

## **Direitos humanos e Propriedade Intelectual: Estudo a partir dos ensinamentos do Mestre Denis Borges Barbosa**

Human Rights and Intellectual Property: A study from the teachings of the Master Denis Borges Barbosa

**Maristela Basso<sup>1</sup>**

### **Resumo**

O art. 5º, inciso XXIX da Constituição Federal Brasileira (CF) tem sua origem no art. 27.2 da “Declaração Universal dos Direitos do Homem” e no art. 15.c do “Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. Tanto a Declaração Universal quanto o Pacto estão em vigor no Brasil, ademais de incorporados ao ordenamento jurídico constitucional pátrio também por força do art. 5º, parágrafos 2º e 3º da CF.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos. Adipic. Propriedade Intelectual.

### **Abstract**

Art. 5, XXIX of the Brazilian Federal Constitution (FC) has its origin in art. 27.2 of the "Universal Declaration of Human Rights" and art. 15.c of the "International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights". Both the Universal Declaration and the Covenant are in place in Brazil, in addition to incorporated into the paternal constitutional law also under art. 5, paragraphs 2 and 3 of CF.

**Key words:** Human Rights. Adipic. Intellectual property.

### **Introdução**

---

<sup>1</sup> Professora Maristela Basso é Advogada, Doutora em Direito Internacional (Ph.D) e Livre-Docente (Pós-Doutora-Post-Ph.D) em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Integra a Lista de Árbitros Brasileiros do Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL e a lista de Painelistas especialistas em propriedade intelectual do Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio OMC. Integra também várias instituições e câmaras arbitrais no Brasil e no exterior, dentre elas a CAM/CCBC, onde também exerce o cargo de Vice-Presidente. Recentemente recebeu do “American Biographical Institute” a “Golden Medal – 2010” – *For Her Passion, Courage, Commitment, Success, excellence, Virtue, Spirit*. Em 2011 seu nome foi incluído no “Who’s Who Legal”, publicação internacional como sendo a: “*The first of Brazil’s leading practitioners in the field of Patents – Intellectual Property*”. CV completo: <http://lattes.cnpq.br/4385087001848196> e no [www.maristelabasso.adv.br](http://www.maristelabasso.adv.br)

O Acordo TRIPS/OMC<sup>2</sup> também está em vigor no Brasil, haja vista sua incorporação ao nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto 1.355/94. As leis internas de proteção da propriedade intelectual são posteriores e têm sua hierarquia, observância e executoriedade condicionadas a esse marco normativo (internacional/interno) - no qual se insere também a proteção dos dados e informações confidenciais.

O reconhecimento da hierarquia supralegal ou mesmo constitucional dos tratados de direitos fundamentais no ordenamento brasileiro não depende apenas da atribuição de regras de competência interna, como a de controle de constitucionalidade (pelo Supremo Tribunal Federal - STF) e de aprovação dos atos internacionais pelo Congresso Nacional.

A determinação de qualquer valor material de convenções de direitos humanos é decisão que surge do consenso dos Estados, das conferências multilaterais, do trabalho dos órgãos internacionais envolvidos nas competências internacionais de proteção dos direitos fundamentais da pessoa, e passa para o reconhecimento nas esferas internas de poder dos Estados (qualquer uma delas: legislativo, executivo e judiciário). Como sustenta o Ministro Gilmar Mendes do STF: *“A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão “direitos humanos” poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna”*<sup>3</sup>.

Tanto é assim que, no exercício de suas competências, a “Comissão sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Conselho Econômico e Social da ONU” adotou, em 2005, “Recomendações Para os Estados-Membros”, nas quais determina que os direitos de propriedade intelectual são direitos humanos, e devem ser imediata e diretamente observados pelos Estados – em todas as suas instâncias: legislativa, executiva e judicial. A partir de então a vinculação entre direitos de propriedade intelectual e direitos humanos ficou inquestionável.

---

<sup>2</sup> “Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights” – tratado que integra o Acordo da Organização Mundial do Comércio.

<sup>3</sup> STF, RE 466.343/SP, Tribunal Pleno, Min. Relator Cezar Peluso. Acórdão de 4.6.2009.

Dessa forma, nossos tribunais internos não podem reduzir nem mesmo rejeitar o marco regulatório constitucional de proteção dos direitos fundamentais - reconhecidos em tratados e convenções internacionais, aplicando leis ordinárias infraconstitucionais posteriores portadoras potenciais de inconstitucionalidades materiais. Como, por exemplo, a Lei dos Genéricos, cuja posição hierárquica é de lei ordinária inferior aos tratados e convenções de direitos humanos e ao Acordo TRIPS/OMC, e não tem força, nem estatura normativa, para alterar ou revogar as disposições contidas nas convenções de direitos humanos.

A vontade implícita do legislador com a Emenda Constitucional nº45/2004 é mais ampla do que aquela que restou explícita no texto. Examinados conjuntamente os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal brasileira, conclui-se que todos os tratados e convenções que consagram direitos humanos fazem parte da ordem jurídica brasileira: (i) os (ainda) não aprovados pelo Congresso Nacional por força do parágrafo 2º (que não existia nas constituições anteriores e por isso tem razão de ali estar hoje); (ii) e aqueles já aprovados pelo Congresso por força do parágrafo 3º.

A análise dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição deve ser feita, portanto, conjuntamente. Mas não deve ser superficial e apressada, descartada do histórico evolutivo do Direito. Devemos buscar as fontes materiais e de inspiração do legislador constituinte e preencher eventuais lacunas com sua intenção implícita real (e não apenas a declarada no texto)– que somente pode ser aquela de aumentar o patrimônio jurídico das pessoas e nunca restringir ou limitar.

Em recente manifestação, o Ministro Joaquim Barbosa, do STF, expressou sua posição em matéria de direitos fundamentais/humanos nas relações de trabalho, sustentando que ela se encaixa na categoria dos atos internacionais do artigo 5º, Par.2º “*a fim de inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro*”. Segundo ele, a Convenção em questão tem caráter supralegal”.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Voto de Vista do Ministro Joaquim Barbosa na ADIN nº 1625/DF, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, acórdão de 3.6.2009. (ADI-1625).

A linha de argumentação dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, que encontra eco em posição anterior do Ministro Sepúlveda Pertence<sup>5</sup>, representa nova orientação do Supremo Tribunal Federal sobre as relações entre direito interno e direito internacional – especialmente o direito internacional dos direitos humanos, assim como no que diz respeito à interpretação dos parágrafos 2º. e 3º. do art. 5º. da CF.

**1. Relação entre as convenções e tratados de direitos humanos e o direito interno brasileiro: Por que direitos de propriedade intelectual são direitos humanos? Quem assim os considera? E quais os efeitos dessa classificação?**

De início, é importante observar que a *prevalência* e a *aplicação imediata* das normas de direitos fundamentais (humanos), no regime constitucional brasileiro pós-1988, foram opções expressas do constituinte, consubstanciadas, em concreto, pelas regras do §§1º e 2º do Artigo 5º da Constituição Federal:

*“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*(...)*

*§1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

*§ 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”*

---

<sup>5</sup> Recurso no Habeas Corpus n. 79.785-RJ, julgado em 29 de março de 2000.

## 2. Razões e fundamentos interpretativos dos parágrafos 1º. e 2º. do art. 5º. da Constituição Federal: As decisões recentes do Supremo Tribunal Federal - STF

A interpretação do artigo 5º,§2º, em particular, nunca deixou de levantar truncadas questões hermenêuticas do ponto de vista do Direito Internacional Público e do Direito Constitucional. A crítica já antiga, e sempre muito oportuna, da doutrina jusinternacionalista<sup>6</sup>, referia-se justamente ao anacronismo da tese generalista, entabulada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, ainda na década de 1970<sup>7</sup>, e que continuava a ser retomada e repetida mesmo após a entrada em vigor da Constituição de 1988.

No RE nº 80.004 tratou-se de uma questão de conflito entre uma lei material interna e as normas da Convenção de Genebra sobre a Lei Uniforme relativa às Letras de Câmbio e Notas Promissórias de 1966, com o que o STF entendeu ser possível a modificação de tratados internacionais, ratificados pelo Brasil e incorporados ao ordenamento interno, por leis internas a eles posteriores. No limite, consagrava-se a absurda máxima de que, em caso de antinomia cronológica, prevaleceria a aplicação da regra *lex posterior derogat priori* (a lei posterior revoga a anterior), não importando a origem e a natureza da norma jurídica em questão (se convencional, constitucional ou infraconstitucional). Segundo os debates travados no STF, na época, esse seria o resultado mais adequado pelo fato de inexistir critério expresso na Constituição para dirimir um conflito entre lei interna e tratados internacionais.<sup>8</sup>

Contra a orientação preconizada pelo STF sempre se manifestou frontalmente o Professor Celso de ALBUQUERQUE MELLO:

---

<sup>6</sup>Celso de Albuquerque Mello, *Curso de direito internacional público*. Vol. I. 12ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p.118 e ss.

<sup>7</sup> Cf. Voto do Min. Xavier de Albuquerque, acórdão de 27.11.1977, cuja ementa se transcreve: “*Validade do Decreto-Lei n. 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela as leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Dec.Lei n° 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária.*”

<sup>8</sup> Apesar de ter sido prevalente essa tese, houve divergência e votos dissidentes, que levaram a considerar também a adoção do princípio da primazia do Direito Internacional sobre o direito interno e a possibilidade concreta de colisões entre normas internacionais e normas internas.

*“A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário n 80.004, decidido em 1978, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. A grande maioria dos votos está fundamentada em autores antigos e dualistas, como é o caso de Triepel. Sustentar que a nossa Constituição é omissa nesta matéria significa apenas que a jurisprudência passa a ter um papel mais relevante, mas não que a jurisprudência possa ignorar a tendência atual do direito nesta matéria, adotando uma concepção de soberania que desapareceu em 1919, pelo menos entre os juristas”<sup>9</sup>.*

A polêmica aumentou com a importante insistência da doutrina moderna preconizada por CANÇADO TRINDADE<sup>10</sup>, a favor de uma interpretação consistente do artigo 5º, §2º, da Constituição, que permitiria a ampliação material do rol dos direitos fundamentais, inseridos na Carta, para todos aqueles internacionalmente positivados e recepcionados mediante tratados e convenções de que o Brasil seja parte e cujas normas seriam de observância e aplicação imediatas, com hierarquia constitucional, portanto.<sup>11</sup>

Até a modificação introduzida pela Emenda 45/2004, com o acréscimo do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, os sucessivos casos apreciados pelo STF relativos à constitucionalidade da prisão civil por dívida em alienação fiduciária em garantia e à hipótese de aplicação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José) foram alcançando resultados dúbios e frustrantes quanto à afirmação da prevalência das normas de tratados internacionais de direitos humanos no

---

<sup>9</sup>Curso de direito internacional público. Vol. I., p.118

<sup>10</sup>A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

<sup>11</sup> Idem, p.631 (“A novidade do artigo 5º, inciso 2º da Constituição de 1988 consiste no acréscimo ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista”).

ordenamento brasileiro. O STF, mesmo após a Emenda, ainda insistia na aplicação de um princípio geral de paridade entre tratados e leis ordinárias.<sup>12</sup>

Contudo, era evidente que o STF não estava convencido da tese: *paridade entre tratados e leis ordinárias*. No Recurso em Habeas Corpus n. 79.785- RJ, julgado em 29 de março de 2000, o então Ministro Sepúlveda Pertence se manifestou em defesa do *caráter supralegal* dos tratados de direitos humanos no ordenamento interno brasileiro, o que fez com que o STF abrisse nova discussão sobre o tema:

*“Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADIN 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção aos direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente as leis.*

*Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como a recepção das anteriores a Constituição. Se assim é, a primeira vista, parificar as leis ordinárias aos tratados a que alude o artigo 5, parágrafo 2, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil à inovação, que, malgrado, os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos”!*

---

<sup>12</sup> Exemplos disso é o acórdãos no HC 72.131 RJ, Rel. Ministro M. Aurélio de Melo, de 23 de novembro de 1995, predominando a opinião do Min. Moreira Alves, em que manifesta a tese da paridade dos tratados internacionais com a lei ordinária (*“Habeas corpus. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. Habeas corpus indeferido, cassada a liminar concedida”*); Criticamente, cf. Sidney GUERRA e Lilian B.EMERIQUE. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, in *Revista Jurídica*, v. 10, n. 90, 2008, p.01-34.

Como se sabe, a mutação constitucional promovida pela Emenda nº 45/2004, ao incluir o §3º do Artigo 5º da Constituição, não resolveu (definitivamente), do ponto de vista formal, a questão de determinar qual seria o *status* e hierarquia das normas de tratados internacionais no ordenamento interno, muito menos em relação às próprias normas constitucionais. A única ressalva que se fez é aquela quanto à regra de potencial alteração de normas constitucionais por normas de tratados relativos a direitos humanos, ratificados pelo Brasil e que tenham sido submetidos à apreciação do Congresso, com aprovação em cada Casa, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros:

*“Art.5º*

*(...)*

*Parágrafo 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes as emendas constitucionais.”*

O novo dispositivo, para além de despertar mais críticas e resultados incongruentes, buscou apenas consolidar uma regra formal de paridade entre normas de tratados de direitos humanos, submetidos ao procedimento especial ali previsto, e as normas decorrentes de emendas constitucionais, portanto, com efeitos reformadores em relação à Constituição. Por sua natureza e finalidade, essa norma constitucional também estaria sujeita aos limites inerentes do poder constituinte derivado (e.g. impossibilidade de alteração de certas matérias, como aquelas veiculadas pelas chamadas *cláusulas intangíveis*, do art. 60, §4º, da CF/88).

E seria tão mais absurdo, em pleno século XXI, levar adiante qualquer argumento hipotético, doutrinário e jurisprudencial, de que tratados e convenções– atos internacionais que são submetidos à imperatividade do *jus cogens*– teriam (ou poderiam ter) como escopo aquele de suprimir (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes;(iv) os direitos e garantias individuais. Muito menos para tratados e convenções destinados a regulamentar, justamente, a proteção internacional da pessoa humana.



Também é verdade que a processualística de aprovação de tratados e convenções pelo Congresso Nacional, no direito brasileiro, em virtude da regra de competência estabelecida pelo art.49, I, da Constituição de 1988, serve como garantia de proteção de valores constitucionais formais e materiais. A prática do STF, na interpretação legalista que faz de sua própria competência (art.102, III, alínea “b” da CF/88) vem firmando a orientação de que é possível o controle de constitucionalidade de tratados firmados pelo Brasil, em qualquer área normativa, inclusive naquela dos direitos fundamentais.

É importante ter presente que em um caso no qual se discutiu a aplicação das normas constitucionais brasileiras relativas à garantia do duplo grau de jurisdição na Constituição de 1988 e aquelas decorrentes do Pacto de San Jose da Costa Rica<sup>13</sup>, o STF confirmou a orientação de que *“assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição (...) e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados”*<sup>14</sup>.

No caso *Banco Bradesco/Cardoso*<sup>15</sup>, o Ministro Gilmar Mendes analisou a questão da aplicação das correntes que consideram a primazia das normas dos tratados internacionais sobre o direito interno, sustentando estar o Estado brasileiro entre os estados *“fundados em sistemas regidos pelo princípio a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais”*.<sup>16</sup> E vai além: *“Uma vez que o Decreto Legislativo que aprova o instrumento internacional é passível de impugnação pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ou ainda, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), esse controle de caráter preventivo é possível no Brasil”*.

---

<sup>13</sup> STF, *Ministério Público Federal/Jorgina Maria de Freitas*, RHC nº 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002. Cf. Art.8.2(h) da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

<sup>14</sup> Voto do Ministro Sepúlveda Pertence no RHC nº 79.785/RJ in DJ, 22.12.2002, p.281

<sup>15</sup> STF, RE 466.343/SP, Tribunal Pleno, Min. Relator Cezar Peluso. Acórdão de 4.6.2009.

<sup>16</sup> Voto Vogal do Min.Gilmar Ferreira Mendes no RE 466.343/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>

Sob essa perspectiva – com olhos exatamente voltados para os aspectos formais do controle de constitucionalidade das normas no direito brasileiro–, o Ministro Gilmar Mendes dúvida que o argumento da presunção de convergência de valores supremos protegidos nos âmbitos internos e internacional em matéria de direitos humanos resolveria a polêmica da hierarquia das normas convencionais no direito interno. Em suma, observa:

*“A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão “direitos humanos” poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente. A equiparação entre tratado e Constituição, portanto, esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional”<sup>17</sup>.*

Chamo atenção para o fato de que pode parecer, no entanto, que o reconhecimento da hierarquia supralegal ou mesmo constitucional dos tratados de direitos fundamentais no ordenamento brasileiro dependa apenas da atribuição de regras de competência interna, como a de controle de constitucionalidade (pelo STF) e de aprovação dos atos internacionais pelo Congresso Nacional.

O mesmo pode ser dito para quem quer que sustente ser do Congresso, em última análise, a decisão unilateral de enquadrar ou não determinada convenção como sendo relativa a direitos fundamentais para fins de verificar as hipóteses contidas nas regras do §§2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. É claro que essa poderia ser a solução mais simplista segundo uma interpretação literal desses dispositivos. Entretanto, a determinação de qualquer valor material de convenções de direitos humanos é decisão que surge do consenso dos Estados, das conferências multilaterais, do trabalho dos

---

<sup>17</sup> Idem, p.6.

órgãos internacionais envolvidos nas competências internacionais de proteção dos direitos fundamentais da pessoa, e passa para o reconhecimento nas esferas internas de poder dos Estados (qualquer uma delas: legislativo, executivo e judiciário) – como examinarei logo abaixo.

Daí por que, em tese, poderiam existir normas constitucionais inconstitucionais, ou que se tornam inconstitucionais pela simples mutação de valores constitucionais materiais, como mesmo comprova a realidade do constitucionalismo brasileiro pós-88.<sup>18</sup>

Ainda que se fale em “supremacia da Constituição”, como argumento principal para justificar que as normas constitucionais estatais tenham primazia sobre as demais normas do ordenamento, na melhor das releituras kelsenianas possíveis<sup>19</sup>, qualquer interpretação legalista dos tribunais internos ou mesmo das cortes supremas poderia simplesmente distorcer os *resultados aplicativos* das normas decorrentes de tratados ou convenções (i.e. das normas internacionais) para negar-lhes efeito ou limitar a eficácia. E não poupariam, sequer, convenções específicas que versem sobre matéria de direitos fundamentais da pessoa humana.

Por essas razões, tenho defendido que seria necessário retornar ao escopo original e ao primário das regras constitucionais que conferem auto-aplicabilidade às normas de direitos fundamentais e àquelas que objetivam incluir outras fontes (e.g. normas advindas de tratados internacionais) ao rol de direitos e garantias fundamentais

---

<sup>18</sup> Sem buscar levantar a polêmica questão que permanece entre constitucionalistas, a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais remete à obra do jurista alemão Otto BACHOF. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994. p. 23 e ss., e propugna pela existência de limitações ao Poder Constituinte Originário.

<sup>19</sup> Cf., por exemplo, J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 241 (assim se manifestando: “ *Estado de direito é um Estado constitucional. Pressupõe a existência de uma Constituição que sirva – valendo e vigorando – de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A Constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do Estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da Constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o <primado do direito> do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão* ”

estabelecidos pela Constituição (cf. art.5º, §§1º e 2º).<sup>20</sup> Nessa perspectiva questões importantes emergem, quais sejam: Qual seria a projeção ou perspectiva constitucional para a substantivação dessas regras, como insertas justamente no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º? A atual conformação ou configuração do Direito Internacional dos Direitos Humanos autoriza uma interpretação unilateral, por cortes constitucionais internas, que minimizem, reduzam ou rejeitem o alcance e a função de certos direitos fundamentais da pessoa humana, como tais estabelecidos por tratados e convenções nessa matéria?

Certamente as respostas são negativas.

As cortes internas não podem reduzir nem mesmo rejeitar direitos fundamentais reconhecidos em tratados e convenções internacionais. No caso do Brasil, segundo o art. 5º, parágrafo 3º, há proibição de ordem constitucional no que diz respeito a tratados e convenções aprovados pelo Congresso Nacional. Contudo, a pergunta que permanece é com base em qual fundamentação as cortes internas brasileiras deixariam de observar uma fonte internacional que consagra direitos humanos ainda que “não aprovada” pelo Congresso Nacional? Os direitos humanos reconhecidos internacionalmente poderiam não servir aos brasileiros?

Por essas razões, entendo que a vontade implícita do legislador com a Emenda Constitucional nº45/2004 é mais ampla do que aquela que restou explícita no texto. Isto é, examinados conjuntamente os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição, não é difícil concluir que todos os tratados e convenções que consagram direitos humanos fazem parte da ordem jurídica brasileira: (i) os não aprovados pelo Congresso Nacional por força do parágrafo 2º (que não existia nas constituições anteriores e por isso tem razão de ali estar hoje); (ii) e aqueles aprovados pelo Congresso por força do parágrafo 3º. Mas se assim é, o que justificaria a existência do parágrafo 3º?

Essa é a indagação central que se faz hoje em direito internacional quando enfrentamos, no Brasil, a discussão a respeito do conflito entre as fontes (internas e internacionais). A

---

<sup>20</sup> Conforme defendido e exposto no artigo publicado recentemente na “Revista do Tribunal Superior do Trabalho”, vol.78, nº3, jul/set. 2012, p.124-219, intitulado: “*A Convenção 87 da OIT sobre Liberdade Sindical de 1948: Recomendações para a adequação do direito interno brasileiro aos princípios e regras internacionais do trabalho*”.

finalidade do parágrafo 2º do art. 5º é não deixar de fora do ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional, ademais dos princípios por ela adotados, os tratados internacionais de que o Brasil seja parte (signatário). Contudo, o juízo de admissibilidade e de aplicação na ordem jurídica interna estaria nas mãos dos julgadores (e intérpretes). A aplicação do direito reconhecido na fonte internacional depende, por conseguinte, da análise do julgador. E isso se aplica a todo e qualquer tratado internacional, independentemente de pertencer ao rol dos direitos humanos (ou não). Se, por outro lado, forem tratados e convenções de direitos humanos, e estiverem aprovados pelo Congresso Nacional, *ipso facto*, já integram o arcabouço jurídico constitucional interno e o julgador não pode negar-lhes reconhecimento e aplicação.

Portanto, o que tenho defendido é a análise conjunta dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição. Mas não uma análise superficial e apressada, descartada do histórico evolutivo do Direito. Devemos buscar as fontes materiais e de inspiração do legislador constituinte e preencher eventuais lacunas com sua intenção implícita real (e não apenas a declarada no texto)– que somente pode ser aquela de aumentar o patrimônio jurídico das pessoas e nunca restringir ou limitar.

Evidentemente, nesse contexto se insere a discussão sobre a hierarquia das normas relativas às convenções internacionais dos direitos humanos (e direitos fundamentais) e o direito nacional. Entre os exemplos mais emblemáticos estão as discussões sobre as relações entre os tratados internacionais de proteção da propriedade intelectual e suas relações com os tratados e convenções sobre direitos humanos e as leis internas brasileiras.

Em recente manifestação no âmbito do direito do trabalho, o Ministro Joaquim Barbosa, do STF, expressou sua opinião de que a Convenção n.158 da OIT veicula matéria de direitos fundamentais nas relações de trabalho, e que ela se encaixa na categoria dos atos internacionais do artigo 5º, Par.2º “a fim de *“inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro”*”. Segundo ele, a Convenção em questão também teria caráter supralegal, *“porém infraconstitucional”*, com o que seria possível concluir que denúncia feita pelo Presidente da República, sem a prévia aprovação do Congresso

Nacional, e “promulgada” por decreto presidencial seria impossível (no caso, o Decreto 2.100/96, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores - CUT).<sup>21</sup>

Isso porque a denúncia da Convenção, tecnicamente, representa a diminuição qualitativa dos níveis de proteção de certos direitos fundamentais no ordenamento interno, o que parece contraditório do ponto de vista de um sistema constitucional aberto, que assegura *status* especial para normas materialmente constitucionais, como seriam aquelas de direitos e garantias individuais em matéria do trabalho.<sup>22</sup> Igualmente, conduz à inevitável conclusão de que o Brasil não poderia permanecer imune à imputação de responsabilidade internacional pela violação de obrigações multilaterais assumidas no âmbito da Organização Mundial do Trabalho<sup>23</sup>.

Essa linha de argumentação do Min. Joaquim Barbosa representa nova orientação do STF sobre as relações entre direito interno e direito internacional – especialmente o

---

<sup>21</sup> Voto de Vista do Ministro Joaquim Barbosa na ADIN nº 1625/DF, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, acórdão de 3.6.2009. (ADI-1625).

<sup>22</sup> Segundo o Ministro Joaquim Barbosa, *a Convenção 158 não seria um tratado comum, mas um tratado que versa sobre direitos humanos, apto a inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, caberia cogitar da aplicação do novo § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45/2004, a essa Convenção. No ponto, afirmou que, apesar de o Decreto que incorporou a Convenção ao direito brasileiro ser de 1996, ainda que não se admitisse a tese de que os tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/2004 possuísem estatuta constitucional, seria plausível defender que possuísem estatuta supralegal, porém infraconstitucional. Reconhecido o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e considerando-se a Convenção 158 da OIT como um tratado de direitos humanos, concluir-se-ia não ser possível sua denúncia pelo Poder Executivo sem a intervenção do Congresso Nacional. Do contrário, permitir-se-ia que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo, e, ainda, que o Poder Executivo, por vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional.* (Informativo STF - Nº 549, Brasília, 1º a 5 de junho de 2009, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo549.htm>).

<sup>23</sup> Sobre o tema, cf. Carlos Eduardo de A. BOUCAULT. A responsabilidade do Brasil perante a OIT em face da não-aplicação da Convenção 158, in *Revista de Direito do Trabalho* n.96,1996, p.105 e ss; Maristela BASSO, A Convenção n. 158 da OIT e o direito constitucional brasileiro, in *Trabalho & Doutrina*, n.11, 1996, p. 30-39. Na visão de Hildebrando ACCIOLY (*Tratado de Direito Internacional Público*. Vol. I, Rio de Janeiro, 1956, p. 299) o Estado sempre será responsável pelos atos de qualquer de seus poderes que impliquem a violação de um tratado que tenha firmado ou ao qual tenha aderido. Ainda que uma norma internacional venha ser retirada do ordenamento interno, por colidir com norma constitucional superveniente, essa circunstância não excluirá a responsabilidade do Estado pela violação do tratado.

direito internacional dos direitos humanos, assim como no que diz respeito à interpretação dos parágrafos 2º. e 3º. Do art. 5º. da CF.

Aprofundemos um pouco mais o debate com vistas a examinar por que os tratados específicos sobre propriedade intelectual e as leis internas brasileiras devem observar os tratados e convenções de direitos humanos.

### **3. Conclusões: Infração aos direitos humanos reconhecidos aos autores, inventores e desenvolvedores: Por que são considerados fundamentais? Por quem? Quais os efeitos desse reconhecimento?**

O art. 5º, inciso XXIX<sup>24</sup> da CF tem sua gênese no art. 27.2 da “Declaração Universal dos Direitos do Homem”<sup>25</sup> e no art. 15.c<sup>26</sup> do “Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”<sup>27</sup> (Pacto).

Mas qual a relação desse marco normativo com os direitos humanos?

A Organização das Nações Unidas (ONU) conta na sua estrutura orgânica com cinco órgãos<sup>28</sup>, dentre eles um “Conselho Econômico e Social”, ao qual compete, dentre

---

<sup>24</sup> Art. 5º, inciso XXIX – “A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

<sup>25</sup> Art. 27.2 – “Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”.

<sup>26</sup> Art. 15.c - Reconhece a cada indivíduo o direito de beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

<sup>27</sup> Adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966; aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991 e promulgado pelo Decreto 591, de 06.07.1992.

outras funções, fazer “recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos”<sup>29</sup>. É importante lembrar que há muito a Carta constitutiva da ONU está em vigor no Brasil.

No exercício de suas competências, a “Comissão sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Conselho Econômico e Social da ONU” adotou, em 21 de novembro de 2005, em sua 35ª Sessão, as “Recomendações” constantes do “Comentário Geral No. 17”<sup>30</sup> com o objetivo de “ajudar os Estados-partes a aplicar e implementar (em todos os seus níveis: legislativo, executivo e judiciário) o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, cujos pontos mais representativos do “Comentário Geral” para este estudo reproduzo abaixo – os quais sumarizam o conteúdo, a abrangência e o escopo do art. 15.c do Pacto:

“1. O direito de toda pessoa de beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que os correspondam por razão das produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autora é um direito humano, que deriva da dignidade e dos valores inerentes a toda pessoa.

2. Em contraste com outros direitos humanos, os direitos de propriedade intelectual são geralmente de índole temporal e é possível autorizar seu exercício ou cedê-los a terceiros.

..

4. O direito de toda pessoa de beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que os correspondam por razões de produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autora tem por finalidade fomentar a contribuição ativa dos criadores às artes, ciências e ao progresso da sociedade em seu conjunto.

Ademais, em conformidade com os outros instrumentos de direitos humanos, assim como com os acordos internacionais sobre a proteção

---

<sup>28</sup> Art. 7º. Da carta da ONU: “*Uma Assembléia Geral, um Conselho de Segurança, um Conselho Econômico e Social, um Conselho de Tutela, uma Corte Internacional de Justiça e um Secretariado*”.

<sup>29</sup> Art. 62 (2) da Carta da ONU.

<sup>30</sup> O Comentário Geral No. 17 foi publicado em 12 de janeiro de 2006, como documento oficial da ONU, sob o no. E/C.12/GC/17 (12 January 2006). O documento está disponível no site: [www.unesco.org](http://www.unesco.org)



dos interesses morais e materiais que correspondem às pessoas em razão de suas produções científicas, literárias ou artísticas, a Comissão considera que a alínea c do parágrafo 1º do art. 15 do Pacto estabelece como mínimo as seguintes obrigações básicas, que são de aplicação imediata pelos Estados-membros:

a) adotar as medidas legislativas ou de outra índole necessárias para assegurar a proteção efetiva dos interesses morais e materiais dos autores;

b) proteger o direito dos autores a serem reconhecidos como criadores de suas produções científicas, literárias e artísticas e a oporem-se a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação das mesmas ou qualquer outra ação que atente contra elas, que cause prejuízo a sua honra ou reputação;

c) respeitar e proteger os interesses materiais básicos dos autores derivados de suas produções científicas, literárias ou artísticas, que necessitam para manter, *no mínimo*, um nível de vida adequado; ...”<sup>31</sup>.

Como se vê, não há nenhuma dúvida sobre a afirmação de que os direitos de propriedade intelectual referidos no inciso XXIX do art. 5º. da CF são direitos humanos – assim reconhecidos pela maior autoridade internacional no tema, e de que o Estado brasileiro, nos termos da Constituição Federal<sup>32</sup>, deve aplicar direta e imediatamente o disposto no art. 15.c do Pacto segundo as Recomendações da Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU adotadas em 2005.

---

<sup>31</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, doc. E/C.12/CG/17, pág. 15.

<sup>32</sup> Art. 5º§ 1º - “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

RECEBIDO 25/06/2016

APROVADO 29/06/2016

PUBLICADO 12/07/2016