

CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA DO DIREITO PARA A ACEITAÇÃO DE MARCAS SONORAS NO DIREITO BRASILEIRO

*Ricardo Luiz Pereira Marques**

*Rodrigo Almeida Magalhães***

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Do papel das marcas; 3 Do registro: sua finalidade e importância; 4 Da recusa do INPI em registrar sons como marcas; 5 Colaboração de Jürgen Habermas para solução da controvérsia: uma questão interpretativa; 6 Conclusão; Referências.*

RESUMO: O presente trabalho se propõe a analisar a questão do registro de sons como marcas no Brasil, negado pelo governo brasileiro com base em entendimento de que a Lei nº 9.279/96, por meio do conceito de sinais registráveis que traz, assim determinaria. Para cumprir seu objetivo, trata da evolução, analisa a regulamentação jurídica do tema e demonstra a insuficiência da exclusiva interpretação literal para obtenção do sentido e alcance das normas jurídicas, submetendo a indagação acerca da possibilidade de registro de sons como marcas no Brasil às prioridades de outros relevantes processos interpretativos e concluindo que a interpretação adequada da legislação brasileira sobre o assunto é aquela que admite como registráveis no Brasil qualquer sinal passível de publicação, dentre os quais se incluem os sons.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade industrial; Marcas; Sons; Registro.

CONTRIBUTIONS OF THE PHILOSOPHY RIGHT FOR ACCEPTANCE OF NOISE MARKS IN THE BRAZILIAN LAW

* Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-Minas; Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas – FGV; Docente e Advogado em Belo Horizonte, MG. E-mail: ricardoluizmarques@hotmail.com

** Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-Minas; Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-Minas. Docente e Advogado em Belo Horizonte, MG. E-mail: amagalhaes@ig.com.br

ABSTRACT: This study aims to examine the issue of registration of sounds as trade marks in Brazil, denied by the Brazilian government on the considerate Law No. 9279/96, through the concept of registration signals that brings, so determined. To achieve its goal, take its evolution, examines the legal regulation of the subject and demonstrates the inadequacy of exclusive literal interpretation to obtain the direction and scope of legal rules, subjecting it to inquiry about the possibility of sounds registration as brands in Brazil, the priorities for other relevant interpretative processes and concluding that proper interpretation of Brazilian law on the subject is one that allows registration in Brazil as a sign of publication, among the ones that includes the sounds.

KEYWORDS: Industrial Property; Trademarks; Sounds; Record.

CONTRIBUCIONES DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA LA ACEPTACIÓN DE MARCAS SONORAS EN EL DERECHO BRASILEÑO

RESUMEN: Este trabajo se propone analizar la cuestión del registro de sonidos como marcas en Brasil, negado por el gobierno brasileño y basado en el entendimiento de la ley nº 9.279/96, a través del concepto de señales registrables. Para lograr este objetivo, este artículo trata de la evolución y analiza la reglamentación jurídica del tema, demostrando la insuficiencia de la exclusiva interpretación literal para obtención del sentido y alcance de las normas jurídicas. En seguida, sometiéndose la indagación sobre la posibilidad de registro de sonidos como marcas en Brasil a las prioridades de otros relevantes procesos interpretativos, concluye que la interpretación adecuada de la legislación brasileña sobre el asunto es aquella que presupone como registrable en Brasil cualquiera señal pasible de publicación, de entre los cuales se incluyen los sonidos.

PALABRAS-CLAVE: Propiedad industrial; Marcas; Sonidos; Registro.

INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a discutir a possibilidade de registro de sons como marcas no direito brasileiro.

Para tanto, iniciar-se-á com uma abordagem sobre as marcas em geral, suas

funções e importância no mundo hoje, bem como o tratamento normativo a elas conferido no Brasil. Em seguida, será tratada a questão do registro dos sinais distintivos e sua vinculação com a aquisição de propriedade das marcas e a atribuição do direito de seu uso exclusivo. Nesse tocante, será colocado, ainda, o papel do Instituto Nacional de Propriedade Industrial em referido procedimento.

Tais questões se mostram de necessário tratamento prévio, pois esclarecem pontos de entendimento pressuposto à discussão propriamente dita, derivada da recusa do aludido Instituto Nacional de Propriedade Industrial em proceder ao registro como marcas de sinais sonoros, a partir unicamente de interpretação de norma infraconstitucional respectiva.

E, para se chegar a uma conclusão sobre o tema-problema em foco, se valerá o presente artigo de contribuições da Filosofia do Direito – sobretudo dos estudos de Jürgen Habermas reunidos e publicados em uma de suas obras mais conhecidas –, onde se travam os debates acerca da adequada compreensão dos direitos subjetivos na modernidade e da interpretação das normas jurídicas e sua base legitimadora no Estado democrático de direito, questões-chave para solução da controvérsia.

2 DO PAPEL DAS MARCAS

As marcas surgiram na Idade Média sob enfoque bastante diferente do que possuem hoje. Segundo Waelbroeck, citado por Cerqueira¹, naquela época as marcas serviam apenas “para atestar a conformidade dos produtos com os tipos regulamentares e não para distingui-los em relação a sua procedência”, sendo de uso obrigatório, e apostas nos produtos pelas autoridades oficiais, não pelos fabricantes.

De lá para cá, contudo, os sinais distintivos evoluíram, passando a reunir diferentes funções. A de certificadora da conformidade dos produtos e serviços a certas normas administrativas se manteve ao longo do tempo. Mas o principal papel das marcas no mundo hoje dialoga com o ideal de desenvolvimento econômico dos países – aqui se incluindo a busca pela livre concorrência – e com políticas de proteção ao consumidor. Com efeito, percebeu-se que as marcas são importantes indicadores de procedência de produtos e serviços, auxiliando os consumidores na escolha ou preterição do bom ou do mal fornecedor, respectivamente. E, exatamente por isso, constatou-se, ainda, o outro lado/função das marcas, qual seja, o de poderosos instrumentos de divulgação, a torná-las personagem de destaque no crescimento econômico. Um produto ou serviço lançado no mercado, por exem-

¹ CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1982. v. 2.

plo, acompanhado da marca de um fornecedor ou prestador de prestígio, mesmo em outra área de atuação, conta com imediata atenção por parte dos consumidores.

O papel estratégico das marcas no desenvolvimento nacional é tamanho, que o texto constitucional brasileiro cuidou expressamente da proteção à sua propriedade no título reservado aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, reservando-lhe artigo² posteriormente regulamentado pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

3 DO REGISTRO: SUA FINALIDADE E IMPORTÂNCIA

Como intuitivo, todo aquele que desenvolve um produto ou serviço tem o interesse de diferenciá-lo com um sinal de uso exclusivo, impedindo que, no futuro, caso seu trabalho adquira notoriedade, não venha a ser usurpado em concorrências parasitárias. E, para se amparar essa pretensão, restou consagrado um modelo de proteção que prevê o registro dos sinais distintivos em um órgão próprio da Administração Pública, atribuindo-se, após esse procedimento, o uso exclusivo da marca à pessoa natural ou jurídica requerente do registro. Feito isso, o uso não autorizado do mesmo sinal, ou sinal semelhante, por qualquer outra pessoa diversa do titular da marca, configura ato ilícito, denominado contrafação, passível de penalidades cíveis e penais.

O Brasil, em atendimento ao comando constitucional acima referido, adotou tal modelo³, delegando à autarquia federal denominada Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI)⁴ a função de cuidar dos registros das marcas entre nós. Portanto, no Brasil, quem pretender o direito de uso exclusivo de uma marca, deverá solicitar seu registro junto ao INPI.

4 DA RECUSA DO INPI EM REGISTRAR SONS COMO MARCAS

O conceito de quais sinais distintivos são passíveis de registro no Brasil é dado pelo art. 122 da Lei nº 9.279, conforme o qual “são suscetíveis de registro

²Art. 5º, XXIX: “a lei assegurará [...] 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.”

³Art. 129 da Lei 9.279/96: “A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional [...]”

⁴Art. 2º da Lei 5.648/70: “O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial [...]”

como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis⁵, não compreendidos nas proibições legais”. E a controvérsia de que cuida o presente estudo reside exatamente na interpretação a ser dada ao referido dispositivo legal. Segundo os funcionários do INPI, fundados em parcela importante da doutrina, a expressão “visualmente perceptíveis” limitaria o âmbito de proteção oficial apenas a figuras e/ou expressões textuais. A posição oficial do órgão administrativo está clara em sua página na rede mundial de computadores⁶. Na seção “perguntas mais frequentes” relativa às marcas, inseriu-se a seguinte resposta ao questionamento “O que não é registrável como marca?”: “A Lei marcária brasileira não protege os sinais sonoros, gustativos e olfativos.”

Todavia, o endurecimento da concorrência incutiu nos empreendedores a necessidade de se valer de novos e mais eficazes meios de diferenciação e divulgação frente aos seus concorrentes. E o avanço tecnológico, trazendo a reboque o desenvolvimento da comunicação, com destaque para a expectativa de completa convergência digital que hoje vivemos, torna cada vez mais viável esse intuito. Tendo isso em vista, é cada vez mais comum a pretensão – e, em alguns casos, a necessidade – de se criarem marcas não simplesmente visuais, mas que explorem outros sentidos humanos como, por exemplo, a audição.

Mas, como intuitivo, se a nova geração de marcas não for oficialmente protegida, os empreendedores evitarão se dedicar a essa forma de distinção no mercado, em prejuízo, principalmente, do incremento das atividades empresariais e prestação de serviços, assim como das garantias protetoras do consumidor, que se verá alijado de formas mais diretas e sofisticadas de identificação de seus fornecedores preferidos.

A importância para a economia nacional de se outorgar proteção como marcas também aos sons vem sendo destacada há tempos, mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 9.276/96. Porém, essa defesa é realizada pela maior parte dos estudiosos como uma proposta de *lege ferenda*:

A necessidade social existe porque, com o advento da televisão e o enorme incremento da radiodifusão com os aparelhos portáteis e transistorizados, a identificação sonora mais que uma possibilidade é uma realidade concreta como sinal identificador de bens ou serviços. Assim, deverá a marca sonora ser juridicamente protegida face a seu conteúdo e valor econômico e importância de mercado, tanto para seu titular, quanto para o consumidor médio⁷.

⁵ Grifos nossos.

⁶ Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>

⁷ DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Marcas e expressões de propaganda**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1984. p. 200.

Mas há outra parcela da doutrina, ainda minoritária, que, mais recentemente, passou a defender uma interpretação da Lei 9.279/96 aberta ao registro de sons como marcas, prescindindo de mudança legislativa expressa:

Em síntese, não vemos obstáculo conceitual, nem procedimental, à tutela jurídica das marcas sonoras. Em um mundo em rápida mutação, sacudido por inovações tecnológicas incessantes que redesenham nossos hábitos a todo instante, fechar as portas a marcas chamadas ‘não-tradicionais’, incluindo aquelas consistentes em sons, seria um grave erro, suscetível de travar ou, pelo menos, dificultar a verve criativa do homem⁸.

Nesse passo, tendo em vista a necessidade já revelada do registro também de sons como marcas, instala-se a controvérsia acerca da legalidade da conduta do INPI e da interpretação levada a efeito pela parcela da doutrina em que o órgão administrativo se sustenta. O ordenamento jurídico brasileiro, de fato, veda o registro das marcas sonoras, exigindo dos pretendentes à sua titularidade esforço para tentar alterar o texto legislativo? Ou pode-se afirmar que o direito brasileiro já autoriza esse tipo de pretensão, bastando, para tanto, outorgar-se à Lei nº 9.279 o correto critério interpretativo?

5 COLABORAÇÃO DE JÜRGEN HABERMAS PARA SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA: UMA QUESTÃO INTERPRETATIVA

Com efeito, conforme demonstra a Filosofia do Direito, a aludida exegese conferida ao art. 122 da Lei nº 9.279 pelo INPI não é a mais adequada. Desde a superação do positivismo não há mais base para se sustentar interpretações legislativas exclusivamente literais. O critério literal de interpretação de um texto de lei é sempre o primeiro método hermenêutico a ser utilizado, é verdade, mas nunca o melhor, motivo pelo qual não deve ser o único. O intérprete deve analisar o alcance do art. 122 da Lei de Propriedade Industrial – assim como de qualquer outro dispositivo normativo – tendo em vista a dimensão argumentativa do direito consagrada na modernidade e as demais normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, em especial os comandos constitucionais – que, no caso em análise, dentre outras medidas, determina ao Estado promover a defesa do consumidor⁹, colocando essa política, ao lado da livre concorrência, como princípios da

⁸ CORREA, José Antônio B L Faria. A dimensão plurissensorial das marcas: a proteção da marca sonora na lei brasileira. *Revista da ABPI*, São Paulo, n. 69, p. 17-22, p. 21., mar./abr. 2004.

⁹ Art. 5º, XXXII: “O Estado promoverá a defesa do consumidor”

ordem econômica da República¹⁰.

A armadilha na qual estão presos os funcionários do INPI – assim como a parcela da doutrina que os ampara – é desvelada por Jürgen Habermas em sua obra “Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso”. No primeiro dos capítulos da obra destinados à “Reconstrução interna do direito”, o filósofo alemão demonstra que “a fonte de toda legitimidade [do direito positivo] reside no processo democrático de produção do direito; e esse processo apela, por sua vez, ao princípio da soberania popular”¹¹¹². Interpretações excessivamente literais, herdeiras típicas do positivismo jurídico, – como a levada a efeito pelo INPI quanto ao art. 122 da Lei 9.276 –, que pressupõem que tudo aquilo que não decorra do texto expresso da uma lei não está garantido aos cidadãos, distorcem esse princípio e se mostram incapazes de atingir perfeitamente o ideal de proteção das liberdades individuais, pois ignoram a base legitimadora do direito:

Ora, o ‘positivismo da lei’ não introduz esse princípio [da soberania popular] de forma tal que se conserve o conteúdo moral autónomo dos direitos subjetivos – a proteção da liberdade individual, que sublinha Coing –. De um ou de outro modo se perde, pois, o sentido intersubjetivo das liberdades de ação subjetivas juridicamente conferidas e com isso uma relação entre autonomia privada e autonomia cidadã nas quais pudessem se fazer valer sem falhas nem mínguas ambos momentos.^{13, 14}

Já no início de sua reconstrução Habermas demonstra que o conceito de direito subjetivo desempenha um papel central na compreensão moderna do direito, se correspondendo com o conceito de liberdade subjetiva de ação:

Os direitos subjetivos (em inglês rights) fixam os limites

¹⁰ Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:[...] IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor;”

¹¹ *Ciertamente, la fuente de toda legitimidad radica en el proceso democrático de producción del derecho; y ese proceso apela a su vez al principio de soberanía popular.*

¹² HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 154-155.

¹³ *Ahora bien, el “positivismo de la ley” no introduce este principio de forma que tal que se conserve el contenido moral autónomo de los derechos subjetivos – la protección de la libertad individual, que subraya Coing –. De uno y otro modo se yerra, pues, el sentido intersubjetivo de las libertades de acción subjetivas jurídica-mente conferidas y con ello una relación entre autonomía privada y autonomía ciudadana en la que pudiesen hacerse valer sin recortes ni mermas ambos momentos.*

¹⁴ HABERMAS, op. cit., p.155.

dentro dos quais um sujeito está legitimado para afirmar livremente sua vontade. Tais direitos definem iguais liberdades de ação para todos os indivíduos, entendidos como portadores de direitos ou sujeitos de direito^{15, 16}.

O artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não cause prejuízo a outro. Assim, o exercício dos direitos naturais de um homem não tem outros limites que os que asseguram aos demais membros da sociedade o desfrute dos mesmos direitos.

E, como destaca Habermas¹⁷, desse princípio Kant se vale para formular seu “princípio geral do direito”, segundo o qual é legítima toda ação que possa se fazer compatível com a liberdade de todos os demais, de acordo com uma lei geral. Da mesma forma, Rawls, na formulação de seu primeiro princípio de justiça: “Toda pessoa deve ter um igual direito a liberdades básicas o mais extensa possível, compatíveis com similares liberdades para todos os demais”.

Contudo, por vezes – e a controvérsia ora em estudo é um exemplo dessas situações – essa percepção foge a certos intérpretes do direito, que, fundados em compreensões equivocadas dos direitos subjetivos, prendem-se exclusivamente ao conteúdo literal de dada norma jurídica, submetendo os direitos subjetivos ao direito objetivo ao defenderem que aqueles decorrem deste, a partir da vontade do Estado ou do órgão competente. Assim desprezam as conquistas da modernidade, por ignorar a origem legitimadora do direito: o processo de entendimento dos cidadãos sobre regras de sua convivência. “Também nas sociedades modernas o direito somente pode cumprir a função estabilizadora de expectativas se mantiver uma conexão interna com a força sócio-integradora do agir comunicativo”^{18, 19}.

Como sublinha Habermas, a partir da dogmática do direito civil alemão, a doutrina dos direitos subjetivos restou, no início, submetida à influência da filosofia idealista do direito. Segundo Savigny, uma relação jurídica “assegura o poder que compete à pessoa particular: um âmbito em que sua vontade reina e reina

¹⁵ Los derechos subjetivos (en inglés rights) fijan los límites dentro de los que un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad. Tales derechos definen iguales libertades de acción para todos los individuos, entendidos como portadores de derechos o personas jurídicas.

¹⁶ HABERMAS, op cit., p. 147.

¹⁷ Idem, p. 148.

¹⁸ *También en las sociedades modernas el derecho sólo puede cumplir la función de estabilizar expectativas si mantiene una conexión interna con la fuerza sociointegradora que tiene la acción comunicativa.*

¹⁹ HABERMAS, op cit., p. 149.

com nosso assentimento”. O ponto central aqui é a relação entre as liberdades subjetivas de ação e o reconhecimento intersubjetivo por parte dos membros da comunidade jurídica. Acerca da sua legitimidade, o “direito em sentido subjetivo” pressupõe a inviolabilidade da pessoa. Tendo isso em vista, garante à livre atividade da vontade individual “um âmbito em que reina com toda independência”. E, portanto, seria legítimo por si mesmo²⁰.

Para Puchta, o direito é essencialmente direitos subjetivos, que são direitos negativos que protegem âmbitos de ação individual²¹. “O direito é o reconhecimento da liberdade que compete por igual aos homens como sujeitos do poder de sua vontade”^{22, 23}.

Como mostramos, o início da doutrina dos direitos subjetivos veio caracterizado por uma espécie de ‘autonomização’ normativa de direitos subjetivos de conteúdo moral que pretendiam ter uma legitimidade superior à outorgada pelo processo político de produção de normas. Seu sentido garantidor de liberdade emprestaria aos direitos subjetivos uma autoridade moral independente da produção democrática do direito [...]^{24, 25}

Mas, a partir do final do século XIX, toma-se cada vez mais consciência de que o direito privado somente pôde se legitimar a partir de si mesmo na medida em que a autonomia privada do sujeito se fundamentava na autonomia moral da pessoa. Quando perde o direito sua fundamentação idealista, a “capacidade individual de decisão soberana” se vê privada do conteúdo normativo de uma liberdade legítima da vontade. E os direitos subjetivos, agora com Windscheid, na ótica positivista, passam a ser vistos como reflexos de uma ordem jurídica, que outorga o poder ou a soberania da vontade, que ela objetivamente encarna, aos indivíduos²⁶. Nas palavras do próprio Windscheid: “Um direito é um poder,

²⁰ Idem, p. 150.

²¹ Idem, p. 150.

²² PUCHTA, apud HABERMAS, op cit., p. 150.

²³ *El derecho es el reconocimiento de la libertad que compete por igual a los hombres como sujetos del poder se su voluntad.*

²⁴ HABERMAS, op cit., p. 154.

²⁵ *Como hemos mostrado, los comienzos de la doctrina de los derechos subjetivos vinieron caracterizados por una especie de autonomización normativa de derechos subjetivos de contenido moral que pretendían tener una legitimidad superior a outorgada por el proceso político de producción de normas. Su sentido garantizador de la libertad prestaría a los derechos subjetivos una autoridad moral independiente de la producción democrática del derecho [...]*

²⁶ Idem, p. 151.

soberania ou domínio da vontade, conferido pela ordem jurídica”²⁷²⁸. A esta concepção, mais tarde, vai se juntar a interpretação utilitarista proposta por Ihering – segundo a qual o substrato do direito não é a vontade, mas sim a sua utilidade ou proveito –, permitindo a extensão dos direitos subjetivos privados a direitos em geral. E, finalmente, Hans Kelsen vai definir o direito subjetivo em geral como um interesse e uma liberdade de arbítrio protegidos e garantidos pelo direito objetivo. As proposições jurídicas estatuem, para ele, liberdades devidas de ação. Portanto, o direito ou título subjetivo não somente vem autorizado pela vontade de quem manda, mas também vem dotado da validade de um dever. Porém, esse “dever-ser” deve ser entendido em termos empíricos, como aquela validade que o legislador político vincula a suas decisões, ligando o direito estatuído a sanções, e qualificando a vontade do legislador à “vontade do Estado”²⁹.

Como se infere, a concepção de Kelsen se opõe à de Savigny “pois, nela, o conteúdo moral dos direitos subjetivos entendidos em termos individualistas perde expressamente sua referência”^{30,31}: a vontade livre – ou poder soberano de decisão – de uma pessoa que, do ponto de vista moral, merece ter sua autonomia privada protegida. Com isso, se conduz a dogmática jurídica a uma concepção puramente funcionalista dos direitos subjetivos, que, por meio de “decisões metodológicas”, se desprende de todas as considerações de cunho normativo³².

É certo que as transformações derivadas do regime nazista no direito privado provocaram reações moralmente fundadas contra seu “destronamento em termos de direito objetivo e contra a conseqüente destruição moral dos direitos subjetivos”³³, a promover uma restauração em termos do direito natural da conexão entre autonomia privada e moral. Contudo, esse contra-ataque não conseguiu se sustentar por muito tempo, já que o ordo-liberalismo que se impôs desde então cuidou apenas de renovar a já referida compreensão “individualisticamente recortada” dos direitos subjetivos³⁴. Isto é, nada fez além de propiciar reinterpretções igualmente funcionalistas dos direitos subjetivos.

L. Raiser se apresenta para refutar tais reinterpretções, mas não retorna aos conceitos básicos de Savigny. Com efeito, toma parte da materialização que o Estado social efetua de figuras centrais do direito privado burguês para restringir

²⁷ Windscheid apud HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 151.

²⁸ *Um derecho es un poder, soberanía o dominio de la voluntad, conferido por el orden jurídico.*

²⁹ HABERMAS, op cit., p. 151.

³⁰ [...] por cuanto que con ella el contenido moral de los derechos subjetivos entendidos em términos individualistas pierde expresamente su referencia [...]

³¹ HABERMAS, op cit., p. 151.

³² HABERMAS, op cit., p. 152.

³³ HABERMAS, op cit., p. 152.

³⁴ HABERMAS, op cit., p. 152.

os direitos subjetivos às liberdades clássicas de ação. Para ele, os direitos subjetivos continuariam existindo, mas deveriam ser complementados pelos direitos sociais³⁵. Acerca disso, Habermas expõe que tal “tentativa de salvação pela complementação” não está exposta de maneira suficientemente abstrata. Não há dúvidas de que a transição do direito formal burguês para o direito materializado do Estado social provocou reinterpretações no direito privado. Mas tais reinterpretações, destaca o filósofo alemão, não devem ser confundidas com revisão dos conceitos e princípios básicos, pois estes sofrem, no máximo, uma interpretação distinta frente ao diferente paradigma³⁶.

De todo modo, segundo Habermas, Raiser possui o mérito de ter novamente chamado a atenção para o sentido intersubjetivo dos direitos subjetivos, deixado de lado pelas leituras individualistas. Ele cuidou de corrigir a idéia equivocada de que os direitos subjetivos implicariam por si sós o isolamento dos sujeitos jurídicos. Em verdade, conforme ressalta Habermas, os direitos subjetivos residem no reconhecimento recíproco dos sujeitos jurídicos cooperantes, que se reconhecem os mesmos direitos- iguais liberdades. E, pelo seu próprio conceito, verifica-se que não estão referidos a indivíduos atomísticos, que se colocam uns contra os outros. Ao contrário, os direitos subjetivos pressupõem a colaboração de sujeitos de direito, livres e iguais em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos. “Esse reconhecimento recíproco é elemento integrante de uma ordem jurídica da qual derivam direitos subjetivos cujo cumprimento é judicialmente exigível”^{37, 38}.

Nesse sentido, conclui Habermas – e é o teor desta conclusão a circunstância ignorada pelos funcionários do INPI, bem como pela parcela da doutrina na qual se fundamentam –: os direitos subjetivos e o direito objetivo são *co-originais*³⁹. Não se pode admitir uma compreensão estatista do direito objetivo – tal qual a que nega a possibilidade de registro de sons como marcas exclusivamente com base na expressão literal do artigo 122 da Lei nº 9.279. Afinal, e como visto, o direito objetivo provém dos direitos que os sujeitos se reconhecem reciprocamente. Em outras palavras, o direito objetivo somente é legítimo se garante iguais direitos subjetivos a todos os sujeitos.

A defesa em contrário, isto é, de que os direitos subjetivos adviriam do direito objetivo, a partir da vontade do Estado ou do órgão competente – e que portanto, como entende o INPI, tudo aquilo que se encontre fora da literalidade das normas escritas (ainda que infraconstitucionais) não estaria assegurado aos cidadãos – decorre do desconhecimento dessa estrutura de legitimação do direito, implicando,

³⁵ HABERMAS, op cit., p. 153.

³⁶ HABERMAS, op cit., p. 153.

³⁷ *Este reconocimiento recíproco es elemento integrante de un orden jurídico del que derivan derechos subjetivos cuyo cumplimiento es judicialmente exigible.*

³⁸ HABERMAS, op cit., p. 154.

³⁹ HABERMAS, op cit., p. 154.

ainda, um retrocesso aos esquemas positivistas há muito superados pelo atual estágio de desenvolvimento da dogmática jurídica, bem como uma negativa às conquistas da modernidade. Nas palavras do autor de “Facticidad y validez”:

Ora, o que nessa perspectiva não seria admissível seria uma compreensão estatista do direito objetivo; pois este somente pode provir dos direitos que os sujeitos se reconhecem reciprocamente. E não basta a mera adição de direitos sociais para se tornar visível essa estrutura intersubjetiva de relações de reconhecimento, que subjaz na ordem jurídica como tal. O desconhecimento dessa estrutura determina de igual maneira o começo idealista e as ramificações e saídas positivistas da dogmática alemã do direito civil.^{40, 41}

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que também os sons podem ser registrados como marcas no direito brasileiro. O fato da norma infraconstitucional se referir à possibilidade de registro apenas de sinais “visualmente perceptíveis” não obstaculiza tal conclusão uma vez que, como visto, interpretações literais de textos legais não é o critério hermenêutico mais adequado, motivo pelo qual, nunca deve ser o único.

A interpretação dos textos normativos deve ter em vista, como nos mostra a Filosofia do Direito, a co-originalidade dos direitos subjetivos e do direito objetivo, bem como a correta concepção daqueles, como direitos reconhecidos reciprocamente pelos sujeitos, e definidores de iguais liberdades para todos, liberdades que encontrariam limites apenas no exercício da mesma prerrogativa pelas outras pessoas.

E, não havendo qualquer possibilidade de se causar qualquer prejuízo a quem quer que seja com o registro de marcas sonoras – ao contrário, como aqui colocado, essa prática incrementaria o desenvolvimento econômico e a defesa do consumidor – não há razão jurídica para se negar o exercício dessa pretensão àqueles que desejam – ou, por vezes, necessitam – se fazer distinguir no mercado a partir desse tipo de signos identificadores.

⁴⁰ *Ahora bien, lo que en esta perspectiva n sería admisible sería una comprensión estatista del derecho objetivo; pues éste sólo puede provenir de los derechos que los sujetos se reconocen reciprocamente. Y no basta la mera adición de derechos sociales para tornar visible esa estructura intersubjetiva de relaciones de reconocimiento, que aubyace en el orden jurídico como tal. El desconocimiento de esta estructura determina por igual tanto el comienzo idealista como las ramificaciones y salidas positivistas de la dogmática alemana del derecho civil.*

⁴¹ HABERMAS, op cit., p. 154.

REFERÊNCIAS

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1982. v. 2.

CORREA, José Antônio B. L. Faria. A dimensão plurissensorial das marcas: a proteção da marca sonora na lei brasileira. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 69, p. 17-22, mar./abr. 2004.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Marcas e expressões de propaganda**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1984.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de Direito Comercial**. 3. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2004. p. 177-203.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Lei de patentes, marcas e direitos conexos: lei 9.279 – 14.05.1996**. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo, SP: Malheiros, 2004. v. 1.

Recebido em: 20 novembro 2008

Aceito em: 02 abril 2009