

I - Introdução e objetivo do estudo

O artigo 5º, XXIX, da Constituição do Brasil estabelece que:

“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 das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.”

A doutrina brasileira muito discute o sentido da expressão *“tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”*, ora emprestando-lhe uma conotação de *condição*, ou seja, a proteção garantida ao inventor estaria condicionada ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País, ora tomando-a em sentido *valorativo-finalista*, sugerindo que a proteção é outorgada, porque gera efeitos positivos ao atender o interesse social e proporcionar o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.¹

Objetivo deste trabalho é, primeiramente, apurar o método mais adequado para a interpretação dos enunciados normativos constitucionais para, em um segundo passo, demonstrar que ambas as interpretações acima propostas estão em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro e ainda, por fim, demonstrar que o cerne da discussão sobre o sistema de patentes não reside na interpretação do enunciado constitucional, mas antes na instrumentalização deste instituto para a implementação de políticas públicas.

* Karin Grau-Kuntz é doutora e mestre pela Ludwig-Maximilian-Universität em Munique, é coordenadora acadêmica e pesquisadora na Europa do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – IBPI.

¹ Vide BIANCHI CERQUEIRA, Luis Eduardo. O princípio da função social da propriedade e as patentes – Passado e futuro, in Revista da ABPI 82, Maio/Junho de 2006, pág. 41 s.

II- Algumas considerações sobre o exercício interpretativo²

1. As normas jurídicas são as partes que compõem o complexo chamado de ordem jurídica (ou de Direito). Normas jurídicas são, por sua vez, expressas através de enunciados, ou seja, através de frases formadas por palavras. Os enunciados normativos representam o suporte de expressão das normas jurídicas. Norma jurídica e suporte de expressão, ou enunciado normativo, são conceitos distintos que não se confundem entre si. Ao intérprete cabe a tarefa de, interpretando o enunciado, apurar o conteúdo da norma nele latente. Neste sentido não se interpretam normas, mas enunciados normativos.

2- Palavras são sinais que, para serem compreendidos, pressupõem que a pessoa a quem são dirigidas seja capaz de filtrá-las através de determinado arcabouço de conhecimento e conceitos que, por sua vez, deverá coincidir com o arcabouço de conhecimento e conceitos do sujeito que as emprega. O sentido das palavras proferidas pelo emitente só poderá ser compreendido de maneira inequívoca e segura pelo receptor se ambos reportarem-nas a um mesmo conteúdo. A comunicação, diz-se então, só é possível dentro dos limites de uma “comunidade” lingüística e cultural.

Ocorre que mesmo dentro da própria comunidade lingüístico-cultural os conteúdos aos quais as palavras reportam podem variar de pessoa para pessoa dependendo de sua socialização, experiência, grau de conhecimento ou até mesmo da própria fantasia, o que gera o risco constante de que a palavra emitida para reportar determinado conteúdo específico ligue-se, na mente de seu receptor, a conteúdo diverso.

No que diz respeito ao Direito, afirma-se que sua qualidade dependerá da qualidade no emprego das palavras usadas como meio de sua expressão.³ Quanto mais bem escrito um enunciado, maior as chances de boa compreensão da norma.

² Com relação ao exercício interpretativo vide RÜTHERS, Bernd, *Rechtstheorie*, 2ª edição, München: C.H. Beck (2005); GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, (2003); MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, 5ª edição, Berlin: Duncker & Humblot (1993), KAUFMANN, Arthur, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, in: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª edição, Heidelberg: C.F. Müller: (1994); LARENZ, Carl/CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª edição, Berlin: Springer (1995). A lição sobre o exercício interpretativo, sucintamente exposta a seguir, vem exposta nas obras *supra* citadas. Sem querer aqui demonstrar erudição, só fazemos uso direto desta bibliografia quando efetivamente necessário.

³ RÜTHERS, ob.cit., pág. 118.

Mas mesmo o enunciado unívoco ou evidente precisa ser interpretado, posto que deve ser aplicado a casos concretos, reais ou fictícios.⁴ A respeito da indissociável ligação do enunciado ao caso concreto, GRAU destaca que “quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo sempre o faz – ainda que não se dê conta disso – supondo a sua aplicação a um caso, real ou fictício.”⁵

O legislador lança mão da moldura do enunciado normativo para expressar o instituto jurídico a ser normatizado. O intérprete, por sua vez, redescobre o instituto na moldura do enunciado e aplica-o ao caso concreto, dando assim corpo à norma. Neste sentido diz-se que os enunciados normativos nada dizem; “eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem”.⁶

3- Para fins de se atingir uma adequada (ou prudente) interpretação dos enunciados normativos é imprescindível que o intérprete pertença à mesma comunidade lingüístico-cultural do legislador, e que também seja erudito na linguagem e na cultura técnico-jurídico.⁷

Essas qualidades são necessárias não apenas pelo fato da linguagem jurídica ser ambígua e imprecisa, mas por ser o Direito caracterizado como um sistema complexo. A complexidade da linguagem jurídica expressa-se na impossibilidade de expressão de todas as hipóteses fáticas que devem ser disciplinadas apenas por um (ou poucos) enunciado (enunciados). Deste modo, um enunciado isolado, mesmo que bem interpretado, será sempre um enunciado incompleto. O mesmo se afirma com relação à norma: uma norma isolada, mesmo que apurada de forma prudente, será sempre uma norma incompleta.

Partindo do princípio de que a ordem jurídica é planejada como um todo consistente e livre de contradições, o exercício de apuração do conteúdo da norma expressa no enunciado passa necessariamente por inquirições a respeito de sua finalidade, tanto em sentido estrito como em sentido amplo, isto é, tanto no sentido de se apurar a garantia imediata da norma (valor imediato), como também o papel desta garantia no escopo geral do ordenamento jurídico (valor mediato)⁸.

⁴ Vide MÜLLER, ob.cit., pág. 154 ss.

⁵ GRAU, ob.cit, capítulo V do discurso.

⁶ RUIZ e CÀRCOVA, *apud* GRAU, ob.cit., capítulo III do discurso.

⁷ Por esta razão é difícil ao estrangeiro compreender e interpretar corretamente o direito alienígena e ao leigo interpretar acertadamente o enunciado jurídico.

⁸ Aqui o que se afirma com as expressões valores imediatos e mediatos é que a garantia assegurada em cada norma é sempre expressão de valores que dão os parâmetros, o escopo, da ordem jurídica como um todo.

4- O exercício de interpretação de um texto exige o comportamento *produtivo* do sujeito que a empreende. Isto significa que o intérprete imprimirá necessariamente à sua interpretação um pouco de sua personalidade, da sua forma pessoal de entender os conteúdos lingüísticos.

No que diz respeito à interpretação de um enunciado normativo, este elemento subjetivo precisa ser controlado. A interpretação de um enunciado jurídico não pode ser empreendida com a mesma liberdade com a qual se interpreta um texto literário, por exemplo. A interpretação correta do enunciado jurídico pressupõe a adoção de determinados *critérios*.

Primeiramente deve-se interpretar dentro dos limites do enunciado jurídico. Mesmo que este seja formado por elementos dúbios, o texto do enunciado será sempre capaz de fornecer determinados parâmetros dentro dos quais a interpretação deverá ser levada a cabo. Nessa linha, no caso do inciso XXIX, do art 5º da Constituição brasileira, não se questiona a atribuição ao inventor de um direito de exploração exclusivo sobre a sua invenção. Eis os limites nos quais a interpretação do enunciado jurídico deverá ser realizada.

Além disso, a interpretação deve ter por fim cumprir os objetivos a que se propõe a ordem jurídica que incorpora o enunciado, ou seja, o intérprete não pode ir além dos limites que dão corpo ao ordenamento jurídico.

Independente destes parâmetros, que delimitam o campo de trabalho do intérprete, este jamais logrará deixar de emprestar à interpretação a sua “impressão digital”, que nada mais é do que a expressão de seus próprios valores pessoais, a partir dos quais ele necessariamente irá pautar o exercício interpretativo que, como disse, não é *reprodutivo* mas sim *produtivo*.

Estes valores próprios não poderão ser chamados de preconceitos no sentido ideológico do termo, mas antes de *pré-conceitos*, de produtos do processo de formação que coloca o intérprete em condição técnico-teórica de levar a cabo a interpretação do enunciado jurídico.

5- A interpretação do enunciado do dispositivo constitucional pede, então, a adoção de posição ideológica em relação à proteção exclusiva garantida pelo sistema das patentes.

Tal digressão é importante para que se possa acompanhar o exercício produtivo aqui procedido, e ainda também como expressão da intenção de, desta maneira, escapar a especulações preconceituosas (e aqui a palavra é usada em seu sentido ideológico) quanto à adoção de uma posição contrária ou favorável ao sistema de patentes.

Não temos conhecimento de nenhum estudo idôneo que venha embasar a afirmação de que o sistema de patentes seria benéfico para a economia de países em nível de desenvolvimento como o Brasil. A verdade é que documentos recentes, elaborados por fontes reconhecidamente confiáveis, têm indicado em sentido contrário.⁹

Isso porém não significa que adotamos uma atitude contrária as patentes. Pelo contrário, ao mesmo tempo que não está comprovado serem elas uma benção econômica para os países em desenvolvimento, não se tem condições de afirmar que a situação seria melhor sem elas.

O sistema de patentes é uma realidade a ser aceita e respeitada. Como já afirmado em outra ocasião, reconhecer um direito exclusivo aos inventores faz parte das regras do jogo econômico mundial e, uma vez reconhecido que o país deva tomar parte nesse jogo, aceitam-se as regras que lhe são próprias.¹⁰

Por outro lado, a posição aqui adotada não significa a veneração incondicionada deste sistema. O direito garantido ao inventor não é absoluto. Ele encontrará seus limites em casos excepcionais, ou quando vier a se indispor com os valores que dão suporte à ordem jurídica brasileira.

Tal afirmação, como a seguir será demonstrado, não é absurda, estando inclusive incorporada no artigo 18 da Lei 9.779/96, onde vêm disposto não ser passível de proteção por patente aquilo que for contrário à moral, aos bons costumes, à segurança, à ordem e à saúde pública.

Neste sentido, é preciso colocar em pauta de discussão se a forma como o sistema de patentes tem sido desenvolvido e aplicado pelos e nos países economicamente fortes poderá ser transposto à realidade brasileira sem sofrer adequações.

Tal discussão é necessária e benéfica.

Defender a discussão aberta e realista não quer, por outro lado, significar manifestação de apoio a decisões que instrumentalizam tal discussão para fins de política populista.

De forma sintética, o que aqui defendemos (e o que já temos defendido) é uma posição de aceitação crítica do sistema de patentes e de repúdio a qualquer radicalismo, seja ele em sentido contra ou a favor das patentes.

⁹Informe de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual - Integrando los Derechos de Propiedad Intelectual y la Política de Desarrollo – Londres, Septiembre de 2002, págs. 28-30. O estudo está à disposição para download no endereço: http://www.iprcommission.org/graphic/Spanish_Intro.htm.

¹⁰ GRAU-KUNTZ, Karin, Urheberrecht in den Länder des Mercosul, pág. 18, no prelo.

É partindo deste escopo de *pré-conceitos* que nos propomos a proceder, a seguir, a análise do inciso XXIX do artigo 5º da Constituição brasileira.

III- Algumas considerações sobre a interpretação das normas constitucionais - ou sobre o não cabimento da aplicação dos cânones clássicos desenvolvidos por Savigny na interpretação de normas constitucionais

1- Sem querer tirar o mérito das palavras proferidas por RUI BARBOSA¹¹ “*ridícula veleidade seria de quem pensa em amesquinhar a autoridade de Savigny*”, é necessário esclarecer alguns pontos sobre o método de interpretação desenvolvido por FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY. Como veremos a seguir, os cânones de interpretação textual propostos por ele não são o instrumento adequado para a interpretação de enunciados normativos constitucionais.¹²

SAVIGNY partiu do princípio de que o direito nasce da consciência do povo. O conceito de povo, por sua vez, foi tomado por ele em sua acepção dinâmica e viva, não se deixando confundir com aquela noção que o reduz a um mero aglomerado de cidadãos.

O Direito, disse ele, é retirado do modo de pensar e da forma de viver de um determinado povo ou, em outras palavras, do *espírito do povo (Volksgeist)*.¹³ Isto quer dizer que os institutos jurídicos são institutos de natureza orgânica, isto é, são institutos “vivos”, tanto em relação aos seus elementos, quanto em relação ao seu desenvolvimento através dos tempos.¹⁴ Daí não se poder falar em um Direito, mas sim em tantos Direitos quantos povos houver. Além disso, se o Direito nasce no *espírito do povo*, então ele preexiste à Lei.

¹¹ BARBOSA, Rui. Posse de direitos pessoais, pág. 71, *apud* OSWALD, Maria Cecília/LEONARDOS Luis: Direito de Patentes – Uma proposta de filtragem constitucional, *in* Revista da ABPI nº 86, janeiro/fevereiro 2007, pág 6.

¹² SAVIGNY, nas palavras de KAUFMANN, ob.cit., pág. 67, “*foi um dos mais significantes, senão o mais significativo professor de direito civil da Alemanha; é com ele que a ciência jurídica alemã passa a ser reconhecida mundialmente. Ele é, principalmente, também o fundador da metodologia jurídica moderna.*” Neste sentido, afirmar que os cânones de interpretação textual por ele propostos não são suficientes para interpretar enunciados normativos constitucionais, não significa amesquinhar sua autoridade.

¹³ *Volksgeist*, na definição de SAVIGNY é o convencimento jurídico geral do povo como fonte de todos os Direitos, (*gemeinsame Rechtsüberzeugung des Volkes, als die ursprüngliche Quelle allen Rechtes*), *in*: Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, *apud* LARENZ, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6ª edição, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo 199, pág. 13.

¹⁴ V. SAVIGNY, Friedrich Carl: System des heutigen Römischen Rechts, Band I, 1840, pág. 16. Esta obra está disponível no endereço <http://dlib-pr.mpier.mpg.de>

O enunciado normativo, ensina SAVIGNY, será elaborado por meio de uma abstração (processo artificial), através da qual o legislador levará em consideração o instituto jurídico em sua existência orgânica.¹⁵ O enunciado normativo sempre conterà em sua base a “idéia”, a “noção” (*Anschauung*) viva do instituto jurídico. Isto quer dizer que os enunciados normativos só poderão ser interpretados por meio da “reconstrução do pensamento que mora dentro da lei”.¹⁶ Em outras palavras, o intérprete deve repetir artificialmente a tarefa que o legislador exerceu ao pretender dar forma ao enunciado; ou, ainda, ele deve deixar a lei *renascer* em seu pensamento.¹⁷

Ao propor ao intérprete a *reconstrução do pensamento que mora dentro da lei*, parece estar SAVIGNY adotando uma forma de interpretação subjetiva do enunciado normativo, ou seja, parece que ele estaria propondo ao intérprete procurar na vontade do legislador o conteúdo da norma expressa pelo enunciado.¹⁸

LARENZ¹⁹ cuidou de refutar tal entendimento, explicando que SAVIGNY, na verdade, entendia o exercício de interpretação não em sua acepção limitada à mera determinação de fatos concernentes à atividade do legislador no momento de criação do enunciado, isto é, ele não propunha exercício de interpretação meramente *reprodutivo*, mas antes exigia do intérprete, para fins de reconstrução do pensamento do legislador, um exercício *produtivo* no sentido deste se deixar dirigir pela noção do instituto jurídico vivo no espírito do povo, assim como o legislador teria feito no ato de produção do enunciado normativo.²⁰

Este exercício produtivo foi chamado por SAVIGNY de “*freie Thätigkeit*” (atividade livre)²¹, o que, por ser feita livremente, implicaria resultados diferentes de interpretação. Isto porém não quer significar que SAVIGNY teria ido tão longe a ponto de propor interpretação de natureza objetivo-teleológica. Pelo contrário, cuidou de deixar claro seu entendimento no sentido de que a finalidade da lei vem separada de seu conteúdo, isto é, que aquela não faz parte desta.²² Se por um lado, seguindo a lição de LARENZ, não se pode afirmar ter SAVIGNY

¹⁵ Ob. cit., pág. 16.

¹⁶ Ob. cit., pág. 213. No original: „*Rekonstruktion des dem Gesetze inwohnenden Gedankens*“.

¹⁷ Ob. cit., pág. 213.

¹⁸ Neste sentido RÜTHERS, ob. cit., pág. 506.

¹⁹ LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª edição, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo 1991, pág. 16, nota de rodapé 5.

²⁰ A inclusão das lições de LARENZ a respeito do método de interpretação de SAVIGNY no corpo deste trabalho deve-se aos pertinentes comentários de ENZO BAIOCCHI a respeito do tema.

²¹ Ob. cit., pág. 207

²² Ob. cit. pág. 217.

partido de um método de interpretação subjetivo para desenvolver seus cânones, é certo que ele não admitia que elementos estranhos à própria lei fossem invocados no processo interpretativo.

Foi neste contexto que SAVIGNY desenvolveu seus cânones textuais. Como veremos adiante, as normas constitucionais têm características próprias e, por esta razão, o sistema dos cânones desenvolvido por SAVIGNY não será, geralmente, adequado e suficiente como instrumento de interpretação dos enunciados que as expressam.

2- SAVIGNY desenvolveu seus cânones textuais para a interpretação de enunciados normativos de direito privado.²³ Ele nunca afirmou serem eles instrumentos adequados de interpretação de enunciados normativos de natureza constitucional.

Além disso, é importante lembrar, SAVIGNY desenvolveu os cânones textuais para serem aplicados na interpretação de enunciados normativos expressos de maneira inequívoca. Em outras palavras, quando o enunciado normativo apresentasse em seu texto elementos dúbios ou indeterminados, disse ele, os cânones textuais não seriam suficientes para reconstruir o pensamento do legislador.²⁴

Partindo do princípio de que quanto mais exato um enunciado normativo fosse, maiores seriam as chances do resultado da interpretação ser coroado de exatidão, SAVIGNY viu-se forçado, frente ao reconhecimento de que muitos enunciados normativos apresentam elementos dúbios ou indeterminados, isto é, que eles comportam palavras cujo sentido é ambíguo, a abrir mão para estes casos daquela posição caracterizada pela rejeição da interpretação teleológica.

Para apurar o conteúdo das normas expressas através de palavras dúbias ou indeterminadas, ofereceu como instrumentos de interpretação --- instrumentos estes que aqui, disse ele, devem ser utilizados de forma hierárquica --- a análise da conexão interna do enunciado com outras normas do ordenamento; a apuração da finalidade especial da norma e, por último, a apuração da “razão geral” da norma (busca da norma nos princípios gerais do --- e não de--- Direito). Com relação ao último instrumento, do qual o intérprete só deveria lançar mão em último caso, SAVIGNY destacou dever ele ser utilizado com muito cuidado,²⁵ uma vez

²³ Ob. cit., pág. 2: „Nur das Privatrecht gehört zu unsere Aufgabe“; pág. 39 „Die Gesetzgebung kann nun eben sowohl im öffentlichen Recht als im Privatrecht tätig seyn; hier aber soll sie vorzugsweise in dieser letzten Beziehung näher betrachtet werden“.

²⁴ Ob. cit., págs. 222-240.

²⁵ Ob. cit., pág. 220.

que seu uso permitiria ao intérprete ir além daquilo que o legislador teria abstraído do instituto jurídico.

3- Retomando o inciso XXIX, art. 5º, da Constituição brasileira, a expressão “*tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*” surge imprecisa quanto ao conteúdo que deve reportar. Se assim não fosse, não se discutiria estar ela indicando um conteúdo *valorativo-finalista* ou *condicional*. Neste sentido, e não apenas por isso, como a seguir será exposto, os cânones textuais não seriam, de acordo com a própria lição de SAVIGNY, por si só instrumento suficiente para averiguação do conteúdo da norma que o legislador pretendeu exprimir ao valer-se daquela expressão

Por outro lado, ao comportarem parâmetros gerais nascidos de momentos peculiares do ponto de vista político e/ou histórico, os enunciados normativos constitucionais apresentam características próprias no que toca ao possível grau de exatidão de seus textos. Nas palavras de MÜLLER,²⁶ a forma adotada pelo enunciado normativo constitucional não será idêntica à forma adotada pelos enunciados normativos infraconstitucionais. De fato, enunciados constitucionais reportam, geralmente, à expressão de um programa ou um de um objetivo político.

Atender apenas ao sentido das palavras ou da sistemática verbal significaria deixar de considerar os aspectos intrínsecos da norma constitucional que se pretende descobrir através do enunciado. A interpretação do enunciado normativo constitucional deverá ser procedida através de exercício amplo e dinâmico. A Constituição, como falou o General Charles de Gaulle,²⁷ “*é um envelope*”. O que está contido nele, diz GRAU, “*surge no e do dinamismo da vida político-social*”.²⁸

Não se nega a utilidade da técnica desenvolvida por SAVIGNY, que dentro de determinados limites poderá ser efetiva, mas antes afirma-se não ser ela suficiente para a interpretação do enunciado normativo constitucional. Esta afirmação, aliás, nem ao menos contradiz a própria postura de SAVIGNY, que não pretendeu em momento algum aplicar a técnica de interpretação por ele desenvolvida aos enunciados constitucionais.

²⁶ MÜLLER, Friedrich, ob.cit, pág. 84 ss.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. Breve nota sobre a interpretação da Constituição --- Constituição formal e constituição material, texto ainda no prelo.

²⁸ *Apud*, GRAU, Eros Roberto. Breve nota sobre a interpretação da Constituição --- Constituição formal e constituição material, texto ainda no prelo.

IV- Algumas considerações sobre a *vontade do legislador*

1- A chamada *teoria subjetiva* pauta a interpretação do enunciado normativo na apuração do elemento da *vontade do legislador*. Nas palavras de MÜLLER²⁹, o dogma pandectista da *vontade* só é dotado hoje em dia de interesse histórico. Uma vez, porém, que na literatura brasileira ainda encontramos sugestão de interpretação a ser desenvolvida nos moldes desta teoria, cabe aqui proceder a uma breve exposição crítica dela.

A vontade do legislador é, por um lado, um elemento estático e, por outro, um elemento geralmente não passível de exata apuração. Ela é estática por que o legislador tem geralmente vida mais curta do que o enunciado da norma. O máximo que será possível retirar da “vontade do legislador” são os contornos gerais do instituto que se pretendeu exprimir no enunciado. Por outro lado, ela é um elemento não passível de exata apuração por que, geralmente, nós só podemos *presumir* o conteúdo exato que o legislador vinculava ao instituto jurídico.

A realidade social é dinâmica e a sociedade está em constante transformação, e estas transformações implicam, necessariamente, em resultados diferentes de interpretação dos enunciados normativos no decorrer dos tempos.

Para ilustrar tal afirmação valemo-nos de um exemplo. BITENCOURT³⁰, ao comentar o Código Penal em vigor, que data de 1941, ensina o seguinte a respeito do enunciado do Art. 233, onde vêm tipificado o ato obsceno, subespécie do ultraje público ao pudor: “*Entendeu-se, por longo tempo,*” diz o autor, “*que o prolongado beijo lascivo constituía ato obsceno*”. Ao que acrescenta: “*evidentemente que a liberdade atual afastou a tipicidade desse comportamento*”.

Ao transpormos o enunciado normativo do Art. 233 à realidade de hoje, só podemos afirmar com exatidão que o legislador pretendeu tipificar os atos que venham a ferir o pudor público. A noção de pudor público persistiu no tempo como uma moldura estática, o seu conteúdo, ao contrário, deve-se considerar, é dinâmico e foi tomando formas variadas e distintas no passar dos anos. Além disso, ao pretendemos trazer o conteúdo do Art. 233 do Código Penal à realidade de hoje, só podemos *presumir* que a moral do legislador de 1941 teria acompanhado o desenvolvimento moral da sociedade brasileira.

²⁹ MÜLLER, Friedrich, ob.cit, pág. 36.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, Código Penal Comentado, São Paulo: Saraiva (2005).

A interpretação, como já dito anteriormente, se desenvolve no quadro de uma situação determinada, ou seja, ela “*expõe o enunciado normativo do texto no momento histórico presente e não no contexto do momento da redação do texto*”.³¹

Buscar o enunciado normativo no momento da redação do texto significaria afirmar que mesmo nos dias de hoje o prolongado beijo lascivo em público atentaria o sentimento geral de pudor. Trazer o enunciado normativo ao momento histórico presente significaria (acertadamente) dizer que o prolongado beijo lascivo em público não mais atenta o sentimento geral de pudor.

A vontade do legislador, fica claro, não pode ser chamada a valer como critério de interpretação de enunciado normativo.

IV- Interpretação do inciso XXIX do artigo 5º da Constituição brasileira

1- Seguindo a formulação clássica pretende-se, por meio da concessão da patente, incentivar a contínua renovação tecnológica e estimular as empresas a investirem em pesquisa e desenvolvimento, fatores estes que, estimulando a concorrência, fomentariam o desenvolvimento econômico gerando bem-estar geral.

O direito de exploração exclusivo garantido ao inventor não é um direito vinculado apenas ao ato inventivo em si, mas antes à combinação do ato inventivo com a expectativa de estímulo da concorrência e, conseqüentemente, de aumento de bem-estar social. Neste sentido afirma-se que a razão de reconhecimento e garantia do sistema de patentes reside na sua instrumentalidade concorrencial.

Aqui expressa a dicotomia do sistema de patentes, convergindo o direito público com o direito privado (leia-se reconhecendo aquele direito privado em sua potencialidade de instrumento de fomento do bem-estar social).

A expressão “*tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*”, empregada no enunciado do inciso XXIX do artigo 5º da Constituição, é então considerada, em um primeiro passo, em uma acepção *técnica*, isto é, como expressão que

³¹ GRAU, Eros Roberto. Breve nota sobre a interpretação da Constituição --- Constituição formal e constituição material, texto ainda no prelo.

destaca a dicotomia inerente ao sistema de patentes, independente de condições ou de valorações.

Com relação às condições e/ou às valorações que sujeitam ou vinculam o sistema de patentes, estas deverão ser retiradas, em um segundo momento, da unidade do ordenamento jurídico. Agora, esboçada a estrutura (dicotomia) do sistema de patentes, desprendemo-nos da técnica textual e, ao invés de partirmos do enfoque do enunciado para então lançar vistas ao ordenamento jurídico em sua unidade, propomo-nos a proceder ao exercício inverso.

2- O reconhecimento no texto constitucional de proteção exclusiva aos inventores pressupõe que o sistema de patentes seja um instrumento adequado e efetivo ao fomento de bem-estar social. Seria incoerente com os princípios que norteiam a ordem jurídica brasileira pensar que ao inventor teria sido reconhecido um direito exclusivo de exploração econômica de suas invenções se e apesar deste gerar efeitos maléficis à sociedade.

Porém, o exercício interpretativo não se esgota neste passo. Partindo desta assertiva cabe prosseguir com a interpretação do enunciado, agora situando-o dentro do contexto normativo nacional, o que implicará necessariamente em traçar os seus limites.

3- A proteção garantida ao inventor, disse acima, não nasce apenas da consideração isolada do ato inventivo, mas antes da consideração do ato inventivo vinculado ao seu potencial de fomento tecnológico e econômico. Afirma-se, então, que o sistema de patentes cumpre o papel de instrumento de natureza concorrencial.

Prova disto é que a medida de retorno pecuniário assegurada ao inventor será correspondente ao grau de inovação e utilidade incorporado em sua invenção, isto é, quanto mais inovador e útil, maior será a procura pelo produto que incorpora a invenção e, conseqüentemente, maior será o prêmio (ou compensação) que caberá ao inventor.

Nestes termos, afirma-se que quanto maior o sucesso do produto que incorpora a invenção, maior será o estímulo para que terceiros também invistam no sentido de superar ou aprimorar a invenção contida nele, oferecendo ao mercado, por exemplo, um novo produto, técnica ou qualitativamente superior ao de seu concorrente, por um preço mais baixo.

Para que o mecanismo de compensação inerente ao sistema de patentes funcione, é imprescindível que a instituição jurídica chamada de *mercado* também funcione. *Sem o mercado o sistema de patentes é um sistema vazio.*

4- O mercado não é uma realidade fática, mas antes um instituto criado pelas e dependente das normas jurídicas. Como instrumento concorrencial, as patentes não poderão ser garantidas de forma absoluta, mas antes dentro dos limites e adequadas às normas básicas de funcionamento do mercado.

Neste sentido a Lei 9.729/96 estabelece mecanismos que coíbem o uso abusivo da patente ou, em outras palavras, que condicionam o exercício do direito que recai sobre a invenção de forma compatível com as regras de funcionamento do mercado.

Permitir o exercício abusivo da patente significaria abrir as portas para as forças autofágicas que gerariam a desestruturação do mercado, o que, de outra sorte, se revelaria como a sentença de morte do próprio sistema de patente.

5- Na mesma linha de raciocínio, considerando os princípios gerais do direito brasileiro, o artigo 18 da Lei 9.729/96 estabelece não serem patenteáveis as invenções contrárias à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde pública. Neste dispositivo é clara a noção de que só se poderá lançar mão do sistema de patentes dentro dos limites e dos valores da ordem pública.

Por mais eficiente e benéfico do ponto de vista econômico que possa vir a ser o sistema de patentes, ele encontrará os seus limites no momento em que passar a agredir a moral, os bons costumes, a segurança, a ordem ou a saúde pública. Isto ocorre por que, se vier porventura a ferir um destes valores, ele estará, na verdade, desestruturando a própria ordem que lhe sopra vida e que garante a sua existência.

Ao inventor de uma máquina de falsificar dinheiro não será garantido nenhum direito de exploração exclusiva de seu invento. Tal máquina, mesmo que a mais pura expressão de uma invenção, dispõe a Lei, não pode ser patenteada. E isto ocorre mesmo e apesar de tal invenção poder potencialmente significar estímulo para a concorrência, o que do ponto de vista econômico significaria um aumento de bem-estar social. Para compreender a importância da adequação do sistema de patentes aos princípios listados no enunciado do Art. 18 da Lei

9.729/96 basta imaginar as conseqüências que uma enxurrada de notas falsas iria gerar para a estrutura do mercado.

*É imprescindível compreender que invocando o interesse público não se está invocando o inimigo do sistema de patentes, mas antes o guardião de suas próprias estruturas. Indo além, repito, é importante ter mente que, ao afirmar que não existe uma supremacia da noção do público sobre o privado, está-se a roubar da própria noção do privado qualquer conteúdo. Sem a estrutura do público o privado não será nada mais do que mera letra morta.*³²

6- O reconhecimento do sistema de patentes implica, de forma conclusiva, na afirmação de que a) como instrumento de fomento de bem-estar social este sistema é tomado no corpo do ordenamento brasileiro como um sistema desejado; b) este sistema não é garantido de forma absoluta, estando condicionado aos princípios norteadores do próprio ordenamento ou, em outras palavras, ao interesse público.

Tais assertivas são tão óbvias e lógicas, que na verdade não deveriam ser motivo de surpresas e muito menos de comoções. Então, pergunta-se, porque geram polêmica?

Geram polêmica por que o que a doutrina quer discutir não é, na verdade, a interpretação do inciso XXIX do art. 5º da Constituição, mas antes a qualidade da decisão política que (inevitavelmente) instrumentaliza o sistema de patentes.

Como instrumento concorrencial que é, o sistema de patentes é potencialmente revestido de grande valor como um meio de implementação de políticas públicas. Não há como negar tal característica a ele. Pretender ver neste instituto um fenômeno estático, não passível de instrumentalização, é expressão de idealismo em sua mais pura concepção. E o idealista, valendo-me das palavras do escritor austríaco Alfred Polga, é aquele que passa sem dificuldade nenhuma através de paredes, mas que acaba por se ferir ao bater contra o ar.

A discussão política, a batalha de opiniões de grupos defendendo interesses antagônicos é, não só essencial para o processo democrático, mas também saudável no sentido de propiciar o crescimento intelectual, expresso na chance de se rever posições pessoais ou de até mesmo ainda mais se convencer do acerto das posições adotadas. Porém, tal discussão só será positiva, tanto do ponto de vista democrático, quanto do ponto de vista de crescimento intelectual, se

³² E note-se que a recíproca aqui não é verdadeira: o público, no sentido jurídico, ao contrário, persiste mesmo sem o reconhecimento do privado, posto ser este o berço e a mão protetora daquele.

procedida a partir de premissas verdadeiras ou, em outras palavras, de premissas consoantes com os princípios que norteiam a ordem jurídica brasileira.

A discussão calcada em premissas falsas, como aquelas que, ao enaltecer ao extremo o sistema de patentes vêem nele supremacia sobre a noção do público, como se fosse possível a sua existência fora do ordenamento jurídico, só podem levar a falsas conclusões.

Mas ainda muito pior do que estas contendas baldadas, o discurso rabulista é nocivo especialmente porque desvia a atenção do cerne da questão, daquilo que pede urgentemente ser pauta de discussão sóbria e séria no Brasil, nomeadamente da necessidade de se debater sobre a *qualidade e a extensão dos efeitos da política pública que instrumentaliza o sistema de patentes*.