel apport ? Quelles perspectives?', in: C. Geiger (ed.), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe* (Collection du CEIPI, Paris, Litec, 2013); 'Copyright's Fundamental Rights Dimension at EU Level', in: E. Derclaye (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (Cheltenham, UK/ Northampton, MA, Edward Elgar, 2009), p. 27; 'Fundamental Rights as Common Principles of European (and International) Intellectual Property Law', nota 61 *supra*.

⁹² TJUE, Processo C-283/11, *Sky Österreich* [2013], Julgamento do Tribunal (Grande Câmara) de 22 de janeiro de 2013, ainda não publicada. Para um comentário veja B. Keane, 'European Court of Justice: no compensation for use of news reports from sports events', *Sports Law Administration & Practice* 7 (2013).

*Scarlet Extended*⁹³, *Sabam v. Netlog*⁹⁴, *Painer*⁹⁵, *Bonnier Audio*⁹⁶ e *Promusicae*⁹⁷ deixaram claro que Direitos de Propriedade Intelectual não são absolutos e que deve ser alcançado um justo equilíbrio entre a proteção da Propriedade Intelectual e os outros interesses de fundamental importância⁹⁸. De acordo com o TJUE,

‘a proteção do direito de propriedade intelectual está consagrada no artigo 17.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»). Assim sendo, não decorre de forma alguma dessa disposição nem da jurisprudência do Tribunal de Justiça que este *direito seja intangível e que a sua proteção deva, portanto, ser assegurada de forma absoluta* (⁹⁹ [...]). (...)a proteção do direito fundamental de propriedade, em que se integram os direitos relacionados com a propriedade intelectual, deve ser ponderada conjuntamente com a de outros direitos fundamentais. Mais precisamente, [...] compete às autoridades e aos órgãos jurisdicionais nacionais, no âmbito das medidas adotadas para proteger os titulares de direitos de autor,

⁹³ TJUE, Caso C-70/10, *Scarlet Extended* [2011], Julgamento do Tribunal (Terceira Câmara) de 24 de novembro de 2011, para. 53, ECR I-11959. Para um comentário veja D. Meale, ‘SABAM v. Scarlet: of course blanket filtering of the internet is unlawful, but this isn’t the end of the story (Case Comment)’, 34(7) *EIPR* 429 (2012).

⁹⁴ TJUE, Caso C-360/10, *SABAM v. Netlog* [2012], Julgamento do Tribunal (Terceira Câmara) de 16 de Fevereiro de 2012, para. 51, ainda não publicado; 2 *CMLR* 18. Para um comentário veja S. Kulk and F. Zuiderveen Borgesius, ‘Filtering for copyright enforcement in Europe after the Sabam cases’, 34(11) *EIPR* 791 (2012).

⁹⁵ TJUE, Caso C-145/10, *Painer* [2011], Julgamento do Tribunal (Terceira Câmara) de 1 de dezembro de 2011, para. 133, ainda não publicado. Para um comentário, veja L. Costes, ‘Utilisation d’une photographie de portrait comme modèle pour établir un portrait-robot: l’analyse de la CJUE’, (78) *RLDI* 14 (2012).

⁹⁶ TJUE, Caso C-461/10, *Bonnier Audio and Others* [2012], Julgamento do Tribunal (Terceira Câmara) de 19 de abril de 2012, par. 56, ainda não publicada. Para um comentário veja R. Sciaudone, ‘Personal data protection and IP rights enforcement: two worlds apart?’, 7(4) *JIPLP* (2012).

⁹⁷ TJE, Processo C-275/06, *Promusicae* [2008], Julgamento do Tribunal (Grand Chamber) de 29 de janeiro de 2008, para. 68, ECR I-00271. Para um comentário veja C. Kuner, ‘Data Protection and Rights Protection on the Internet: The Promusicae Judgment of the European Court of Justice’, *EIPR* 199 (2008).

⁹⁸ Sobre esses casos, veja C. Geiger and F. Schönherr, ‘Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: The Need to Reconsider the Acquis regarding Limitations and Exceptions’, in: T.-E. Synodinou (ed.), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives* (Alphen aan den Rijn (NL), Kluwer Law International, 2012), p. 133; J. Griffiths, ‘Constitutionalising or Harmonising? The Court of Justice, the Right to Property and European Copyright Law’, 38 *European Law Review* 65 (2013).

⁹⁹ TJUE, Caso C-360/10, *SABAM v. Netlog* [2012], nota 94 *supra*, par. 41; TJUE, Caso C-70/10, *Scarlet Extended* [2011], nota 93 *supra*, par. 43 (grifos adicionados pelo autor).

assegurar um justo equilíbrio entre a proteção deste direito e a dos direitos fundamentais das pessoas afetadas por essas medidas.’¹⁰⁰.

Do teor dessas decisões resta evidente que o direito à proteção da Propriedade Intelectual é limitado por considerações de ‘interesse público’, na mesma linha da proteção conferida pelo Artigo 1 do Protocolo adicional à CEDH e pelo Artigo 17 (1) da Carta. Além disso, para evitar qualquer ambiguidade, o TJUE, no julgamento do caso *Luksan*, referiu-se diretamente ao Artigo 17 (1) da Carta no contexto da proteção da Propriedade Intelectual *antes* de discutir o Artigo 17 (2) - uma ilustração explícita por parte do Tribunal de que a cláusula de PI da Carta *não* é uma *lex specialis* ao direito geral à propriedade, mas antes uma subcategoria do Artigo 17 (1). Isto significa que, de acordo com o TJUE, o Artigo 17 (2) se beneficia da redação mais geral do Artigo 17 (1)¹⁰¹.

Esta recente tendência do Judiciário Europeu de lançar mão dos direitos fundamentais como um contrapeso às tendências expansionistas de proteção à Propriedade Intelectual ainda manifesta-se na última jurisprudência proferida pelo TEDH. Com efeito, o julgamento do Tribunal de Estrasburgo no caso *Ashby Donald*¹⁰² e a decisão no caso ‘*The Pirate Bay*’¹⁰³ demonstram uma grande mudança de perspectiva no que tange a relação entre Propriedade Intelectual e outros direitos fundamentais¹⁰⁴. Segundo o TEDH, a liberdade de expressão deve ser considerada como o ponto de partida, mesmo se a utilização em causa se deixe qualificar como uma violação de Direito de Autor e

¹⁰⁰ TJUE, Caso C-360/10, *SABAM v. Netlog* [2012], nota 94 *supra*, par. 42 e 43.

¹⁰¹ TJUE, Caso C-277/10, *Martin Luksan v. Petrus van der Let* [2012], Julgamento do Tribunal (Terceira Câmara) de 9 de fevereiro de 2012, par. 68, ainda não publicado. Para um comentário, veja E. Derieux, ‘Titularité et partage des droits sur une œuvre cinématographique. Droits du réalisateur et du producteur’, (82) RLDI 47 (2012).

¹⁰² TEDH, *Ashby Donald and Others v. France*, nota 35 *supra*; 4(1) *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 95 (2014), comentários por P. Torremans.

¹⁰³ TEDH, *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* (dec.), nota 35 *supra*. Para um comentário veja J. Jones, ‘Internet pirates walk the plank with article 10 kept at bay: Neij and Sunde Kolmisoppi v Sweden’, 35(11) *EIPR* 695 (2013).

¹⁰⁴ Para um comentário conjunto sobre *Ashby Donald* e ‘*The Pirate Bay*’ veja C. Geiger and E. Izumenko, ‘Copyright on the Human Rights’ Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity through Freedom of Expression’, *IIC* (2014) (a ser publicado); D. Voorhoof, ‘Freedom of expression and the right to information: implications for copyright’, publicado em: Ch. Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, nota 12 *supra*.

seja motivada pelo lucro. Isto vai de acordo com o princípio subjacente de que o direito exclusivo constitui uma exceção a um princípio mais amplo de liberdade de uso¹⁰⁵.

Além do TJUE e do TEDH, certos tribunais nacionais, tanto na Europa como em outras localidades também vêm enfatizando os limites da proteção à Propriedade Intelectual baseados em direitos fundamentais e/ou no interesse público. Alguns desses casos já foram referidos no contexto da prática judicial da Suprema Corte dos EUA¹⁰⁶. Enquanto isso, vários outros exemplos de outras jurisdições poderiam igualmente ser adiantados. Por exemplo, a Suprema Corte do Canadá sustentou em sua famosa decisão proferida no caso *Théberge*, de 28 de março de 2002, que a Lei de *Copyright* fornece ‘um equilíbrio entre a promoção do interesse público no estímulo e difusão de obras das artes e do intelecto e a obtenção de uma justa recompensa para o criador (ou, mais precisamente, para evitar que alguém, que não seja o criador, se aproprie de quaisquer benefícios que possam vir a ser gerados)’¹⁰⁷. Na Argentina, em uma decisão sobre Direito de Autor datada de 11 de março de 2013 e relativa ao exercício abusivo de direitos morais do co-herdeiro, o Tribunal de primeira instância explicitamente baseou-se nas limitações de interesse público do direito à propriedade em geral e da Propriedade Intelectual em particular¹⁰⁸. De fato, o Tribunal considerou que o interesse da comunidade em acessar obras inéditas é derivado de regra sobre a função social contida no Artigo 21 do CADH, sobre o direito geral à propriedade, e no Artigo 15 (1) (a) do PIDESC (o direito de tomar parte na vida cultural). O Tribunal também declarou que uma cláusula de Propriedade Intelectual na Constituição Argentina (incorporando os direitos exclusivos dos titulares no âmbito do direito geral de propriedade)¹⁰⁹ deve ser lida à luz desses instrumentos internacionais de Direitos Humanos garantindo, assim, que seja alcançado um equilíbrio apropriado entre os interesses da sociedade e os direitos individuais econômicos ou morais dos titulares de direitos de autor. Em uma

¹⁰⁵ C. Geiger, ‘Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?’, 35(3) *IIC* 268 (2004), em 272 afirmando que ‘os Direitos de Propriedade Intelectual constituem ilhas de exclusividade em um oceano de liberdade’.

¹⁰⁶ Veja nota 70 *supra*.

¹⁰⁷ *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain Inc.* [2002] 2 SCR 336, em 355 (grifos adicionados pelo autor). Para mais exemplos de pronunciamentos da Suprema Corte Canadense em relação a, particularmente, justificativas do *Copyright*, veja Y. Gendreau, ‘The image of copyright’, nota 6 *supra*.

¹⁰⁸ Tribunal de Primeira Instância em Matéria Civil e Comercial (No. 12 de Rosario), *Ediciones de la Flor SA v. Fontanarrosa Franco*, Caso No. 1420/08, 11 de março de 2013, não declarada; 44(7) *IIC* 851 (2013).

¹⁰⁹ Artigo 17 da Constituição Argentina de 1853.

linha similar o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro declarou em decisão de 15 de março de 2011, que cada uma das limitações previstas na legislação nacional de Direito Autoral resultou da incorporação legal de princípios constitucionais relacionados, *inter alia*, ao direito à cultura, educação e ciência. Além disso, o Tribunal opinou no sentido de que essas mesmas limitações não eram imunes aos controles externos resultantes de direitos e garantias fundamentais. Com efeito, segundo o Tribunal, ‘o âmbito de proteção efetiva do direito à propriedade autoral ressaí após a consideração das limitações contidas nos arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98 [Lei de Direitos Autorais Brasileira], *interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos e garantias fundamentais, e da consideração dos próprios direitos e garantias fundamentais*’¹¹⁰.

Do outro lado do Atlântico ¹¹¹ o Tribunal Constitucional Alemão também reconheceu, já no passado, a admissibilidade de numerosas restrições ao direito exclusivo, quando interesses públicos relevantes estiveram em conta. Na famosa decisão "School Book", por exemplo, restou muito bem demonstrado que, enquanto a proteção dos direitos de propriedade ‘implica que os benefícios econômicos da obra são, em princípio, devidos ao autor, a proteção constitucional dos direitos de propriedade não se estende a todos estes benefícios. Cabe ao legislador definir os contornos do Direito de Autor, impondo critérios adequados que levem em conta a natureza e a *função social* do direito de autor e assegurando que o autor participe da exploração da sua obra de maneira justa’¹¹². Da mesma forma, mais recentemente o Tribunal Constitucional Letão afirmou em decisão sobre Direito de Autor datada de 2 de Maio de 2012, que ‘valores fundamentais não são absolutos pois cada direito fundamental deve ser exercido levando em conta os interesses de outras pessoas e de toda a sociedade’¹¹³, e também sustentou que os

¹¹⁰ Superior Tribunal de Justiça Brasileiro – Recurso Especial nº 964.404 – ES (2007/ 0144450-5) de 15 de março de 2011, grifos adicionados pelo autor. O autor gostaria de agradecer a Paula Westenberger pela tradução da decisão para o inglês.

¹¹¹Para a discussão sobre outros casos proeminentes em nível nacional na Europa veja C. Geiger, ‘Constitutionalising’ Intellectual Property Law?, nota 3 *supra*

¹¹²Tribunal Constitucional Alemão, decisão no caso ‘School Book’ de 7 de julho de 1971, *IIC* 394 (1972), com comentários de W. Rumphorst (grifos adicionados pelo autor).

¹¹³Tribunal Constitucional Letão, julgamento no caso "Blank Tape Levy" de 02 de maio de 2012, Caso n.º 2011-17-03, par. 12.4 (com mais referências a resultados anteriores do Tribunal, vide julgamento de 22 de outubro de 2002, Caso n.º 2002-0403, par. 2). Para um comentário veja M. Papēde, ‘Blank Tape Levies: the Latvian Constitutional Court’s first copyright case’, 13 de junho de 2013, *KluwerCopyrightBlog.com* (acessado em 13 de dezembro de 2013).

direitos materiais da autores não são incondicionais¹¹⁴. Notavelmente, na resolução do caso o Tribunal baseou-se quase exclusivamente no Artigo 113 da Constituição da Letônia, situando, assim, a sua análise sobre a Propriedade Intelectual no contexto da liberdade de artes e ciências, e não no âmbito do Artigo 105 sobre o direito geral à propriedade. Além disso, na avaliação do conteúdo dos direitos fundamentais previstos no Artigo 113 da Constituição da Letônia, o Tribunal baseou-se diretamente no Artigo 15 (1) (c) do PIDESC, que oferece um dos padrões internacionais vinculativos para a Letônia no domínio dos direitos humanos¹¹⁵. Ele também afirmou que o dever de proteger o direito de autor incluído no artigo 113 envolve proteção de ambos os direitos morais e patrimoniais dos autores.

Esse entendimento judicial está alinhado com o Comentário Geral No. 17 no Artigo 15 (1) (c) do PIDESC¹¹⁶. Como esclarecido pelo Comitê das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), o órgão responsável pela implementação do PIDESC, o artigo 15 (1) (c) ‘salvaguarda a *ligação pessoal entre autores e suas criações e entre os povos*’ e é ‘*intrinsecamente ligado ao [...] direito de participação na vida cultural (artigo 15(1)(a)), o direito de gozar dos benefícios do progresso científico e suas aplicações (Artigo 15 (1)(b)), e a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criativa (Artigo 15(3))*’.¹¹⁷ Além disso, o Comentário Geral No. 17, sem excluir a titularidade à propriedade na maioria dos casos, confirmou que a proteção à Propriedade Intelectual pode, ainda, em determinadas circunstâncias guiadas por considerações de interesse público, ser reduzida a ‘medidas compensatórias, como o pagamento de uma compensação adequada’¹¹⁸.

¹¹⁴Tribunal Constitucional Letão, julgamento de “Blank Tape Levy”, *id.*

¹¹⁵Tribunal Constitucional Letão, julgamento de “Blank Tape Levy”, *id.* Par. 12.2.

¹¹⁶ CDESC, *General Comment No. 17*, nota 21 *supra*.

¹¹⁷ *Id.*, par. 2 e 4 (grifos adicionados pelo autor). Considere também, neste contexto, a declaração inter-regional, ‘Rumo a uma Abordagem de Direitos Humanos da Propriedade Intelectual’, emitido em 14 de março 2014 pelo Egito, em nome de 90 países, no Conselho de Direitos Humanos da ONU em Genebra. A declaração enfatiza, *inter alia*, que “regimes de Propriedade Intelectual foram estabelecidos no trade-off fundamental no sentido de que os Direitos de Propriedade Intelectual caracterizam um privilégio especial garantido aos titulares dos direitos para a exploração econômica das suas obras, e *concebido para servir ao propósito público de promover o progresso da ciência e da Cultura*” (grifos adicionados pelo autor).

¹¹⁸ *Id.*, par. 24

2.3.3 Cláusulas de Propriedade Intelectual à luz dos princípios gerais de interpretação jurídica

Finalmente, não se deve esquecer que, tal como ocorre com outras disposições legais, as cláusulas de Propriedade Intelectual estão sujeitas aos princípios gerais de interpretação, tais como a necessidade de entender uma regra à luz de sua função e no contexto da ordem jurídica como um todo. No contexto do Direito Público Internacional, isto é claramente confirmado pelo artigo 31 (1) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, onde é declarado que ‘um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido atribuível aos termos do tratado no seu contexto e à luz de seu *objetivo e finalidade*’¹¹⁹. Além disso, o artigo 7 do Acordo TRIPS estabelece um princípio de equilíbrio entre direitos e obrigações e enfatiza que o objetivo do Acordo é promover não apenas o desenvolvimento econômico, mas também o bem-estar social. Isto significa que, ao interpretar as disposições do TRIPS, a perspectiva econômica não pode ser seguida de maneira exclusiva¹²⁰. O artigo 8 do TRIPS oferece uma perspectiva semelhante, uma vez que permite aos Estados-Membros adotarem medidas para a promoção do ‘interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico’.

2.4. Uma perspectiva: proposição de três modelos de construção constitucional equilibrada de Propriedade Intelectual

Como conclusão preliminar pode-se afirmar que o quadro jurídico global prevê em vários níveis uma quantidade impressionante de ferramentas úteis, o que poderia

¹¹⁹ Nações Unidas, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 23 de maio de 1969, 1155 UNTS 331 (grifos adicionados pelo autor). Veja em detalhes sobre esta questão S. Frankel, ‘WTO Application of “the Customary Rules of Interpretation of Public International Law” to Intellectual Property’, 46 Virginia Journal of International Law 365 (2006). Veja também a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública adotada pela Conferência Ministerial (WT / Min (01) / DEC / 2, 20 de Novembro de 2001), onde vem explicitamente afirmado que “na aplicação das regras habituais de interpretação da lei internacional, cada uma das disposições do Acordo TRIPS deverá ser lida à luz do objeto e propósito do Acordo como exposto, em particular, nos seus objetivos e princípios’ (artigo 5 (a)).

¹²⁰ Para mais detalhes veja H. Grosse Ruse-Khan, ‘A Comparative Analysis of Policy Space in WTO Law’, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 08-02, in: A. Kur and M. Levin (eds.), IP in Transition (2009).

revelar-se indispensável para uma melhor compreensão do âmbito da proteção à Propriedade Intelectual. Parece, no entanto, necessário, enquanto lançando mão ativamente dessas ferramentas, trabalhar ainda mais rumo à uma futura (re)integração de uma disposição de Propriedade Intelectual equilibrada no contexto constitucional daqueles instrumentos que criam, através da sua redação ambígua, um risco de interpretação abusiva.

A seguir são propostas três opções para a construção de uma futura cláusula de Propriedade Intelectual, modelada sobre os padrões constitucionais e quase-constitucionais, que têm em conta os fundamentos do interesse público da Propriedade Intelectual. Essas propostas têm como ponto de partida as disposições da Carta da UE representando, aqui, meros exemplos; nada impediria transpor esse exercício para outro quadro constitucional. Por certo um 'modelo' em si considerado não pode ser transformado em uma fórmula elaborada sob medida para as necessidades dos países com diferenças fundamentais em suas histórias, filosofias e tradições legais de proteção à Propriedade Intelectual. No entanto, por trás das várias concepções encontra-se um consenso, que muitas vezes é mais importante do que se poderia pensar. De fato, os valores morais e culturais por trás dos direitos humanos são incontestáveis e representam o resultado de um acordo a nível mundial. Sob essa perspectiva a opção 'clássica' (ou 'conservadora') visa (re) introduzir a Propriedade Intelectual no âmbito do ('condicionado') direito à propriedade, enquanto as outras duas, caracterizando modelos mais inovativos, defendem a incorporação de disposições de Propriedade Intelectual no conceito de liberdade das artes e ciências e no direito de liberdade de expressão e informação, respectivamente.

Tabela 35.1 (Primeira Alternativa): Proteção da Propriedade Intelectual sob o Direito à Propriedade: Revisão do Artigo 17 da Carta da UE

Cláusula atual	Cláusula sugerida
<p><i>1. Todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte.</i></p>	<p><i>1. Todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte.</i></p>

<p><i>Ninguém pode ser privado da sua propriedade, excepto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respectiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral.</i></p> <p><i>2. É protegida a propriedade intelectual.</i></p>	<p><i>Ninguém pode ser privado da sua propriedade, excepto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respectiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral.</i></p> <p><i>2. A fim de promover o progresso da ciência, criatividade, aprendizagem e cultura, todos terão o direito à proteção dos interesses morais e patrimoniais resultantes da sua produção científica, literária ou artística. Aplicam-se as garantias previstas no parágrafo 1.</i></p>
--	---

Como pode ser visto a partir da Tabela 35.1, esta primeira alternativa adota a redação positiva da DUDH e do PIDESC, bem como de determinadas constituições nacionais e implementa-as dentro do âmbito de proteção da propriedade estendendo, assim, a função social da propriedade à Propriedade Intelectual. Os objetivos e condições do exercício da Propriedade Intelectual devem, portanto, ser sempre examinados à luz do interesse geral. Além disso, em contraste com a subsunção de direitos ‘incondicionados’ de Propriedade Intelectual sob a garantia geral de propriedade, a menção destacada da Propriedade Intelectual na cláusula mais ampla de propriedade apontaria à sua *especificidade*, sublinhando que *é um tipo de propriedade especial*, que não deve ser equiparada à propriedade física e que deve ser considerada como tendo uma natureza ainda mais limitada do que esta última¹²¹. Finalmente, uma referência explícita à aplicabilidade do Artigo 17 (1) ao segundo parágrafo do artigo 17 evita os riscos de uma leitura ‘ilimitada’ (*lex specialis*) do Artigo 17 (2). Pelo contrário, aponta que esta última

¹²¹ Para uma discussão mais detalhada veja C. Geiger, ‘Copyright’s Fundamental Rights Dimension at EU Level’, nota 91 *supra*.

disposição é subordinada ao direito geral de propriedade, o que está de acordo com o entendimento da Propriedade Intelectual pelo TJUE no caso, *inter alia*, *Luksan* acima mencionado.

Tabela 35.2 (Segunda Alternativa): Proteção de PI sob a Liberdade das Artes e Ciências: Revisão do Artigo 13 da Carta da EU

Cláusula atual	Cláusula sugerida
<p><i>As artes e a investigação científica são livres. É respeitada a liberdade académica.</i></p>	<ol style="list-style-type: none"> <li data-bbox="794 658 1339 837">1. <i>A todos é garantido o direito de se beneficiar das conquistas do progresso científico, de fruir as artes e de participar na vida cultural da comunidade.</i> <li data-bbox="794 875 1339 1256">2. <i>Criadores de produções científicas, literárias ou artísticas deverão ter o direito à proteção dos interesses morais e patrimoniais decorrentes de sua atividade criativa. Os direitos garantidos são regulados por lei na medida do necessário para garantir os direitos mencionados no parágrafo anterior e o interesse geral.</i> <li data-bbox="794 1294 1339 1373">3. <i>As artes e a investigação científica são livres. É respeitada a liberdade académica.</i>

No que se refere à segunda alternativa e defendendo a revisão do Artigo 13 da Carta da UE (Tabela 35.2), ela demonstra uma vantagem visível ao situar a Propriedade Intelectual na categoria dos direitos culturais. Desta maneira a função social da Propriedade Intelectual é situada no cerne de proteção. Na verdade, deve-se ressaltar ser de substancial importância definir se a Propriedade Intelectual é compreendida como um direito cultural ou econômico. No primeiro caso a ênfase principal é dada ao aspecto do enriquecimento "intelectual" da sociedade, enquanto no segundo ela aponta ao enriquecimento "material" ou "econômico". No primeiro caso deve ser possibilitada a diversidade de opiniões e o diálogo democrático com o maior número de obras diferentes possíveis, enquanto no segundo caso a exploração de uma obra, ou seja, a

realização econômica de lucros, é o centro do palco. É claro que ambos os aspectos muitas vezes apresentam-se intimamente ligados um ao outro e, idealmente, convergem. No entanto, a distinção pode ser relevante, posto que os objetivos da política cultural podem auxiliar a contrabalançar as tendências atuais ‘absolutistas’, desenhadas sob medida para o investimento, de proteção à Propriedade Intelectual¹²².

Além disso, a incorporação da Propriedade Intelectual à disposição sobre ‘liberdade das artes e das ciências’ estaria em conformidade direta com o Artigo 27 da DUDH e o artigo 15 do PIDESC e, como demonstram os *travaux préparatoires* do Artigo 13, ela também equilibraria os direitos dos criadores com os valores centrais da dignidade humana e o direito à liberdade de expressão e informação¹²³.

Tabela 35.3 (Terceira Alternativa): Proteção da PI sob a Liberdade de Expressão e Informação: Revisão do Artigo 11 da Carta da EU

Cláusula Atual	Cláusula Sugerida
<p>1. <i>Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.</i></p> <p>2. <i>São respeitados a liberdade e o pluralismo</i></p>	<p>1. <i>Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão.</i></p> <p><i>Este direito compreende:</i></p> <p>a) <i>a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.;</i></p>

¹²² Na verdade e como tem sido apropriadamente apontado no que diz respeito ao contexto Europeu, ‘a tendência contínua em direção a uma proteção à Propriedade Intelectual cada vez mais forte’ foi parcialmente ‘apoiada pelo fato de que alguns Estados-Membros referiram-se à proteção legal do Direito de Autor em suas Constituições nacionais como “propriedade”’ (A. Kur and T. Dreier, *European Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials* (Cheltenham, UK/ Northampton, MA, Edward Elgar, 2013), em 248). Veja ainda C. Geiger, ‘The construction of intellectual property in the European Union’, nota 40 *supra*.

¹²³ Nota do Praesidium, *Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*, nota 44 *supra*, em 15, afirmando que sob os termos do Artigo 13 o direito ‘decorre, principalmente, do direito à liberdade de pensamento e de expressão. Deve ser exercido com observância do Artigo 1 (Dignidade Humana) e pode estar sujeito às limitações autorizadas pelo Artigo 10 da CEDH’.

<i>dos meios de comunicação social.</i>	<p><i>b) o direito à proteção dos seus interesses morais e patrimoniais decorrentes de produção literária, artística ou científica, sujeito ao objetivo de promover o progresso da ciência, criatividade, aprendizagem e cultura.</i></p> <p><i>2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.</i></p>
---	--

Finalmente, a terceira alternativa (Tabela 35.3), sustenta os fortes limites sociais da proteção ao vincular a Propriedade Intelectual à liberdade expressão e informação. Neste modo de construção de cláusula de Propriedade Intelectual é a liberdade de uso que deve ser considerada como o princípio, enquanto a exclusividade é considerada como a exceção que deve ser justificada¹²⁴ - um princípio do qual a Lei de Propriedade Intelectual se desvia. Além disso, a terceira alternativa se encaixa com a tendência recente manifesta no TEDH de examinar disputas de Direito de Autor no âmbito do Artigo 10 da Convenção¹²⁵ (o qual corresponde ao Artigo 11 da Carta da UE)¹²⁶.

3. Conclusão

Cada uma das três opções acima apresentadas carrega uma retórica positiva, o que deverá dar provas de utilidade na superação da crise de legitimidade que a Propriedade Intelectual atualmente enfrenta. É evidente ser necessário reconhecer que nenhuma fórmula única poderia fornecer uma solução imediata de regulamentação de um campo tão complexo e variado como o da Propriedade Intelectual. Além disso, embora seja possível traçar de maneira geral as bases da Propriedade Intelectual no Direito à propriedade, à liberdade das artes e ciências e à liberdade de expressão (todos esses

¹²⁴ C. Geiger, 'Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?', nota 105 *supra*, em 272.

¹²⁵ Veja TEDH, *Ashby Donald and Others v. France*, nota 35 *supra*; TEDH, *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* (dec.), nota 35 *supra*.

¹²⁶ Veja Nota do Praesidium, *Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*, nota 44 *supra*, em 13-14.

direitos abrangendo cada qual diferentes aspectos de proteção), alguns são, sem dúvida alguma, mais relevantes para certos tipos de Direitos de Propriedade Intelectual, enquanto outros têm menos implicações para o interesse específico em jogo. Além disso e como já mencionado, os países têm suas próprias tradições culturais e legislativas, o que predetermina a forma como suas constituições nacionais são elaboradas e interpretadas.

Por estas e muitas outras razões, se uma das opções propostas for incorporada em um texto constitucional específico, isso não significará de forma alguma que ela deva ser considerada como excluindo as implicações de outros direitos fundamentais de igual valor. Assim, a proteção da Propriedade Intelectual sob a liberdade das artes e ciências ou sob o direito da liberdade de expressão e informação não exclui a aplicação à Propriedade Intelectual da garantia geral de propriedade, também presente em todas as Constituições. Na verdade 'isso não parece contradizer a função social que alguns bens podem perseguir, bem como a sua utilidade pública ou interesse social, o que levaria a uma restrição do direito de propriedade, sempre atendendo à legislação e com o direito do proprietário a uma indenização'¹²⁷.

Portanto, um paradigma constitucional desejado em Propriedade Intelectual não provocaria automaticamente uma recalibração imediata dos conflitos de interesses entre os titulares de direitos de Propriedade Intelectual e a sociedade: muitos outros fatores devem entrar em jogo a fim de atingir esse objetivo. Estes incluem enormes esforços legislativos e judiciais acompanhados por medidas eficazes de implementação e aplicação.

Entretanto, qualquer um desses esforços poderá ser em vão se os legisladores elaborarem e os tribunais aplicarem as leis guiados por lógicas "equivocadas". Sob essa perspectiva contar com uma garantia constitucional equilibrada de Propriedade Intelectual significaria dar forma e peso para a abordagem justa *de facto*, através da salvaguarda do vínculo entre os criadores, suas produções e o povo e, ainda, permitir aos criadores receberem uma remuneração justa pelo seu contributo criativo. Prever uma cláusula constitucional que seja capaz de demonstrar através da sua 'mera' redação

¹²⁷ J. Rodriguez, 'A historical approach to the current copyright law in Spain', nota 75 *supra*, em 393.

que a Propriedade Intelectual está intrinsecamente vinculada aos interesses da sociedade traria os direitos de Propriedade Intelectual para mais perto do povo e, assim, contribuiria para restaurar a sua aceitação pública.¹²⁸

Recebido 02/10/2015

Aprovado 15/10/2015

Publicado 04/11/2015

¹²⁸ C. Geiger, “Humanising” the Intellectual Property System – Securing a Fair Balance of Interests through Fundamental Rights at European and International Level’, 33 *The Quarterly Review of Corporation Law and Society (Waseda University)* 291 (Set. 2012).