

# A PROPRIEDADE INTELECTUAL E A PERSPECTIVA CONTRA-GARANTISTA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Marcelo Barroso Mendes  
Procurador Federal  
Pós-graduado pela UERJ  
Mestrando pela UNESA

SUMÁRIO: 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS. 1.1 O Positivismo; 1.2 O Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo; 1.3 Abordagem crítica. 2 A PROPRIEDADE INTELECTUAL; 2.1 Abordagem positivista; 2.2 Abordagem neoconstitucionalista; 2.3 Abordagem crítica. 3 O MÍNIMO EXISTENCIAL; 3.1 Abordagem positivista; 3.2. Abordagem neoconstitucionalista; 3.3 Abordagem crítica. 4 A PROPRIEDADE INTELECTUAL E O MÍNIMO EXISTENCIAL COEXISTEM?

## 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

À primeira vista o título apresenta uma antítese, afinal qual seria relação que poderia existir entre a propriedade intelectual e o mínimo existencial? De fato, logo de pronto, fica mesmo difícil encontrar uma conexão entre os dois extremos, mas, pretende-se, com o desenrolar da presente exposição, que a perplexidade inicial tenda a se transformar em um olhar mais atento e reflexivo. O que já é possível dizer, por mais paradoxal que possa parecer, é que há uma forte ligação entre os dois institutos.

No entanto, por agora, cabe explicitar a forma como será conduzido o raciocínio a facilitar a compreensão do tema. Cada um dos dois enfoques, a propriedade intelectual e a perspectiva contra-garantista do mínimo existencial, será trabalhado da seguinte forma: primeiro se analisará o instituto tendo como base o ideal positivista, passando pela ótica neoconstitucionalista, e por fim, será feita uma reflexão acerca de cada enfoque tratado. Conscientemente deixa-se de lado, o que seria uma possível quarta vertente a ser abordada, o jusnaturalismo. Por fins metodológico-sistemáticos e para simplificar a exposição, nossa opção foi tão somente pelas referências ao positivismo e ao neoconstitucionalismo. Também porque, este último resgatou a moral e a ética defendidas pelo Direito Natural recolocando-as novamente na ciência jurídica através do direito constitucional principiológico. Fixado assim

o tripé sobre o qual será entabulado o tema, cabe, então, explorar as conexões existentes entre a propriedade intelectual e o mínimo existencial e seu necessário equilíbrio dinâmico.

Contudo, cabe firmar alguns apontamentos acerca das bases epistemológicas sobre as quais será construído este trabalho. Não estamos a falar de outra coisa que não o positivismo, o neoconstitucionalismo, e a filosofia jurídica, com a ressalva de que as definições de partida são opções, escolhas possíveis dentre tantas outras. Vamos a elas.

## **1.1 O Positivismo.**

No Brasil quando se fala em positivismo jurídico o primeiro doutrinador se pensa, sem qualquer sobra de dúvida, é o austríaco Hans Kelsen. O autor foi muito festejado aqui e alhures pela sua “Teoria Pura do Direito” do século XX, pela idéia da pirâmide de cujo vértice se encontra a norma fundamental da qual um ordenado sistema jurídico retira toda validade, pela separação entre o Direito e a Moral. Adquiriu notoriedade não apenas pelo brilhantismo de sua teoria, como também, pela conveniente forma como foi utilizada e pensada que muito bem serviu como sustentáculo ideológico pseudo-legitimador à loucura nazista e às ditaduras latino-americanas.

No velho mundo, apesar de Kelsen ter garantido seu papel na ideologia positivista, mormente quando se trata da Alemanha, naquelas paragens existe mais uma figura de proa da temática positiva. Com uma matriz fundada na “*common Law*” insular européia, o autor inglês Herbert Hart e o “Conceito de Direito” tem também uma forte influência doutrinária. Apesar de Hart, que se auto intitula como um positivista moderado<sup>1</sup>, ter sido influenciado por Kelsen, nem por este motivo, sua empresa segue exatamente os mesmos caminhos daquela trilhada pelo austríaco. De maneira verdadeiramente resumida, na opinião daquele, o positivismo não é, primeiramente, uma teoria meramente baseada em fatos históricos, e segundo, a finalidade do direito e a prática jurídica não residem em justificar a coerção.

Talvez por estas, e outras, razões de discordância entre Hart e Kelsen, que os militares, nos anos de chumbo no Brasil, não pretendiam avançar para além do positivismo clássico, tal como fez Hart, dada a conveniência da adoção e perpetuação da pureza do direito de Kelsen. Aliás, dogmática clássica até os dias de hoje bastante professada por muitos doutrinadores pátrios, pretensamente novos, mas que, de modo curioso, permanecem inconscientemente velhos. Isto ocorre porquanto continuamos engessados psicologicamente e culturalmente a uma ideologia positiva paleolítica há décadas abandonada até mesmo por Hart, que, no entanto, impregna a arraigada prática jurídica irreflexiva. Positivismo kelseniano infelizmente reproduzido como idéia pronta, verdade consensual, sob a qual não cabe atualização por parte da razão dialética.

Voltando-se para um tempo mais recente, a figura mais emblemática do positivismo, pelo menos assim vista por alguns, é, sem dúvida nenhuma, a do filósofo italiano Norberto

---

<sup>1</sup> HART, Herbert. **O conceito de direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 112-114.

Bobbio. Na obra “Positivismo Jurídico<sup>2</sup>”, elenca as sete características fundamentais da doutrina que ora reproduzimos de maneira breve.

- 1- A primeira diz respeito ao modo de abordar o direito, como um fato e não como um valor, daí decorre a teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal. (método)
- 2- A segunda diz respeito à definição do direito como necessariamente ligado à sanção, as normas são feitas para valer por meio da força. (teoria)
- 3- A terceira trata das fontes do direito. O direito basta a si próprio e sua fonte preeminente é a legislação.(teoria)
- 4- A quarta refere-se à teoria da norma jurídica. O positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do direito. (teoria)
- 5- A quinta concerne à teoria do ordenamento jurídico como um conjunto de normas jurídicas coerentes e completas vigentes numa sociedade. (teoria)
- 6- A sexta característica trata do método da ciência jurídica, ou seja, o problema da interpretação como uma fórmula mecanicista, avessa a qualquer tipo de criatividade do intérprete. (teoria)
- 7- A sétima refere-se a teoria da obediência, a obediência absoluta da lei enquanto tal, lei é lei. (ideologia)

Assim, conclui o autor que o positivismo jurídico ao analisar o fato social como uma tomada de conhecimento da realidade sem qualquer juízo de valor, nasceu do esforço de transformar o estudo do direito em um conhecimento puro, em uma verdadeira ciência, tal como era reconhecida no século XX, ou seja, livre que qualquer subjetivismo valorativo.

Esta visão panorâmica conceitual do positivismo tem como objetivo fixar, ainda que de maneira breve, as premissas reflexivas do intérprete, acerca da caracterização do positivismo clássico, culturalmente entranhado na esfera jurídica brasileira. A partir desta base conceitual estabelecida, pretendemos demonstrar a necessidade de descortinar a realidade, e verificar que temos todos, e aqui tratamos dos profissionais do direito pátrio, uma forte pré-compreensão tendencialmente positivista. Uma pré-compreensão que deve ser reconhecida para sermos todos libertados dela.

A partir desta consciência libertária do pensamento (se é que é possível fazê-la eis que enraizada em nosso subconsciente, em nossa cultura jurídica), não só do positivismo clássico, mas de outros dogmas bloqueadores da reflexão livre, que poderemos fazer uma análise crítica dos institutos do Direito. Racionalidade aplicável não só sobre ao caso presente do embate entre a propriedade industrial e o mínimo existencial, mas sobre todas as questões do Direito e da vida.

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 131-133.

## 1.2 O Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo (Calsamiglia<sup>3</sup>)

Enquanto o positivismo foi exposto de forma inaugural, o neoconstitucionalismo será basicamente explicado em contraposição ao primeiro, com algumas características unitárias dentro da pluralidade de neoconstitucionalismos. No entanto, antes cabe examinar o “velho”, o constitucionalismo, para então passar ao seu sucessor.

Como a história auxilia na explicação do Direito, o estudo dos fatos e momentos ajudam na sua compreensão. Alguns doutrinadores atribuem a irrupção do constitucionalismo ao surgimento da Magna Carta inglesa de 1215. Esta foi o primeiro documento escrito jurado pelo Rei João sem terra, no qual buscava-se dar garantia através da forma de direitos pertencentes à forte burguesia local. Depois vieram outros, o Bill of Rights, o Habeas Corpus, demonstrando o poder do parlamento inglês a freiar os poderes dos reis.

Grande parte dos estudiosos do tema prefere outro momento representativo do nascimento do constitucionalismo. Estes críticos vêm atribuindo à Magna Carta não o papel de uma verdadeira constituição escrita, documento fundamental legitimador da vontade de um povo, mesmo porque o poder constituinte só viria a surgir séculos depois com a Revolução Francesa, mas um simples acordo que tomou a forma contratual escrita, realizado entre a burguesia e a realeza tendo por objetivo a satisfação de interesses recíprocos.

Por outro lado, há certa convergência doutrinária quando a referência histórica sai de 1215 e vai para muito tempo depois, quando vai para outros fatos que teriam dado ensejo ao constitucionalismo. Na Europa continental, iluminados pelo contrato social de Rousseau, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 e, na borda oposta do Atlântico, a Constituição Americana de 1787, esta com inspiração de John Locke, estabeleceram novos marcos, sob os quais estavam poderes constituintes revolucionários vitoriosos e enaltecidos pelos seus compatriotas, como os “*Founding Fathers*” americanos. Era a época de ouro do Poder Legislativo. Note-se que o constitucionalismo surgiu com um Poder Legislativo fortalecido pelas revoltas populares que lhe garantiram prestígio e legitimidade, tanto no caso francês como no caso americano.

O tempo correu, as revoltas populares restaram como lembranças do passado, e o Poder Executivo aos poucos ganhou espaço e importância. Especialmente, no período entre guerras, após o “*Crash*” na Bolsa de Nova York em 1929, nos Estados Unidos da América, com o presidente Roosevelt e o seu “*New Deal*” de 1932, o executivo passa a ser o protagonista da cena, implementando políticas públicas. Na Alemanha nazista, Hitler; na Itália, Mussolini. Neste momento o positivismo é o símbolo maior da autoridade e ideologia do Estado totalitário, até a explosão da Segunda Grande Guerra.

---

<sup>3</sup>CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo: DOXA, 1998. p. 209-220. Disponível em : <[http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/DOXA21\\_12.pdf](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/DOXA21_12.pdf)>, acesso em 16 de setembro de 2008.

O fim da grande guerra descortinou os horrores nazistas, e pôs em cheque o ideal positivista legitimador do Poder Executivo que deu azo as mais diversas atrocidades perpetradas contra a pessoa humana. O positivismo clássico que separava de modo excludente Direito e Moral não poderia servir mais como parâmetro norteador do constitucionalismo.

Logo após a Segunda Grande Guerra, começa a crescer em importância um Direito diferente, aberto a princípios e valores até então impensado. Neste momento o caso Lüth<sup>4</sup> julgado pela Suprema Corte Alemã em 1958, no qual a legislação foi interpretada dentro de uma ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, foi uma revolução copernicana da atuação do Poder Judiciário e da interpretação da norma fundamental. Esta talvez tenha sido a primeira semente lançada do que hoje se convencionou chamar de neoconstitucionalismo.

Esta nova teoria atualmente é reconhecida segundo Suzanna Pozzolo<sup>5</sup>: “Entre os muitos traços que podem caracterizar o neoconstitucionalismo, podemos evidenciar os seguintes: a) a adoção de uma noção específica de Constituição que foi denominada “modelo prescritivo de Constituição como norma”; b) a defesa da tese segundo a qual o direito é composto (também) de princípios; c) a adoção da técnica interpretativa denominada “ponderação” ou “balanceamento”; d) a consignação de tarefas da integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito.”

Na onda do neoconstitucionalismo outro ator toma a cena, o Poder Judiciário. Hoje, vivemos o que se convencionou denominar de “Ativismo Judiciário”, de “Ditadura do Judiciário”. Se estes conceitos são bons ou ruins, não cabe aqui analisar, mas o que de fato se comprova é que ele vem de encontro a legitimação do novo papel de protagonista assumido pelo Poder Judiciário.

O neoconstitucionalismo veio questionar a imparcialidade da ciência jurídica, veio reaproximar a ciência da moral, demonstrar que a pretensa cisão de fato nunca existiu. Nas palavras de Mauro Barberis a principal característica que diferencia a nova postura frente ao juspositivismo e ao jusnaturalismo, é “[...] a idéia de que o Direito não se distingue necessária ou conceitualmente da moral.”<sup>6</sup>, tal conexão se situa no nível dos princípios fundamentais ou constitucionais.

Como muito bem ressaltou Ferrajoli<sup>7</sup> a validade das normas infraconstitucionais não é mais uma questão formal, mas antes de tudo uma conformidade material com a Constituição.

---

<sup>4</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.141.

<sup>5</sup> POZZOLO, Suzanna e DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

<sup>6</sup> BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral**. In **Neoconstitucionalismo(s)**. Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.260.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 868 ss. Apud BARBEIRIS. *Ibid*, p. 263.

Miguel Carbonell<sup>8</sup> identifica três níveis de análise do neoconstitucionalismo, o primeiro nível é o dos textos constitucionais, dentro dos quais inclusive no caso brasileiro, incorporam uma grande lista de conteúdos materiais que condicionam a atuação do Estado no sentido de realização de certos fins e objetivos. O Segundo nível é o das práticas jurisprudenciais. Com a entrada em vigor de textos constitucionais compromissórios e materiais a postura do Poder Judiciário não poderia ser mais a mesma. No entanto, ressalta o autor que este novo papel não é nada fácil tendo em vista a dificuldade de se trabalhar “[...] *com valores que estão constitucionalizados e que requerem uma tarefa hermenêutica que seja capaz de aplicá-los a casos concretos de forma justificada e razoável.*”

O terceiro ponto citado por Carbonell cuida do desenvolvimento de novas teorias baseadas nas normas substantivas constitucionais e na nova postura judiciária. Estas teorias buscam não somente contemplar o seu objeto de estudo, mas criá-lo através de uma reflexão crítica da realidade. Neste giro dialético reflexivo aplicado sobre verdades consensuais que empreenderemos este trabalho.

### 1.3 Abordagem Crítica

A razão humana é mutante, não é um produto acabado e bem delineado, ao contrário, é efêmera, circunstancial, subjetiva, é falível. Quanto mais corre o tempo, há novas perguntas para as antigas respostas e, talvez, cada vez menos certezas. Ou será que o que existem mesmo são muitas outras novas dúvidas e certezas? Atualmente, até mesmo as ciências antes exatas como a matemática e a física já são um tanto quanto relativas, ou, se poderia dizer, inexatas<sup>9</sup>. A simplicidade de outrora se rendeu a um crescimento exponencial da complexidade do agora.

O embate do homem com sua própria razão, e com a razão de outros, torna-se ilimitado pela sua própria natureza e não pode excluir qualquer possibilidade de conhecimento racional e mesmo emocional, afinal, não existe razão sem emoção caso contrário não seria razão, enfim, humana. O sentimento caracteriza de forma inafastável o ser humano.

Neste trabalho não se defende uma teoria abarcante posto que não existem teorias totalizantes que sigam tendo esta característica todo o tempo<sup>10</sup>. Efetivamente existem pensadores que desenvolvem idéias pretensamente gerais, mas que no fundo não espelham mais do que opiniões fundadas em histórias de vida pessoais as quais influenciaram e influenciam de maneira singular seus modos de raciocínio<sup>11</sup>. Realidades individuais coletivizadas, envoltas na psique subjetiva, que buscam verdadeiramente, dito isso de forma

---

<sup>8</sup>CARBONELL, Miguel. **El constitucionalismo em su laberinto**. In. Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 9-12.

<sup>9</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 5ª. Ed, São Paulo: Cortez, 2008, p.40-41.

<sup>10</sup> KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

<sup>11</sup> PLASTINO, Carlos Alberto. **A cidadania como pertencimento: uma reflexão a partir da psicanálise**. Revista da Fundação Oswaldo Cruz, Trabalho, Educação e Saúde. Volume 4, n. 2, setembro de 2006, p. 385/394.

explícita ou não, apenas resolver problemas de suas próprias sociedades às quais pertencem seu próprio eu, individual e coletivo.

A presente crítica não desconstrói teorias ditas universalizantes<sup>12</sup>, mas ela apenas pretende desprender-se da idéia de que a totalidade é uma totalidade em si mesma, nem por isso, as universalidades podem ser desmerecidas. O que de fato ocorre, são as aplicações e implicações de certas dimensões de totalidade<sup>13</sup>. A complexidade da ciência do Direito não admite mais soluções simplistas, ao contrário o novo pede uma diferente forma de ordenar o pensar, cujo avanço congregador importa mais que a ruptura de paradigmas.

Assim se compreende a clara preocupação de evitar os extremos, o máximo e o mínimo. O discurso, como forma de convencimento, não deve fazer uso destes recursos dentro de um agir comunicativo (em oposição ao estratégico). Desse modo, o pensador, qualquer que seja ele, deve se reconhecer inserido em um contexto e com essa postura analisar os problemas que aparecem diante de si. A tentativa de dar objetividade as ciências humanas desconsiderou o aspecto primordial de qualquer ciência, a própria natureza humana, e não dá para sermos o que não somos. Somos humanos e ponto final. Talvez um dia, quem sabe, para bem ou para mal, se construa uma inteligência artificial, não humana, só assim, talvez, seja possível excluir o pertencimento e o sentimento, ainda que não seja desejável.

Vistos os três pontos sobre os quais será entabulado o exame da propriedade intelectual e o mínimo existencial, vamos começar tratando do primeiro.

## 2 A PROPRIEDADE INTELECTUAL

O conceito propriedade intelectual é gênero cujas espécies são os direitos autorais (conjunto de direitos que os criadores possuem sobre suas obras literárias e artísticas) e os direitos da propriedade industrial (os aspectos técnicos com aplicabilidade industrial e comercial). Utilizaremos neste trabalho o termo mais geral, propriedade intelectual.

---

<sup>12</sup>Kant escreveu em sua obra: “Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.” Portanto, agir justamente é agir (ação ou condição) em coexistência com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, e não obstaculizar a ação ou condição de outrem, nesta realidade, é uma exigência ética que se impõe.

O princípio universal do direito é o de agir de “[...] modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, é verdadeiramente uma lei que me impõe uma obrigação [...]” segundo uma idéia de liberdade aceita pelo próprio indivíduo e pelos outros. Então, a virtude da ação livre é imanente em cada um de nós e em todos nós. KANT, Immanuel. **Introdução ao estudo do direito**, 2 ed. São Paulo: Edipro, p. 46-47.

<sup>13</sup> Hans Jonas atualizou o notabilizado imperativo ético de Kant: “Age de tal maneira que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica.” HANS, Jonas. **O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. Puc-Rio, 2006.

## 2.1 Abordagem positivista

Manter o rigor no método sistemático proposto tem por intuito facilitar a compreensão das questões postas. Dessa forma, seguiremos analisando a propriedade intelectual dentro de um esquema puramente positivista, sob a ótica da legislação brasileira.

No Brasil as matérias reguladas pela Lei 9.610/98 protegem os direitos do autor; pela Lei 9.609/98, protege os programas de computador; pela Lei 9.456/97 protege os cultivares; e pela Lei 9.279/96 a propriedade industrial.

A legislação da propriedade intelectual tem por objetivo, que se extrai dos debates políticos surgidos anteriormente a sua elaboração, a proteção do bem móvel reconhecendo o direito do proprietário ao seu uso exclusivo, sendo este limitado no tempo e no espaço. No Brasil, conforme demonstra o rol de leis exposto, foi acentuada esta proteção em época recente, pois que, a título de exemplo, a lei anterior de n. 5.772/71 (art. 9º) declarava que não eram privilegiáveis (patenteáveis): as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químicofarmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação.

## 2.2 Abordagem neoconstitucionalista

Conforme foi visto linhas acima, a novel legislação brasileira acerca da propriedade intelectual recrudescer a proteção de direitos individuais ditos intelectuais. Um aparece contra-senso marcadamente individualista em plena era do neoconstitucionalismo, no qual o privilégio de direitos individuais como ponto de partida não se sustenta num processo dialógico democrático marcadamente carente de valores igualitários.

No que tange a espécie ora a tratar (direito do autor) e o gênero em estudo (propriedade intelectual), Newton Silveira<sup>14</sup> explica que: “*os direitos do autor compreendem duas vertentes [...]: os direitos patrimoniais de autor e os chamados direitos morais (que no fundo são direitos de personalidade)*”. A origem histórica da propriedade intelectual na vertente moral vem da França, onde desde a revolução de 1789 já existia uma clara preocupação quanto aos aspectos morais do direito individual.

Na atualidade este ideário moral ainda permanece, na era da informação e do neoconstitucionalismo esta abordagem também surge ligada ao Direito, mas, a novidade aparece com a filtragem constitucional empreendida pela hermenêutica<sup>15</sup>. A diferença entre os dois modelos de proteção moral, o antigo como o francês fundado na lei civil, e o modelo

<sup>14</sup>SILVEIRA, Newton. **Os direitos autorais e as novas tecnologias da informação conforme a lei 9.610/98**. In. Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos santos. Pimenta, Eduardo Salles, coord. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 262-274.

<sup>15</sup>SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.



de proteção moral atual envolto na teoria do neoconstitucionalismo, resta exatamente, mas não com exclusividade, no foco dos sujeitos envolvidos.

Enquanto, o modelo clássico alicerça-se no protecionismo do direito individual, o atual modelo alicerça-se no aspecto coletivo. Principalmente nos países de modernidade tardia, a visão coletiva torna-se imprescindível, sendo necessária a implementação das promessas não cumpridas das matrizes constitucionais dos direitos fundamentais sociais até mesmo como sustentação dos direitos individuais. A desigualdade social pós-moderna, fosso existente entre aqueles que têm suas necessidades cumpridas e aqueles que não as têm, gera revolta e violência, cujo aumento global vem causando preocupação em face do tênue equilíbrio social existente nas sociedades terceiro mundistas.

Por outro lado, como dizíamos, a novidade da atualidade fica por conta da nova perspectiva da moralidade aplicada à propriedade, que não é mais somente individualmente protegida, devendo ser coletivamente protegida. Neste giro realístico hermenêutico, o ângulo do observador atento deve sair da visão externa e imparcial e passar a uma postura de efetivo participante inserido no contexto social brasileiro cuja moral coletivamente considerada merece influenciá-lo sensível e racionalmente.

O Poder judiciário, órgão responsável pelo controle de constitucionalidade difuso e concentrado no Brasil, protagonista no neoconstitucionalismo, atentando para efeitos (individuais e coletivos) de suas decisões, precisa atuar reflexamente diante do aparato legislativo editado nos anos noventa e aplicar efetivamente o art. 5, inc XXIX da Constituição Federal: *“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;”*, ponderando de maneira razoável e proporcional o interesse individual e os interesses coletivos colidentes no caso concreto. Oxalá, alguns tribunais brasileiros sigam sendo sensíveis a dura realidade vivida neste país<sup>16</sup> e filtrem constitucionalmente políticas ditas “públicas”.

---

16

#### **“Decisão judicial abre caminho para remédios mais baratos**

Uma decisão da 1ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2a. Região, no Rio de Janeiro, vai abrir caminho para o barateamento de vários remédios. Nesta terça-feira, dia 9, os magistrados concordaram, por unanimidade, com o entendimento do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e decidiram anular a patente do anticoncepcional Yasmin. A sentença é inédita e poderá gerar casos semelhantes, estimulando a indústria de genéricos.

No caso do Yasmin, por exemplo, o medicamento de referência pode custar R\$ 52,20, com 21 comprimidos, de acordo com pesquisa na Internet. Mas há um medicamento similar, o Elani Ciclo, que pode sair por R\$ 32,51, ou seja, cerca de 37% a menos.

O problema é que a patente em questão foi concedida pelo mecanismo do “pipeline”, criado pela Lei de Propriedade Industrial, de 1996. Até aquela época, o Brasil não concedia patentes de produtos químicos ou farmacêuticos. Com o “pipeline”, ficou permitida a proteção dos produtos que já existiam nesta área pelo prazo restante da patente concedida no exterior.

O “pipeline” deveria ser concedido sem exame – ou seja, sem verificar se preenchia os requisitos para proteção. Aí é que está o problema. Para evitar a criação de “super patentes”, o INPI entendeu que poderia haver exame nestas patentes em ações de nulidade administrativa ou na Justiça.

## 2.3 Abordagem crítica

A propriedade intelectual numa economia de mercado somente faz sentido se puder ser considerada mercadoria<sup>17</sup>, como forma de legitimá-la, é preciso criar ficção jurídica e dotá-la de um discurso fundamentador. A base teórica, de cunho manifestamente liberal, explicita as razões da própria lógica do mercado de cariz norte atlântico, a qual propugna que somente o lucro pode gerar novos investimentos na criação de conhecimento intelectual e assim sucessivamente. Este discurso unilateral econômico pretensamente consensual foi usado no processo que implementou no Brasil uma política dita “pública” de proteção da propriedade intelectual. No entanto, para ficar apenas em um aspecto do problema, a realidade de produção de inteligência no plano nacional é muito distinta daquela ocorrente naqueles principais defensores da política de mercado, e não é difícil perceber o porquê.

De fato, logicamente é preciso aceitar no Brasil o fato da necessidade de proteção à propriedade intelectual, posto que vivemos num mundo globalizado e somos reféns, em grande parte, da tecnologia alienígena, entretanto, devem existir algumas reservas a aplicação pura e simples da política mercadológica. Na realidade mundial hodierna, uma postura de ruptura de paradigmas de proteção aos direitos individuais da intelectualidade seria, para dizer o mínimo, ridícula. Mesmo porque os exemplos históricos demonstram que os custos das idéias radicais revolucionárias, quase sempre, ou sempre, não cobrem os benefícios delas advindos. Ao contrário, a história, cujos ensinamentos não merecem descrédito, demonstra que as transformações podem ser feitas de maneira lenta e gradual, sem a ruptura violenta de paradigmas. Isso delineia de vital importância, mormente por aqueles que não são detentores da mercadoria da informação, onde o fator tempo é um valioso aliado e, com um norte moral adequado, se encarregará de dar respostas para os problemas presentes e vindouros.

## 3 O MÍNIMO EXISTENCIAL

No Brasil o Professor Ricardo Lobo Torres<sup>18</sup> defende o mínimo existencial como “[...] *mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades*

---

Foi o que aconteceu com o anticoncepcional. Um parecer do INPI mostrou que a patente não possuía atividade inventiva, que é um dos requisitos da patente. O laboratório que produzia o outro remédio entrou na Justiça, perdeu em primeira instância e ganhou no Tribunal, junto com o INPI.

Além do Yasmin, foram concedidas patentes “pipeline” para medicamentos como o Viagra, o Omeprazol e quatro dos 18 remédios do coquetel anti-Aids, que consomem 80% dos recursos gastos anualmente pelo Ministério da Saúde no combate à doença.” Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/noticias/decisao-judicial-abre-caminho-para-remedios-mais-baratos>>, acesso em 16/09/2008.

<sup>17</sup> FORGIONI, Paula. **Acesso ao conhecimento: que direito nos reserva para o futuro?** In. O direito e o futuro: o futuro e o direito. Coimbra: Almedina, 2008, p. 355-371.

<sup>18</sup>TORRES. Ricardo Lobo. **A cidadania multidimensional na era dos direitos.** In Teoria dos direitos fundamentais. Ricardo Lobo Torres, org. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342.

*e privilégios do cidadão.*”. No entanto, depois da citação transcrita, diz “*Despe-se o mínimo existencial de conteúdo específico.*”, e mais adiante completa que o mínimo existencial deveria combater a forma de pobreza absoluta, pois a pobreza relativa, ou seja, segundo ele ligada a causas de produção econômica ou redistribuição de bens, seria minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias do Estado (reserva do possível).

John Rawls, filósofo estado-unidense, abandonando o aspecto totalmente liberal da festejada obra Teoria da Justiça, escreve o Liberalismo Político<sup>19</sup>, e flexibilizando a radical posição anterior, passa a aceitar a adoção de um mínimo social (mínimo existencial) cobrindo bens essenciais “*a constitucional essencial*”. Veja-se que ambos os doutrinadores avançaram em suas posições essenciais, pois originalmente em suas visões liberais clássicas, nem Lobo Torres nem Rawls viam a garantia do mínimo existencial como uma abordagem necessária em suas teorias.

### 3.1 Abordagem positivista

Na *terra brasilis* a Lei 8.742/93 trata do tema da assistência social, e o artigo 1º estatui que:

*“A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.”*

Dentro da lógica positivista clássica, a lei ora em comento procura garantir políticas públicas à efetivação de mínimos sociais direcionados aos seus cidadãos que dela necessitassem.

### 3.2 Abordagem neoconstitucionalista

Entretanto, a mera letra fria da lei não efetiva nenhuma garantia, todo um complexo de ações faz-se necessário no combate às carências da vida humana. A pobreza, a fome, a falta de saúde, moradia, trabalho, enfim, as necessidades básicas ao exercício concreto de vida digna clamam por outro padrão, o princípio da melhor tutela<sup>20</sup> dos direitos fundamentais sociais. Num país de modernidade tardia, os princípios merecem ter ou papel proativo e não usurpador de direitos.

No que tange a justificação dos direitos fundamentais, a adoção de uma perspectiva mais realista de proposições normativas necessárias à dignidade da vida humana não permite

---

<sup>19</sup> RAWLS, John. **Political liberalism**, New York: Columbia University Press, 2005, p.227-230.

<sup>20</sup> Na Europa o princípio da melhor tutela segundo Canotilho: “[...] reafirma um princípio básico da interpretação em sede [sic] direitos fundamentais: nenhuma disposição da carta deve ser interpretada no sentido de reduzir o nível de proteção dos direitos fundamentais assegurado pela Convenção Européia dos Direitos do Homem e pelas constituições dos Estados-Membros (cfr. Art. 53º).” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 7ª. Edição, 5ª reimpressão, Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 526.

identificar os direitos somente como liberdades<sup>21</sup>. A moral constitucional transformadora brasileira não merece ter este norte liberal.

A lógica teórica dos direitos deve ser outra, deve correlacionar os direitos à liberdade e os direitos à igualdade numa coisa só, no que Canotilho denominou de “liberdade igual”<sup>22</sup>. Sem o fundamental e correlacionado equilíbrio entre liberdades e igualdades não existe sociedade, nem para os liberais nem para os menos favorecidos desiguais. Cabendo esclarecer que, mesmo dentro do direito à liberdade, como também dentro do direito à igualdade, há de existir um equilíbrio dinâmico dos direitos, tal como ocorre no corpo humano, se a pessoa não estiver bem alimentada não consegue pensar, os órgãos só funcionam adequadamente se estiverem em equilíbrio com todos os demais. Na fruição de direitos da igualdade acontece a mesma situação, o exercício desajeitado de direitos, ou seja, de forma segmentada, não mantém o equilíbrio entre eles, assim como somente a aplicação de poucos direitos sociais sem garantia de outros termina por resultar no exercício de nenhum direito. Dessa forma, a efetivação do direito ao ensino somente se concretiza de fato quando o estudante tem garantidos minimamente outros direitos como: moradia, trabalho (sustento próprio ou familiar), assistência à saúde, alimentação equilibrada, vestuário, entre outros. Claro que é possível conceber casos, o que de fato acontece, de estudantes que não têm nenhum outro direito social garantido, ocorre que, neste caso, como também fica patente, não existirá um exercício adequado do direito à educação. Do exposto, verifica-se que somente através da concretização do equilíbrio de direitos que se efetiva a “liberdade igual”.

Neste ponto, o Poder Judiciário, como Poder protagonista no neoconstitucionalismo, quando instado deve atuar para, quanto possível, reduzir a privação do direito à vida como dignidade integral, não fracionada conforme vislumbrado acima.

### 3.3 Abordagem crítica

Como foi dito e agora cabe repisar, na esteira das influências do contexto sobre as idéias dos autores, John Finnis<sup>23</sup>, filósofo australiano, cujo livro “Lei Natural e Direitos Naturais” foi gestado no continente africano, diferentemente dos autores estado-unidenses, atribui uma outra importância à idéia de igualdade. Segundo este autor o conceito de justiça abarca três elementos necessários para qualquer avaliação em termos de justiça/injustiça. O primeiro deles é chamado de “voltado-a-outrem” já que a justiça tem relação com a pessoa e com o

<sup>21</sup> ARANGO, Rodolfo. **Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia**. In. Os Desafios dos Direitos Sociais. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. N56 – set/dez. 2005. p. 89-103

<sup>22</sup> Ibid, p. 480.

<sup>23</sup> FINNIS, John. **Natural Law and natural rights**. Oxford: Clarendon Press, 1980. Finnis ao prefaciar sua obra ilustra que o livro foi escrito principalmente na África “[...] in Chancellor College at the University of Malawi, in an environment at once congenial and conducive to contemplation of the problems of justice, Law, authority, and rights.”

modo como ela lida com as outras (intersubjetividade). É seguido pelo “dever” para com o outro e da “igualdade” de forma que seja produzido um equilíbrio. A partir desses elementos Finnis diz que se pode chegar a uma análise da razoabilidade prática, segundo a qual a pessoa deve favorecer e promover o bem comum de sua comunidade. O entendimento da comunidade, portanto, se volta ao exame dos requisitos da justiça. Ainda de acordo o filósofo<sup>24</sup>:

“Justiça, enquanto qualidade de caráter, é, em seu sentido geral, sempre uma disposição prática a favorecer e fomentar o bem comum de suas comunidades, e a teoria da justiça é, em todas as suas partes, a teoria do que em linhas gerais é requerido para esse bem comum”.

Exposto isto, seguindo a linha traçada por Finnis, fica registrada, observado o contexto brasileiro, com características mais ou menos americanas e mais ou menos africanas, a relevância da percepção de que não se pode mesmo separar a teoria da realidade prática. A adoção de uma postura sectária puramente teórica, oposta ao conhecimento sensível, revelaria, nos dias de hoje, uma verdadeira incongruência intelectual por parte de seu criador.

Neste prisma, passando ao caso brasileiro de participação popular no contrato social, há alguns nós górdios a serem cortados. Um deles passa pelo seguinte questionamento. Como dotar de capacidade intelectual e força participativa de consenso, cidadãos que passam fome? Sim, muitos no Brasil, em pelo século vinte e um, ainda têm suas necessidades mais básicas de sobrevivência desatendidas. Por outro lado, não se quer com isso, escapar das idéias da concordância contratual de Rawls. Ao contrário, o que se apresenta são realidades distintas havidas entre os Estados Unidos e o Brasil que merecem ser consideradas ao serem interpretados os pensamentos daquele respeitado filósofo.

Ora, é comezinho, mas precisa ser lembrado que um indivíduo com fome não consegue pensar em liberdade. Antes, precisa suprir uma necessidade maior, uma carência corporal humana, o alimento. Por conseguinte, a assistência na efetivação da igualdade se mostra, neste aspecto em especial, então, essencial. Somente depois de supridas as necessidades básicas, saúde, moradia, educação, segurança, trabalho, o homem poderá participar reflexivamente do contrato. Um trabalho somente pode ser escrito porque naquele momento o corpo está em

---

<sup>24</sup>Ibid, p. 165.

equilíbrio para produzir um raciocínio, e da mesma forma, o leitor, para compreender um texto, também precisa do mesmo equilíbrio prévio essencial.

Um relato muito interessante de como a fome, necessidade humana tão básica, afeta o raciocínio, está presente nos diários dos que participaram de expedições realizadas na então recém descoberta terra por portugueses e espanhóis em 1535 pelo Rio da Prata. As descrições de um faminto soldado, cuja expedição subia o rio, são tão sucintas quanto são suas poucas alternativas alimentares<sup>25</sup>:

“Dos timbus, foram aos corandás, que “também vivem de pescado e carne (...) e compartilharam conosco sua escassez”. Rio acima estavam os quiloças, que “comem pescado e carne”. Mais dezesseis dias de navegação e o grupo chegou aos mocoretás, “que não têm para comer outra coisa que carne e pescado, sobretudo pescado”. Em seguida, encontraram os chanás, cuja dieta era mais variada: “Comem a carne de veados, uma ratazana grande, salvo que não têm cauda. Permanecemos com eles uma noite, pois não tinham nada que comer.”

Para resumir a história, até este ponto o soldado apenas descrevia a dieta de “pescados e carne” de dez povos diferentes. A partir do momento em que a oferta alimentar se modifica, passa a ser outra também a narrativa, e revela o contraste evidente:

“Viemos a dar com uma nação que se chama carijós. Ali nos ajudou Deus Todo-poderoso com sua graça divina, pois entre os carijós ou guaranis achamos trigo turco ou milho, mandiocinha, batatas, mandioca-brava, mandioca-mansa, pescado, carne, veados, porcos selvagens, avestruzes, ovelhas índias, galinhas e gansos, e outros animais selvagens que agora não posso descrever. Também há abundância de um mel do qual se faz vinho e eles têm em suas terras muito algodão.”

Diante do que foi exposto, defendemos que a igualdade deve vir junto da liberdade, e nem por isso, uma tornará a outra mais ou menos relevante. Uma dicotomia criada e propagada como inconciliável merece ser modificada para uma transformadora unidade. Num país onde se troca o voto pela dentadura<sup>26</sup> equações pré-moldadas por vezes não se encaixam perfeitamente ao bem comum, tão somente insustentável e não perene bem de poucos.

Alguns autores nacionais vêm na teoria rawlsiana uma defesa do mínimo existencial, ou seja, um direito às condições mínimas de uma existência humana digna que requer uma

---

<sup>25</sup> CALDEIRA, Jorge. **Mulheres no caminho da prata**, volume I. São Paulo: Mameluco, 2006, p.20-22.

<sup>26</sup>Tribunal Superior Eleitoral, Agravo de Instrumento-3448 Relator designado, Fernando Neves Da Silva, Publicação DJ - Diário de Justiça, Data 09/05/2003. Disponível em :<<http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/pesquisa>>. Acesso em 08 julho de 2008.

prestação estatal positiva no sentido de implementá-la e, negativa impedindo a intervenção nesta promoção. Um expoente desta doutrina trata-se do professor Ricardo Lobo Torres<sup>27</sup>. No entanto ele mesmo faz a ressalva de que: “Despe-se o mínimo existencial de conteúdo específico.”, “[...] não é mensurável [...]”. Ora, sem estas características o que é o mínimo existencial?

Uma possível resposta acerca da identificação do mínimo existencial, talvez esteja na descrição narrativa de nosso faminto soldado pós-medieval. Talvez seja apenas “pescado e carne”. Com toda a certeza a sobrevivência humana está garantida com esta ração mínima. Todavia, será que só de pescado e carne vive o homem? No relato trazido, há a evidente demonstração de que uma vida pretensamente digna precisa muito mais do que apenas o mínimo. De fato, o equilíbrio está muito além da mera manutenção da existência, a dignidade humana não pode ser confundida com a mera sobrevivência, a dignidade humana exige uma vida a ser vivida em sua plenitude de corpo e mente. Se não há igualdade real também não há liberdade real. A realidade em desequilíbrio transforma a liberdade, qualquer que seja ela, imediatamente em moeda de troca, como se pode perceber do exemplo já citado (voto x dentadura).

Aristóteles já alcançava a idéia do equilíbrio digno da humanidade. Uma das principais contribuições do estudo da virtude na ética aristotélica é sua famosa afirmação segundo a qual a virtude está no meio. O homem virtuoso deve assim conhecer o ponto médio, a justa medida das coisas, e agir de forma equilibrada de acordo com a prudência e a moderação<sup>28</sup>, que pode ser entendida como a própria caracterização do saber prático<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania multidimensional na era dos direitos**. In: Ricardo Lobo Torres. (Org.) Teoria dos direitos fundamentais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342.

<sup>28</sup> ARISTÓTELES. **A ética a nicômaco**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 139. “O homem que evita e teme tudo e não enfrenta coisa alguma torna-se um covarde; em contraste, o homem que nada teme e enfrenta tudo torna-se temerário; da mesma forma, o homem que se entrega a todos os prazeres e não se abstém de qualquer deles torna-se concupiscente, enquanto o homem que evita todos os prazeres, como acontece com os rústicos, torna-se de certo modo insensível; a moderação e a coragem, portanto, são destruídas pela deficiência e pelo excesso, e preservadas pelo meio-termo.”

<sup>29</sup> MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p.76.

Está-se a perceber a militância também em favor de uma ética intimamente ligada ao Direito, em conformidade com a matriz Kantiana<sup>30</sup>. A sua adoção resulta de que com ela se quer manifestar uma possível universalidade moral de direitos a toda pessoa. Estes direitos morais devem ser garantidos e reconhecidos pela sociedade, além de estarem intimamente relacionados à idéia de dignidade humana, oferecendo, ainda, condições para o seu pleno desenvolvimento.

O pleno desenvolvimento da idéia de dignidade humana, neste prisma, é essencial para a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Segundo Vicente Barretto<sup>31</sup>, a partir do imperativo da moralidade formulado por Kant de que: “seres racionais estão pois todos submetidos a esta lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins”, pode-se evidenciar como a fundamentação ética do autor tedesco aponta para a natureza social do ser humano.

Entretanto, é preciso fazer uma ressalva, não se está desconstruindo o que foi dito linhas acima acerca da impossibilidade da prática/teórica das teorias globalizantes totais. Ao contrário, o que se está ora a perquirir são idéias congregadoras e responsivas a um novo modelo abarcante flexível, possível, adequado enfim, sem necessariamente romper com tudo o que foi produzido, até então. A garantia do mínimo existencial não se trata de um modelo simples, de uma moldura pré-programada, ao contrário, cuida de aspectos variáveis complexos, com diferentes contextos sociais, temporais e culturais, absolutamente variáveis. Por este motivo, o mínimo existencial deve ser utilizado com norte hermenêutico fundamentador de um mínimo adequado de dignidade moral a todo ser humano.

#### **4. A PROPRIEDADE INTELECTUAL E O MÍNIMO EXISTENCIAL COEXISTEM?**

Como visto, a excessiva proteção da propriedade intelectual e, na outra vertente, o minimalismo de uma perspectiva contra-garantista do mínimo existencial não são obstáculos teóricos intransponíveis, ao contrário são apenas problemas contingentes perfeitamente superáveis na efetivação dos direitos fundamentais.

---

<sup>30</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.107-133.

<sup>31</sup>Ibid., p. 133.



Os direitos fundamentais sociais em um Estado Democrático de Direito, como é o caso brasileiro, que pretenda concretizar as promessas não cumpridas da Constituição dirigente, não se confunde com o paleolítico Estado Liberal mínimo, que se apresentava apenas como garante da ordem pública interna pela preservação das liberdades clássicas do cidadão e a limitação constitucional das políticas estatais.

A manutenção e proteção de padrões mínimos (mínimo existencial) e máximos (propriedade intelectual) somente fortalece o *status quo*<sup>32</sup> vigente. Ultrapassar a pobreza e marginalização social somente torna-se possível através de uma transformação, ainda que lenta e gradual, na qual a quebra dos paradigmas liberais clássicos é um imperativo incontornável diante da dura realidade de um país de modernidade tardia como o Brasil. O discurso liberal pode ser suficiente para outras sociedades desenvolvidas em que seus cidadãos já têm realizados os direitos fundamentais, mas não nesta nossa realidade.

Dessa forma, a conexão existente entre o mínimo existencial e a propriedade intelectual, estes dois extremos da vertente liberal, coaduna-se com o papel de um Estado garantidor das liberdades clássicas, não com um Estado que se quer transformador, realizador de um mínimo de dignidade humana não cumprida. A pasteurização realizada pelo mínimo e máximo liberais não é capaz de gerar mudanças no Brasil.

A condição de pobreza e marginalização a que está entregue a boa parte da população brasileira trava irremediavelmente à produção de conhecimento. A segmentação dos direitos, base teórica liberal, é sectária a indivisibilidade<sup>33</sup> da dignidade da pessoa humana, esteriliza o ser humano no solipsismo hermenêutico<sup>34</sup> irreal encarcerando pessoas entre dois extremos inconciliáveis e não perenes.

Nos novos ventos da globalização e da teoria neoconstitucionalista, o Estado assegura seu papel e se mostra como um importante protagonista na transformação social, mormente o Poder Judiciário. No entanto, os operadores do Direito precisam soltar as amarras que os prendem no passado do positivismo clássico, levantar as velas do discurso racional e singrar nos mares da fundamentação digna e adequada rumo à efetivação dos direitos.

## REFERÊNCIAS

- ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. In. Os Desafios dos Direitos Sociais. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. N56 – set/dez. 2005. p. 89-103.  
ARISTÓTELES. A ética a nicômaco. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

---

<sup>32</sup>A frase original é "*in statu quo res erant ante bellum*", o estado que as coisas estão antes da guerra. Wikipedia. Disponível em : <[http://en.wikipedia.org/wiki/Status\\_quo](http://en.wikipedia.org/wiki/Status_quo)>, acesso em 17/09/2008.

<sup>33</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131.

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.
- CALDEIRA, Jorge. Mulheres no caminho da prata, volume I. São Paulo: Mameluco, 2006.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo: DOXA, 1998. p. 209-220. Disponível em : <[http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/DOxa21\\_12.pdf](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/DOxa21_12.pdf)>, acesso em 16 de setembro de 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional, 7ª. Edição, 5ª reimpressão, Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CARBONELL, Miguel. El constitucionalismo em su laberinto. In. Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos, Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- FINNIS, John. Natural Law and natural rights. Oxford: Clarendon Press, 1980.
- FORGIONI, Paula. Acesso ao conhecimento: que direito nos reserva para o futuro? In. O direito e o futuro: o futuro e o direito. Coimbra: Almedina, 2008, p. 355-371.
- HANS, Jonas. O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. Puc-Rio, 2006.
- HART, Herbert. O conceito de direito. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- KANT, Immanuel. Introdução ao estudo do direito, 2 ed. São Paulo: Edipro.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito, 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- MARCONDES, Danilo. Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PLASTINO, Carlos Alberto. A cidadania como pertencimento: uma reflexão a partir da psicanálise. Revista da Fundação Oswaldo Cruz, Trabalho, Educação e Saúde. Volume 4, n. 2, setembro de 2006, p. 385-394.
- RAWLS, John. Political liberalism, New York: Columbia University Press, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências. 5ª. Ed, São Paulo: Cortez, 2008.
- SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SILVEIRA, Newton. Os direitos autorais e as novas tecnologias da informação conforme a lei 9.610/98. In. Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos santos. Pimenta, Eduardo Salles, coord. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 262-274.
- STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TORRES. Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In Teoria dos direitos fundamentais. \_\_\_\_\_ (org.) 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342.

#### SÍTIOS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES VISITADOS

- Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/noticias/decisao-judicial-abre-caminho-para-remedios-mais-baratos>>, acesso em 16/09/2008.
- Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento-3448 Relator designado, Fernando Neves Da Silva, Publicação DJ - Diário de Justiça, Data 09/05/2003. Disponível em :<<http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/pesquisa>>. Acesso em 08 julho de 2008.
- Wikipedia. Disponível em : <[http://en.wikipedia.org/wiki/Status\\_quo](http://en.wikipedia.org/wiki/Status_quo)>, acesso em 17/09/2008.

<a rel="license" href="http://creativecommons.org/licenses/by-nd/2.5/br/"></a><br /><span xmlns:dc="http://purl.org/dc/elements/1.1/" href="http://purl.org/dc/dcmitype/Text" property="dc:title" rel="dc:type">A PROPRIEDADE INTELECTUAL E A PERSPECTIVA CONTRA-GARANTISTA DO M&#205;NIMO EXISTENCIAL</span> by <span xmlns:cc="http://creativecommons.org/ns#" property="cc:attributionName">MARCELO BARROSO MENDES</span> is licensed under a <a rel="license" href="http://creativecommons.org/licenses/by-nd/2.5/br/">Creative Commons Atribui&#231;&#227;o-Vedada a Cria&#231;&#227;o de Obras Derivadas 2.5 Brasil License</a>.