

La fonction sociale des droits de Propriété Intellectuelle dans les Constitutions brésiliennes

A função social dos direitos de propriedade intelectual nas Constituições brasileiras

Denis Borges Barbosa – PUC/RJ

<i>Napoléon et un traité secret</i>	1
<i>La loi de 1809</i>	3
<i>La Constitution de 1824</i>	4
<i>La loi de 1830</i>	5
<i>Une démarche internationalisant</i>	6
<i>La fonction sociale des autres créations</i>	9
<i>De l'internationalisation à son revers</i>	14
<i>Une autre invasion résistée</i>	16
<i>La codification de la fonction sociale</i>	17
<i>Dépassant d'un rôle national à une fonction universelle</i>	20
<i>Le Rapport de 1964 et la action sur le transfert de technologies</i>	21
<i>À titre de conclusion</i>	22

Napoléon et un traité secret

L'histoire antécédente est bien connue, néanmoins répétable¹. Les armées de Napoléon ont envahi la péninsule Ibérique ; les soldats du Portugal, et plus que les militaires de ce tout petit pays, les montagnes, les pluies, les routes inexistantes, les vivres si difficultés tout cela imposeraient quelque retard à Junot. Quand même, le maréchal arrive à Lisbonne aux fins de mai 1808.

Les voiles des bateaux portugaises étaient déjà visibles loin sur l'Atlantique : le 27 mai la reine Maria I (dite La Reine Folle) et son entière Cour ont embarqués pour ses royaumes d'Outre-Mer.

¹ «En réponse à l'attitude britannique vis-à-vis des navires de commerce français, Napoléon tente d'imposer le blocus continental, qui vise à asphyxier l'industrie et le commerce britanniques, par le décret de Berlin du 21 novembre 1806. Le Portugal, vieil allié des Britanniques depuis le traité de Methuen (1703), est resté neutre depuis la rupture de la Paix d'Amiens. Au travers de pressions diplomatiques, d'alliance resserrée avec l'Espagne voisine, et de concentration de troupes sur les Pyrénées durant l'été 1807, Napoléon menace le Portugal d'invasion s'il n'applique pas le Blocus continental. Devant le silence portugais, les armées françaises envahissent le Portugal (novembre 1807), commandées par le général Junot et s'installent également en Espagne, en allié, pour assurer un appui à cette opération selon le traité de Fontainebleau. La cour et le gouvernement portugais se réfugient à Rio de Janeiro avec le soutien de la flotte britannique et le Brésil devient le siège du royaume jusqu'en 1821.»
http://fr.wikipedia.org/wiki/Napol%C3%A9on_Ier#Campagnes_de_la_p.C3.A9ninsule_Ib.C3.A9rique_et_d.E2.80.99Autriche.

L'armée de mer du Portugal n'était pas seule en son voyage dans l'océan : les 6 escorteurs anglais cerclaient les 36 navires de la reine, comme était prévu dans le traité secret signé entre les deux pays au 22 octobre 1807. Ce document sera aussi invoqué pour justifier les actions militaires britanniques dans le territoire portugais sous Wellesley, qui réussirent enfin à la bataille de Vimeiro en août 1808.

Il y a des auteurs qui prennent ce même traité, ou peut-être des accords plus secrets entre Portugal et le Royaume Uni, comme l'inspiration et raison de la Loi du 28 Avril 1809, qui a inauguré la législation brésilienne de brevets². L'article VI de l'accord secret³, qui préfigurait un traité de Commerce (signé seulement en 1810) serait le contexte de la série de lois de libération commerciale et développement industrielle que marqueront les mois suivant à l'arrivage de la Cour à son destin.

Cette attribution directe à l'esprit du traité serait toutefois très disputée. L'histoire conventionnelle, ou au moins quelques sources, dispute sur le rôle des courtiers qui effectivement auraient incorporé l'esprit de l'accord secret dans les nouvelles lois, mais avec ses contributions et style personnelle : les frères Coutinho, dont le négociateur de l'accord secret, ont son appui des certains historiens⁴ ; José da Silva Lisboa, le vicomte de Cairu⁵, aurait aussi des enthousiastes et particulièrement des détracteurs ; une auteur américaine⁶ indique l'apport de le Comte de Pombeiro pour ses suggestions d'une politique libéralisant durant le cours de la voyage dès Lisbonne.

Libéralisant, parce que l'ensemble des règles pour lesquelles la métropole portugaise contrôlait l'ambiance politique et économique de la colonie brésilienne était jusqu'alors sévèrement restrictive de les libertés commerciales et industrielles. La colonie devrait servir aux intérêts de la métropole, et particulièrement la croissance industrielle devrait être soumise aux obligations internationales du Portugal, par exemple, sous le traité de Methuen, lequel

² CARVALHO, Nuno Pires De, 200 Anos do Sistema Brasileiro de Patentes - O Alvará de 28 de Abril de 1809 - *Lumen Juris*, 2009. Aussi, mais d'une autre façon, ARRUDA, José Jobson de Andrade. *Uma colônia entre dois impérios: a abertura dos portos brasileiros, 1800-1808*. Bauru: Edusc, 2008.

³ ART. VII Lorsque le gouvernement portugais sera établi au Brésil, on procédera à la négociation d'un traité de secours et de commerce entre le gouvernement portugais et la Grande Bretagne. [En français au original]

⁴ CARVALHO, cit., mais aussi MALAVOTA, Leandro, *Construção do Sistema de Patentes no Brasil, A - Um Olhar Histórico*, *Lumen Juris*, 2011, p. 46.

⁵ Cairu, juriste et économiste, serait l'auteur de la première œuvre sur le système brésilien de brevets, publié à 1810 : LISBOA, Visconde de Cairu, José da Silva Lisboa, *Observações sobre a franqueza da indústria, e estabelecimento de fabricas no Brasil*, <http://www.brasiliana.usp.br/bbd/handle/1918/02948700#page/1/mode/1up>

⁶ SCHULTZ, Kirsten, *Tropical Versailles*, Routledge 2001

réservait au Royaume Uni une proportion de cette activité, au détriment de certains aspects de la production portugaise⁷.

La loi de 1809

Indubitablement le parcours à travers de toutes ces lois et règles serait très intéressant pour connaître le Brésil de ce temps ; mais notre sujet est la loi de 28 d'avril⁸, qui comme nous avons anticipé, inaugure la législation de propriété intellectuelle au Brésil⁹. Ici (et pour une chance historique, au territoire qui deviendra l'Uruguay) mais non au Portugal ou au reste du monde sous la couronne portugaise : est une mesure de décolonisation spécifique e limité.

Cette pièce de législation n'est point dédiée à Propriété Intellectuelle dans le sens actuel du concept. Son titre ne parle pas de brevets : elle dispense des matières prime industrielles de droits douanières ; elle établit un devoir d'acheter des utilités militaires aux fabricants locaux ; elle criait des faveurs aux bâtisseurs maritimes, entre autres instruments fiscaux et financières de développement industriel¹⁰.

Parmi cet arsenal de faveurs aux entrepreneurs établis au Brésil, la loi a institué, aussi, un système impersonnel de protection des inventions *et* des introductions de nouvelles industries au pays. Les privilèges autrement concédés sont alors radiés en profit du nouveau régime¹¹.

En sa part relevante, la loi disait :

⁷ "Jusqu'à le moment à que la Cour portugaise déménage au Brésil en 1808, le régime colonial qui a fait l'objet dans le pays, "le plus odieux qui jusque-là avait créé le monde", selon les mots d'un historien, n'était pas propice au développement des affaires et industriel, ou au progrès économique. Au contraire, la politique de la métropole était exclusivement destinée à exploiter les richesses naturelles de sa possession Amérique opulente et entraver par tous les moyens une flambée de l'activité qui pourrait compromettre les intérêts économiques et financiers de la Couronne ou de la menacer souveraineté, favorisant l'indépendance politique de la colonie. Ce régime, qui, depuis plus de deux siècles dominés le Brésil, a été principalement caractérisé par des mesures visant à restreindre la liberté du commerce et de l'industrie et la surveillance plus étroite de toutes les activités de ses habitants". CERQUEIRA, J. G. ; BARBOSA, Denis Borges (annotateur) ; Newton Silveira (annotateur) Tratado da Propriedade Industrial - E do Objeto dos Direitos - Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, n.1.

⁸ Alvará de 28 de Abril de 1809. Isenta de direitos as matérias primas do uso das fábricas e concede outros favores aos fabricantes e da navegação nacional. Coleção de Leis do Brazil de 1809. Cartas de lei, alvarás, decretos e cartas régias. Rio de Janeiro: Imprensa Régia, 1891, p. 45-8..

⁹ MALAVOTA, CARVALHO et RODRIGUES, Clóvis da Costa. A inventiva brasileira. Brasília: MEC/INL, 1973 ont collectionné des exemples de brevets issus comme privilèges bien auparavant 1809, c'est-à-dire, comme concessions personnelles et discrétionnaires du souverain.

¹⁰ Quelque chose de semblable s'est passé quand la promulgation de la protection des topographies de semi-conducteurs, la loi 11,484 du 31/05/2007, qui est compris dans un seul document la propriété intellectuelle, le système d'incitations fiscales, et des faveurs financières à l'industrie, dans un paquet unique.

¹¹ Ordeno, outrossim, que se faça uma exata revisão dos que se acham atualmente concedidos, fazendo-se público na forma acima determinada e revogando-se todas as que por falsa alegação ou sem bem fundadas razões obtiveram semelhantes concessões.

En étant très convenable que les inventeurs et introducteurs d'une nouvelle machine ou invention dans les arts en jouissent du privilège exclusif, en plus du droit qu'ils peuvent avoir à des aides financières, qui je suis servi à établir à l'intérêt de l'industrie et les arts, je ordonne que toutes les personnes qui sont ce cas à présenter le plan de sa nouvelle invention au Conseil royal de commerce; et que celui-ci, reconnaissant sa vérité et sa fondation, leur accorde le privilège exclusif pendant quatorze ans, étant forcé d'en fabriquer de ce moment en avant, de sorte qu'à la fin de cette période, la nation tout entière bénéficie le fruit de cette invention¹².

Autant par sa topologie dans un *paquet* de mesures de développement industriel, quand par le choix des mécanismes de protection comme résultat de son *adéquation* à des buts de l'État, le brevet de 1809 peut être reconnu comme utilitariste, ou benthamien¹³. La loi ne se dépêche pas à premier des inventeurs pour son génie ; aucune propriété élémentaire ou naturelle n'est consacrée ; les droits de l'homme inventeur sont remués.

On consacre par le privilège exclusif des contributions fonctionnelles, en tant qu'elles servent aux objectives économiques du moment. Si l'État brésilien était alors doté d'une constitution politique, le fondement de la loi pourrait être recherché dans la fonction sociale de l'innovation, non seulement exercé comme distribué.

La Constitution de 1824

La constitution arrivera plus tard, octroyé par un empereur du Brésil, en un pays séparé de Portugal, en 1824. La loi de 1809 peut être listée dans les premières législations de brevets au monde ; notre constitution impériale serait probablement, avec l'Américaine, une des plus anciennes dans la prévision de protection des inventions comme un droit consacré dans le statut politique de la nation.

Le texte constitutionnel, néanmoins, ne se conforme guère au modèle de la loi de 1809 :

¹² Sendo muito conveniente que os inventores e introdutores de alguma nova máquina e invenção nas artes gozem do privilégio exclusivo, além do direito que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em beneficio da indústria e das artes, ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano de seu novo invento à Real Junta do Comércio; e que esta, reconhecendo-lhe a verdade e fundamento dele, lhes conceda o privilégio exclusivo por quatorze anos, ficando obrigadas a fabricá-lo depois, para que, no fim desse prazo, toda a Nação goze do fruto dessa invenção.

¹³ Sans consacrer beaucoup d'élaboration théorique dans cette étude sur la notion de fonction sociale des droits, on reconnaîtra qu'il y a une tendance de fonctionnalisation chaque fois que, dans les discussions législatives, ou dans l'exécution doctrinale ou judiciaire des droits de propriété intellectuelle, il est sensible qu'on a fait un choix utilitariste au regard de ces intérêts, dans lequel on considère entre ces effets pertinents l'impact sur la société dans son ensemble. D'autre part, une telle fonction sociale sera considérée comme rejetée dans le cas d'un discours ou une pratique qui met l'accent sur la nature absolue ou inconditionnelle des mêmes intérêts.

Art. 179, 26: "les inventeurs auront la propriété de sa découverte ou de ses productions. La loi leur assurera un privilège exclusif temporaire, ou les compensera pour le remboursement de la perte qui devront souffrir pour la divulgation.

Il fallait, peut-être, invoquer ici le texte français de l'Assemblée constituante, avec la loi du 7 janvier 1791 :

"Toute découverte ou nouvelle invention, dans tous les genres de l'industrie, est la propriété de son auteur ; en conséquence, la loi lui en garantit la pleine et entière jouissance, suivant le mode et pour le temps qui seront ci-après déterminés.

La concession, dans les deux textes, n'est plus *convenable* pour réussir des buts de l'État, comme dans la loi de 1809 ; la topologie de la règle est d'un droit citoyen. La constitution confirme la propriété qui appartenait déjà au créateur ; mais, en contraste avec le texte français, le texte brésilien a incorporé dès l'institution de la loi fondamentale l'intérêt social de la divulgation de la technologie. Le créateur détiendra le brevet, si et seulement sous la condition que l'État ne décide d'effectuer avec l'invention une contribution immédiate au domaine public.

La loi de 1830

Sous cette constitution, une nouvelle loi de brevet a été publiée, en 1830¹⁴. L'affiliation à notion de propriété des inventions réapparaît ici :

Art. 1. La loi garantit au découvreur ou inventeur d'une l'industrie utile da propriété et l'utilisation exclusive de sa découverte, ou invention¹⁵.

Mais la garantie sera assurée tout seulement à l'inventeur national :

Art. 3. L'introducteur d'une industrie étrangère recevra un prix proportionnel à l'utilité, et la difficulté de l'introduction¹⁶.

La détention d'un brevet étranger correspondent résultera à la radiation de le brevet brésilien, mais le prix mentionné sera applicable¹⁷. Fièvre de l'utilisation

¹⁴ Pour les brevets publiés durant cette loi, consultez MALAVOLTA et RODRIGUES. Pour les inventions chimiques de ce période, CARRARA JÚNIOR, Ernesto, MEIRELLES, Hélio. *A indústria química e o desenvolvimento do Brasil (1500-1889)*. São Paulo: Metalivros, 1996.

¹⁵ Art. 1º. A lei assegura ao descobridor, ou inventor de uma indústria útil a propriedade e o uso exclusivo da sua descoberta, ou invenção

¹⁶ Art. 3º. Ao introdutor de uma industria estrangeira se dará um premio proporcionado á utilidade, e dificuldade da introdução.

¹⁷ Art. 10. Toda a patente cessa, e é nenhuma: (...) 4º. Se o descobridor, ou inventor, obteve pela mesma descoberta, ou invenção, patente em paiz estrangeiro. Neste caso porém terá, como introdutor, direito ao premio estabelecido no art. 3º.

de la propriété aux finalités sociales, la loi requérait du titulaire qu'en deux ans il commencera la fabrication effective, sous peine de perdre le droit¹⁸.

On pourra noter la continuation de quelques caractères communs aux deux lois brésiliennes quoique la Constitution reflète jusqu'au certain degré la posture propriétaire des lois françaises du temps, et même considérant que la élaboration législative de la loi de 1830 suivait le précédent français de 1791¹⁹.

Par exemple, la loi de 1830 maintenait la distinction entre l'invention et l'introduction, pour assurer le droit exclusif tout seulement aux nationaux. Par ce choix, et par l'imposition d'un devoir de fabriquer l'objet breveté, une tonique nationalisant et développementale est claire. Les deux instruments convergent aux mêmes fins économiques²⁰.

Comme se passeraient dans le vote de la loi 1882, et plus tard de 1971 à 1996, la question des brevets et sa fonctionnalité sociale a fait l'objet de nombreux débats dans les deux chambres de la législature de 1829 et 1830²¹. Dans ce cas, les discours ont été teintés soit par la tendance conservatrice du Sénat (où la clôture aux étrangers était à la tonique), ou pour l'attention à des répercussions sur l'économie dans la Chambre des députés.

Une démarche internationalisant

Toutefois, la marée des politiques publiques change avec du temps. La loi de 1830 est restée en vigueur pour cinquante-deux ans, mais l'exclusion des étrangers est progressivement abandonnée sans altération légale : l'autorité publique commence à concéder brevets hors de l'autorisation législative préexistant, mais cherchent plus tard l'approbation de l'Assemblée législative pour chaque cas²². L'intervention postérieure du Conseil d'État résultait favorable à la concession de brevets même aux introducteurs²³, ce qu'a légitimé le complète détour du texte de 1830²⁴.

¹⁸ 3º. Se o agraciado não puzer em practica a invenção, ou descoberta, dentro de dous annos depois de concedida a patente.

¹⁹ MALAVOTA, p. 116.

²⁰ La loi de 1830 prévoit une durée variable du brevet, proportionnel à son contribution technologique ; les règles de 1809 étaient interprétées de la même façon, selon MALAVOTA, 122.

²¹ MALAVOTA, p. 118, note que le vicomte de Cairu a proposé importantes altérations au modèle essentiellement français en discussion, avec des apportes de la tradition anglaise et américaine ; mais ses suggestions ne seront pas considérées.

²² MALAVOTA, p. 129. CARRARA JÚNIOR, Ernesto; MEIRELLES, Hélio. *Op. cit.*, p. 209-10 notent que l'effective autorisation législative était très rare.

²³ MALAVOTA, p. 158.

²⁴ Selon BAILLY, G.A. - Protection des inventions au Brésil. Édité par l'Escripório de Informações do Brasil. Paris, 1915, p. X, au 7 Avril 1880, le Ministre de l'agriculture a cessé des concessions de brevets aux étrangers. À ce moment, comme on verra, une nouvelle loi était déjà en discussion et sera emporté à la législative.

Plus que le manque de ressources pour les subventions des prix aux introducteurs étrangers, l'abandon des lignes directrices de la loi de 1830 indique, peut-être, une approche plus favorable à l'internationalisation de l'économie et aux thèses amicales à l'investissement étranger²⁵. À partir d'un certain moment, la demande pour l'altération de la loi se fait sentir, alors avec des arguments très curieux.

Par exemple, aux yeux du ministère de l'Agriculture, du commerce et des Travaux publics, en proposant la rédaction de la nouvelle loi, en 1876, le problème serait une excessive aisance de moyens et de richesses au Brésil, ce qui réduisait la capacité inventive :

"Nouvelle nation, dotée d'éléments grands et variés de richesse, offrant de nombreuses facilités pour l'acquisition de moyens de subsistance, le Brésil ne peut pas avoir si tôt, pour le progrès de leur industrie, de l'esprit de l'invention qui, comme on le sait, seulement dans la nécessité de lutter contre les éléments trouve les conditions et des stimuli pour leur développement »²⁶.

Pour les enfants du paradis, paresseux par manque de neige, l'invention devra être nécessairement importée.

Le même ministère, dans son rapport quatre ans après, suscite un autre argument pour le change législatif :

Une des mesures que j'aurai à soumettre à votre appréciation éclairée, c'est la mise sur le pied d'égalité de l'inventeur étranger et de l'inventeur national et la suppression de la concession de brevet ou de prime en espèces au simple introducteur d'industrie.

Rendre facultatif le paiement de l'impôt intégralement ou par annuités qui augmenteront en raison directe de la durée du privilège, est une mesure qui concilie les intérêts de la société avec ceux de l'inventeur.

Le droit actuel est incertain parce qu'il laisse à une simple interprétation la garde d'un principe qui forme la base de notre système de concession de brevets. La possession tranquille de son invention pendant un délai que la loi lui reconnaît, est certes, le plus grand encouragement que l'inventeur peut avoir²⁷.

²⁵ MALAVOTA s'interroge sur l'explication conventionnelle (par exemple dans CERQUEIRA, J. G. ; BARBOSA, Denis Borges (annotateur) ; Newton Silveira (annotateur) Tratado da Propriedade Industrial - E do Objeto dos Direitos - Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, nota 10) que la délivrance de brevets en dehors des limites de la loi aurait pour effet l'absence de ressources budgétaires pour l'octroi de bourses aux apporteurs étrangers. En effet, ces demandes d'investisseurs étrangers et même un changement de position idéologique au développement national offrirait une autre explication.

²⁶ BARBOSA, Denis Borges, O Impasse em Nairóbi, Marcas, Patentes e a nova Ordem Econômica Mundial (Jornal do Brasil de 26 de setembro de 1981). <http://denisbarbosa.addr.com/42.doc>

²⁷ BAILLY, p. XI.

À cette époque, les discussions qui ont abouti à la Convention de Paris étaient déjà en cours. Dans un signe d'intérêt pour que la propriété intellectuelle ait été acquise dans le pays, le vicomte de Villeneuve, propriétaire à Rio de Janeiro du *Jornal do Commercio*²⁸, a été nommé ambassadeur extraordinaire à la Convention, et effectivement participé et contribué au texte final. Son rapport final du 30 décembre 1880 indiquait l'extension des travaux de la délégation brésilienne, et l'apport particulièrement détaillé au sujet de marques²⁹.

La discussion d'une loi nouvelle, conforme à la Convention, était déjà en cours :

Le projet de loi fut présenté au Parlement, le 26 août 1880, par M. Le Conseiller Buarque de Macedo, alors Ministre de l'Agriculture ; ce projet, malgré son insuffisance, montrait le désir de son auteur de s'occuper sérieusement de la matière. La vieille loi de 1830 ne répondait pas au développement des industries ; par ce motif, et bien qu'il y eût en discussion un projet de réforme de la loi, le Gouvernement jugea convenable de régler provisoirement l'exécution de l'ancienne, de manière à faire précéder la jouissance des droits de la patente d'un examen préalable, tout en assurant le secret de l'invention ou de la découverte ; et, dans ce but, par décision du 22 janvier 1881, des instructions furent édictées prescrivant l'examen de l'invention par la Sociedade Auxiliadora da Industria Nacional (Société Auxiliatrice de l'Industrie Nationale). Cet examen était déjà d'usage auparavant et il ne cessa que lors de l'entrée en vigueur de la loi actuelle³⁰.

La loi 3129 sera publiée 14 octobre 1882³¹, après de longues discussions législatives, rapporté par Bailly dans son livre de 1915. De toute évidence, l'accès aux brevets étrangers brésiliens s'est clairement permis, et à tous autres égards, on a cherché alignement avec les paramètres de la Convention. Logiquement la perte du brevet national à cause de que le titulaire disposait d'un brevet à l'étranger, institué de la loi de 1830 (et d'autres lois de l'époque) qui défié ouvertement le traité a été éliminé.

²⁸ Le Vicomte était fils d'un ressortissant français établi au Brésil, et son Journal continue en publication même au jour d'hui. Une question connexe, dont l'intérêt historique est discutable, est que tandis que l'ambassadeur brésilien a été consacré à des discussions sur la propriété industrielle, la vicomtesse de Villeneuve s'est fait connaître à la cour comme la petite amie de l'empereur Pedro II, <http://denisbarbosa.blogspot.com.br/2013/01/dos-fundamentos-profundos-da-convencao.html>

²⁹ Disponible em <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/historia/villeneuve.htm>

³⁰ Bailly, p. XI.

³¹ BAILLY, G, p. 274 et suivants. MALAVOTA, p. 239 et suivants. CARVALHO DE MENDONÇA, J.X., Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. III, Tomo I, reedité par Russel, Campinas, 2003, no. 110, 134 e 136.

Bien que le projet du ministère de l'Agriculture ait aboli toutes les exigences pour l'utilisation du brevet dans le pays, suite à la position extrêmement libérale du ministre de l'époque³², la loi maintenait le devoir de fabrication locale :

La déchéance d'un brevet dans les cas suivants :

1er – si le concessionnaire ne fait pas une utilisation efficace d'invention dans les trois ans à compter de la date du brevet;

2 – si le concessionnaire interrompt l'utilisation efficace de l'invention pour plus d'un an, sauf pour des raisons de force majeure, soutenue par le gouvernement, après l'audience de la section du Conseil d'État.

Il est entendu comme une utilisation dans ces deux cas, l'exercice effectif de l'industrie privilégiée et la fourniture de produits à proportion de leur utilisation ou de consommation.

Si est prouvé que l'offre de produits est évidemment insuffisante pour répondre aux exigences de l'emploi ou de la consommation, le privilège peut être limité à une zone déterminée par un acte du gouvernement, avec l'approbation de l'Assemblée législative.

Deux thèmes en particulier ont époint presque tout le temps de discussion durant le procès législatif : l'exclusion des produits alimentaires, pharmaceutiques et chimiques de la protection du brevet, et la question de l'examen préalable. La Chambre des députés a pris la position en faveur de l'exclusion des matières mentionnés, ainsi que contre l'examen préalable³³. Au Sénat, la situation réverse : pour les trois matières on garantira le brevet, mais médiane examen préalable, dont tous les autres inventions sont dispensées³⁴.

La fonction sociale des autres créations

En matière de brevets, la loi de 1882 restera en vigueur, quoique complémentée en 1923, jusqu'au Code de 1945. À l'occasion de la création

³² MALAVOTA, p. 246.

³³ Le vote sur le projet de loi dans le Senat a compris qu'il était inconstitutionnel éviter l'examen préalable de ces brevets: "La Commission a constaté que quand il s'agit de produits pharmaceutiques, des produits chimiques et des produits alimentaires, cet examen est indispensable, jugeant inconstitutionnelle l'exception de ces produits dans la proposition de la Chambre de Députés(...) Pour ces produits sont proposés à la vente, ils sont soumis à un examen préalable par le Comité central d'hygiène; mais ce test ne donne pas le privilège. Ni l'inventeur en acquerra le droit d'action contre les contrefacteurs. Le droit de l'inventeur est donc pris en compte, alors qu'avant il n'y avait aucune garantie; et de même, l'intérêt public." BAILLY, p. 97.

³⁴ [Art. 3o.] § 2º - Se parecer que a matéria da invenção envolve infração do § 2º do art. 1º [2º - ofensivas da segurança pública], ou tem por objeto produtos alimentares, químicos ou farmacêuticos, o Governo ordenará o exame prévio e secreto de um dos exemplares, de conformidade com os Regulamentos que expedir: e a vista do resultado concederá ou não a patente. Da decisão negativa haverá recurso para o conselho de Estado. § 3º - Excetuados somente os casos mencionados no parágrafo antecedente, a patente será expedida sem prévio exame.

d'une répartition centrale de marques et brevets, en 1923³⁵, l'examen préalable a été étendu à d'autres technologies ; d'autres droits (dessins industriels, concurrence déloyale³⁶, etc.) sont ajoutés.

Prenons alors les autres droits de propriété intellectuelle applicables au XIXe siècle, mais non considérés jusqu'alors. Il fallait rappeler que la Constitution impériale ne faisait aucune mention de la protection des marques, et en effet ni de le droit des auteurs d'œuvres littéraires, scientifiques et artistiques; la naissance de ces droits dans la législation n'a ainsi requis une prévision constitutionnelle spécifique.

Comme dans autres pays, la protection de signes distinctifs d'un caractère *obligatoire* pourra être notée dans la législation portugaise d'une ère bien plus ancienne. L'obligation de marquage des produits se trouve déjà dans les lois du XVIIe siècle imposée aux tisserands, orfèvres, etc. Un exemple en est la réglementation des tisserands et des chiffonniers :

Chapitre IX

(...) Et on donnera la marque de l'endroit, où le chiffon était fait, et le fer, ou signe du tisserand, qui en tisser, et le tisserand qui ne met ces lettres, marques et signes [aux tissus qui ils fabriquaient], payera pour chacune des choses dites, que en manque, quatre cent monnaies, et si il met plus ou moins compte qui n'appartiennent à cette toile, il en perdra son valeur, au-delà de la peine criminel, qui encourent aussi dans le cas de mensonge.

Chapitre XVII.

(Peine qui aura le tisserand qui dans le tissu met une autre marque de tissage, ou falsifie le lieu).

Aucun tisserand n'est autorisé à placer n'importe quelle marque d'un autre tisserand, au chiffon qui tisse, ou une marque d'un autre lieu sinon de ce lieu où il en a tissu, et tout tisserand qui changer cette marque ou signe, payera vingt cruzados, au-delà de la peine criminel, et sera dégradé de deux ans à l'un des endroits d'Outre-mer; et la même peine aura le chiffonnier, qui ne met pas en son tissu la même marque³⁷.

³⁵ Decreto nº 16.254 de 19 de Dezembro de 1923.

³⁶ Decreto n.º 24.507, de 29 de junho de 1934.

³⁷ "Capítulo IX (...) e lhe porá mais a marca do lugar, aonde o dito panno se fizer , e o ferro , ou signal do Tecelão , que o tecer : e o Tecelão , que deixar de pôr estas Letras, Marcas e Signaes , pagará por cada uma das ditas cousas , que lhe faltar, quatrocentos reis e pondo-lhe mais , ou menos conta da que pertencer ao tal panno, perderá a valia delle , além da pena crime, em que tambem incorrerá,, por ser caso de falsidade. - Capítulo XVII. Da pena , que terá o Tecelão, que no panno , que tecer puzer marca de outro Tecelão, ou lugar. Tecelão algum não poderá pôr marca de outro Tecelão no panno , que tecer , nem marca de outro algum lugar, senão daquelle, donde o tecer , sob pena de qualquer que mudar a dita marca -ou signal , pagar vinte cruzados, além da pena crime, e será degradado por dous annos para um dos Lugares de além ; e a mesma pena - haverá o Trapeiro , que não puzer no seu panno - a mesma marca." Coleção Cronológica de

L'obligation de marquage aura une fonction sociale relevant au-delà de la simple régulation de la concurrence interne à des corporations de métiers³⁸. Indiquant où le tissu est produit, il indique l'emplacement et la tradition des facteurs géographiques influents vers la qualité et l'attente du public³⁹. Indiquant qui a tissé, il précise la responsabilité personnelle pour la qualité du produit, à la fois pour le consommateur, comme aussi vis-à-vis des autres membres de la corporation⁴⁰.

La Constitution de 1824 a aboli formellement les corporations de métiers, même si l'importance de ces institutions était presque nulle dans une économie d'esclavage⁴¹. Néanmoins, l'abolition ouvrit un espace livré pour un nouveau type de marque, essentiellement libérale, qui graissait aux pays plus industrialisés que le Brésil dès la moitié du siècle.

Les marques à sa façon *moderne*, facultatives et non affiliées à une obligation légale de maintenir la qualité, ont été ajoutées à législation interne en 1875, avec une seconde loi en 1887⁴² ; il n'y a pas dans ces exercices législatives des considérations directement concernant la fonction sociale des marques, mais le devoir de l'État de garantir ce modalité de propriété sera un motive récurrent⁴³.

Leis Extravagantes, posteriores às Ordenações do Reino, Leis Extravagantes, Coimbra, Na Real Imprensa Da Universidade, 1819.

³⁸ "L'idée dominante de la législation des métiers n'est toutefois pas de supprimer la concurrence, mais de la réglementer et de veiller à ce que les concurrents luttent à armes égales. Il est interdit de détourner la clientèle du voisin ou d'accaparer les matières premières, mais la concurrence peut encore s'exercer dans d'assez larges limites. C'est par une plus grande habileté dans la fabrication, par une plus grande conscience dans l'exécution, par des qualités toutes personnelles que l'on tentera de conquérir une situation prééminente." SAINT-LEON, Etienne Martin, Histoire des corporations de métiers depuis leurs origines jusqu'à leur suppression en 1791, Librairie Félix Alcan, 1922. p. 155.

³⁹ GAMA CERQUEIRA, no. 115, historie l'utilisation des marques du Moyen Age et les lois espagnoles et étrangères, mais n'analyse point ni cite la législation portugaise en vigueur au Brésil avant la loi de 1875. Pour une analyse indispensable de l'histoire des marques, voir SCHECHTER, Frank .The Historical Foundations of the Law relating to Trade Marks. New York: Columbia University Press, 1925.

⁴⁰ "Chaque maître a sa marque ou son poinçon particulier (un cœur, une flamme, un croissant, etc.) qu'il doit apposer sur ses ouvrages (statuts des cartiers, 1594, art. 16; des potiers de terre, 1613, art. 12). Souvent même, comme chez les orfèvres, cette marque ne suffit pas. Il faut, conformément aux anciens usages, faire apposer sur ses œuvres la contremarque de la maison commune". SAINT-LEON, p. 436.

⁴¹ MALAVOTA, p. 113, note 11.

⁴² Lei n.º 2.682, de 23 de outubro de 1875, analisé par VEIGA FILHO, Dídimo da. Marcas de Fábricas, Rio de Janeiro, 1887. La seconde loi de marques sera le Decreto n.º 3.346 de 1887, analisé par AFONSO CELSO, Marcas Industriais e Nome Comercial, 1888.

⁴³ "Si le législateur ne secourrait pas, avec des actions que d'autres gouvernements sont également tenus d'adopter avec le même but, par manque de sécurité et de garanties, l'industrie va se flétrir, languir dans les mêmes conditions que tout autre propriété." Avis de la Commission de la justice pénale de la Chambre des représentants. O Direito, vol. 7.º, págs. 28 e 29.

A défaut de cette protection, disait le plus connu des juristes brésiliens de cette période⁴⁴ :

(...) la fraude dans l'industrie sera la mesure du mérite. L'inspiration la plus légitime des fabricants intelligents ne sera pas le nom de l'éleveur ou découvreur, mais le faussaire habile. Deviendra impossible l'existence d'une firme accréditée parce que tous les faux déborderont, et le mauvais produit, déguisé par la fraude, dépréciera le produit réel.

Il aura de maisons de commerce sans nommes commerciale, et des usines sans marque d'industrie. L'honnête courtier n'aura pas la protection de son travail; quiconque harcèle le commerçant honnête sera sous la garde des tribunaux. L'objet principal de la compétition serait la appropriation des nommes d'entreprises. La spéculation la plus belle serait l'usurpation du crédit d'autrui. La plus grande ineptie sera l'adoption d'une seule nomme d'entreprise, la meilleure application de l'intelligence et de l'activité de l'entreprise serait l'utilisation de toutes les nommes d'entreprises connues. (...)

Et le public ?

Le public sera l'anima vilis des spéculateurs, la charogne qu'ils coupent à volonté.

Le consommateur qui, au détriment de l'argent gagné à partir de son sueur, paye pour satisfaire ses besoins, achètera des produits contrefaits, inutiles à son précision, odieuses à sa volonté, opposés à ses préférences, souvent à leur insu, d'autres fois pour n'avoir une autre ressource, et sera impuissant à appeler à personne contre les simulateurs, qui exerceront un droit légal.

La naissance des droits d'auteur au Brésil serait différée en comparaison avec les deux autres protections. Initialement prévue dans la loi de création des courses juridiques à 1827, et donc réservé aux professeurs de ces courses, la protection aux œuvres d'esprit a gagné extension générale, quoique seulement dans le domaine criminel, avec le Code pénal de 1830 et, à son temps, par le Code pénal de 1890⁴⁵. La première régulation dans le plan des lois civiles (loi Medeiros e Albuquerque) datât de 1898, et serait peu après succédée par le Code civil de 1916⁴⁶.

⁴⁴ BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa, Vol. II 1872-1874 TOMO I, Trabalhos Jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura Fundação Casa de Rui Barbosa, 1984, p. 23-121.

⁴⁵ Decreto n° 847, 11 octobre 1890, articles 342-355.

⁴⁶ Voir SOUZA, Allan Rocha, As etapas iniciais da proteção jurídica dos direitos autorais no Brasil, Justiça & História, vol. 6 - n° 11, 2006. MARTINS, Samuel, Direito Autoral, Livraria Franceza, 1906, qui analyse la loi de 1898 recueille également le nombre de projets de loi qui, depuis 1856, cherchaient à régler le droit d'auteur dans le plan civil.

Autant dans les procès législatifs comme dans la discussion des juristes, la fonction de cette modalité des droits intellectuels vis-à-vis des intérêts de la société comme en tout n'a pas profité de grandes discussions au Brésil⁴⁷.

Un autre débat parmi les juristes de la période couverte par l'état de ces droits est si le Constitution et les lois ont institué un régime de propriété (avec la fonctionnalité suffragant à elle) ou la protection des droits de la personne. Tobias Barreto⁴⁸ se pencha par la nature des droits de la personne, Teixeira de Freitas par la théorie des droits de propriété⁴⁹.

L'élément juridique intercurrent ici sera la Constitution républicaine de 1891, dans laquelle trois dispositions spécifiques prévoient la protection des brevets, marques et droits d'auteur :

[Article 72] § 25: "Les inventions industrielles appartiennent à leurs auteurs, qui seront garantis par la loi un privilège temporaire, ou seront accordés par le Congrès d'une prime raisonnable, pour le remboursement de la perte qui devront souffrir pour la divulgation.

§ 26: Aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques sera garanti le droit exclusif d'en reproduire, par la presse ou par tout autre procédé mécanique. Les héritiers des auteurs jouissent de ce droit aussi longtemps que la loi l'ordonne.

§ 27: La loi assurera également la propriété des marques.

La protection des inventions reste la même : un *privilège* temporaire ; aux auteurs des œuvres d'esprit on assure un *droit exclusif*, tandis que aux marques sera garanti une *propriété*. Ces distinctions très subtiles resteront jusqu'à la Constitution actuellement en vigueur.

La décision du 27 août 1898, de la Cour suprême⁵⁰, a reconnu la protection des droits d'auteur à travers de la possession civile, en établissant un lien logique entre la protection des trois types de propriétés intellectuelles protégés par la Constitution, sans être impressionné par la classification de « droit

⁴⁷ MARTINS, a noté que pour la loi du 1898 la discussion dans les deux chambres était presque nulle.

⁴⁸ BARRETO, Tobias. O que se deve entender por direito autoral. In Estudos de Direito. Sergipe: Edição do Estado do Sergipe, 1926. Obras completas, v. 2, pp. 152-153. Cet auteur a choisi de droit d'auteur comme le sujet de son thèse de professeur de la Faculté de Droit de Olinda, à 1882. "Dans sa thèse, est dans les attributs de la personnalité que on aura la nature juridique du droit d'auteur. Tobias Barreto transcende les aspects purement économiques de l'œuvre, pour se concentrer sur le noyau de la titularité du droit et leurs champs d'application, qui sont perçus comme des extensions nécessaires de la personnalité, ce qu'on permet de parler uniquement en droit de la personne de l'auteur". BARROS, Carla Eugenia Caldas, Propriedade Intelectual: Tobias Barreto - Rui Barbosa, Revista Criação do IBPI, no. 2, p. 47 e seguintes.

⁴⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis. Rio de Janeiro: Gamier, Livreiro Editor, 1896. Note au article 884.

⁵⁰ MARTINS, p. 114.

exclusif » - pas de « propriété » -, choisi par la Constitution pour qualifier les droits d'auteurs⁵¹.

De l'internationalisation à son revers

Le choix des deux modalités de protection (marques et droits d'auteur) jusque devant cette section consacrée aux contrastes entre nationalisation et internationalisation du système brésilien de propriété intellectuelle n'était pas certainement par chance.

Les lois brésiliennes de droit d'auteur, jusqu'à la parité entre les auteurs nationaux et étrangers achevée par la loi n. 2577, de 17/01/1912, favorisaient la production locale, en laissant libre pour le public les œuvres d'auteurs étrangers.

Le Brésil n'a pas d'abord adhéré à la Convention de Berne⁵² ; il détiendrait une position analogue à celle des États-Unis, qui pour des nombreuses années (jusqu'à la loi de 1891⁵³) a entendu que l'accès à culture par leurs ressortissants, notamment en raison de l'importance de la production britannique, devrait prévaloir sur tout autre intérêt économique en faveur de la protection des productions étrangères⁵⁴. Ici, la politique publique de propriété intellectuelle des deux pays (comme, il semblait, de la Belgique vis-à-vis de la France) passait par la *nationalisation* de la protection, dont les effets sur l'accès à l'information et culture seraient peut-être réputés comme satisfaisant la fonction sociale pertinente.

⁵¹ Quoique très disputé dès 1898 dans les cours, la protection possessoire des droits de propriété intellectuelle a cessé d'être un thème relevant une fois que des autres remèdes processuels équivalents seront introduits dans le droit brésilien.

⁵² Brésil a été présent dans les travaux préparatoires de 1878. On pourra ainsi présumer que ne signer pas le traité sera une décision politique.

⁵³ "La legislación americana conservó durante largo tiempo, en relación con los extranjeros, un carácter de «exclusivismo absoluto». Esta carencia suscitó numerosas intervenciones frente al congreso norteamericano. Pero los extranjeros debieron esperar la ley del 3 de marzo de 1891 para obtener el reconocimiento de sus derechos." CAVALLI, Jean, Génesis del Convenio de Berna de 9/12/1886, Bogotá: Ministerio del Interior y Justicia, Dirección Nacional del Derecho de Autor, 2006. L'histoire du mouvement contre l'internationalisation du droit des auteurs en Amérique est détaillée en BOWKER, Richard Rogers, Copyright, its history and its Law, Houghton Mifflin, 1912, reprinted William S. Hein, 2002, p. 341-372.

⁵⁴ "What is called free trade looks to the maintenance of the foreign monopoly for supplying us with cloth and iron; and international copyright looks to continuing the monopoly which Britain has so long enjoyed of furnishing us with books; and both tend towards centralization. (...) "[L]iterary privileges exist in virtue of grants from the people who own the materials out of which books are made; ... those privileges have been perhaps already too far extended; ... there exists not even a shadow of reason for any further extension; ... to grant what now is asked would be a positive wrong to the many millions of consumers, as well as an obstacle to be now placed in the road towards civilization" CAREY, Henry Charles, Letters on International copyright, Philadelphia (1853), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org.

Évidemment, la position américaine et brésilienne a rencontré une forte opposition dans les démarches internationales où le droit des auteurs a été discutée, en particulier - dans le cas du Brésil - par les auteurs portugaises⁵⁵.

Donc, avant même l'adhésion à la Convention de Berne (1922) et l'assimilation des auteurs étrangers et domestiques par la loi de 1911, il y ait des pressions diplomatiques pour des traités bilatéraux de protection⁵⁶. Le 14 septembre 1889 est entré en vigueur acte international entre Brésil et Portugal prévoyant l'égalité des droits des citoyens des deux pays dans le domaine du droit d'auteur. Le 5 février, 1915, la même chose s'est produite avec la France.

Les cycles de nationalisation des droits de brevet et des droits d'auteur ont donc lieu dans différentes phases. La norme nationalisant de la loi des brevets de 1809 subsiste par la loi de 1830, et commence à recéder à mi- siècle, pour achever à une internationalisation complète avec l'entrée du Brésil à la Convention de Paris. Le système de paramètre nationalisant du droit d'auteur continue jusqu'à ce que le premier - et crucial - traité bilatérale avec le Portugal, en 1891, pour être achevée en 1922 avec l'entrée de la Convention de Berne.

L'internationalisation de la régulation des marques précédait le Convention de Paris : entre 1876 et 1884, l'Empire a signé avec la France, la Belgique, l'Allemagne, l'Italie, États-Unis, le Portugal et le Danemark plusieurs conventions diplomatiques pour la protection des marques et du commerce. L'entrée de la Convention a fait nécessaire un changement de la législation de 1875, ce que comme on a rapporté, eu lieu en 1887.

Pour occasion de la révision de la Convention à Madrid, en 1891, les deux accords issus de cette conférence étaient incorporés au système légal brésilien : la création d'un registre international de marques et l'arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses sur les produits.

⁵⁵ "Resultaba natural que en Lisboa fuera tema de preocupación la situación de los autores en Brasil, en razón a la comunidad de idioma y de cultura entre este país y el de reunión del Congreso. Brasil era conocido por su piratería literaria. Especialmente porque los brasileños utilizaban sin derecho el repertorio literario portugués. Los delegados portugueses señalaron que la situación de su país en relación con Brasil era similar a aquella que había existido durante mucho tiempo entre Francia y Bélgica. Los congresistas se indignaron". Fue por este motivo que se aprobó una resolución expresando el voto que el Imperio del Brasil, que ha abolido la trata y emancipado a los esclavos, continúe su obra de honestidad y civilización, reconociendo los principios elementales de la propiedad literaria". CAVALLI, cit.

⁵⁶ Brésil a signé aussi, mais pas ratifié, le Traité de Montevideo de 1888 pour la protection des droits d'auteur. Voir BRIGGS, William, *The Law of International Copyright*, Fred B. Rothman & Co, 1906, p. 466. Dans une lettre du 20 mai 1954, adressée à l'ambassadeur d'Allemagne, le ministère des Affaires étrangères du Brésil a confirmé que la Convention de Montevideo ne s'applique pas au pays. http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1953/b_39, visité 27 juin 2014.

Les destins voulaient que ce soit exactement dans ce secteur le plus internationalisé qui a éclaté la première crise historique brésilienne de la propriété intellectuelle.

Une autre invasion résistée

L'engagement du Brésil à la politique d'internationalisation semblait rester comme avant quand, en 1929, un décret conjointement approuvé la révision de la Convention de La Haye de Paris et les Accords du 14 Avril deux, de Madrid de 1891, le premier concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses, et la seconde concernant l'enregistrement international des marques. Mais celui-ci a été dénoncé par le Brésil et abrogé par le décret 196 de 1934.

C'était la première fois que le Brésil, s'éloignant de la marée de l'internationalisation, est revenu au précédent favoritisme des intérêts nationaux en matière de politique de la propriété intellectuelle.

L'invasion des marques étrangères dans le cadre de l'accord d'enregistrement international des marques de Madrid a été ressentie dès le début de son application, et interrogé par le tribunal dans ses décisions depuis 1908.

Privé d'un système national d'enregistrement, qui a été fait par les chambres de commerce des nombreux États de la Fédération, et sous réserve de retards bureaucratiques considérables, le Brésil a été particulièrement exposé à l'efficacité et de la concentration d'un registre central à Berne, presque toujours accordée avant que procédure administrative locale s'avance. L'étranger peut obtenir dans une telle situation de fait, la prévalence de ses intérêts nationaux, même si elle a été la première candidate pour les marques identiques ou semblables⁵⁷.

En 1935, le directeur de l'office national de la propriété industrielle⁵⁸, a publié un article soulignant que la dénonce était une décision patriotique, en étant le résultat « d'une campagne soutenue pour de nombreuses années par des organes les plus représentatifs de nos classes conservatrices, notamment les associations commerciales de Rio de Janeiro et São Paulo. »

Pas le cas ici d'une position idéologique contre la propriété intellectuelle, mais l'affirmation des intérêts des propriétaires de marques locales contre des intérêts étrangers : comme montra dans l'article, un intérêt conservateur tandis que de la part des entrepreneurs locaux⁵⁹.

⁵⁷ Jusqu'au moment où on écrit cet article, le Brésil n'a pas retourné au registre international, et les retards bureaucratiques continuent si considérables comme, en 1934.

⁵⁸ Francisco Antonio Coelho, dans la Revista de Direito Industrial.

⁵⁹ En révélant le climat brésilien dans le cadre de l'invasion de marques étrangères, Thomas Othon Leonardos, l'un des défenseurs les plus connus de la propriété industrielle au Brésil, a noté lors de la préface

Un autre résultat, mais pas si évident, du décret de 1929 qui a incorporé la révision de la Convention de La Haye de Paris serait le refus brésilien - qui a duré 62 années - à revenir à l'élaboration du Convention de Paris. La révision de 1925, constituée en 1929, est la dernière qui a permis l'expiration des brevets pour absence de production locale, sans que cette expiration ait été précédée d'une licence obligatoire.

L'expiration des brevets pour défaut d'usage était un élément important de la politique brésilienne sur les brevets, avec des dizaines ou des centaines de cas chaque année, jusqu'à l'adoption par le Brésil de la révision de Stockholm en 1991, tandis que la licence obligatoire pour défaut d'usage eu lieu qu'une seule fois dans l'histoire, en 1983.

La dénonciation du traité et la résistance à la Convention de Paris ne seront ici que le signe d'une réévaluation plus radicale de l'importance de la propriété intellectuelle au Brésil.

La codification de la fonction sociale

Pendant tout le temps de la petite réforme constitutionnelle de 1923, de la nouvelle constitution, inspiré un peu à Weimar, de 1934 (qui a ajouté le nom de commerce des droits protégés), de la Charte octroyée par un gouvernement dictatorial, en 1937, et de la nouvelle constitution démocratique 1946, la protection constitutionnelle de la propriété intellectuelle n'a pas changé de façon significative ni dans le texte ou dans le contenu. Dans la saga des constitutions brésiliennes, 1946 serait la dernière à laquelle l'inventeur serait offert ou d'un brevet ou d'une indemnité pour la libération du domaine public.

Mais la codification légale de la fonction sociale, qui est l'objet de notre étude, apparaît en premier dans le Code de la propriété industrielle de 1945 :

Art. 2 La protection de la propriété industrielle, dans sa fonction économique et juridique, vise à reconnaître et garantir les droits de ceux qui contribuent à une meilleure utilisation et la distribution de la richesse, tout en maintenant une concurrence loyale dans le commerce et l'industrie et en favorisant l'initiative individuel, le pouvoir de création, d'invention et l'organisation de l'individu.⁶⁰

Le code, publié dans le contexte d'un gouvernement dictatorial, est délivré par une ordonnance, c'est-à-dire, il n'était voté par le Congrès. Nous ne pouvons pas avoir les discussions législatives qui servent, dans le système juridique

de son livre La marque de l'industrie et du commerce : "Quel est le remède pour tout cela ? Nous ne voyons qu'un. C'est drastique, est radical, mais il est parfait : nous détacher des conventions internationales."

⁶⁰ Decreto-lei nº 7.903 de 27 de Agosto de 1945, Art. 2.º A proteção da propriedade industrial, em sua função econômica e jurídica, visa reconhecer e garantir os direitos daqueles que contribuem para o melhor aproveitamento e distribuição de riqueza, mantendo a lealdade de concorrência no comércio e na indústria e estimulando a iniciativa individual, o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo.

brésilien, sinon pour déterminer la valeur de règles de droit, pour clarifier l'environnement social et politique dans lequel la norme est produite.

Dans une approche conciliatoire entre visions contrastantes, ce qu'est peut-être un caractère très brésilien, le dispositif vise à reconnaître et à garantir des droits. Dans l'abstrait, on ne peut reconnaître que les droits préexistants, mais on peut toujours donner consécration à des intérêts antécédents.

Ainsi, le texte présente ses respects à un biais absolutiste, dans lequel les inventeurs et les auteurs ont des droits avant même que la loi en garantisse. Mais en même temps, le texte ne se réfère pas aux inventeurs et utilisateurs de marques, mais ceux « qui contribuent à une meilleure utilisation et la distribution de la richesse. »

La consécration sera attribuée aux créateurs qui peuvent contribuer aussi aux intérêts de la société *d'une certaine façon*. Les moyens d'action listés (concurrence loyale et stimulus à des qualités les plus chères à l'économie de marché) indiquaient la façon préférée pour la proposition légale.

Avec la révocation de ce Code, en 1967, on perd cette expression de que serait la fonction sociale de ces droits ; les constitutions de 1967 et sa révision de 1969, filles teintées des gouvernements militaires, taisent au regard de l'impact social de la Propriété Intellectuelle. On rencontre toutefois l'affiliation fonctionnelle dans la loi de création de l'Institut National de la Propriété Industrielle⁶¹, en 1970 :

Le but principal de l'Institut est d'effectuer au niveau national les règles régissant la propriété industrielle, en tenant compte de sa fonction sociale, économique, technique et juridique.

La formule finale de cet article pourra être reconnue, à sa fois, dans le texte constitutionnel en vigueur, en ce qu'il concerne les droits de propriété industrielle :

Art. 5, XXIX : la loi garantira aux auteurs d'inventions industrielles un privilège temporaire pour leur utilisation, ainsi que la protection des créations industrielles, la propriété des marques, noms de société et autres signes distinctifs, en vue de l'intérêt social et le développement technologique et économique du pays ;

En répétant, à l'inverse, le mouvement qui a conduit à la formulation de la loi au texte constitutionnel⁶², la loi actuelle de la propriété industrielle (9.279/96) prévoit donc:

⁶¹ Loi 5.648, 15 décembre 1970.

⁶² Lors de l'élaboration du texte constitutionnel de 1988, le procureur général de l'Inpi a été ordonné de rédiger une proposition pour être incorporé dans le texte en discussion. Sur la base des expressions codées de la fonction sociale de la propriété intellectuelle des textes légaux précédents, et en écho délibéré de la clause de propriété intellectuelle de la Constitution américaine, le texte intègre la notion de «création industrielle

Art 2 La protection des droits de propriété industrielle, considérés son intérêt social et le développement technologique et économique du pays, sera effectué par les moyens suivants: (...).

Le même article constitutionnel prévoit une clause générale dans ce sens :

XXIII - la propriété doit remplir sa fonction sociale.

Ce sera dans cette disposition que certains juristes⁶³ ancrent l'exigence constitutionnelle de que le droit d'auteur se retrouve également lié à une fonctionnalisation, interdisant ainsi l'idée que ces intérêts se trouvent une protection absolue et illimitée dans le système brésilien⁶⁴.

Il n'existe pas dans la législation actuelle, toutefois, une tentative parallèle de codification de la fonction sociale en ce qui concerne le droit d'auteur⁶⁵.

abstraite" proposée par Andre Lucas dans son travail de 1975, et a été reproduit tel que proposé dans le texte actuel. Pour une interprétation spécifique de cette disposition, voir notre Tratado da Propriedade Intelectual, vol. I, cap. II, Lumen Juris, 2010.

⁶³ Pour choisir quelques juristes parmi des très nombreux textes qui traitent soit de l'existence ou de la transcendance d'une fonction sociale du droit d'auteur, SOUZA, Allan Rocha de, A Função Social dos Direitos Autorais, Lumen Juris, 2010 et SOUZA, Allan Rocha de. Os limites dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional. Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi. Unifor – Fortaleza: Boiteux, 2005. Dans l'œuvre Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes, édité par Marcos Wachowicz et Luiz Gonzaga Silva Adolfo. Curitiba: Editora Juruá, 2007: (a) ASCENSÃO, José Oliveira, A Função Social do Direito Autoral e as Limitações Legais, pág. 85 a 111. (b) SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Texto Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual- O Regime Constitucional do Direito Autoral. [“Cependant, bien que les deux branches principales de cet institut, le droit d'auteur et la propriété industrielle, aient atteint la catégorie des droits fondamentaux protégés par la Constitution, leur statut juridique dans les pays de tradition appelée "droit d'auteur" a une distinction inhérente à nature: le premier, pour comprendre des facultés associées à la personnalité de l'homme sont généralement considérées comme un droit qui existe par il-même dû à la création d'une œuvre de l'esprit, tandis que la seconde - la propriété industrielle - est considérée comme un droit accordé épar l'État.”] (c) LEWICKI, Bruno, texto A Historicidade do Direito Autoral. Aussi: MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: BRASIL, Ministério da Cultura. Direito autoral. Brasília: Ministério da Cultura, 200.

⁶⁴ Ces droits sont préfigurés dans deux dispositions du même article : « XXVII - le droit exclusif d'utiliser, publier ou reproduire les œuvres appartient à leurs auteurs ; il est transmissible à leurs héritiers sur la période prévue par la loi ; XXVIII - sont garantis, selon les termes de la loi : a) la protection de la participation individuelle à des œuvres collectives celle de la reproduction de l'image et de la voix humaines, y compris dans les activités sportives; b) le droit pour les créateurs, les interprètes et les représentants de leurs syndicats ou associations de contrôler l'exploitation économique des œuvres qu'ils ont créée ou auxquelles ils ont participé. [Version française officielle, http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=218254]. Nous préférons utiliser pour nos autres fins une traduction propre.

⁶⁵ Dans le projet de loi du ministère de la Culture, non soumis au Congrès, on peut lire l'amendement suivant à la loi du droit d'auteur actuelle : "Art. 1 La présente loi régie les droits d'auteur, étant entendu que cette désignation comprend le droit d'auteur et les droits connexes, et est guidée par l'équilibre entre les exigences de la Constitution de la protection du droit d'auteur et de garantir le plein exercice des autres droits fondamentaux culturels et la promotion du développement national. Paragraphe unique. La protection du droit d'auteur doit être mise en œuvre conformément aux principes et aux normes relatives à la libre entreprise, la protection anti-trust et des consommateurs. Art 3a - Dans l'interprétation et l'application de cette loi, on visera à encourager la création artistique et la diversité culturelle et à garantir la liberté d'expression et l'accès à la culture, l'éducation, l'information et la connaissance, tout en harmonisant les intérêts des titulaires de droits d'auteurs et de la société." Ce relativisme et la fonctionnalisation de la protection du droit d'auteur ont cependant constaté une résistance acharnée de certains titulaires de droits,

Dépassant d'un rôle national à une fonction universelle

Peut-être qu'ont remarqué, lors de la lecture de la dernière clause de l'art. 5, XXIX Constitution brésilienne de 1988, que les droits mentionnés dans ces dispositions seront soumis aux fins de l'intérêt social et de le développement économique et technologique ... du pays. Au moins dans l'espace garanti par cette disposition constitutionnelle, la prévision légale de concession des brevets, etc., accordés dans le pays à tous, sera subordonné aux fonctions locales, sans atteindre nécessairement à l'intérêt universel.

Cette prise en charge par la Constitution que la garantie par loi des intérêts relatives à la propriété industrielle devrait être axée sur des intérêts brésiliens ne signifie évidemment point une exclusion de l'apport des divers engagements internationaux que le Brésil assument, à la lumière de l'art. 4 de la Constitution elle-même. Ils auront leur propre sphère de la normativité sans nécessairement être imbibés par la garantie constitutionnelle, sauf dans la mesure qui constituent la manifestation (directe, il faut dire) des droits de l'homme.

Bien avant la consécration d'intérêt local dans le texte constitutionnel, le Brésil avait déjà soulevé la question des effets sociaux de la propriété intellectuelle dans les fora internationaux. L'insurrection contre l'invasion de droits étrangers, qui feront des bulles dans le début du XXe siècle comme une demande des classes conservatrices, apparaît au milieu du même siècle comme un reflet à la fois de la politique nationale et une demande internationale de sens diplomatique étendu.

Alors que, à l'ouverture de l'Assemblée générale des Nations Unies en 1961, le Brésil, à travers son représentant, Guerreiro Ramos, a soulevé la question de l'inefficacité du système international des brevets comme un outil de développement pour les pays non industrialisés. L'intervention de l'ambassadeur, sociologue de renommée internationale et l'un des axes de l'analyse du développement au Brésil⁶⁶, a déclenché un mouvement interne à l'Assemblée qui a abouti à sa Résolution 1713 (XVI).

dont certains ont explicitement exprimé leur refus d'être réduits, "à la situation simple des citoyens ordinaires."

⁶⁶ "Le projet de développement national qui s'est développé à l'époque avait la principale formulation de l'espace de l'Institut brésilien d'études sociales et politiques (IBESP), créé en 1952. Dans cette institution, on formule une perspective nationaliste occupée avec le tiers-monde, c'est-à-dire on a proposé une troisième position entre les deux blocs qui ont divisé le monde pendant la guerre froide. (...) Mais elle ajoute la nécessité d'une idéologie du développement, sans lequel il n'y aurait pas de processus de changement. Dans cette idéologie de développement, l'État a assumé le rôle de l'agent principal de la modernisation et de la démocratisation également. Le nationalisme à cette époque était pensé comme une idéologie capable de vaincre les forces de l'exploitation des masses". OLIVEIRA, L. Lippi. A sociologia de Guerreiro Ramos. In: Claudio Perreria; Livio Sansone. (Org.). Projeto UNESCO no Brasil: textos criticos. Salvador: EDUFBA, 2007, v., p. 228-240.

Cette Résolution, adoptée à la demande du Brésil par l'Assemblée générale des Nations en 1961, appelait le Secrétaire Général des Nations à préparer un rapport sur le rôle des brevets dans le transfert de technologie aux pays sous-développés. Dans ce rapport, *Le Rôle des Brevets dans le Transfert des Connaissances Techniques, aux Pays Sous-Développés*, Document des Nations Unies, E/3861, 10 Mars 1964, Rapport du Secrétaire Générale, la législation d'une quarantaine de pays développés et moins avancés, membres et non-membres de l'Union de Paris, a été examiné.

Le rapport des Nations Unies a suscité, parmi beaucoup d'autres questions, le problème (déjà incorporé dans la Convention de Paris) du préjudice possible résultant des abus des brevets. Le rapport indique toutefois que cet abus peut être empêché par certaines mesures des pays sous-développés. Entre autres, le rapport mentionne les licences obligatoires et le travail nécessaire, ainsi que l'examen et le contrôle des accords de licences et des redevances versées en découlent.

Le Rapport de 1964 et la action sur le transfert de technologies

Ces instruments, saisis en charge par l'analyse d'une substance internationale, certainement ont été incorporées dans la politique publique brésilienne des années suivantes. Particulièrement, l'examen des licences e des conditions de négociation ont été prises par la Banque Central immédiatement après le Rapport de 1964, dans critères analogues aux développés par les autorités japonaises et du Pacte andin⁶⁷. À son temps, cette mission a été transférée à l'INPI.

Questionné sur ses pouvoirs d'exercer l'examen des licences⁶⁸, l'INPI était en 1983 le sujet d'une décision de la Cour Suprême versant sur l'action de l'office en faveur du développement :

D'une lecture attentive de ce dispositif, il est clair l'amplitude de la mission - et la gravité et le sérieux qu'elle contient, - qui a été conférée au défendeur ; et comment, dans les paramètres juridiques, il comprend une quantité raisonnable de discrétion, sans laquelle on ne pourra pas en réaliser efficacement.

⁶⁷ Pour une description de cette action sur des licences à ce période, voir notre *Tecnologia e Poder Econômico*, Revista Brasileira de Tecnologia do CNPq, 1984, <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/economia/50.doc> et aussi BARBOSA, Denis Borges, *Atos Internacionais Relativos À Propriedade Industrial*, Revista de Direito Nuclear, 1980, <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/internacional/61.doc>.

⁶⁸ L'INPI examinait des licences et redevances sur l'autorisation de sa loi de création, Loi 5.648/70 [ici avec sa rédaction originale] : art. 2 (...) Paragraphe unique. Sans préjudice de ses autres fonctions, l'Institut adoptera pour les fins de développement économique du pays, des mesures visant à accélérer et à réglementer le transfert de technologie et construire de meilleures conditions commerciales et d'utilisation des brevets (...)

Tout d'abord, l'objectif - le développement économique du pays - qui n'est pas mesurée seulement dans le concept de valeur matériel stricte, mais qui déborde sur des points immatériels, est seulement complété avec la réalisation des finalités humaines à ce qu'il visait⁶⁹.

Bien confirmée de cette manière en ses bases juridiques, l'action de l'État brésilien par rapport à l'examen des paiements technologiques et des redevances n'a persisté que dans sa forme originale jusqu'en 1991, lorsque le profil économique libéral du gouvernement a achevé la réduction de cette action de l'INPI⁷⁰.

À titre de conclusion

Soit par les limites naturelles d'un article académique, soit par l'extension du problème juridique qui nous avons poursuivi, cette étude ne peut refléter que certains aspects de son sujet. Notre choix a été une réflexion historique sur les chemins et les dilemmes de la politique publique brésilienne de propriété intellectuelle, dès 1809 à 1990.

Dans cette extension, nous essayons de souligner les moments de choix pour une politique publique qui concentre son orientation et la dynamique sur la fonction sociale de ces droits, notant que ces moments étaient fréquents. Mais on devrait aussi noter dans le discours institutionnel de la fonction sociale l'oscillation curieuse et peut-être obsessionnelle entre la nationalisation et l'internationalisation du système de la propriété intellectuelle.

Après être traversé par ce chemin long et incertain, on pourra ainsi indiquer que la fonctionnalisation de la propriété intellectuelle est une des traditions de notre droit. Les constitutions brésiliennes dès la première, de 1824, ont incorporé des dispositions réglant ou mentionnent la propriété intellectuelle, sans jamais expliciter quelque nature absolue ou inconditionnelle de ces droits.

Tout au contraire, les lois ordinaires dès 1945 ont explicité la sujétion des droits de propriété industrielle aux considérations fonctionnelles, et la Constitution en vigueur a incorporé une clause spécifiquement fonctionnelle, applicable aux matières de propriété industrielle.

Telle clause fonctionnelle de la propriété industrielle, d'ailleurs, est constitué des éléments qui se caractérisent autant d'un ordre politique (dans le sens d'opter pour l'intérêt national) que pour n'importe quel but social stricto sensu. En effet, la clause stipule que les propriétés industrielles seront octroyées "étant donné l'intérêt social et le développement technologique et économique du pays."

⁶⁹ Cour Suprême, RE-95382, Min. Oscar Correa, 5 août 1983

⁷⁰ Borges Barbosa, Denis, *Technology Contracts in Brazil: The Patent Office Screening Role* (May 24, 2012). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2151435> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2151435>

Le texte de l'art. 2. de la présente loi de propriété industrielle transpose au niveau de la loi ordinaire l'écoulement d'interprétation qui découle directement de la base constitutionnelle.

On a noté, toutefois, que les lois de droit d'auteur manquaient une explicitation analogue de la nature fonctionnelle de ses protections. Cette différence d'explicitation entre les deux modalités de propriété intellectuelle est plus difficile à expliquer, si l'on considère qu'à la fonctionnalisation spécifique de l'article 5, XXIX la Constitution – que c'est la régulation *seulement* de la propriété industrielle - on devra ajouter la disposition générale de l'art. 5. XXIII de la Constitution, selon lequel « la propriété doit respecter sa fonction sociale. »

On pourra tout simplement noter que, dans le sens de l'art. 5, XXIII de la Constitution (comme de l'art. 5. XXIII), la propriété industrielle cesse d'être une légalité égocentrique, une valeur en elle-même, pour achever une transcendance au-delà de son titulaire.

Ainsi, «fonction sociale» serait une transcendance de l'intérêt privé. Nous préférons, toutefois, définir ici la qualification du « social » dans un sens plus restreint, pour en distinguer des valeurs générales relatives aux êtres humains dans la société, et nous approcher des celles qui sont spécifiques à la fonction politique.

Cette définition n'est pas nécessairement le sens pris par l'interprétation des tribunaux :

"À ce stade de l'évolution sociale, la protection de la marque ne se limite pas seulement à garantir les droits et intérêts individuels, mais à la communauté elle-même, pour protéger le grand public, le consommateur, les preneurs de service, les utilisateurs, les gens en général, qui disposent de meilleurs éléments pour l'évaluation de l'origine du produit et du service fourni » (Cour Supérieure Fédéral - Resp 3230 - DF – 4^e Chambre - . Salvo de Figueiredo - . Publié 01.10.1990)

"Ainsi, le droit de propriété intellectuelle, même s'il est une garantie constitutionnelle, doit être fonctionnalisé pour promouvoir la dignité de la personne humaine, qu'est un des fondements de l'état de droit démocratique, et son exercice n'est pas une fin en soi, mais un moyen de promouvoir les valeurs sociales, dont le sommet est la personne humaine.

Ainsi, les aspects sociaux doivent prévaloir sur des raisons économiques du droit de brevet, ce qui caractérise sa fonction sociale. L'un de ces aspects est illustré quand il y aura un énorme fossé technologique entre les pays développés et sous-développés. Augmenter le terme du brevet se traduira par une perte pour la société que vous ne pourra pas utiliser une technologie déjà obsolète à faire de nouveaux développements ni même utiliser un produit de technologie dépassée ". Tribunal régional fédéral de

la Région 2, AMS 2006.51.01.524783-1, JC Marcia Helena Nunes, Publié
12.12.2008.

Publicado no dia 04/03/2015

Recebido no dia 22/12/2014

Aprovado no dia 27/02/2015