

AFONSO DE PAULA PINHEIRO ROCHA

**PROPRIEDADE INTELECTUAL
E SUAS IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS**

Análise do perfil constitucional da propriedade intelectual e suas inter-relações com valores constitucionais e direitos fundamentais.

**FORTALEZA
2008**

AFONSO DE PAULA PINHEIRO ROCHA

**PROPRIEDADE INTELECTUAL
E SUAS IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS**

Análise do perfil constitucional da propriedade intelectual e suas inter-relações com valores constitucionais e direitos fundamentais.

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Prof. Orientador:
Dr. João Luis Nogueira Matias

**FORTALEZA
2008**

AFONSO DE PAULA PINHEIRO ROCHA

**PROPRIEDADE INTELECTUAL
E SUAS IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS**

Análise do perfil constitucional da propriedade intelectual e suas inter-relações com valores constitucionais e direitos fundamentais.

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Prof. Orientador:
Dr. João Luis Nogueira Matias

Aprovada em: 18/08/2008

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Marcos Wachowicz
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Prof. Dr. Emmanuel Teófilo Furtado
Universidade Federal do Ceará – UFC

*Às pessoas mais importantes da minha vida:
minha esposa e meus pais.*

AGRADECIMENTOS

À Deus, por tudo;

À minha amada esposa, pelos infinitos cuidados, carinhos e ajudas ao longo do trabalho;

Aos meus amados pais, pelo inestimável apoio emocional e suporte;

À minha sogra, pelos auxílios indispensáveis;

Ao corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, pelas valiosas lições através dos anos;

Aos colegas de faculdade e amigos, pelo apoio e fraternidade;

Ao meu orientador, Prof. Dr. João Luis, pelo apoio, confiança e motivação durante todo o curso, além do zelo pelo meu desenvolvimento acadêmico futuro;

Aos diversos autores e professores citados, muitos dos quais tive a oportunidade de agradecer pessoalmente a importância que tiveram na elaboração do trabalho e pela inspiração que me proporcionaram.

*If nature has made of any, one thing less susceptible than
all others of exclusive property, it is the action of the
thinking power called an idea, which an individual may
exclusively possess as long as he keeps it to himself; but
the moment it is divulged, it forces itself into the
possession of every one, and the receiver cannot
dispossess himself of it.”*

Thomas Jefferson

*“Creativity and innovation always builds on the past.
The past always tries to control the creativity that builds upon it.
Free societies enable the future by limiting this power of the past.
Ours is less and less a free society.”*

Lawrence Lessig

RESUMO

O trabalho procura oferecer um panorama jurídico das relações que a propriedade intelectual possui com diversos valores e direitos constitucionais, mediante a pesquisa de doutrinas e jurisprudências especializadas nacionais e internacionais. Oferece uma noção introdutória da propriedade intelectual e dos principais elementos de ligação entre as diversas doutrinas que compõe esse ramo do direito. Apresentam-se os principais tipos de teorias que justificam a existência da propriedade intelectual, destacando as ideologias subjacentes e as implicações das mesmas sobre os contornos de proteção legal. Efetua-se a análise econômica dos bens intelectuais. Traça a evolução histórica mundial da proteção da propriedade intelectual relativamente às doutrinas da propriedade industrial, *copyright* e do direito autoral. São indicados diversos casos que demonstram a tendência de ampliação progressiva dos direitos de propriedade intelectual tanto em escopo como em duração. O trabalho demonstra a estreita relação da propriedade intelectual com direitos humanos, especialmente no contexto dos direitos econômicos, sociais e culturais. Quanto ao direito brasileiro, é apresentada a evolução do tratamento constitucional dos direitos de propriedade intelectual, bem como a concepção da função social da propriedade intelectual. Por fim, são identificadas diversas questões que têm como contexto os direitos de propriedade intelectual. Questões como: acesso à saúde, alimentação, educação, cultura e livre concorrência. O trabalho apresenta como conclusão a necessidade de repensar constantemente o equilíbrio que deve ser inerente aos direitos de propriedade intelectual, como uma maneira de efetivar o desenvolvimento cultural e tecnológico de forma democrática e solidária.

Palavras Chave: Propriedade Intelectual. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Valores Constitucionais. Função Social.

ABSTRACT

The work looks for to offer a legal overview of the relations that the intellectual property have with several values and constitutional rights, through research of specialized doctrines and jurisprudences, both national and international. It offers an introductory notion of intellectual property and the elements that link the related doctrines of this field of law. The main types of theories that justify the existence of intellectual property presented with their underlying ideologies and practical implications in the definition of the legal protection scope. It does an economic analysis of intellectual goods. It provides the historical evolution of intellectual property protection in the doctrines of industrial property, copyright and author's rights. Several cases are shown to indicate the progressive expansion of intellectual property rights both in scope and duration. The work demonstrates the close relation of intellectual property and human rights, especially in the context of the economic, social and cultural rights. Regarding Brazilian law, it is shown the evolution of the constitutional treatment of intellectual property, as well as the idea of a social function for intellectual property. Finally, several issues that have intellectual property as an underlying theme are presented such as access to the health, food, education, culture and antitrust. The work presents as conclusion the necessity to rethink the balance that must be inherent to intellectual property, as a way to promote an effective cultural and technological development in a democratic and solidary manner.

Keywords: Intellectual Property. Human Rights. Fundamental Rights. Constitutional Values. Social Function. Cultural Environment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	16
1.1 Considerações Preliminares	16
1.2 Bens imateriais/intangíveis e sua natureza jurídica	20
1.3 Conceito de um direito exclusivo.....	25
1.4 Internacionalização do tema.....	26
1.4.1 Períodos	26
1.4.2 Organização específica no sistema das Nações Unidas	29
1.4.3 Multiplicidade de tratados internacionais sobre Propriedade Intelectual	30
1.4.5 O Acordo TRIP's	31
1.4.6 Tratados Bilaterais	34
1.5 Expressividade e relevância econômica	35
1.6 Instrumentalidade ao interesse público.....	40
1.7 Confirmação da existência de uma teoria geral.....	41
2 JUSTIFICATIVAS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	42
2.1 Considerações Preliminares	42
2.2 Perspectiva Lockeana.....	43
2.3 Propriedade Intelectual e Personalidade.....	48
2.4 Justificações Econômicas da Propriedade Intelectual	51
2.5 Teorias Utilitaristas da Propriedade Intelectual	54
2.6 Análise racional da justificação.....	57
3 ANÁLISE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	58
3.1 Considerações Preliminares	58
3.2 Noções Gerais sobre Análise Econômica do Direito.....	59
3.3 Breve Análise Econômica da Propriedade	62
3.3.1 O que é propriedade?	62
3.3.2 Abordagens Econômicas sobre a Propriedade.....	68
3.3.3 Demsetz e o Modelo Evolutivo da Propriedade	71
3.3.4 Outros Modelos Evolutivos da Propriedade	74
3.3.5 <i>Tragedy of the Commons</i>	79
3.3.6 <i>Tragedy of the Anti-Commons</i>	81
3.4 Características econômicas peculiares dos bens intelectuais.....	87
3.4.1 Rivalidade, Exclusividade e <i>Public Goods</i>	91
3.4.2 <i>Deadweight Loss, Free Riding e Public Goods</i>	93
3.5 Conclusões relevantes da análise econômica.....	97
4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	101
4.1 Evolução do <i>Copyright/Direito Autoral</i>	101
4.1.1 Primórdios do <i>Copyright/Direito Autoral</i>	102
4.1.2 <i>Copyright/ Direitos Autorais em Veneza</i>	104
4.1.3 <i>Copyright/ Direitos Autorais na Inglaterra</i>	106

4.1.4 <i>Copyright/ Direitos Autorais na França Revolucionária</i>	111
4.1.5 <i>Copyright/ Direitos Autorais na Atualidade</i>	114
4.2 Evolução do Direito de Propriedade Industrial.....	115
4.2.1 Primórdios do Direito de Propriedade Industrial	116
4.2.2 Direito de Propriedade Industrial em Veneza	116
4.2.3 Direitos de Propriedade Industrial na Inglaterra.....	117
4.2.4 Direitos de Propriedade Intelectual na França Revolucionária.....	118
4.2.5 Direitos de Propriedade Industrial na Atualidade	119
4.3 Erosão das limitações e usos patológicos do Sistema de Propriedade Intelectual na atualidade	123
4.3.1 <i>ASCAP e as Girl Scouts</i>	127
4.3.2 <i>Mattel Inc. v. Walking Mountain Productions</i>	128
4.3.3 <i>O Comitê Olímpico e o uso do termo “Olimpíadas”</i>	129
4.3.4 <i>Matthew Bender & Co. v. West Publishing Co</i>	130
4.3.5 <i>Moore v. The Regents of the University of California</i>	131
4.3.6 <i>Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser</i>	132
4.3.7 <i>Gottschalk v. Benson; Diamond v. Diehr;</i> <i>State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.,</i>	133
4.3.8 <i>Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.;</i> <i>A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. e</i> <i>MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.</i>	134
4.3.9 <i>DMCA – Digital Millennium Copyright Act</i>	136
4.3.10 <i>Evergreening no Direito de Propriedade Industrial –</i> Patentes de Medicamentos	138
4.3.11 <i>Evergreening no Copyright/Direito Autoral –</i> <i>O caso Eldred v. Aschcroft</i>	140
5 PERFIL CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL	145
5.1 Breve Histórico da Propriedade Intelectual no Ordenamento Jurídico Brasileiro	145
5.2 Na Constituição de 1988.....	149
5.3 Propriedade intelectual e Direitos Humanos	152
5.3.1 Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Fundamentalidade	152
5.3.2 Fundamentalidade Formal dos Direitos de Propriedade Intelectual	156
5.3.3 Fundamentalidade Material dos Direitos de Propriedade Intelectual	156
5.3.3.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos	158
5.3.3.2 A Convenção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	161
5.3.2 Direitos de Propriedade Intelectual, direitos humanos e direitos fundamentais	162
5.3.3 Direitos de Propriedade Intelectual e Direitos Fundamentais de Quarta e Quinta Gerações	166
5.4 Propriedade intelectual e Colisões de Princípios Constitucionais	172
5.4.1 Colisões de Direitos Fundamentais	173
5.4.1.1 Regras ou Princípios?	173
5.4.1.2 Âmbito de Proteção e Restrições de Direitos	175

5.4.1.3 Teoria Interna e Teoria Externa	178
5.4.1.4 Colisões Aparentes	179
5.4.1.5 Colisões em Sentido Amplo	180
5.4.1.6 Colisões em Sentido Estrito.....	181
5.4.1.7 Critérios de Solução.....	182
5.4.1.8 Ponderação.....	184
5.4.1.9 Proporcionalidade	185
5.4.1.10 Colisões dos direitos de propriedade intelectual com outros direitos fundamentais	186
5.4.2 Função Social da Propriedade Intelectual e seus mecanismos de efetivação.....	187
5.4.2.1 Função Social no Direito de Propriedade Industrial.....	187
5.4.2.2 Função Social no Direito Autoral/ <i>Copyright</i>	193
5.5 Impactos Constitucionais da Propriedade Intelectual	202
5.5.1 Vida, Saúde e Biotecnologia.....	203
5.5.1.1 Patentes de Medicamentos e Direito Fundamental à Saúde	205
5.5.1.2 Sementes, Transgenia, Soberania e Direito Fundamental ao Meio Ambiente Equilibrado	211
5.5.1.3 A importância de um domínio público ambiental e a função sócio-ambiental da propriedade intelectual.....	217
5.5.2 Livre iniciativa e livre concorrência	222
5.5.2.1 Os Monopólios Constitucionais.....	224
5.5.2.2 Direitos de Propriedade Intelectual como Monopólios Constitucionais	226
5.5.2.3 Ponderação Constitucional entre os Princípios da Livre Iniciativa e Concorrência e a Proteção das Criações Intelectuais.....	228
5.5.3 Software Livre e Princípios Constitucionais.....	232
5.5.3.1 Considerações iniciais	232
5.5.3.2 Dimensões de interação com princípios constitucionais	235
5.5.4 Ensino, Cultura e Propriedade Intelectual.....	238
5.5.4.1 Ensino, cópia de livros e propriedade intelectual	239
5.5.4.2 Patrimônio Cultural, preservação cultural e propriedade intelectual	242
5.5.4.3 Criminalização no âmbito do direito autoral	246
5.5.5 O Princípio da Solidariedade Social e a construção da idéia de um Meio Ambiente Cultural.....	249
5.5.5.1 O Princípio da Solidariedade Social e suas implicações sobre a Propriedade Intelectual	249
5.5.5.2 <i>Read-Write Culture v. Read-Only Culture</i> , a “Brecha” Digital e Propriedade Intelectual.....	252
5.5.5.3 A lógica capitalista atual da Propriedade Intelectual.....	254
5.5.5.4 A utilidade do reconhecimento de um Meio Ambiente Cultural.....	256
CONCLUSÃO.....	261
REFERÊNCIAS	267

INTRODUÇÃO

Foram necessários alguns bilhões de anos até que a vida surgisse na terra. Desse marco revolucionário, foram necessários ainda alguns milhões de anos para a chegada de mamíferos e dos primeiros primatas. Adicionem-se mais algumas centenas de milhares de anos para o surgimento da espécie humana. Daí foi necessário mais aproximadamente uma dezena de milhares de anos para a formação das sociedades como são conhecidas. Mais recentemente, a revolução industrial ocorreu em mais alguma centena de anos.

Evidencia-se um caráter telescópico dos períodos onde as grandes revoluções da experiência humana têm tomado forma. É possível ainda perceber uma diminuição progressiva, de tal forma que se pode prever que, em pouco tempo, grandes revoluções vão se manifestar no curso de uma geração, sendo perceptíveis em uma vida humana.

É provável que tal tipo de revolução já tenha ocorrido. Trata-se da revolução desencadeada pela valoração do conhecimento e de informações decorrente da multiplicação não só dos meios de comunicação de massa, mas dos meios de interação em massa, cujo exemplo, por excelência, é a Internet. Essa é a grande revolução na qual se insere a contemporaneidade.

Exatamente por se tratar de uma revolução que está acontecendo de forma rápida e acelerada, é difícil perceber toda a extensão e repercuções, particularmente quanto às mudanças culturais, sociais e econômicas.

As principais razões e condicionantes dessas alterações de paradigmas são os avanços tecnológicos, científicos e artísticos, bem como a existência de toda uma infra-estrutura que permite uma “conectividade”, uma interação entre indivíduos, grupos e instituições numa intensidade e rapidez nunca antes experimentadas.

Informações e conhecimentos são vislumbrados como as novas reais formas de riqueza das nações, essenciais não só para os estados, mas para a comunidade internacional como um todo. Surge, portanto, o interesse de regular estes elementos, sua utilização e as maneiras de apropriação dos valores que representam.

Neste contexto, a propriedade intelectual ganha um relevo ímpar na sociedade pós-industrial, pois se trata da seara do direito que lida exatamente com a regulação e apropriação de informações e conhecimentos.

Torna-se, ainda, um elemento essencial da economia globalizada, onde os ativos intangíveis e o capital intelectual passam a ser o grande diferencial competitivo do mercado. As indústrias tecnológicas, a indústria do entretenimento, a indústria farmacêutica, bem como um vasto espectro de outras atividades não seriam concebíveis como hoje são sem um sistema de tutela da propriedade intelectual. Corporações multinacionais, com faturamentos anuais maiores que o produto interno bruto de várias nações, têm sua existência viabilizada pela força de uma marca, pela exclusividade de invento ou por direitos sobre obras artísticas.

Marcas, patentes, direitos autorais, direitos de imagem, desenhos e modelos industriais tomaram o lugar de territórios e metais preciosos como os verdadeiros elementos de poder econômico.

Na medida em que a tecnologia torna-se cada vez mais inerente às relações sociais e a vida humana, os direitos de propriedade intelectual relacionam-se cada vez mais com outras searas jurídicas de grande importância, como direitos humanos, direitos culturais, sociais e econômicos. O aumento do número de casos decididos por cortes supremas envolvendo propriedade intelectual é ilustrativo.

As discussões sobre propriedade intelectual interpenetram várias questões globais relevantes: o acesso ao conhecimento; a proteção dos conhecimentos tradicionais; a proteção e utilização da biodiversidade; a proteção do patrimônio cultural da humanidade e de cada nação; o acesso à saúde e políticas públicas envolvendo medicamentos; soberania nacional; globalização de mercados através de ativos intelectuais.

Partindo dessas considerações, o objetivo geral do trabalho é demonstrar que as influências recíprocas entre os direitos de propriedade intelectual e valores constitucionais implicam em uma necessária e constante reavaliação dos limites legais de proteção. Devem-se adequar as garantias conferidas pelo ordenamento jurídico aos *standards* de tutela dos direitos humanos, no plano internacional, e à moldura axiológica constitucional, no plano interno.

Além disso, o sistema de propriedade intelectual precisa ser pensado de forma integral em face de seus efeitos sociais e não somente através de questões pontuais de cada um das doutrinas específicas. Para tanto, é indispensável compreensão das tensões fundamentais entre os interesses que gravitam em torno dos direitos de propriedade intelectual.

Para a consecução desse objetivo maior, o trabalho traçou um panorama jurídico amplo, com as seguintes metas:

- a) delinear a concepção de propriedade intelectual como um conjunto de doutrinas correlatas, com características similares e fundamentadas na noção de direitos de exclusividade sobre bens imateriais;
- b) destacar as principais justificativas apresentadas para a existência de um sistema de propriedade intelectual, analisando como as ideologias ou premissas subjacentes influenciam no escopo e duração da proteção legal conferida;
- c) destacar as peculiaridades de natureza econômica dos bens imateriais e como estas devem ser levadas em consideração;
- d) analisar a evolução das duas principais doutrinas da propriedade intelectual – os direitos de *copyright*/direitos autorais (sistemas anglo-saxão e romano-germânico de tutela dos trabalhos expressivos, respectivamente) e direitos de propriedade industrial, demonstrando a tendência de progressiva expansão, tanto em escopo como duração, o que, por sua vez, permite usos abusivos e até mesmo patológicos de tais direitos;
- e) analisar os direitos de propriedade intelectual através do histórico dos ordenamentos constitucionais brasileiros, destacando a fundamentalidade atribuída aos mesmos e como ocorrem as interações entre estes e valores, princípios e direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal de 1998;
- f) apresentar uma proposta conclusiva de interpretação dos direitos de propriedade intelectual como forma de conciliação de dois direitos humanos – o direito de beneficiar-se das próprias criações intelectuais e o direito de participar do progresso cultural e tecnológico da coletividade – destacando a responsabilidade frente ao horizonte cultural comum da humanidade e frente às gerações futuras;

Para a consecução dessas metas, a metodologia escolhida foi a de revisão bibliográfica, incluindo legislação vigente e projetos legislativos, doutrinas e jurisprudências relevantes, nacionais e internacionais, obtidas através de literatura especializada e acesso a bancos de dados de universidades brasileiras e estrangeiras.

Ainda na delimitação do estudo efetuou-se uma escolha acadêmica de centralizar a pesquisa nas duas doutrinas mais tradicionalmente debatidas: os direitos de autor e a propriedade industrial. São as historicamente mais desenvolvidas e com um maior volume de

literatura específica. Além disso, englobam a maioria das principais tensões entre valores jurídicos e sociais com as quais a propriedade intelectual se relaciona.

O paradigma preferencial de comparação foi o direito norte-americano. As razões acadêmicas para tanto são: a) a escolha de um sistema baseado na *common-law* permite um contraste com o modelo brasileiro, particularmente na temática dos direitos autorais; b) essa diferença permite uma reflexão crítica sobre pontos sensíveis de cada doutrina; c) nos Estados Unidos surgiram muitas das tecnologias modernas, bem como já existe uma maior assimilação destas pela população, o que, por sua vez, propicia a existência de um maior número de casos concretos para estudo; e d) existir uma forte pressão internacional, realizada pelos próprios Estados Unidos, para a adoção de modelos uniformes de proteção que muito se assemelham aos seus padrões internos.

O trabalho foi desenvolvido em cinco capítulos.

O primeiro capítulo irá prover a compreensão inicial dos direitos de propriedade intelectual, com a demonstração dos elementos de similitude que permitem a classificação das diversas doutrinas dentro de uma só categoria. Para isto, são esboçadas algumas considerações sobre a imaterialidade dos objetos de proteção jurídica; o elemento de exclusividade inerente a tais direitos; a progressiva internacionalização do tema, com a indicação de diversos tratados e destaque para o Acordo *TRIP's – Trade Related Aspects of Intellectual Property* e para a Organização Mundial de Propriedade Intelectual – OMPI; a expressividade e relevância econômica de tais normas perante a economia globalizada e a relação de instrumentalidade com o interesse público.

No segundo capítulo, são apresentadas as justificativas doutrinárias que fundamentam a existência de um sistema de direitos de propriedade intelectual. Demonstram-se, ainda, as implicações que as ideologias subjacentes a cada uma possuem na definição dos limites e forma de proteção legal.

No terceiro capítulo, realiza-se uma investigação das peculiaridades econômicas dos bens intangíveis através do instrumental teórico da Análise Econômica do Direito. O objetivo é demonstrar que os bens intelectuais, em razão de sua natureza imaterial, demandam uma racionalidade diferenciada de outros recursos econômicos materiais. Essas diferenças devem refletir-se na legislação, bem como nas políticas públicas correlatas.

No quarto capítulo, apresenta-se a evolução das formas de proteção das doutrinas da propriedade intelectual tomadas como paradigmas de análise. Demonstrar-se-á uma gênese

comum e uma tendência contínua de ampliação, sempre voltada para aspectos comerciais e econômicos. Ao final do capítulo, analisa-se a erosão das delimitações entre as doutrinas e como a ampliação da tutela jurídica tem favorecido utilizações abusivas e até mesmo patológicas por parte dos titulares desses direitos.

O quinto capítulo trata da evolução da propriedade intelectual nos ordenamentos constitucionais brasileiros, com análise concentrada na Constituição Federal de 1988. Apresenta-se a propriedade intelectual como um sistema de direitos de fundo constitucional, voltados expressamente a promoção do desenvolvimento e relacionados com dois direitos humanos reconhecidos na legislação internacional – o direito dos autores e inventores de usufruir das vantagens decorrentes de suas criações e o direito de todos os indivíduos de beneficiarem-se dos avanços culturais e tecnológicos da sociedade à qual pertencem. Após, é realizado estudo da função social da propriedade intelectual e suas formas efetivação.

Ainda no quinto capítulo, são pontuadas questões relevantes envolvendo propriedade intelectual, valores constitucionais e direitos fundamentais específicos, tais como: o direito fundamental à saúde, o direito fundamental ao ensino e a cultura, os princípios constitucionais de livre concorrência e livre iniciativa e, por último, o princípio constitucional da solidariedade.

Por último, elabora-se um paralelo com o direito ambiental, concluindo pela necessidade de preservação de um “meio ambiente cultural” através de um sistema de propriedade intelectual devidamente equilibrado.

A conclusão do trabalho defende a constitucionalização da interpretação destinada a propriedade intelectual, não só em face das previsões do artigo quinto da Constituição Federal, mas à luz de toda a moldura axiológica constitucional.

Ressalta-se, ainda na conclusão, que todas as diversas problemáticas associadas à propriedade intelectual remetem a uma tensão fundamental entre controle e liberdade, entre a apropriabilidade privada e a titularidade difusa dos bens intelectuais. Necessária, portanto, a revisão constante da propriedade intelectual para compatibilizar os interesses em conflito, bem como a implementação de políticas públicas específicas para a promoção do desenvolvimento cultural e tecnológico do país.

1 PROPRIEDADE INTELECTUAL

1.1 Considerações Preliminares

A Propriedade Intelectual tradicionalmente classifica-se como expressão genérica, correspondendo ao direito de apropriação sobre criações, obras e produções do intelecto, talento e engenho humanos.

O termo surgiu pela primeira vez em 1845, em uma sentença dada pelo juiz Charles Woodbury da Corte de Massachusetts, no caso *Davoll et al. v. Brown*, que envolvia um pedido de patente. Em sua opinião, o magistrado destacou a importância da atribuição de direitos sobre bens imateriais como o meio pelo qual a engenhosidade humana e a perseverança poderiam ser utilizadas para o proveito da coletividade e que "*(...) somente desta forma podemos proteger a propriedade intelectual, o trabalho da mente, a produção e os interesses como o fruto de sua indústria honesta, como o trigo que ele cultiva ou o rebanho que ele cria*".¹

Propriedade Intelectual é, portanto, um conceito abrangente – funcionando como um “guarda-chuva” que engloba uma série de diferentes doutrinas, todas, porém, relacionadas com atividades intelectuais ou com a implementação de idéias, dados e conhecimento em atividades práticas.

Carol Proner ressalta que a idéia de “propriedade intelectual” deve ser entendida como categoria, respondendo aos estímulos econômicos e políticos de cada período histórico, envolvendo: direitos autorais, desenhos e processos industriais, marcas, patentes de invenção, denominações de origem, contratos de transferência de tecnologia, saberes tradicionais - folclore, costumes populares, artes reproduzidas em pintura e escultura -, enfim, temáticas diversas e abrangentes.²

Na lição de Denis Borges Barbosa, compreende-se a noção de Propriedade Intelectual: “*(...) como a de um capítulo do Direito, altissimamente internacionalizado, compreendendo o campo da Propriedade Industrial, dos direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros*”.³

¹ MACHADO, Jorge. Desconstruindo “Propriedade Intelectual”. **Revista Observatório OBS***. Vol. 2, n. 1. 2008. Disponível em: <<http://obs.obercom.pt/index.php/obs/issue/view/10>>. Acesso em: 08/08/08.

² PRONER, Carol. **Propriedade Intelectual: Para uma outra ordem jurídica possível**. São Paulo: Cortez Editora, 2007. p. 3.

³ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. vol. 1. p. 5.

Também ressaltando a relevância internacional, Bettina Augusta Amorim Bulzico assim vislumbra a Propriedade Intelectual:

(...) entende-se a Propriedade Intelectual como um ramo do Direito dotado de forte vínculo com as normas de Direito Internacional em decorrência da sua relação com as práticas comerciais modernas, que compreende a Propriedade Industrial, os direitos autorais e outros que recaiam sobre bens imateriais de vários gêneros. Envolve toda atividade humana de caráter intelectual, que seja passível de agregar valores e que necessite de proteção jurídica.⁴

A expressão consagrou-se a partir da “Convenção de Estocolmo”, de 14 de julho de 1967, com a constituição da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI (World Intellectual Property Organization – WIPO), que, posteriormente, veio a se tornar uma agência especializada dentro do sistema das Nações Unidas, em 17 de dezembro de 1974. No Brasil, a convenção de constituição da OMPI foi promulgada pelo Decreto nº 75.541, de 31 de março de 1975.

O artigo 2º do Tratado de Constituição da OMPI estabelece no seu item “viii”:

For the purposes of this Convention:

[...]

(viii) “intellectual property” shall include the rights relating to:

- literary, artistic and scientific works,*
- performances of performing artists, phonograms, and broadcasts,*
- inventions in all fields of human endeavor,*
- scientific discoveries,*
- industrial designs,*
- trademarks, service marks, and commercial names and designations,*
- protection against unfair competition,*
- and all other rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields.⁵*

A convenção ainda englobou uma série de tratados já existentes sobre os direitos referenciados no seu art. 2º. Destacando-se, a Convenção da União de Paris⁶, que cuida dos

⁴ BULZICO, Bettina Augusta Amorim. Evolução da Regulamentação Internacional da Propriedade Intelectual e os Novos Rumos Para Harmonizar a Legislação. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Unibrasil. Vol 1. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 25.07.08

⁵ No texto do Decreto 75.541/75: “(...)Para os fins da presente Convenção, entende-se por: (...) viii “propriedade intelectual”, os direitos relativos: às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiofusão; às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

⁶ Promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 75.572/75.

inventos de utilidade industrial (“propriedade industrial”) e da Convenção da União de Berna⁷, que cuida das obras literárias e artísticas (“direitos de autor”).

Assim, é possível perceber que o substrato da expressão “propriedade intelectual” originou-se de forma centrípeta, decorrente da convergência e aglutinamento de uma série de doutrinas e ramos jurídicos em torno de aspectos comuns. A própria linguagem da convenção é utilizada de forma a incluir direitos sobre todas as atividades intelectuais em quaisquer campos do conhecimento.

Nesse particular, a “(...) *OMPI* unifica os conceitos, abolindo a tradicional divisão existente no modelo tradicional ou histórico, que separava os direitos dos autores e dos inventores em duas categorias: direito de autor e conexos e propriedade industrial”.⁸

Essas duas doutrinas tiveram papel marcante no desenvolvimento da idéia de propriedade intelectual, gozando de elevado prestígio acadêmico, sendo muitas vezes estudadas como se fossem campos autônomos não-relacionados.

Quanto ao primeiro grupo, estão inclusos os direitos de autor relativos a obras literárias, obras musicais, trabalhos audiovisuais, performances, dentre outras formas de “criação do espírito” fixadas em um determinado meio material (art. 7º da Lei 9.610/98⁹).

Convém, por oportuno, já apontar que as idéias de direito autoral e *copyright* são distintas, porém muitas vezes tomadas erroneamente como sinônimos, em virtude de ambas destinarem-se a tutela de trabalhos expressivos. O *copyright* origina-se nos países da *common law*, com especial destaque para a Inglaterra e para os Estados Unidos. O direito autoral, por sua vez, desponta nos países de tradição romana, sendo notadamente o direito francês uma fonte de referência.

Quanto ao segundo grupo, o direito de patentes é o exemplo por excelência. Tratam-se de direitos relativos às atividades industriais que normalmente guardam relação com a operacionalização de idéias em processos ou diferenciação de produtos industriais. Como exemplos, existem: as patentes de invenção; os modelos de utilidade, os desenhos

⁷ Promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 75.699/75.

⁸ BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 41. n. 162. p. 287-310. abr./jun. 2004. p. 288.

⁹ Lei 9.610/98: Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (...).

industriais, as marcas; as indicações geográficas e a repressão da concorrência desleal, consoante o rol apresentado no art. 2º da Lei 9.279/1997.¹⁰

Outros direitos surgiram e se firmaram ao longo dos séculos XIX e XX: direitos de imagem, desenhos industriais, marcas, obtenções vegetais, topografia de circuitos integrados, softwares, *know-how*, biotecnologia, patrimônio cultural, conhecimentos tradicionais. Passou-se a regular e definir a titularidade de conhecimentos, processos e objetos derivados das revoluções industrial, tecnológica e informacional.

Diante da variedade e diversidade dos objetos, são lógicos os seguintes questionamentos: apesar da dicção aglutinante do tratado, será que se pode realmente falar de um direito da propriedade intelectual abrangendo tantas doutrinas? Será que existem elementos suficientes para identificar uma teoria básica uniforme? Existem realmente notas características nesses diversos grupos de direitos que permitem uma classificação comum?

A resposta é afirmativa. Em todos esses campos existem pontos e princípios comuns que garantem a possibilidade de se conceber a idéia de propriedade intelectual como uma teoria geral de todas as doutrinas e normas jurídicas sobre bens imateriais.

Robert Sherwood, em estudo dos países pioneiros na criação e desenvolvimento dos sistemas de propriedade intelectual, identificou oito elementos comuns às diversas formas de proteção: o conceito de um direito exclusivo; o mecanismo para a criação do direito exclusivo; a duração do direito exclusivo; o interesse público correlato ao direito exclusivo; a negociabilidade desse direito; os acordos informais e entendimentos entre as nações; a vigência do direito exclusivo; e os arranjos de transação para efeitos de mercado.¹¹

Luis Otávio Pimentel, por sua vez, apresenta posição similar, indicando “(...) *entre os elementos comuns, ou nucleares, de toda a propriedade intelectual a imaterialidade do seu objeto (incorpóreo) e o tempo limitado da sua proteção (...)*”.¹²

É possível, portanto, identificar notas características presentes nas diversas doutrinas: a natureza imaterial dos objetos tutelados; a sua expressividade econômica; a profunda internacionalização e o seu caráter instrumental ao interesse público. Cumpre

¹⁰ Lei nº 9279/96: “Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial; III - concessão de registro de marca; IV - repressão às falsas indicações geográficas; e V - repressão à concorrência desleal”.

¹¹ SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: EdUsp. 1992. p. 37.

¹² PIMENTEL, Luís Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. In: **Propriedade Intelectual** – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá Editora. 2005. p 41-60. p. 46.

analisar cada um desses elementos como componentes de uma concepção unificada da propriedade intelectual.

1.2 Bens imateriais/intangíveis e sua natureza jurídica

O direito autoral não garante ao autor necessariamente a propriedade do papel onde seu poema é impresso, da mesma forma que a patente não garante necessariamente ao inventor a propriedade das engrenagens da máquina criada.

De fato, os direitos de propriedade intelectual usualmente asseguram ao seu titular um direito não sobre o bem material onde se expressa a criação do espírito, mas sobre o ato da criação idealmente considerada. Trata-se, portanto, de uma propriedade sobre bens não corpóreos, imateriais, intangíveis.

A idéia de que existem bens sem extensão física remonta ao direito romano, onde se cingiam os bens de natureza corpórea e incorpórea, pelo critério da possibilidade ou não de serem tocados.

Para o direito romano, “(...) *as res classificam-se em corporales e incorporales. As res corporales são as que podem ser percebidas pelos nossos sentidos, (...); as res incorporales são aquelas que se constituem em direitos (res quae in iure consistunt)*”.¹³

Os bens imateriais tutelados pela propriedade intelectual ocorrem “(...) *em virtude da atividade intelectual e inventiva do homem, devidamente regulamentados pelas normas de direito industrial (marcas, patentes, modelos de utilidade e desenhos industriais), bem como das de direito do autor*”.¹⁴

O termo “intelectual” refere-se exatamente a atividade mental humana necessária à própria criação conceitual do bem. Independente do regime específico de proteção, são tutelados bens de natureza imaterial. Este é um padrão comum às diversas doutrinas que compõe um campo de propriedade intelectual.¹⁵

¹³ EBERT, Chamoun. **Instituições de Direito Romano**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 213.

¹⁴ BARROS RODRIGUES, Maria Lúcia. **Do Regime da Propriedade Intelectual e o Empregado Inventor**. Biblioteca Digital da APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Disponível em: <<http://www.apdi.pt/>>. Acesso em: 24/04/08.

¹⁵ GORDON, Wendy J. Intellectual Property. In: CANE, Peter; TUSHNET, Mark (eds.) **The Oxford Handbook of Legal Studies**. Oxford,UK: Oxford University Press, 2003. cap. 28. p. 617-646. p. 618.

Richard Posner sintetiza da seguinte forma,

By intellectual property we mean ideas, inventions, discoveries, symbols, images, expressive works (verbal, visual, musical, theatrical), or in short any potentially valuable human product (broadly, “information”) that has an existence separable from a unique physical embodiment, whether or not the product has actually been “propertized”, that is, brought under a legal regime of property rights.¹⁶

Assim, uma das notas unificadoras é que o bem imaterial que será tutelado é algo que se agrega a um determinado substrato físico e que possui uma realidade ontológica distinta e valor muitas vezes superior ao do componente concreto.

O direito romano já dava conta dessa diferenciação no instituto jurídico da especificação, que “(...) é a transformação de uma matéria-prima alheia em uma coisa com nova individualidade (nova species), por exemplo, de um bloco de mármore em estátua”.¹⁷

Dentre os jurisconsultos romanos, os Proculianos, julgavam que a forma preponderava sobre a matéria, incumbindo à aquisição da propriedade ao especificador. Tal concepção permanece até os dias atuais, com a especificação prevista no Código Civil nos Art. 1269 e Art. 1270.

Apesar de tal previsão ser mais claramente aplicável no campo das artes (em esculturas, pinturas e obras plásticas), ainda assim é forte indicativo de que a ordem jurídica vislumbra um elemento de propriedade nessa criação do espírito, corroborando a pertinência do aspecto de propriedade em propriedade intelectual.

Nessa linha de raciocínio, Gabriel Di Blasi entende que:

A propriedade intelectual volta-se para o estudo das concepções inerentes aos bens incorpóreos que, de modo geral, podem ser enquadrados nas categorias: artísticas, técnicas e científicas.

[...]

A propriedade intelectual procura regular as ligações do autor, ou criador com o bem incorpóreo. Estatui as regras de procedimento para a obtenção do privilégio, bem como das autoridades que intervêm nessa matéria.¹⁸

¹⁶ POSNER, Richard A.; LANDES, William M. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 1. Tradução livre: “Por propriedade intelectual queremos dizer idéias, invenções, descobertas, símbolos, imagens, trabalhos expressivos (verbal, visual, musical, teatral), em síntese qualquer produto humano que tenha potencial valor (de forma ampla, “informação”) e que tenha existência separada de um substrato físico, queira ou não este produto tenha sido privatizado, isto é, trazido a um sistema legal de direitos de propriedade.”

¹⁷ EBERT, Chamoun. **Instituições de Direito Romano**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 246.

¹⁸ DI BLASI, Gabriel. **A propriedade industrial:** os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 29.

Firmada essa peculiaridade dos bens imateriais, cumpre perquerir a natureza jurídica dos mesmos. Esta é objeto de debate acadêmico por não ser perfeitamente enquadrada na divisão clássica do direito privado, ou seja, direitos pessoais, obrigacionais e reais.¹⁹

As duas mais célebres doutrinas da propriedade intelectual – os direitos de propriedade industrial e os direitos autorais – recebem diversas interpretações tanto para adequá-las a classificação civilista tradicional, como para advogar a necessidade da criação de uma nova classe de direitos.

Para Orlando Gomes, os direitos intelectuais não podem ser confundidos com a propriedade comum, embora possuam caracteres similares. Nas palavras do autor:

O fenômeno da propriedade incorpórea explica-se como reflexo do valor psicológico da idéia de propriedade, emprestado pela persistente concepção burguesa do mundo. Embora esses direitos novos tenham semelhança com o de propriedade, por isso que também são exclusivos e absolutos, com ela não se confundem. A assimilação é tecnicamente falsa. Poderiam, contudo, enquadrar-se numa categoria à parte, que, alhures, denominamos, quase-propriedade, submetida a regras próprias.²⁰

Carlos Alberto Bittar também aponta para um caráter *sui generis* dos direitos intelectuais ao tratar do direito autoral:

São direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais, quanto patrimoniais, do autor com sua obra, de índole especial, própria, ou *sui generis*, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual.²¹

Note-se que no direito autoral fica particularmente clara a existência de uma tensão entre as noções morais e patrimoniais. Inegável que há um *quantum* de pessoalidade, especialmente em virtude do apelo à pessoa do criador, porém os direitos conferidos sobre bens intelectuais também se voltam marcadamente para a exploração econômica.

João Gama Cerqueira destaca os dois perfis ao tratar dos conflitos e incompatibilidades entre teorias que apontam para direitos pessoais e outras que apontam para direitos patrimoniais:

O direito de autor representa, pois, um poder de domínio (*potere di signoria*) sobre um bem imaterial (*jus in re intellectuali*), o qual, pela natureza especial deste bem, abrange, no seu conteúdo, faculdades de ordem pessoal e faculdades de ordem

¹⁹ LABRUNIE, Jaques. **Direito de Patentes**. São Paulo: Manole, 2006. p. 8.

²⁰ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 318

²¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 11.

patrimonial. Este direito deve ser qualificado como direito pessoal-patrimonial, e a denominação que mais lhe convém é a de direito de autor.²²

A legislação autoral expressamente referencia as duas naturezas de direitos: os de ordem moral e os de ordem econômico-patrimonial – art. 22 da Lei nº 9.609/98. Firma-se, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria dual dos direitos de autor, estando os mesmos tradicionalmente inseridos na seara do direito civil.²³

Essa concepção dual poderia ainda induzir a falaciosa conclusão de que os direitos morais do autor seriam direitos de personalidade e os direitos patrimoniais seriam – de alguma forma – direitos reais sobre o bem imaterial. É nesse sentido o posicionamento de Maria Luiza de Saboia Campos, para quem o “(...) *Direito Autoral, tendo-se como um direito especial, é dotado de duplo caráter: moral e o patrimonial, de natureza híbrida, direito de personalidade e direito de propriedade, respectivamente*”.²⁴

Duas objeções são possíveis. A primeira, como bem adverte o Pe. Bruno Jorge Hammes, é de que o direito moral não deve ser confundido com o direito de personalidade geral do autor, pois, em verdade, se trata de uma proteção que existe para salvaguardar a continuidade da relação entre a pessoa do autor e a obra, enquanto manifestação do espírito daquele.²⁵

A segunda, é que a concepção clássica de propriedade foi concebida em relação aos bens corpóreos, razão pela qual o tradicional direito das coisas não estaria adequado a tal modalidade de direitos.²⁶

Ainda assim, existem doutrinadores que indicam que as características peculiares dos bens imateriais não desnaturam a possibilidade de configuração de um direito de propriedade dentro da ordem jurídica. Túlio Ascarelli, tratando dos direitos de patente, argumenta que é possível sustentar, não obstante o caráter resolúvel, que se trata de um direito absoluto sobre um bem imaterial.²⁷

²² CERQUEIRA, João Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. vol. 1. p. 94.

²³ ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora Brasil, 2002. p. 34.

²⁴ SABOIA CAMPOS, Maria Luiza. O Direito de Autor na Obra Fotográfica. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo. Vol. 47, Ano 13. p. 18-28. Jan/Mar. 1989. p. 20.

²⁵ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998. p. 70.

²⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil - Direito das coisas**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 24.

²⁷ ASCARELLI, Tullio. **Panorama de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 200.

No mesmo sentido, a posição de Luiz Leonardos, para quem o direito de propriedade industrial “(...) é um direito absoluto, patrimonial, oponível *erga omnes*, ou seja, o seu titular dispõe do *usus*, do *fructus* e do *abusus* sobre os bens que constituem o seu objeto”. Conclui ao final “(...) afirmando que o titular do direito de uma invenção patenteada é titular de um direito de propriedade, idêntico a qualquer outra propriedade do direito comum, como regulada no Código Civil”.²⁸

Nesse mesmo viés, Gama Cerqueira caracteriza os direitos de propriedade intelectual como direitos reais:

(...) o direito do autor e do inventor é um direito privado patrimonial, de caráter real, constituindo uma propriedade móvel, em regra temporária e resolúvel, que tem por objeto uma coisa ou bem imaterial; denomina-se, por isto, propriedade imaterial, para indicar a natureza de seu objeto.²⁹

Uma crítica possível à configuração de um direito sobre os bens imateriais, é de que não existiria um determinado “bem” ou “coisa” imaterial. Por exemplo, o direito marcário pode a ser estudado não como o direito que protege a propriedade sobre a “marca”, mas sim um conjunto de normas contra a fraude e proteção do consumidor.³⁰

Nessa esteira de raciocínio, a propriedade industrial poderia ser vista como um conjunto de normas de fomento industrial e a exclusividade (“propriedade”) temporária sobre o invento seria um tipo peculiar de subsídio. Os direitos autorais, por sua vez, não como instrumentos asseguratórios do controle absoluto dos autores sobre suas obras, mas uma forma de política pública de promoção cultural e de ensino.

A definição da existência ou não de “propriedade” depende do próprio entendimento que se tem deste instituto e das justificações utilizadas para a existência dos direitos de propriedade intelectual. Maiores considerações serão tratadas no capítulo terceiro.

²⁸ LEONARDOS, Luiz. *Apud*. LABRUNIE, Jacques. **Direito de Patentes**. São Paulo: Manole, 2006. p. 11.

²⁹ CERQUEIRA, João Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. vol. 1. p. 130.

³⁰ GORDON, Wendy J. Intellectual Property. In: CANE, Peter; TUSHNET, Mark (eds.) **The Oxford Handbook of Legal Studies**. Oxford,UK: Oxford University Press, 2003. cap. 28. p. 617-646. p. 618.

1.3 Conceito de um direito exclusivo

Os direitos de propriedade intelectual conferem ao titular um direito de exclusividade sobre a utilização e aproveitamento de determinado bem imaterial, produto da mente ou criação do espírito.

Contudo, a exclusividade é diferente para bens imateriais e materiais. Para estes últimos, a natureza dos objetos não permite a utilização simultânea por duas ou mais pessoas – corolário da lei da física de que dois corpos não podem ocupar o mesmo lugar no espaço.

Por exemplo, duas pessoas não podem utilizar o mesmo carro em duas cidades diferentes ao mesmo tempo. A natureza física do carro implica na exclusividade de sua utilização. Nesse ponto, destaca-se a importância da idéia de posse, como forma de exercício dessa exclusividade.

Os bens imateriais, por sua vez, não obedecem a esta dinâmica. Na verdade, a regra é inversa. Diversas pessoas no mundo inteiro podem escutar a mesma música, ao mesmo tempo, sem que isso esgote a própria música. A música, idealmente considerada, não se exaure com a utilização ou aproveitamento de várias pessoas.

Desta forma, é comum a todas as doutrinas da propriedade intelectual a criação artificial – jurídica – de mecanismos para viabilizar a exclusividade. No caso da música, o sistema de propriedade intelectual assegura ao artista o controle de sua criação, ou seja, compete-lhe exclusivamente o direito de autorizar ou não a reprodução, por exemplo.

Ao contrário da propriedade material, não é a contingência física da utilização, associada ao próprio direito de utilização que assegura a exclusividade. No caso dos bens imateriais é a ordem jurídica que cria mecanismos e medidas processuais outorgadas ao titular do direito de propriedade intelectual para barrar o uso de terceiros.

Desta natureza peculiar ainda decorrem dois elementos comuns indicados por Sherwood: o mecanismo para a criação do direito e a duração do direito exclusivo.

A exclusividade artificialmente criada explicita critérios e procedimentos para que surja o direito, bem como estabelece o prazo de duração do mesmo. Essa limitação temporal seria o equivalente a dizer que se trata de uma propriedade resolúvel como regra, em contraste com a propriedade usual sobre bens materiais.

Tais particularidades dos bens imateriais vão implicar em toda uma teoria econômica própria que será abordada no capítulo terceiro.

1.4 Internacionalização do tema

A crescente interação entre os estados, especialmente no tocante às searas econômicas e culturais torna necessária uma preocupação com a efetiva harmonização dos sistemas de proteção da propriedade intelectual.

A crescente volatilidade do capital internacional, além da dependência deste por grande parte dos países, atua como um forte estímulo para que as nações adotem padrões que se harmonizam com os mesmos *standards* de proteção utilizados por países detentores de tecnologia. O comércio internacional cada vez mais está repleto de produtos cuja maior parte do valor agregado é decorrente de novas tecnologias e *know-how*. Informações e conhecimentos tornaram-se *commodities*, demandando, portanto, proteção.

Sobre esta necessidade de implementação de modelos e sistemas de proteção à propriedade intelectual, Maristela Basso assim se posiciona:

Aquela antiga condição de que gozavam os Estados, no modelo tradicional ou histórico, anterior à Segunda Guerra, de optar por implementar ou não, políticas de proteção à propriedade intelectual, torna-se inviável no modelo atual, perante os compromissos internacionais, cada vez mais numerosos, assumidos pelos Estados, e às pressões dos setores privados nacionais e transnacionais.³¹

Esta difusão de paradigmas de tutela da propriedade intelectual tem se intensificado ao longo da evolução destes direitos, sendo possível delimitar períodos ou fases de forma a deixar claro o profundo interesse econômico e comercial a impulsionar essa uniformidade de proteção.

1.4.1 Períodos

Segundo Luis Otávio Pimentel, a tutela dos direitos intelectuais, em particular do sistema de patentes, pode ser dividida em três fases históricas: a fase onde predomina a

³¹ BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 41. n. 162. p. 287-310. abr./jun. 2004. p. 290.

concepção de direitos intelectuais sobre inventos como privilégios feudais, a fase das idéias liberais que inspiraram a Revolução Francesa e a Independência Americana e a fase da internacionalização do sistema de patentes, iniciada com a Convenção da União de Paris (CUP).³²

Nuno Pires de Carvalho, seguindo a lição de Pimentel, aponta as mesmas três fases históricas, acrescentando uma possível quarta, caracterizada por uma reação dos países em desenvolvimento contra o desequilíbrio do sistema internacional em favor dos interesses dos países desenvolvidos, sem que se promova uma efetiva difusão e compartilhamento dos avanços tecnológicos.³³

Na seara do *copyright*/direito autoral, a divisão das fases de evolução histórica também pode ser estruturada de forma similar a dos direitos de propriedade industrial. Paul Edwar Geller as divide em três fases históricas.³⁴

A primeira, denominada período pré-*copyright*, relaciona-se com as culturas e civilizações de tradição oral, não se verificando proteção sistematizada. A segunda etapa é a intitulada de “*copyright* clássico”, marcada pelo surgimento e expansão de um mercado literário e possuindo como marco as legislações inglesas sobre privilégios de impressão de trabalhos literários e a legislação pertinente criada no curso da Revolução Francesa. A terceira etapa é a do “*copyright* global”, marcada pelo surgimento de uma indústria cultural, a expansão dos direitos sobre novos tipos de mídias, bem como a internacionalização do sistema através de sua essencialidade para o comércio e economia globais.

Devido a esta evolução análoga, identifica-se um movimento uniforme de desenvolvimento das doutrinas de propriedade intelectual, inseridas num contexto mais amplo.

Peter Drahos divide em três períodos a evolução dos sistemas de propriedade intelectual enquanto conjunto. O período territorial, o período internacional e, atualmente, o período global, assim são descritos:

³² PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial: As funções do direito de patentes**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 68-69.

³³ CARVALHO, Nuno Tomaz Pires. O sistema brasileiro de patentes: o mito e a realidade. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano XXII, n. 52, p. 34-43, Out/Dez. 1983. p. 37.

³⁴ GELLER, Paul Edward. Copyright history and the future: What's culture got to do with it? **Journal of the Copyright Society of the USA**. Vol. 47. p. 209-264. 2000. p. 210 *et seq.*

The protection of intellectual property at an international level can roughly be divided into three periods. The first period, the territorial period, is essentially characterized by an absence of international protection.

The second, the international period, begins in Europe towards the end of the 19th century with some countries agreeing to the formation of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 1883 (the Paris Convention) and a similar group agreeing to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1886 (the Berne Convention).

The third period, the global period, has its origins in the linkage that the United States of America (the U.S.A) made between trade and intellectual property in the 1980s, a linkage which emerged at a multilateral level in the form of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1994 (the TRIPS Agreement). The dates of the various conventions do not represent a sharp epochal divide. They do mark a significant change in the evolutionary direction of intellectual property protection.³⁵

Na lição do autor, esses três períodos refletem que a propriedade intelectual deixa de ser um elemento de política interna, para galgar relevância internacional, demandado acordos entre nações, inicialmente sobre cada doutrina específica, para, posteriormente, ocorrer uma significativa uniformização ao redor do globo em torno de princípios e preceitos comuns.

Já para Daniel Gervais é possível caracterizar quatro fases principais que sucederam o período em que direitos de propriedade intelectual se identificavam com privilégio reais sobre invenções e impressões de livros. Para o autor, as fases históricas de evolução da propriedade intelectual:

The first phase predates the major treaties and corresponds to the growth of bilateral relations in the field of intellectual property in the nineteenth century. The second and third phases are marked by the adoption of the major treaties in this field, in particular the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (hereinafter the .Paris Convention.), the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (hereinafter the .Berne Convention.) and Annex 1C of the 1994 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (hereinafter the .TRIPS Agreement.). The main difference between phases two and three is the increasing importance of trade rules as the background to intellectual property negotiations. The current, fourth phase is perhaps the most challenging ever. (...)

³⁵ DRAHOS, Peter. **The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development. WIPO Papers.** Disponível em: <<http://www.wipo.int/>>. Acesso em:08/08/08. Tradução livre: “A proteção da propriedade intelectual em nível internacional pode ser dividida basicamente em três períodos. O primeiro período, o período territorial, é essencialmente caracterizado por uma ausência de proteção internacional. O segundo, o período internacional, começa na Europa ao final do século XIX com alguns países aderindo à formação da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, 1883 (a Convenção de Paris) e um grupo similar de países aderindo à Convenção de Berna para a Proteção de Trabalhos Literários e Artísticos, 1886 (a Convenção de Berna). O terceiro período, o período global, tem suas origens na relação que os Estados Unidos criaram entre o comércio e a propriedade intelectual nos idos de 1980, uma relação da qual emergiu em nível multilateral na forma do acordo sobre os aspectos relacionados ao comércio da propriedade intelectual em 1994 (o Acordo TRIPs). As datas das várias convenções não representam uma divisão de épocas definitiva. Elas marcam uma mudança significativa na direção da evolução da proteção da propriedade intelectual.”

The intellectual property communities are currently facing several important challenges. Foremost among these are the protection of databases; relations between authors and publishers/producers; the legal regime on technical measures of protection; international exhaustion; protecting biotechnological patents; and the intellectual property/competition law interface.³⁶

A divisão de Gervais corrobora o entendimento de que a evolução dos tratados internacionais se deu em torno de uma idéia conjunta de propriedade intelectual. Além disso, fica patente que o fio condutor dessa evolução foi a importância econômica para o comércio e desenvolvimento das nações.

1.4.2 Organização específica no sistema das Nações Unidas

A propriedade intelectual possuiu uma entidade específica no sistema das Nações Unidas, a OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual, para cuidar da harmonização internacional e administrar os diversos tratados existentes sobre a matéria.

A OMPI teve como precursores a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial - "Convenção de Paris", de 20 de março de 1883, e a Convenção da União de Berna para a Proteção das Obras Artísticas e Literárias - "Convenção de Berna", de 9 de setembro de 1886. Os tratados cuidam exatamente dos dois mais famosos ramos da propriedade intelectual: propriedade industrial e direitos autorais.

Para obter-se aplicabilidade prática, cada convenção criou pequenos escritórios sede, de modo a instrumentalizar as disposições dos tratados. Em 1893, a junção desses escritórios deu gênese a uma organização internacional chamada de *United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property*, (*Bureaux Internacionaux Reunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle* – BIRPI, acrônimo mais conhecido) sediada em Berna, que desempenhou papel fundamental na construção da atual mentalidade e promoção da propriedade intelectual.

³⁶ GERVAIS, Daniel J. The Internationalization of Intellectual Property: New Challenges from the Very Old and the Very New. **Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal**. Vol. 12. Book 4. p. 929-990. 2002. p. 930-931. Tradução livre: "A primeira fase predava os maiores tratados e corresponde ao aumento das relações bilaterais no campo da propriedade intelectual no século XIX a segunda e terceira fases são marcadas pela adoção de grandes tratados nessa seara, em particular a Convenção de Paris, a Convenção de Berna e o Acordo TRIPs. A grande diferença entre as fases dois e três é a crescente importância das regras comerciais como pano de fundo das negociações envolvendo propriedade intelectual. A atual quarta fase é talvez a mais desafiadora. As comunidades que lidam com propriedade intelectual estão a lidar com vários e importantes desafios. Dentre os principais estão a proteção de databases; a relação entre autores e editores/produtores; o regime legal das medidas técnicas de proteção; exaustão internacional de direitos; proteção de patentes de biotecnologia e a interface entre propriedade intelectual e a tutela da concorrência."

Em 1960, a entidade deslocou-se para Genebra de modo a ficar mais perto das Nações Unidas. A nomenclatura atual somente surgiu com a Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI (Estocolmo, 14 de Julho de 1967). Quase uma década depois, em 1974, a entidade tornou-se uma agência especializada dentro dos quadros das Nações Unidas competente para matérias relativas à propriedade intelectual.

Consagrando ainda mais sua importância, destaca-se a celebração de um acordo de cooperação com a OMC – Organização Mundial do Comércio (Genebra, 22 de dezembro de 1995), para administrar, fiscalizar e operacionalizar a proteção de direitos da propriedade intelectual, servindo ainda de apoio técnico aos diversos países membros da OMC para fornecer subsídios relativos à propriedade intelectual.³⁷

1.4.3 Multiplicidade de tratados internacionais sobre Propriedade Intelectual

A OMPI tem desenvolvido e servido de ponto de apoio para diversos sistemas internacionais de proteção à propriedade intelectual. Dentre esses sistemas, pode-se destacar o *Patent Cooperation Treaty* – PCT (Washington, 19 de junho de 1970). Trata-se provavelmente do mais famoso e disseminado sistema de proteção de obras de propriedade intelectual operando sob o conceito de validade internacional de proteção mediante o pedido interno de proteção, ou seja, a proteção interna a uma das nações signatárias transfere-se aos outros países membros.

Além da OMPI e dos tratados por ela administrados, cumpre salientar a existência de uma miríade de outros sistemas globais de proteção para temas específicos da propriedade intelectual, por exemplo: Tratado de Budapeste sobre o depósito de micro-organismos para fins de patente (Budapeste, 1977); Acordo de Madri sobre o registro internacional de marcas (Madrid, 1981); Acordo de Lisboa sobre a proteção das indicações de origem e seu registro internacional (Lisboa, 1958); Acordo de Haia sobre depósito internacional de designs industriais (Haia, 1934).

Ainda para ilustração, existem outras diversas convenções internacionais igualmente relevantes na seara da propriedade intelectual: Convenção Interamericana sobre Direitos de Autor em Obras Literárias, Científicas e Artísticas (Washington, 1946); Convenção Internacional para a Proteção aos Artistas Intérpretes Contra a Reprodução não

³⁷ Disponível em: <<http://www.wipo.int>>.

Autorizada de seus Fonogramas (Roma, 1961); Convenção para a proteção de Produtores de Fonogramas Contra a Reprodução não Autorizada de seus Fonogramas (Genebra, 1971) e Tratado sobre o Registro Internacional de Obras Audiovisuais (Genebra, 1989); Tratado de Nairóbi para a proteção do símbolo olímpico atribuído ao Comitê Olímpico Internacional (Nairóbi, 1981); Tratado de Madri para repressão a falsas indicações de origem de produtos (Madri, 1891); Convenção de Bruxelas sobre programas relativos a sinais transmitidos via satélite (Bruxelas, 1974).

Mais recentes e já direcionados aos problemas que a Internet, a multiplicação das redes de trocas de informações e as novas tecnologias digitais trouxeram sobre os modelos tradicionais de proteção à propriedade intelectual, existem dois importantes tratados, ambos de 1996: Tratado da OMPI sobre *Copyright* e o Tratado da OMPI sobre Performances e Fonogramas.

A internacionalização do tema e sua relevância para as relações comerciais e internacionais são tão intensas que existem tratados cuidando até mesmo da uniformização e classificação de informações e procedimentos: Acordo de Estrasburgo sobre classificação internacional de patentes (Estrasburgo, 1971); Acordo de Nice sobre classificação internacional de produtos e serviços para o registro de marcas (Nice, 1957); Acordo de Viena sobre as classificações de elementos figurativos em marcas (Viena, 1973); Acordo de Locarno sobre classificação internacional de *designs* industriais (Suíça, 1968).

Feitas essas considerações iniciais, fica claro que, num cenário de descentralização global dos pólos industriais, é de grande interesse para os países mais desenvolvidos a existência de um sistema internacional efetivo de proteção à propriedade intelectual. Para as nações, a existência ou não de um sistema de proteção interno à propriedade intelectual pode ser determinante para a obtenção de investimentos estrangeiros.

1.4.5 O Acordo TRIP's

A temática da propriedade intelectual ainda é detentora de um dos mais importantes tratados para a economia global, o acordo *TRIP's – Trade Related Aspects of Intellectual Property* –, “Anexo 1C” do Acordo Constitutivo da OMC – Organização Mundial do Comércio³⁸, decorrente de um processo de negociação do tema no âmbito do *GATT* –

³⁸ Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 1.355/94.

General Agreement on Tariffs and Trade (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), na Rodada Uruguaia. O TRIP's integrou o *single undertaking* da OMC, ou seja, incluía-se no conjunto obrigatório de acordos a serem aceitos, sem a possibilidade de reservas, sob pena do não ingresso na OMC.³⁹

O TRIP's foi menos um acordo e mais uma imposição de padrões elevados de proteção à propriedade intelectual realizada pelo grupo de países desenvolvidos aos países em desenvolvimento. Uma dicotomia entre os interesses do “norte” em face do “sul” ficou clara durante as negociações.

As controvérsias já se iniciavam quanto ao fórum adequado para o debate sobre a propriedade intelectual. Os países do “sul” argumentavam que o *GATT* relacionava-se primordialmente com o comércio e circulação de mercadorias, não com direitos pessoais de propriedade sobre bens intangíveis. O fórum adequado sobre esta temática seria a OMPI, que por sua vez, admitia maiores flexibilidades para os países membros.⁴⁰

Os Estados Unidos utilizaram seu poder econômico e o acesso ao mercado americano para pressionar as outras nações a aderir ao TRIP's. Com esse intuito, os EUA reformularam sua legislação interna, especialmente o corpo de normas que ficou conhecido como *Special 301 Provisions*.⁴¹ A seção 301 do *Trade Act of 1974* permite ao governo americano retirar benefícios ou impor ônus sobre produtos oriundos de outros países.

As *special provisions* determinavam que fossem identificados países que não possuíssem um sistema adequado de proteção à propriedade intelectual ou que negassem acesso justo e igualitário ao mercado interno para detentores americanos de ativos intelectuais.⁴²

Os primeiros alvos foram os países em desenvolvimento, especialmente Índia e Brasil, que atuavam como líderes regionais. Ambos foram colocados em uma categoria especial de atenção para a análise dos níveis de proteção à propriedade intelectual.

Peter Drahos esclarece que além de ser um líder dos países em desenvolvimento nas negociações multilaterais, havia outras razões para dissolver a oposição brasileira aos

³⁹ VARELLA, Marcelo Dias; MARINHO, Maria Edelvacy. A Propriedade Intelectual na OMC. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**. Brasília, v. 2, n. 2, p.136-153, jul./dez. 2005. p. 136.

⁴⁰ DRAHOS, Peter. Negotiating Intellectual Property Rights. In: **Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development**. DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth (ed.). New York: Palgrave Macmillan, 2006. p. 161-182. p. 170.

⁴¹ A seção 301 do *Trade Act of 1974* permite ao governo americano retirar benefícios ou impor ônus sobre produtos oriundos de outros países.

⁴² DRAHOS, Peter. Negotiating Intellectual Property Rights. *Op. cit.* p. 169.

objetivos americanos: “*There was a second vital reason to discipline Brazil. It was a regional leader in South America. For the US pharmaceutical and information technology sectors there could only be one voice on intellectual property policy in the Americas*”.⁴³

Através dessa pressão econômica sobre produtos brasileiros, bem como através de ofertas de acesso ao mercado de produtos agrícolas para outros países em desenvolvimento, foi-se armando uma rede de acordos bilaterais que redundaram na aceitação posterior do TRIP’s como parte constitutiva da OMC.

O ponto central a ser observado é que o Acordo TRIP’s não surgiu de um consenso entre países soberanos negociando em paridade de condições. De fato, para Peter Drahos, o acordo falha no teste dos três requisitos necessários para que pudesse ser caracterizado como uma negociação democrática e livre: a) a participação integral de todos os países em desenvolvimento; b) informação integral dos assuntos e temas negociados; e c) a ausência de coerção.⁴⁴

As negociações não contaram com todos os países em desenvolvimento, bem como os acordos foram negociados através da expansão de “círculos de consenso”. Grupos de países desenvolvidos determinavam os pontos chave da negociação e expandiam as propostas a um número maior de países participantes até que os objetivos do grupo inicial fossem sendo homogeneizados nos círculos subseqüentes. Tal situação gera uma assimetria de informações entre os países ao longo das negociações.

O TRIP’s, portanto, já se revela um ponto de preocupação constitucional, afetando as idéias de soberania, independência nacional e autodeterminação dos povos⁴⁵, pois suas regras foram talhadas muito mais para atender interesses econômicos do que valores relativos ao desenvolvimento interno dos participantes.

Esse perfil marcadamente de mercado e orientado para interesses econômicos faz do TRIP’s alvo de diversas críticas, especialmente pela comodificação do conhecimento e regulação da matéria voltada para direitos privados.

⁴³ DRAHOS, Peter. Negotiating Intellectual Property Rights. In: **Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development**. DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth (ed.). New York: Palgrave Macmillan, 2006. p. 161-182. p. 171. Tradução livre: “Existia uma segunda razão vital para disciplinar o Brasil. Ele era um líder regional na América do Sul para as indústrias farmacêutica e da tecnologia da informação americana somente poderia haver uma única voz sobre a política de propriedade intelectual nas Américas.”

⁴⁴ DRAHOS, Peter. Negotiating Intellectual Property Rights. *Op. cit.* p. 168-169.

⁴⁵ Art. 1º, inciso I; e Art. 4º, inciso I e III, da Constituição Federal de 1988.

1.4.6 Tratados Bilaterais

Apesar da existência de tratados multilaterais sobre vários dos pontos relativos à propriedade intelectual, verifica-se uma expansão ainda maior da regulação em tratados bilaterais. Esta tendência é capitaneada pela iniciativa estadunidense de desenvolver uma agenda global em prol de formas mais amplas e rigorosas de proteção aos direitos sobre bens intelectuais.

Um dos veículos de expansão desses *standards* de proteção são os acordos de livre-comércio. As diversas nações em desenvolvimento utilizam sua adesão a regimes de propriedade intelectual mais restritos e rigorosos como moeda de troca para ter acesso a novos mercados e a investimentos estrangeiros.⁴⁶

O nível de proteção à propriedade intelectual é ampliado não através de fóruns multilaterais sobre o tema, mas sim de acordos bilaterais entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, quase sempre em favor dos primeiros.⁴⁷

Sobreleva-se o interesse meramente econômico quando o mecanismo utilizado para pactuar padrões mais rigorosos e abrangentes de proteção são os *BIT's* – *Bilateral Investment Treaties*, que “(...) são dedicados aos investimentos estrangeiros, e contêm, dentre outras disposições, obrigações explícitas de proteger direitos de propriedade intelectual considerando-os investimentos”.⁴⁸

A multiplicação desses sistemas bilaterais cria um padrão de proteção mais elevado e com menores flexibilidades do que as estabelecidos no Acordo *TRIP's*, identificado como *TRIP's plus*, ou ainda, *TRIP's-extra*.

Essa diversidade de *BIT's* é ilustrativa da tendência mundial de ampliação no escopo de objetos e de matérias apropriáveis frente ao surgimento de diversas novas tecnologias. Destacando-se as tecnologias de comunicação em massa, particularmente após a revolução operada com a difusão da Internet; os avanços na biotecnologia, bem como outras tecnologias de aplicação industrial, *softwares*, nanotecnologias, dentre outras.

⁴⁶ KNOWLTON, Brian. *U.S. Plays It Tough on Copyright Rules*. *International Herald Tribune*. Disponível em: <<http://www.iht.com/articles/2005/10/03/business/iprtrade.php>>. Acesso em: 01/08/07.

⁴⁷ BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual na era Pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 48.

⁴⁸ BASSO, Maristela. *Op. cit.* p. 48.

Esses desenvolvimentos estão inter-relacionados e tornaram a compreensão da propriedade intelectual um verdadeiro pressuposto para a interpretação dos atuais valores econômicos, sociais e políticos. Tal interpretação, por sua vez, possui uma série de implicações práticas relativas a direitos humanos (e fundamentais), incluindo: desenvolvimento econômico; saúde pública; educação; alimentação e agricultura; privacidade; liberdade de expressão e cultura de uma forma geral.⁴⁹

No plano internacional, essas preocupações se revelam de forma em diversos momentos. No Rio de Janeiro, os participantes da “Eco 92”, firmaram a Convenção sobre Diversidade Biológica⁵⁰, reconhecendo a soberania das nações sobre seus recursos biológicos como uma forma de preservar a biodiversidade. Quase dez anos mais tarde, em Doha, a Organização Mundial do Comércio declarou que a propriedade intelectual não deveria constituir um óbice para a adoção de medidas para proteção da saúde pública. Em 2004, a Assembléia Geral da Organização Mundial de Propriedade Intelectual buscou comprometer a entidade com uma agenda de desenvolvimento global.⁵¹

Estes são apenas alguns exemplos que bem demonstram que os direitos de propriedade intelectual perpassam pontos importantes nas políticas internas e externas das nações, corroborando o entendimento de que a propriedade intelectual como universal e essencial para as agendas sociais, culturais e econômicas dos estados. Essa importância é desfrutada pelas diversas doutrinas, inserindo-se, portanto, na teoria geral da propriedade intelectual.

Além disso, já se deixa antever o interesse de trazer à propriedade intelectual uma perspectiva teórica dos direitos essenciais da humanidade, seja sob a denominação de direitos humanos ou fundamentais.

1.5 Expressividade e relevância econômica

De uma forma genérica, é possível dizer que os direitos de propriedade intelectual são direitos à utilização, fruição e exploração de “informações”. Por “informações”,

⁴⁹ HELFER, Laurence. Toward a human rights framework for Intellectual Property. **University of California – UC Davis Law Review**. Vol. 40. Issue 3. 2006. p. 971-1020. p. 973.

⁵⁰ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 2.519/98.

⁵¹ SUNDER, Madhavi. Foreword. **University of California – UC Davis Law Review**. Vol. 40. Issue 3. 2006. p. 563-580. p. 7.

entendam-se processos, dados, conhecimentos aplicados, ou seja, tecnologia. Na lição de Luis Otávio Pimentel:

Na linguagem econômica, em especial, (...) o termo tecnologia é empregado para designar o conjunto de conhecimentos aplicados pelo homem para atingir determinados fins, sendo que as inovações tecnológicas determinam, quase sempre, uma elevação dos índices de produção e um aumento da produtividade do trabalho.⁵²

No mundo atual, é inegável que a tecnologia consubstanciou-se cada vez mais num pilar da economia global. Alguns estudiosos chegam a caracterizar a tecnologia como um dos fatores de produção ao lado do capital, trabalho e recursos naturais. Daniela Zaits assim pondera sobre esse destaque:

A expressão ‘tecnologia’, independentemente das várias acepções que o termo comporta, é utilizada para designar conhecimentos, bens intangíveis, portanto. Esses bens intangíveis passaram a ser fator decisivo para o crescimento econômico dos diversos países, a ponto que uma das principais fontes de riqueza de um Estado passou a ser, predominantemente, o ‘capital intelectual’.⁵³

Ainda nesse sentido:

(...) o termo tecnologia é empregado no tráfego econômico-industrial como uma espécie de guarda-chuva, onde se abriga tudo o que está relacionado com os ativos intangíveis vinculados ao processo produtivo da empresa. (...) Em uma concepção ampla, pode-se definir tecnologia como o conjunto de conhecimentos científicos cuja adequada utilização pode ser fonte de utilidade ou benefícios para a Humanidade. De maneira mais restrita, pode-se conceituar a tecnologia como o conjunto de conhecimentos e informações próprio de uma obra, que pode ser utilizado de forma sistemática para o desenho, desenvolvimento e fabricação de produtos ou a prestação de serviços.⁵⁴

De fato, os ativos intangíveis – a propriedade intelectual – são parte vital das operações das grandes corporações multinacionais. Diversos segmentos industriais só são possíveis em virtude da existência de um sistema de propriedade intelectual. Por exemplo, a “indústria do entretenimento” tem por base um sistema de direitos autorais, *copyrights* e direitos de imagem; a “indústria farmacêutica” e a “indústria da biotecnologia” tem por base as patentes das drogas desenvolvidas, a patenteabilidade de micro-organismos e os segredos de negócio (*trade secrets*); a “indústria do software” depende da proteção legal dos programas de computador.

⁵² PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial: As funções do direito de patentes**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 27-28.

⁵³ ZAITS, Daniela. **Direito & Know-How. Uso, Transmissão e Proteção dos Conhecimentos Técnicos ou Comerciais de Valor econômico**. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 23.

⁵⁴ LIMA ASSAFIM, João Marcelo. **A transferência de tecnologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 13.

Efetivamente todos os segmentos da economia dependem de alguma forma de tecnologia, sinal distintivo ou marca como instrumento de competitividade no mercado.

A aptidão dos direitos sobre bens imateriais de circular em um ambiente de mercado é favorecida pela própria criação normativa dos mesmos, considerados bens móveis para efeitos legais (Art. 5º da Lei 9.279/96 e Art. 3º da Lei 9.610/98).⁵⁵

Essa importância atual, sem dúvida acarreta a característica mais marcante e presente em todos os ramos da propriedade intelectual desde a sua constituição: a expansão.⁵⁶ Seja no ramo do direito autoral, pelas extensões de proteção às obras literárias e artísticas, seja no ramo da propriedade industrial com o vertiginoso crescimento de aplicações e concessões de patentes.

Para José de Oliveira Ascensão, a “(...) *expansão do âmbito dos direitos intelectuais é acompanhada por um reforço constante dos poderes assegurados aos titulares. Um dos aspectos mais salientes está na incessante redução dos limites dos direitos intelectuais*”.⁵⁷

O sistema internacional de proteção de direitos de propriedade intelectual brevemente descrito acima gera ainda uma profunda influência nos modelos econômicos dos países. O TRIP's possui explicitamente como uma de suas razões fundamentais o interesse de completar as deficiências do sistema de proteção da propriedade intelectual da OMPI e a necessidade de vincular, definitivamente, o tema ao comércio internacional.⁵⁸

O próprio conceito de uma *New Economy*, tão alardeada durante a década de noventa nos Estados Unidos, teve por base o surgimento de novas tecnologias digitais e de telecomunicações, que por sua vez, não só são elas próprias reguladas, como também veiculam conteúdos regulados por direitos de propriedade intelectual.⁵⁹

Ganham relevância e expressividade tanto na mídia como no meio acadêmico, expressões como *knowledge economy* e *global knowledge economy*. Esta última traduz a

⁵⁵ Lei 9.279/96: “Art. 5º Consideram-se bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de propriedade industrial.” Lei 9.610/98: “Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.”

⁵⁶ FISHER, William W. **The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas.** Berkman Center for Internet and Society. Harvard University. Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/property99/history.html>>. Acesso em: 08/08/08.

⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. **Revista da ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região.** Pernambuco, nº 3. 2002. p. 125-145. p. 126.

⁵⁸ Decreto Presidencial nº 1.355/94.

⁵⁹ PAULRE, Bernard E. **Is the New Economy a Useful Concept?** Paris 1 CNRS ISYS Working Paper No. 2000-5. Setembro/2000. Disponível em: <http://econpapers.repec.org/paper/halwpaper/halshs-00226422_5Fv1.htm>. Acesso em: 08/08/08.

importância do conhecimento, em todas as suas formas, para o modelo produtivo e econômico da humanidade. Observe-se que: “*Producir, pois, significa transformar bens naturais em riquezas econômicas, mediante a inteligência e a técnica*”.⁶⁰

É exatamente esse elemento transformativo – o binômio inteligência e técnica – que tem se tornado o pilar da competitividade no mercado global. Assim, os ativos intangíveis, vistos como recursos empresariais, vão constituir uma nova forma de capital, o “capital intelectual”, assim definido por Leif Edvinsson e Michael Malone:

(...) a capacidade intelectual humana, nomes de produtos e marcas registradas e até mesmo ativos contabilizados a custo histórico, que se transformam ao longo do tempo em bens de grande valor (como, por exemplo, uma floresta adquirida há um século e que agora é uma propriedade imobiliária valorizada).⁶¹

A idéia de capital intelectual pode ser abordada sob três aspectos: capital humano, capital estrutural e capital de clientes assim definidos:

Capital humano é toda capacidade, conhecimento, habilidade e experiência individuais dos empregados e gerentes. Capital de estrutura é o arcabouço, a infra-estrutura que apóia o capital humano, e também a capacidade organizacional, incluindo os sistemas físicos utilizados para transmitir e armazenar conhecimento intelectual. Capital de clientes é o valor do relacionamento com os clientes.⁶²

Não só uma nova forma de capital empresarial, o conhecimento e a própria cultura tornam-se mercadorias a abastecer e circular no mercado.

Nesse particular, José de Oliveira Ascensão, fazendo uma análise sobre a mercantilização do direito autoral, que pode ser facilmente estendida aos demais ramos da propriedade intelectual, destaca que a preocupação atual está longe de ser o desenvolvimento cultural ou o avanço científico e tecnológico da humanidade. O objetivo é a comodificação do conhecimento e a expansão do mercado:

(...) a mercantilização do direito autoral, que passa a beneficiar, acima de tudo, as empresas de copyright. É muito significativo que a entidade hoje dominante do regime jurídico internacional não seja a Unesco, nem sequer a Organização Mundial de Propriedade Intelectual: é a Omc, porque o direito de autor se converteu ele próprio em mercadoria.⁶³

⁶⁰ GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 105.

⁶¹ EDVINSSON, Leif; MALONE, Michael S. **Capital Intelectual: descobrindo o valor real de sua empresa pela identificação de seus valores internos**. São Paulo: Makron Books, 1998. p. 93.

⁶² EDVINSSON, Leif; MALONE, Michael S. *Op cit.* p. 31.

⁶³ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Prefácio. In: CRIBARI, Isabela (org.). **Produção Cultural e Propriedade Intelectual**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco – Editora Massangana, 2006. p. 14-17. p. 15.

Nesse sentido, (...) para as empresas, a posse do capital físico está se tornando marginal ao processo econômico e até desnecessário e incômodo. Em contraposição, agora a fonte da riqueza é o capital intelectual: conhecimentos estratégicos, marcas, patentes, conceitos, enfim, propriedade intelectual.⁶⁴

Marcos Wachowicz, caracterizando a relevância dos bens intelectuais na sociedade atual, os compara em importância aos recursos naturais que foram base da “Revolução Industrial”:

O bem intelectual na Sociedade da Informação paulatinamente passa a ser considerado tão valioso quanto, para a Revolução Industrial, foram os recursos das matérias-primas do carvão, do ferro e do óleo. Isto com nítida vantagem e diferença em relação a estes últimos, por se tratar de recursos naturais limitados e não-renováveis, ao passo que o bem intelectual é um recurso indefinidamente renovável.⁶⁵

Corroborando este entendimento, segue a bela síntese de Vandana Shiva,

“Today, land and gold have given way to knowledge as the wealth of nations. Property in factories, minerals, real estate and gold is being rapidly replaced by property in products of the mind or ‘intellectual property’. Patents which refer to knowledge as ‘property’ remain an instrument of colonization. While colonial wars of the past were fought over geographical territory, colonization today is based on war over intellectual territory.”⁶⁶

De fato, é possível observar que as diversas doutrinas de proteção da propriedade intelectual têm permitido o surgimento de uma nova forma de “pacto colonial”. Os países desenvolvidos se tornam consumidores cativos das tecnologias e conhecimentos que, por sua vez, são “propriedade” dos países desenvolvidos.

Os custos incorridos na obtenção da permissão para utilização dessas tecnologias é outro fator que drena ainda mais os recursos dos países não desenvolvidos. A título de ilustração, indaga-se: é necessário vender quantas toneladas de soja para adquirir não a propriedade, mas a simples permissão de uso, de um programa de computador?

⁶⁴ ROVER, Aires J. O Direito Intelectual e seus Paradoxos. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 33-38. p. 36.

⁶⁵ WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação.** Curitiba: Juruá Editora, 2004. p. 96.

⁶⁶ SHIVA, Vandana. **Protect or Plunder? Understanding Intellectual Property Rights.** London: Zed Books, 2001. p. 18. Tradução livre: “Hoje, terras e ouro deram lugar ao conhecimento como a riqueza das nações. Propriedade em indústrias minerais, terrenos e ouro, está sendo rapidamente substituída por produtos da mente ou propriedade intelectual. Patentes que referenciam o conhecimento como propriedade permanecem como um instrumento de colonização. Enquanto as guerras coloniais do passado foram batalhas sobre territórios geográficos, a colonização atual é baseada numa guerra sobre os territórios intelectuais.”

Assim, uma nota comum às diversas doutrinas da propriedade intelectual é a sua relevância econômica. A influência sobre o mercado é tamanha que, tanto o Tratado de Constituição da OMPI, como a Lei de Propriedade Industrial brasileira tiveram que declarar que a proteção contra a concorrência desleal nela está inserida.

À primeira vista, esta proteção à concorrência parece destoar do restante de direitos intelectuais, contudo, os direitos de propriedade intelectual são, na verdade, direitos que moldam o próprio processo produtivo e a economia. Assim, é pertinente incluir nessa gama de direitos a tutela contra as distorções econômicas que podem surgir do exercício (abusivo) desses direitos intelectuais.

1.6 Instrumentalidade ao interesse público

Para Sherwood, os direitos de propriedade intelectual relacionam-se diretamente com o interesse público em duas vertentes: tanto a sua existência serve a um interesse público, como o seu escopo deve submeter-se a supremacia do mesmo.⁶⁷

Na primeira vertente, os direitos de propriedade intelectual têm sua existência justificada pelo interesse público simultâneo de: a) reconhecer os autores e inventores pelas suas criações; e de b) estimular que os mesmos produzam novos produtos e informações para a sociedade. Objetiva-se um ciclo contínuo de inovação e com ele o desenvolvimento econômico.

Independentemente do ramo específico, tais direitos são vistos como um instrumento (e até mesmo como política legislativa) necessário para estimular o desenvolvimento cultural e tecnológico das sociedades.

Na segunda vertente, os direitos de propriedade intelectual devem sempre se compatibilizar com a preeminência do interesse público. Por esta razão, a legislação pertinente possui mecanismos de restrição de direitos em prol de interesses da coletividade.

Adianta-se alguns exemplos que serão estudados no capítulo quinto: o licenciamento compulsório (Art. 71 da Lei 9.279/96, regulado pelo Decreto 3.201/99) e as patentes de interesse da defesa nacional (art. 75 da Lei 9.279/96) no campo da propriedade

⁶⁷ SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: EdUsp. 1992. p. 46.

industrial. Já na seara do direito autoral, as limitações que permitem a reprodução de textos para fins de estudo, crítica e ensino (hipóteses do art. 46 da Lei 9.610/98).

Essa estreita relação com o interesse público é sugestiva de que é possível fazer uma inversão na lógica tradicional associada ao tema. É possível que o sistema exista não para garantir os direitos individuais perante a coletividade, mas para garantir o interesse coletivo através da atribuição desses direitos.

Trata-se de uma reconstrução que pode ser aplicada de forma geral para as doutrinas de propriedade intelectual e, na opinião deste trabalho, parece ser mais adequada à moldura axiológica da Constituição Federal de 1988 e aos objetivos dos tratados internacionais.

1.7 Confirmação da existência de uma teoria geral

Os pontos aqui identificados são comuns e recorrentes nas diversas doutrinas que formam a propriedade intelectual. Desta forma, é possível falar em um fundamento, uma teoria geral e um instrumental teórico único para a análise jurídica desses ramos sob a perspectiva de uma teoria geral.

A relevância econômica de tais direitos aliada à idéia de que os bens imateriais apresentam características distintas dos bens físicos, permite inferir ainda que deve existir uma teoria econômica própria a ser formulada, de modo a permitir uma análise normativa dos institutos e do ordenamento jurídico em relação à propriedade intelectual.

A compreensão dessa base comum da propriedade intelectual permitirá uma melhor visualização dos impactos que os direitos intelectuais causam na sociedade, especialmente no tocante aos efeitos sobre o desenvolvimento econômico e cultural.

2 JUSTIFICATIVAS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

2.1 Considerações Preliminares

Além da existência de um *quantum comum* às diversas doutrinas, faz-se necessária investigação das justificativas para a existência da propriedade intelectual.

De acordo com a fundamentação adotada, a natureza dos direitos protegidos sofrerá alterações e os objetivos que o sistema de propriedade intelectual irá perseguir serão diferenciados. Até mesmo as ponderações com outros valores constitucionais serão diferentes.

Todavia, no contexto jurídico atual, os direitos de propriedade intelectual muitas vezes são tomados como auto-evidentes e justificados como mero corolário dos direitos de propriedade.

Essa postura não é mais adequada, pois suscita uma análise puramente descritiva de quais são e como operam os direitos de propriedade intelectual, ao contrário da necessária perspectiva normativa com a qual devem ser abordados.

Existem fundamentações que identificam a propriedade intelectual como um direito natural do homem, decorrente do seu labor ou de sua própria personalidade, que estão em contraste com outra gama de teorias que buscam fundamento nos efeitos econômicos que um sistema de propriedade intelectual possui, tanto para estimular a inovação e o desenvolvimento tecnológico, como em critérios de eficiência na utilização e distribuição de produtos intelectuais.

Essa variedade e até mesmo disparidade de justificativas serve para ilustrar um questionamento essencial à propriedade intelectual: se a mesma deve ser vislumbrada como o reconhecimento da ordem jurídica dos direitos dos criadores, ou se deve ser instrumento normativo utilitário que estimula a produção de conhecimento útil, maximizando o bem-estar social.

Para uma melhor elucidação da questão, procede-se ao estudo das teorias desenvolvidas. Inicialmente, aquelas que adotam uma perspectiva de fundamentação jus-filosófica, utilizando concepções de direito natural ou de personalidade. Depois, teorias de cunho utilitarista que apresentam justificações econômicas *ex-ante* e *ex-post* relativamente à produção de bens intelectuais.

2.2 Perspectiva Lockeana

Toda teoria que pretende explicar a propriedade deve fazer necessária referência à clássica e ainda influente teoria liberal de John Locke, retratada no famoso “Segundo Tratado sobre o Governo”.

Locke descreve no quinto capítulo de sua obra, dedicado à propriedade, um estado de natureza onde a terra e todos os seus frutos são tidos em comum, como um presente divino. Esse patrimônio comum da humanidade é tido como o conjunto de todos os bens e materiais providos pela própria natureza, em um estado identificado como “natureza desassistida”. Tais bens, não obstante possuírem valor imediato pequeno, são extremamente valorizados através do trabalho.⁶⁸

Locke, deriva uma linha de raciocínio da noção intuitiva de direito exclusivo em si mesmo e tal direito, sendo projetado sobre um bem através do trabalho, é a origem da propriedade:

Embora a terra e todos os seus frutos sejam propriedade comum a todos os homens, cada homem tem uma propriedade particular em sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo. O trabalho de seus braços e a obra das suas mãos, pode-se afirmar, são propriamente dele. Seja o que for que ele retire da natureza no estado em que lho forneceu e no qual o deixou, mistura-se e superpõe-se ao próprio trabalho, acrescentando-lhe algo que pertence ao homem e, por isso mesmo, tornando-o propriedade dele. Retirando-o do estado comum que a natureza o colocou, agregou-lhe com seu trabalho um valor que o exclui do direito comum de outros homens. Uma vez que esse trabalho é propriedade exclusiva do trabalhador, nenhum outro homem tem direito ao que foi agregado, pelo menos quando houver bastante e tão bom em comum para os demais.⁶⁹ (grifado e negrito)

Dois pontos principais podem ser destacados.

Primeiro, dentro da perspectiva lockeana, é o trabalho que se mistura com o bem natural o que gera o título de propriedade.

Segundo, na própria gênese da idéia de propriedade existe uma limitação de quanto pode ser retirado do patrimônio comum. Deve-se manter no patrimônio comum da humanidade o suficiente para que outros possam dele retirar o seu sustento através do

⁶⁸ DAMSTEDT, Benjamin G. Limiting Locke: A Natural Law Justification for the Fair Use Doctrine. **Yale Law Review**. Issue 5. Vol. 112. p. 1179-1221. 2003. p. 1191.

⁶⁹ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 38.

trabalho. Ninguém pode adquirir além da sua capacidade de consumo gerando um desperdício dos recursos da humanidade.

Tais limitações podem ser vistas até mesmo como uma forma de pensar a função social da propriedade.

Assim, dentro de uma perspectiva lockeana, a propriedade privada individual é um movimento da esfera do coletivo para o privado. O mecanismo que promove este movimento é o trabalho, criando uma corrente de um pólo a outro.

A teoria é bastante interessante para justificar que bens imateriais devem ser regulados através da atribuição de direitos de propriedade. De fato, se o elemento de gênese da propriedade é a realização de trabalho sobre o bem, os bens imateriais desenvolvidos através de esforço humano são tão apropriáveis quanto os frutos de uma plantação.

A teoria possui um apelo intuitivo para justificar direitos de propriedade sobre bens intelectuais, pois o bem produzido está indissociavelmente ligado ao labor intelectual do autor ou inventor.

Assim, ao trazer o foco da discussão para os direitos dos autores e inventores em razão de seu trabalho inventivo, a idéia de uma propriedade intelectual com os mesmos contornos da propriedade física torna-se mais palpável. Mais ainda, esta invoca a ideologia liberal de que a propriedade é um direito natural, justificada como decorrente da necessidade do ser humano atingir a sua finalidade natural – prover não só a sua subsistência, mas a sua felicidade e bem-estar social.⁷⁰

Trata-se ainda de uma questão de igualdade, se há o reconhecimento do direito de propriedade em razão do trabalho exercido sobre bens físicos, por que não garantir o mesmo tratamento para o labor exercido sobre bens imateriais? Não seriam ambos de igual dignidade?⁷¹

O modelo lockeano está claramente centrado na idéia da dignidade do trabalho como elemento que justifica o surgimento da propriedade. Os doutrinadores que justificam a existência de direitos de propriedade sobre bens imateriais com base nas fundações filosóficas desenvolvidas por Locke estão, na verdade, tomando emprestada a dignidade do trabalho e do direito do próprio trabalhador sobre seu trabalho.

⁷⁰ PALMER, Tom G. Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 13. Issue 3. p. 817-865. 1990. p. 822.

⁷¹ Numa nota particular, a Constituição Federal Brasileira de 1988 expressamente proclama a igualdade do trabalho manual, técnico ou intelectual e dos profissionais respectivos, no art. 7º, inciso “XXXII”.

É possível, entretanto, uma crítica a essa justificativa, pois a propriedade intelectual, especialmente na sociedade contemporânea, está concentrada não nas mãos dos criadores originários, mas nos portfólios e carteiras de ativos de grandes corporações.

Tomando o ordenamento jurídico brasileiro como exemplo, é possível verificar que muitas vezes a alocação dos direitos de propriedade relativos às invenções não é feita no efetivo criador, mas no detentor de capital. O art. 88 da Lei da Propriedade Industrial – Lei 9.279/96 e o art. 4º da Lei dos Programas de Computador – Lei 9.609/98 trazem previsões específicas de que nos casos onde existe um contrato de trabalho os produtos criados pertencem exclusivamente ao empregador e não ao efetivo criador – o empregado.⁷²

Mais ainda, o parágrafo segundo do art. 88 da Lei de Propriedade Industrial chega a estabelecer uma presunção relativa de que a titularidade dos materiais produzidos é do empregador, se criados durante o período de trabalho. A lei ainda é bastante clara e incisiva ao estabelecer que não haja qualquer remuneração devida além do salário como contraprestação.

No direito comparado norte-americano, até mesmo a concepção de autor passa a ser flexibilizada para admitir que a autoria esteja dissociada da pessoa física do criador. O *Copyright Act of 1976*, estatuto americano ainda em vigor que estabelece a tutela jurídica dos direitos de *copyright*, inicialmente se destina à proteção do indivíduo como autor, porém cria uma situação interessante nos casos de *work-for-hire*.

A doutrina do *work-for-hire* cria uma situação em que, para determinados tipos de trabalho, o autor é aquele que o encomendou, permitindo que até mesmo pessoas jurídicas sejam consideradas autoras.⁷³

⁷² Lei 9.279/96: Art. 88. A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado. § 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado. § 2º Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício. Lei 9.610/98: Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

⁷³ No original: *A Work Made For Hire - In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright.* (17 U.S.C. Sec 101. § 201, b).

José de Oliveira Ascensão, tratando da situação atual dos direitos de autor, faz severa crítica contra a concentração da proteção jurídica, não no autor, mas nas empresas de mídia:

Empola-se efetivamente a proteção, mas não já para proteger o autor. O que surge em primeiro plano é a proteção da empresa – no caso, todo o sector das chamadas indústrias de copyright.

A proteção reclamada para o autor vai na realidade beneficiar estas empresas, para quem os direitos afinal revertem.

Com isto o discurso legitimador vigente deixa de proceder.

O fundamento da proteção acrescida não está na propriedade, porque esta se fundava em direito natural originado pela criação e a criação afinal apaga-se. **O autor/criador não é o fito da proteção. Será quando muito o pretexto: aquele de quem se fala, mas não aquele que fala ou para quem se fala.**⁷⁴

(grifado e negritado)

O mesmo raciocínio também é válido na percepção histórica do *copyright*. Siva Vaidhyanathan apresenta a mesma preocupação de Ascensão:

*All along, the author was deployed as a straw man in the debate. **The unrewarded authorial genius was used as a rhetorical distraction that appealed to American romantic individualism.** As copyright historian Lyman Ray Patterson has articulated, copyright has in the twentieth century really been about the rights of publishers first, authors second, and the public a distant third. If we continue to skewer this “straw man” of authorship with our dull scholarly bayonets, **we will miss the important issues: ownership, control, access, and use.***⁷⁵

(grifado e negritado)

Assim, a teoria lockeana enfrenta diversos problemas quando confrontada com a realidade atual e a *práxis* econômica que envolve os direitos de propriedade intelectual. Não somente objeções de ordem prática são possíveis, como também de ordem teórico-acadêmicas.

O apelo de indicar como forma de aquisição originária da propriedade a incidência de trabalho sobre bens da natureza é passível da crítica de que em alguns casos produz uma inversão. Por que o simples fato de determinado indivíduo adicionar algo que possui – o trabalho – a algo que não possui – determinado bem da natureza – é suficiente para

⁷⁴ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *apud.* BARBOSA, Denis Borges. **Usucapião de Patentes e Outros estudos de Propriedade Intelectual.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 89.

⁷⁵ VAIDHYANATHAN, Siva. **Copyrights and Copywrongs. The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity.** New York: New York University Press, 2003. p. 11. Tradução livre: “Desde sempre, a figura do autor foi usada como um coringa no debate. O gênio autoral não recompensado era usado como uma distração retórica que apelava ao individualismo romântico norte-americano. Como um historiador Lyman Ray Patterson articulou o copyright no século XIX relaciona-se na verdade com os direitos dos editores primeiro, autores em segundo, e o público num distante terceiro lugar. Se continuarmos utilizando o coringa do autor iremos perder noção das questões principais: titularidade, controle, acesso, e uso”.

atribuir propriedade sobre o bem antes não possuído, ao invés de ser uma simples maneira de “perder” o trabalho realizado?

Robert Nozick apresenta como ilustração a situação de alguém que é dono de uma garrafa com suco de tomate e a derrama no oceano. Neste caso, ao misturar as moléculas do suco com a água, o indivíduo adquiriu o oceano ou simplesmente perdeu o suco?⁷⁶

Outra crítica possível é que a teoria tem como pressuposto que a propriedade é o retorno pelo investimento que se faz em forma de labor. Tal premissa pode até mesmo ser compatível com a apropriação de bens materiais, porém é particularmente problemática quando aplicada a bens intelectuais.

Primeiro, é questionável a própria possibilidade de existência de trabalho em relação aos bens intelectuais. Adotada a premissa da originalidade, de que um trabalho intelectual não existia e passou a ser em razão da criação humana, não há um determinado bem natural anterior no qual foi infundido trabalho para justificar a propriedade nos termos de uma interpretação lockeana estrita.

Nesse viés há concepção eclesiástica, no medievo, de que não há autoria, pois as criações decorriam da inspiração divina, ou seja, seriam inadequadas para a apropriação individual.

Contudo, independentemente de misturar labor a algum elemento pré-existente quando da criação de um novo bem imaterial, o autor estaria a introduzir no mundo, um novo valor e, portanto, não seria justo privá-lo da propriedade sobre este valor criado.⁷⁷

Tal justificativa, porém, não estará mais centrada numa idéia de que o trabalho misturou-se com uma criação, mas sim, num apelo moral de justa compensação para aquele que empreendeu esforços com a criação de um determinado bem.

Seria possível ainda reconciliar a idéia clássica de originalidade com a noção de que toda criação de conteúdo intelectual de alguma forma depende de um horizonte cultural comum. Mesmo as teorias e idéias mais inovadoras carecem de elementos imateriais comuns da humanidade, a exemplo da linguagem, para se expressar.

⁷⁶ NOZICK, Robert. *Anarchy, state and utopia*. New York: Basic Books, 1974. p. 174.

⁷⁷ HIMMA, Kenneth. *The Justification of Intellectual Property: Contemporary Philosophical Disputes*. Berkeley Center for Law and Technology. Paper 21. 2006. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bclt/Its/21>>. Acesso em: 06/06/2008. p. 19.

Desta forma, o trabalho realizado pelo inventor ou autor está em utilizar os conhecimentos comuns a todos e elaborá-los de uma nova forma, adquirindo, portanto, a propriedade sobre os mesmos.

Contudo, a efetiva outorga de propriedade sobre bens imateriais em razão do trabalho pode entrar em conflito com o direito de outros em razão do próprio labor. Por exemplo, o critério para a concessão de patentes é a prioridade no depósito. Mesmo que dois indivíduos desenvolvam uma tecnologia similar, somente terá a proteção àquele que primeiro atender aos requisitos e procedimentos legais para a concessão da patente.

Fosse um direito de propriedade em razão do labor, ambos deveriam ter resguardado o direito de propriedade, o que não ocorre. Mais uma vez, a *práxis* entra em conflito com uma teoria lockeana pura.

Ponto comum de todas as construções em torno da visão de Locke é o forte elemento moral, ou seja, de que aquele que exerceu trabalho sobre determinados bens possui justo título de propriedade sobre o bem criado. O autor, criador ou inventor merece a propriedade do bem criado.⁷⁸

Perseguindo esta idéia moral, não fica distante a associação da criação à própria personalidade do criador. Observe-se, ainda, que os bens imateriais são usualmente referenciados como criações do espírito humano, ou seja, em relação direta com a personalidade.

2.3 Propriedade Intelectual e Personalidade

São diversas as teorias que tentam atribuir como justificação aos direitos de propriedade a idéia de personalidade. Autores germânicos fazem uma identificação entre os dois aspectos.

Inicialmente, Wilhelm Von Humboldt identificava a idéia de propriedade com a noção de desenvolvimento humano. Trata-se de uma reconstrução da teoria lockeana, porém com ênfase não mais na persecução da sobrevivência e bem estar, mas de propriedade como elemento de desenvolvimento da esfera humana de liberdade.

⁷⁸ PALMER, Tom G. Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 13. Issue 3. p. 817-865. 1990. p. 827.

Em contraste com tal posicionamento, Hegel afirma que a propriedade não é um elemento necessário ao homem na persecução de suas finalidades, mas sim, a própria manifestação do desenvolvimento humano.⁷⁹

Na concepção hegeliana, as etapas de realização do humano envolvem uma concretização da personalidade meramente potencial em efetiva através de uma exteriorização no mundo empírico. Uma dessas formas de desenvolvimento é a idéia de propriedade que seria uma “objetificação” da própria personalidade.⁸⁰ Particularmente à propriedade intelectual, fica ainda mais marcante a relação do bem intelectual com a personalidade do autor.

Até mesmo Kant abordou a temática da propriedade intelectual, como direito de propriedade, em trabalho específico sobre a injustiça da pirataria de livros. Mais ainda, Kant faz uma clara distinção entre a entidade física que seria o livro enquanto substrato material – papel, capa, etc – e o livro enquanto mensagem do autor para outrem. Desta forma, o livro ou qualquer outro trabalho literário seria não só uma mercadoria, mas um exercício da expressão do autor que não pode ser alienado.

Tais concepções trazem à tona o aspecto moral da criação. Particularmente, a dicotomia existente na seara do direito autoral: direitos morais e direitos patrimoniais. No tocante aos primeiros, a idéia de uma identificação entre a personalidade e a integridade do trabalho, o direito de ser reconhecido como autor, parece justificar sua existência.

Tal linha de argumentação é mais pertinente à concepção continental de direitos sobre obras artísticas e literárias. Particularmente no direito francês, o qual possuiu profunda influência sobre o modelo brasileiro, há uma expressiva preocupação com os direitos morais dos autores e artistas.

Na seara internacional, essa preocupação com um aspecto moral de tais direitos se fez constar na Convenção de Berna. No art. 6 *bis* consta o reconhecimento de que o ato de criação artística compreende mais do que a simples expectativa de retorno econômico financeiro.

⁷⁹ PALMER, Tom G. Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 13. Issue 3. p. 817-865. 1990. p. 837.

⁸⁰ BELL, Abraham; PARCZOMOVSKY, Gideon. **What Property Is**. University of Pennsylvania Law School ILE – Institute for Law and Economics. Research Paper nº 04-05. 2004. Disponível em: <http://works.bepress.com/abraham_bell/5>. Acesso em: 08/08/08.

Tal preocupação com o âmbito moral dos autores figura até mesmo na doutrina americana quando, em 1990, o Congresso Americano introduziu legislação que veio alterar o *Copyright Act* para incluir novos dispositivos⁸¹ que atribuem direitos morais aos autores de trabalhos de arte visual.

Posner e Landes afirmam que antes da entrada dos Estados Unidos na União de Berna em 1989, já existiam legislações estaduais salvaguardando formas de direitos morais, começando com a Califórnia em 1979. Além disso, ocasionalmente, o próprio *Copyright Act*, através de hermenêutica jurídica, era interpretado judicialmente para conferir proteção análoga a direitos morais.⁸²

Contudo, tão somente a idéia de personalidade não responde satisfatoriamente como justificativa à existência de outras restrições imponíveis a terceiros que os direitos de propriedade intelectual conferem a seus titulares.

Outra crítica possível no tocante às obras de arte, é que o valor do trabalho não está no meio físico pelo qual ele se expressa. O valor encontra-se na experiência íntima de cada apreciador, sendo o bem imaterial ontologicamente diferente para cada indivíduo.

Além disso, a idéia de uma relação estreita entre a criação e a obra gera contradições entre um dos cânones básicos, tanto do direito autoral como do *copyright*, que é o controle da realização de cópias. Numa ilustração ofertada pelo próprio Hegel: “*artistic reproductions are so peculiarly the property of the individual artist that a copy of a work of art is essentially a product of the copyist's own mental and technical ability*”.⁸³

Na linha de raciocínio dessas teorias, os artistas que realizassem performances de canções ou expressões coreográficas criadas por outros artistas teriam propriedade sobre sua interpretação, não devendo nada aos autores originais, pois se estaria diante uma nova propriedade.

Além disso, as mesmas críticas relativas à *praxe* atual da propriedade intelectual feitas no tópico passado também são cabíveis aqui, especialmente porque as teorias de personalidade reforçam a idéia de vinculação entre o criador e o bem intelectual, fomentando

⁸¹ *Copyright Act* (17 U.S.C. § 106-A).

⁸² POSNER, Richard A.; LANDES, William M. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 270.

⁸³ PALMER, Tom G. Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 13. Issue 3. p. 817-865. 1990. p. 841. Tradução livre: “Reproduções artísticas são tão propriedade do artista individual que a cópia de uma obra de arte é essencialmente um produto da habilidade técnica e mental do copista”.

ainda mais uma idéia romântica do autor, enquanto indivíduo inspirado que através de grande sofrimento e empenho pessoal é o único responsável pela gênese da obra de arte.

Tais teorias não foram talhadas para apreender as diversas formas de criação colaborativa e coletiva que os novos meios de comunicação e redes digitais criaram e não explicam o processo de criação cultural e intelectual como um esforço cumulativo e colaborativo das sociedades humanas.

Na atualidade, destacam-se os direitos de propriedade intelectual da comunidade e da coletividade e a necessidade de proteção aos conhecimentos tradicionais de povos indígenas, por exemplo.

Logo, as teorias com fundamentação em um suposto direito natural ou de direitos decorrentes da extensão da personalidade humana não explicam as formas atuais dos direitos de propriedade intelectual, especialmente quanto a sua dinâmica econômico-social e os efeitos sobre a cultura e o desenvolvimento global.

2.4 Justificações Econômicas da Propriedade Intelectual

Com efeito, sendo o conhecimento e a informação elementos centrais do mercado global, a relevância econômica já indicada aos direitos de propriedade intelectual tende a ser uma nota característica de sua constituição. Assim, desenvolvem-se uma miríade de teorias que justificam ora a existência de um sistema como um todo, ora de direitos específicos, em razão dos custos e efeitos econômicos que os mesmos possuem no seio social.

Doyen Roubier, indicando uma não-conformidade dos direitos de propriedade intelectual com a clássica divisão civil, classificava os direitos de propriedade intelectual como direitos de clientela, ou seja, direitos que têm por função assegurar ou proteger a clientela. Outras teorias classificam tais direitos como direitos de monopólio, focando a análise no caráter exclusivo dos direitos.⁸⁴

De uma forma geral, há um ponto de consenso. As teorias advogam que os direitos de propriedade intelectual são necessários para permitir que autores e inventores tenham incentivos suficientes para continuar criando. Do contrário, na ausência de tal sistema, não teriam oportunidade de recuperar os investimentos efetuados.

⁸⁴ LABRUNIE, Jacques. **Direito de Patentes**. São Paulo: Manole, 2006. p. 10.

Sherwood relata que, embora a proteção dos ativos intelectuais tenha se iniciado como algo intuitivo, surgiram teorias sobre a razão pela qual se dá esta proteção e estas têm orientado e justificado as políticas legislativas sobre o tema. Para o autor, estas se dividem em: “recompensa”; “recuperação”, “incentivo” e “risco”:

A teoria da recompensa, diz, na verdade, que o criador ou inventor daquilo que deve ser protegido deveria ser recompensado por seu esforço.

[...]

A teoria da recuperação diz, talvez sem meditar muito, que o inventor ou criador, por ter despendido esforço, tempo e dinheiro, deveria ter a oportunidade de recuperar algo do que gastou.

[...]

A teoria do incentivo diz que é bom atrair esforço e recursos para o trabalho e desenvolvimento da criatividade, descobrimento e inventividade.

[...]

(...) teoria do risco (...) reconhece que a propriedade intelectual é o resultado de um trabalho desbravador, e que este trabalho possui um risco inerente.⁸⁵

No mesmo viés de classificação, a doutrina americana divide em três grandes grupos as teorias que tem embasado a justificativa de um sistema de proteção: teorias da “recompensa através de monopólio”; teorias do “incentivo pelos lucros com o monopólio” e teorias de “troca pelos segredos”.⁸⁶

As teorias buscam lastro na constatação de que o indivíduo merece compensação em virtude dos gastos com a criação de forma proporcional a sua utilidade social, bem como de maneira a garantir um incentivo para o contínuo desenvolvimento da tecnologia e da cultura.

Tais formas de recompensa e/ou incentivo viriam por meio de uma exclusividade temporária sobre a idéia ou invenção, reconhecida pelo Estado. Assim, as maneiras mais simples, baratas e efetivas para que a sociedade garantisse tais estímulos seria permitir monopólios temporários na forma de direitos exclusivos: patentes de invenções na seara industrial e direitos autorais/*copyright* na seara cultural.⁸⁷

Também é bastante claro que as teorias apresentadas buscam suporte em um fundamento de justiça, ou seja, nas idéias de necessária recompensa aos inventores, de justa recuperação dos investimentos realizados.

⁸⁵ SHERWOOD, Robert. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: EdUsp. 1992. p. 46-47.

⁸⁶ POPP, Shane M. The Third Door Is off the Hinges: A Prospective Study on the Effects of the create Act Against Federal Patent Policies. **John Marshall Review of Intellectual Property Law**. p. 597-607. Spring 2005. p. 604.

⁸⁷ POPP, Shane M. *Op. cit.* p. 604.

A abordagem da justificação dos direitos de propriedade intelectual centraliza-se na pessoa dos criadores, ou seja, em justificativas do mérito ou da justa atribuição aos autores e inventores.

Esta perspectiva está sujeita às mesmas críticas anteriormente formuladas em relação à incapacidade dos modelos de explicar a prática atual no campo do direito de propriedade intelectual.

A idéia de reconhecimento, seja moral ou patrimonial dos autores, é uma preocupação válida, porém, o interesse na existência do sistema de propriedade intelectual ultrapassa razões individuais. É possível encontrar justificativas que tomam por base o interesse da própria sociedade na criação e difusão de novos trabalhos e tecnologias. Aires J. Rover bem sintetiza da seguinte forma:

Estas transformações provocadas pela revolução tecnológica, aliadas às próprias características da informação, põem em discussão um dos principais objetivos da Propriedade Intelectual: o equilíbrio entre os interesses particulares dos produtores e o interesse público, da sociedade. A Propriedade Intelectual sempre esteve apoiada na idéia de que aquele que cria uma obra deve receber um retorno sobre o seu esforço e dedicação, como incentivo para novas criações e a manutenção do desenvolvimento intelectual. Em contrapartida existe o interesse de que este conhecimento produzido seja divulgado e atinja o maior número de pessoas possíveis, garantindo-se assim que a sociedade se atualize.⁸⁸

Daniela Zaits, na mesma linha de pensamento, chega a definir que o dilema central da propriedade intelectual é a ponderação entre o interesse público e o privado: “*O dilema da propriedade intelectual consiste, justamente, em conciliar duas exigências a priori contraditórias: a necessidade de incentivar-se e proteger-se a atividade intelectual versus a exigência social da disseminação do conhecimento*”.⁸⁹

Assim, existem também teorias que buscam a justificativa da existência do sistema de propriedade intelectual com fundamento primário em um interesse da coletividade, sendo os direitos individuais uma decorrência secundária.

⁸⁸ ROVER, Aires J. *O Direito Intelectual e seus Paradoxos*. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 33-38. p. 34.

⁸⁹ ZAITS, Daniela. **Direito & Know-How. Uso, Transmissão e Proteção dos Conhecimentos Técnicos ou Comerciais de Valor econômico**. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 87.

2.5 Teorias Utilitaristas da Propriedade Intelectual

O utilitarismo foi inicialmente introduzido por filósofos como Jeremy Bentham e John Stuart Mill, nos séculos XVII e XVIII. De forma geral, buscava considerar que são desejáveis políticas públicas que maximizam a utilidade social, ou seja, que promovem uma melhoria para uma maior quantidade de pessoas.

Aplicadas à propriedade intelectual, as teorias utilitaristas de justificação, por sua vez, não possuem um foco no apelo moral de atribuição de propriedade dos bens intelectuais aos seus criadores. O foco é a relação custo-benefício para a sociedade que advém da outorga das exclusividades.

A justificativa tanto para a existência de um sistema de proteção aos bens imateriais como para que este confira direitos de propriedade é o balanço positivo que deve ocorrer entre os incentivos que o sistema proporciona para a inovação e os benefícios trazidos por esta, comparados com os custos acarretados pelas exclusividades – efetivos monopólios – sobre as criações, seja em relação aos preços dos produtos, seja em relação à restrição da difusão do conhecimento.⁹⁰

O objetivo do sistema é maximizar o bem-estar social através do progresso científico e cultural. As diversas formas de direitos de propriedade intelectual – patentes, direitos autorais, *copyrights*, marcas, *software*, etc – são mecanismos criados pela ordem jurídica de modo a prevenir a difusão da informação ou conhecimento antes que o autor ou inventor tenha percebido uma lucratividade adequada para induzir os investimentos necessários à própria criação inicial.⁹¹

Essa mudança de foco, do indivíduo criador para a sociedade usuária, coloca em evidência o argumento de que o que existe, na verdade, é uma barganha entre o interesse individual e o interesse da sociedade. A última permite que os primeiros detenham por determinado tempo o controle das criações, ou seja, retardando a plena difusão do conhecimento, porém assegurando que efetivamente, no longo prazo, haverá mais conteúdo a ser difundido.

⁹⁰ PALMER, Tom G. Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 13. Issue 3. p. 817-865. 1990. p. 849.

⁹¹ MOORE, Adam D. Intellectual Property, Innovation, and Social Progress: The Case Against Incentive Based Arguments. **Hamline Law Review**. Vol. 26. Issue 3. p. 602-630. 2003. p. 607.

Nessa perspectiva, a criação e a outorga de tais direitos aos criadores não se dão como forma de recompensa ou em razão do trabalho realizado, nem por serem as criações intelectuais extensões da personalidade, mas, sim, por ser a forma eficiente de garantir os incentivos necessários para a produção intelectual.

Embora as teorias utilitaristas evitem as críticas aplicáveis às teorias com fundamento em mérito pelo trabalho ou personalidade, também estão sujeitas a outras.

Algumas das mais comuns vão tratar dos seguintes pontos: na busca de promover o máximo para o maior número de pessoas, aquelas não contempladas pela atuação pública tendem a ser tratadas de forma injusta; os modelos utilitaristas normalmente são por demais vinculados a uma visão economicista, ou seja, tratam as criações intelectuais como meras mercadorias a serem produzidas e consumidas; a redução da análise a incentivos relega a questão da legitimidade de direitos com fundamento moral em relação aos autores e inventores em segundo plano.⁹²

Não obstante tais considerações, a perspectiva utilitarista amolda-se melhor a uma justificação da realidade social atual no que diz respeito aos direitos intelectuais.

De fato, se o objetivo desse corpo de normas é promover o equilíbrio entre a produção e a difusão intelectual nos diversos campos da cultura, ciência e tecnologia, o mesmo não estaria adstrito a uma forma tradicional de direitos de propriedade, podendo ser talhado para ter a abrangência e duração necessária ao cumprimento de sua finalidade.

Além disso, essa perspectiva utilitarista, além de justificar a diversidade de formas de proteção, coloca em evidência o aspecto coletivo de tais direitos, como destaque para a noção de interesse público como condicionante da própria gênese e contornos dos direitos outorgados.

A perspectiva utilitarista acima delineada pode ser considerada como uma justificativa *ex ante* em relação à propriedade intelectual, pois o objetivo do sistema é influenciar o comportamento dos indivíduos – inventores, autores – antes do surgimento do próprio bem imaterial que será objeto de direito.

Existem, por outro lado, teorias de justificação *ex post*, que objetivam justificar a existência de um sistema de propriedade intelectual não como incentivos para criação de bens

⁹² TAVANI, Herman T. Recent Copyright Protection Schemes: Implications for Sharing Digital Information. In: SPINELLO, Richard A.; TAVANI, Herman T. (orgs.). **Intellectual Property Rights in a Networked World: Theory and Practice**. London: Information Science Publishing, 2005. p. 182-204. p. 191.

intelectuais, mas em razão dos efeitos sobre a gestão posterior do bem intelectual pelo titular dos direitos.⁹³

A distinção entre justificativas *ex ante* e *ex post* possui relevância prática, pois a forma de proteção e atribuição dos direitos de propriedade intelectual – abrangência, duração, limitações – serão diferenciados.

Curiosamente, tratar a propriedade intelectual como um sistema de incentivos, seja para a produção de novos bens intelectuais, seja para a gestão eficiente dos mesmos após sua criação, torna-a muito mais próxima de uma política pública do que de um direito de propriedade oponível *erga omnes*.

Essa percepção de que a existência de um sistema de proteção à propriedade intelectual decorre de uma atuação positiva do Estado, através da ordem jurídica, criando incentivos e conferindo direitos, por sua vez, já deixa antever que a idéia de propriedade intelectual é uma resposta a uma falha de mercado.

De fato, se as relações econômicas fossem suficientes para estimular a produção cultural e tecnológica num nível ideal, seriam desnecessárias patentes, *copyrights*, direitos autorais e os demais direitos intelectuais.

Em realidade, os direitos de propriedade intelectual podem ser considerados antéticos ao mercado, pois estabelecem direitos de exclusividade que permitem aos titulares cobrar preços supracompetitivos. Em condições normais de competição no mercado, o preço seria reduzido ao seu custo marginal, permitindo assim uma maior distribuição e acesso social ao bem intelectual.⁹⁴

Contudo, as teorias utilitaristas advogam a necessária existência de direitos de propriedade intelectual como correção do mercado em virtude das peculiaridades econômicas decorrentes da imaterialidade.

Assim, as teorias utilitaristas podem ser utilizadas tanto para justificar como para criticar a existência de direitos imateriais, a depender dos custos sociais envolvidos.

Dada esta possibilidade de justificação a favor ou contra, as teorias utilitaristas, permitem, ao despir a questão da roupagem de direito natural, uma maior maleabilidade na

⁹³ LEMLEY, Mark A. *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*. University of California – Berkeley. Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Paper No. 144. Disponível em: <<http://www.ssrn.com>>. Acesso em: 08/08/08.

⁹⁴ PERELMAN, Michael. *Steal this Idea – Intellectual Property Rights and the Corporate Confiscation of Creativity*. New York: Palgrave Macmillan, 2004. p. 13.

proteção legal, de modo a atender os interesses sociais, e que se operem alterações com uma menor resistência.

2.6 Análise racional da justificação

São diversas as possíveis justificações, todas sujeitas a críticas específicas e voltadas para o reconhecimento de certos aspectos sociais dentre os diversos impactados pela existência de um sistema de propriedade intelectual.

As teorias com fundamentos morais ou metafísicos têm por base a assunção de pressuposições de caráter subjetivo, relativas a noções de justiça ou contextos filosóficos específicos. A utilização de uma teoria utilitarista, por sua vez, está mais aberta a uma investigação com base em dados objetivos e empiricamente verificáveis, além de mostrar-se mais pragmática.

Independentemente da teoria, raciocinar sobre uma justificação à propriedade intelectual implica em responder algumas perguntas básicas: existe alguma característica particular dos bens imateriais que torna necessária a existência de um sistema de propriedade intelectual? Não obstante a resposta, o sistema de propriedade intelectual promove a inovação e o desenvolvimento mais do que limita a difusão e utilização do conhecimento? Se for necessário um sistema de propriedade intelectual, qual o escopo dos direitos que devem ser atribuídos aos titulares? Qual a duração destes direitos? Existirá alguma situação em que não faça sentido a existência de tais direitos?

Análises econômicas do impacto que o regime de propriedade intelectual acarreta no seio social podem ajudar a elucidar essas indagações. Este tipo de investigação é útil para a formulação de um modelo explicativo, bem como para orientar possíveis reformas do sistema existente, de modo a torná-lo mais eficiente e em sintonia com as necessidades da coletividade.

Passa-se, portanto, a análise econômica dos bens imateriais, objetos de proteção da propriedade intelectual.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

3.1 Considerações Preliminares

Não obstante a existência de críticas doutrinárias quanto à “propriedade intelectual” ser efetivamente propriedade, o legislador brasileiro, nos limites da Constituição, os classificou como tal. A moldura constitucional de propriedade atende muito mais a uma função político-ideológica de permitir uma progressiva extensão de tais direitos do que a uma função lógico jurídica.⁹⁵

Ainda seria possível dizer que o art. 5º, inc. XXIX, não indica expressamente como propriedade os direitos relativos a inventos industriais. Fala apenas que a lei assegurará privilégio temporário para utilização. Por outro lado, quando trata das marcas, nomes de empresa e signos distintivos, indica que para estes a lei garantirá a propriedade.

A Lei de Propriedade Industrial, contudo, elimina qualquer dúvida ao indicar no *caput* do seu art. 6º⁹⁶ que ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições legais. Assim, os direitos de propriedade industrial, seja por força constitucional ou legal, recebem o tratamento jurídico de propriedade.

Da mesma forma, a legislação autoral não utiliza a expressão propriedade, porém assegura direitos exclusivos de reprodução e utilização das obras expressivas, aproximando-se do *jus utendi, fruendi e abutendi*.

Convém, portanto, que a análise da propriedade intelectual inicie-se delineando alguns elementos gerais sobre a teoria econômica da propriedade, originalmente e classicamente desenvolvida para bens corpóreos e tangíveis para após contrastar com as características econômicas peculiares dos bens imateriais.

Necessário, contudo, afastar-se das concepções tradicionais da propriedade, pois sempre estiveram indissociavelmente ligadas a um programa filosófico ou a uma ideologia política. Além disso, para algumas concepções jusnaturalistas clássicas há uma postura de que a propriedade surge com o ser humano, sendo um direito natural ou até mesmo um direito auto-evidente, dispensando-se, assim, maiores investigações para uma justificação racional.

⁹⁵ BARBOSA, Denis Borges. **Usucapião de Patentes e Outros estudos de Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 86 *et seq.* Citando palestra proferida por José de Oliveira Ascensão.

⁹⁶ Lei 9.279/96: “Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei”.

Com efeito, a propriedade em termos clássico-liberais apontou para uma pretensa naturalidade do direito, servindo de escudo contra a reflexão crítica e eventual mudança na sua utilização social.

Para Sérgio Said Staut Jr: “*A concepção individualista e potestativa de propriedade é absolutizada e imunizada de qualquer reflexão crítica. A forte propaganda revolucionária burguesa conseguiu naturalizar o que em realidade é histórico*”.⁹⁷

Interessante, portanto, pensar a propriedade não em justificações metafísicas, mas sob a ótica da funcionalidade econômica e dos efeitos que sua tutela jurídica ocasionam na sociedade.

A investigação da funcionalidade econômica do instituto da propriedade é preocupação central nas doutrinas que constituem o movimento *Law & Economics* (Direito e Economia), razão pela qual este será o referencial teórico da análise aqui realizada.

Após a reflexão da aplicabilidade do modelo econômico explicativo da propriedade em relação aos bens imateriais, será identificada a lógica que deve informar a gestão de um sistema de proteção a direitos imateriais e as problemáticas decorrentes das novas tecnologias.

Por fim, far-se-á uma análise crítica do sistema atual e das distorções que prejudicam o atendimento da máxima eficácia e eficiência social desses corpos normativos.

3.2 Noções Gerais sobre Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito pode ser identificada com um movimento, um conjunto de diferentes doutrinas que giram em torno da idéia de estudar o Direito tendo como base a racionalidade individual e a utilização do aparato instrumental microeconômico. Pode ainda ser definida como a aplicação da teoria econômica e de métodos econométricos para examinar a formação, a estrutura, os processos e o impacto social das instituições jurídicas.⁹⁸

⁹⁷ STAUT JR., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: Ed. Universitária. N. 42, p.155-170, 2005. p. 157.

⁹⁸ ROWLEY, Charles K. **Public Choice and the Economic Analysis of Law**. In: MERCURIO, Nicholas (ed.). **Law and Economics**. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989. p. 123-173. p. 125.

Outro elemento comum do movimento é “(...) *a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando torná-las cada vez mais eficientes*”.⁹⁹

Com este movimento consolida-se a utilidade prática do aparato conceitual e instrumental metodológico dos estudos da econômica (teorias de preço e custo, *market failure*, teoria dos jogos, dentre outros) para o estudo não só da elaboração legislativa, mas do próprio direito amplamente considerado – jurisprudência, hermenêutica, etc.

A Análise Econômica do Direito veio a ganhar corpo como área de pesquisa acadêmica, inicialmente nos Estados Unidos, na secunda metade do século XX, com os trabalhos de grandes economistas e juristas como Ronald H. Coase, Richard A. Posner, Guido Calabresi, Thomas Ullen, Robert Cooter, dentre outros. Existem, porém, diversos antecessores já atentos para a interface do direito com a economia que contribuíram para a principiologia hoje adotada para o estudo da matéria.

Ao contrário do que se poderia imaginar, tais precursores não são desconhecidos das ciências humanas, ao contrário, são famosos pela profundidade e qualidade de seus estudos. Por exemplo, Adam Smith com seus estudos sobre os efeitos econômicos da legislação (1776) e os estudos de Jeremy Bentham, relacionando o utilitarismo e a legislação (1782 e 1789).

O próprio utilitarismo discutido no capítulo anterior está indissociavelmente ligado a idéia de uma análise econômica das relações e dos custos sociais das políticas públicas. A noção de utilidade e maximização de benefícios são premissas amplamente utilizadas em AED. A própria noção de eficiência como um critério palpável de justiça remete às fontes clássicas da filosofia utilitarista.

Desde seu início, até a relevância atual, os movimentos de *Law & Economics* e Análise Econômica do Direito operaram como que uma nova “Revolução Copernicana” na relação entre o Direito e a Economia. A Economia, que antes era vista como se orbitasse ao redor do Direito, não possuindo implicações imediatas sobre a ciência jurídica, passa agora a ser o cernedo próprio Direito é mais bem percebido dentro de uma perspectiva econômica.

⁹⁹ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.) **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83. p. 75.

Logo, “lentes econômicas” são apropriadas para delinear os contornos e formular um modelo explicativo crítico do direito e da legislação, possibilitando-se uma melhor previsão dos efeitos dos institutos jurídicos sobre as relações sociais.

Eli M. Salzberger aponta que o aparato instrumental do movimento *Law & Economics* volta-se prioritariamente aos modelos de justificação utilitarista em contraste com outros modelos baseados em direito natural ou personalidade:

The two major normative paradigms to analyze intellectual property are the natural law paradigm (which is dominant in the Continental European legal world) and the positivist one (which is dominant in the Anglo-American legal tradition). The natural law paradigm is outside the reach of law and economics, as it is deontological rather than teleological; it judges whether a law, decision or action, is right or wrong on the basis of its intrinsic moral value without regard to its consequences. Thus, a Lockean type of natural law justification to property rights, including intellectual property rights, is outside the scope of law and economics, as is the Kant-Hegel self-fulfilling or self-flourishing justification for the protection of intellectual property.¹⁰⁰

Fabio Ulhoa, por sua vez, aponta que a análise econômica é uma ferramenta auxiliar da interpretação jurídica teleológica e “(...) pode ser considerada – ao lado da teoria pura do direito, a lógica deôntica, o marxismo e o realismo – também uma tentativa de cientificamente conhecer os padrões de comportamento socialmente produzidos”.¹⁰¹

Exatamente para evitar exageros, convém destacar que a utilização de uma abordagem de análise econômica do direito justifica-se, para os propósitos deste trabalho, pela necessidade de ressaltar que os bens imateriais apresentam características econômicas peculiares e demandam uma racionalidade diferenciada que deve informar a regulação legal e, até mesmo, interpretação jurisdicional.

Importante consignar que não se pretende a utilização da teoria como uma panacéia geral explicativa de toda a ordem jurídica. Adota-se a visão de Paula Forgione, para quem a análise econômica é um instrumental teórico, uma ferramenta de análise lógica que permite trazer à tona os impactos que determinado dispositivo normativo ou decisão jurídica

¹⁰⁰ SALZBERGER, Eli M. Economic Analysis of the Public Domain. In: **The Future of the Public Domain**. GUIBAULT, L.; HUGENHOLTZ, P.B. (eds.). Amsterdam: Kluwer Law International. 2006. p. 27–58. p. 29. Tradução livre: “Os dois maiores paradigmas que analisam a propriedade intelectual são o paradigma do direito natural (dominante nos modelos legais Continental-Europeus) e o paradigma positivista (que é dominante na tradição anglo-americana). O paradigma do direito natural está fora do alcance da análise econômica do direito, por ser deontológico ao invés de teleológico; este julga se uma lei, decisão ou ação é certa ou errada com base num valor moral intrínseco, independentemente de suas consequências. Portanto, uma justificação lockeana de direito natural sobre direitos de propriedade, incluindo direitos de propriedade intelectual, está fora do escopo da análise econômica do direito, assim como, a justificação de auto realização de Kant-Hegel para a proteção da propriedade intelectual.”

¹⁰¹ COELHO, Fábio Ulhoa. A Análise Econômica do Direito. In: **DIREITO nº 2 – Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/SP**. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 154-170. p. 170.

acarretam e qual política pública é mais conveniente ou adequada ou se a mesma está em sintonia com padrões de eficiência estabelecidos pela ordem jurídica, socorrendo assim os operadores jurídicos na resolução de conflitos concretos.¹⁰²

O foco, portanto, da presente análise econômica volta-se para os modelos de justificação utilitarista das às repercussões econômicas que o sistema de propriedade intelectual acarreta na sociedade.

3.3 Breve Análise Econômica da Propriedade

3.3.1 O que é propriedade?

Pode-se dizer que há um consenso na seara econômica de que um sistema de propriedade forma a base de uma estrutura de economia de mercado e que a propriedade é um instituto indispensável para a compreensão da organização jurídica da maioria dos povos. Era de se esperar, portanto, que houvesse um consenso sobre o que efetivamente são os direitos de propriedade. Entretanto, o termo é utilizado numa miríade de sentidos, muitos deles contraditórios e inconsistentes dentro das searas econômicas ou legais.¹⁰³

Nem mesmo uma definição legislativa direta é possível, pois o atual Código Civil, no art. 1228, assim como fazia o Código de 1916, não define o direito, mas as faculdades que o titular possui, descrevendo que “*o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.*”

Esta descrição de faculdades está claramente vinculada à idéia de propriedade romana, onde convergiam os elementos do *jus utendi, fruendi e abutendi e a rei vindicatio*, indicando os poderes do titular em relação ao bem.

Tal noção, entretanto, é muito ampla e não lida, *prima facie*, com diversos outros direitos existentes dentro da seara jurídica, tais como direito de uso, direitos de enfiteuse, direito de superfície, dentre outros. A própria pluralidade de direitos reais sobre determinados bens já demonstra que a idéia atual de propriedade não pode ser mais adotada como a cumulação absoluta de todas as faculdades de utilização sobre determinada coisa.

¹⁰² FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Vol. 139. p. 242-256. jul/set 2005. p. 252.

¹⁰³ COLE, Daniel H; GROSSMAN, Peter Z. The Meaning of Property Rights: Law versus Economics? **Land Economics**. Vol. 78. No. 3. p. 317-330. 2002. p. 317.

Além disso, o direito de propriedade romano inequivocamente desenvolveu-se para a tutela de relações com bens físicos, especialmente com a propriedade imobiliária, sendo problemáticas algumas concepções de propriedade sobre bens imateriais.

Como poderia ser exercido o *jus abutendi*, de uma idéia ou de uma música que é cantada? Como se valer da *rei vindicatio* de um poema que pode ser declamado ao mesmo tempo pelo próprio autor e por um terceiro? Bens imateriais ou idealmente considerados não se prestam a uma tutela similar à da propriedade material.

Logo, é preciso estabelecer uma correspondência da propriedade intelectual com a propriedade dentro de outra perspectiva, a saber a noção de faculdades jurídicas sobre os bens que serão titularizados. Nas palavras de Orlando Gomes: “(...) *considerada na perspectiva dos poderes do titular, a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. (...) Exerce poderes jurídicos tão extensos que a sua enumeração seria impossível*”.¹⁰⁴

Nesse sentido, o que se convém chamar de propriedade pode ser considerado como um agregado de faculdades jurídicas, ou seja, dos diversos tipos de direitos em relação a utilização de um determinado recurso.

Dentro desta perspectiva, Sztajn e Zylbersztajn identificam um conceito de propriedade: “*No direito, diz-se que o Direito de Propriedade é como um feixe que engloba os direitos de uso, usufruto e abuso, e que confere o exercício da exclusão sobre a coisa, que permite afastar terceiros que dela pretendam se apropriar, usar ou gozar*”.¹⁰⁵

A beleza desse conceito está na fusão de diversas concepções ou teorias que se estruturaram em torno da idéia de propriedade, tanto no direito romano-germânico como no direito anglo-saxão.

Encontra-se referência à teoria do feixe de direitos (*bundle of rights*); à teoria civil tradicional voltada para as idéias de do *jus utendi*, *fruendi* e *abutendi* e a teoria do direito de exclusão (*exclusion theory*).

Para a teoria do feixe de direitos, o que se chama de propriedade nada mais é do que um agregado de direitos ou faculdades subjetivas de utilização de determinado recurso. A

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 98.

¹⁰⁵ SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Economia dos Direitos de Propriedade. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 84-101. p. 85.

propriedade, então, não é mais um algo em si, mas um padrão de determinado conjunto de direitos sobre utilizações de bens jurídicos.

Michael Heller formula sua concepção de propriedade e titularidade dentro da teoria do feixe de direitos, com as seguintes definições:

Private property can be defined in terms of a bundle of rights chosen from among the infinite relations that may exist among people with respect to a scarce resource. Ownership of private property includes the ability, by a single person, to control all or most of the core bundle, such that the owner's decision on inclusion or exclusion will be treated as final by society.¹⁰⁶

Adam Mossoff vai além, indicando que o próprio conceito de propriedade passa a ser desnecessário, na medida em que, o conjunto pode ser dissociado em seus componentes específicos:

As applied to the concept of "property," the bundle theory maintains that there is "no essential core of those rights that naturally constitutes ownership." In the law, this bundle of duties and claims could be analytically dissected by scholars and adjudicated by the courts without any need for reference to "property" at all.¹⁰⁷

Corroborando este ponto, é possível verificar que questões envolvendo “propriedade” relacionam-se com vários usos relativos aos bens jurídicos. Assim, integrariam o feixe de direitos: direitos de usar, de construir sobre o solo, de servidão, de passagem, de gerir, de alugar, de alienar, de usufruto, dentre outros.

Essa concepção de propriedade como um feixe de direitos em contraposição à concepção clássica de propriedade é mais adequada para explicar as situações complexas da sociedade atual, onde muitas vezes vários indivíduos detêm diversos direitos concorrentes sobre o mesmo bem.¹⁰⁸

¹⁰⁶ HELLER, Michael A. The Tragedy of Anticommons – Property in the Transition from Marx to Markets. **Harvard Law Review**. Vol. 111. nº. 3. p. 621-688. 1998. p. 665. Tradução livre: “Propriedade privada pode ser definida em termos de um feixe de direitos escolhidos dentre as infinitas relações que podem existir entre indivíduos e o uso de um recurso escasso. Titularidade da propriedade privada inclui a habilidade de uma única pessoa controlar todos ou a maioria dos direitos do feixe, de maneira que a decisão do titular sobre inclusão ou exclusão será tratada como final pela sociedade.”

¹⁰⁷ MOSSOFF, Adam. What is Property? Putting the Pieces Back Together. **Arizona Law Review**. Vol. 45. p. 371-443. 2003. p. 374. Tradução livre: “Enquanto aplicado ao conceito de propriedade a teoria do feixe de direitos mantém que não existe um núcleo essencial de direitos que constitui a titularidade sobre propriedade. Na lei, esse conjunto de deveres e prerrogativas pode ser analiticamente dissecado pela doutrina e adjudicado pelas cortes sem qualquer necessidade de referência a uma idéia de propriedade.”

¹⁰⁸ BELL, Abraham; PARCHOMOVSKY, Gideon. **What Property Is.** University of Pennsylvania Law School ILE – Institute for Law and Economics. Research Paper nº 04-05. 2004. Disponível em: <http://works.bepress.com/abraham_bell/5>. Acesso em: 08/08/08. p. 15.

Contudo, a simples eliminação do conceito de propriedade não é compatível com sua importância histórica, filosófica e legal, o que demanda uma reformulação da análise de modo a encontrar o ponto essencial do mesmo.

Surgem, portanto, as teorias exclusionistas, segundo as quais o núcleo do que se tem por propriedade seria o direito de exclusão de terceiros do acesso e utilização de recursos.

Cada um dos possíveis direitos pertencentes ao feixe de direitos não seria simplesmente um direito de exercer determinando uso, mas, na verdade, um direito de exercer exclusivamente aquele uso, ou seja, uma exclusividade. “Propriedade” seria o nome da “amarra” que constitui o feixe:

Property, some scholars maintain, is not merely a contingent assortment of rights and obligations. This concept has a necessarily essential characteristic: the right to exclude. Thomas Merrill has recently declared that the right to exclude is the sine qua non of the concept of property, and J.E. Penner argues that “the right to property should be conceived as the right of exclusive use.”¹⁰⁹

A Suprema Corte Americana, em 1982, no caso *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, exarou pronunciamento onde consigna que o direito de exclusão é o mais essencial dentre aqueles que compõe o feixe comumente identificado como propriedade.¹¹⁰

Ainda na jurisprudência da Suprema Corte Americana, no paradigmático caso *Kaiser Aetna v. United States*¹¹¹, de 1979, chegou-se a proclamar que o direito de excluir é universalmente concebido como o elemento central do direito de propriedade.¹¹²

No constitucionalismo brasileiro, por sua vez, os textos constitucionais não explicitaram o que é o instituto da propriedade. Todas as constituições, porém, de alguma forma a reconhecem e procuraram, em maior ou menor grau, compatibilizar sua extensão com outros valores constitucionais e interesses sociais.¹¹³

¹⁰⁹ MOSSOFF, Adam. What is Property? Putting the Pieces Back Together. **Arizona Law Review**. Vol. 45. p. 371-443. 2003. p. 376. Tradução livre: “Propriedade, segundo alguns doutrinadores, não é meramente um conjunto de direitos e obrigações. O conceito possui necessariamente uma característica essencial: o direito de exclusão. Thomas Merrill recentemente declarou que o direito de excluir é condição *sine qua non* do direito de propriedade, e J. E. Penner argumenta que o direito de propriedade deve ser concebido como o direito de uso exclusivo”.

¹¹⁰ *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419, 433 (1982).

¹¹¹ 444 U.S. 164, 176 (1979).

¹¹² ANDERSON, Jerry L. Comparative Perspectives on Property Rights: The Right to Exclude. **Journal of Legal Education**. Vol. 56. No. 3. p. 1-12. 2006. p. 5.

¹¹³ FERREIRA, Simone Nunes. Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul. **Revista Jurídica**. Brasília. Vol. 8. nº. 83. p.180-192. fev./mar. 2007. p. 190.

Particularmente, a Constituição Federal de 1988 torna a propriedade como garantia e imediatamente determina que a mesma atenda sua função social – Art. 5º, incisos XXII e XXIII.¹¹⁴ O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, volta seus julgamentos muito mais para as garantias decorrentes da propriedade e as limitações impostas pela função social do que a do que a definição ontológica do instituto.

O termo não aparece somente no artigo quinto, sendo encontrado da mesma forma, por exemplo, no art. 170, onde também surge a garantia do direito à propriedade privada, observada sua função social e os ditames da justiça social.¹¹⁵ De fato, há mais de vinte aparições do termo “propriedade” na Constituição de 1988.

Dessa diversidade de aparições, fica claro que a idéia de propriedade não deve ser tomada como uniforme e inequívoca. Consustanciando este entendimento, consigna-se a posição do ministro Eros Roberto Grau:

A propriedade afirmada pelo texto constitucional, reiteradamente, no art. 5º, no inciso XXII do art. 5º e no art. 170, III, não constitui um instituto jurídico, porém um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens.

A propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens. Não podemos manter a ilusão de que a unicidade do termo – aplicado à referência a situações diversas – corresponde a real unidade de um compacto e íntegro instituto. A propriedade, em verdade, examinada em seus distintos perfis – subjetivo, objetivo, estático e dinâmico – compreende um conjunto de vários institutos. Temo-lo, assim, em inúmeras formas, subjetivas e objetivas, conteúdos normativos diversos sendo desenhados para a aplicação de cada uma delas, o que importa no reconhecimento pelo direito positivo, da multiplicidade da propriedade.

Assim, cumpre distinguir, entre si, a propriedade de valores mobiliários, a propriedade literária e artística, a propriedade industrial, a propriedade do solo, v.g. Nesta última, ainda a propriedade do solo rural, do solo urbano e do subsolo.¹¹⁶

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal identifica limitações decorrentes de cada valor específico com a qual a propriedade se relaciona por sua vez, justificando-se, assim o ingresso na esfera privada do titular do direito. A título de ilustração, perceba-se o posicionamento do Ministro Celso de Mello:

¹¹⁴ Constituição Federal de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

¹¹⁵ Constituição Federal de 1988: “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: (...) II - propriedade privada; III - função social da propriedade;”.

¹¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 236.

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República.

O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.¹¹⁷

Existe ainda uma plethora de decisões configurando o conceito de função social como restrições que os direitos de propriedade recebem em relação a outros valores sociais, por exemplo: progressividade tributária sobre imóveis urbanos (AI 456.513-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 28-10-03, DJ de 14-11-03 e RE 192.737, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 5-6-97, DJ de 5-9-97); edificações (RE 178.836, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 8-6-99, DJ de 20-8-99); reforma agrária e utilização racional dos recursos ambientais (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-95, DJ de 17-11-95).

Esta visão da propriedade, não como um instituto único, mas como uma multiplicidade de institutos voltados para cada objeto parece ir ao encontro da teoria do feixe de direitos conjugada com a teoria do direito de exclusão.

Cada dos vários institutos antevistos por Eros Grau estaria situado em um espectro de dois extremos. O primeiro seria a ausência completa de qualquer direito sobre determinado bem. O segundo seria a propriedade concebida nos moldes clássicos, ou seja, um condensado de direitos absolutos sobre o bem.

Os diversos institutos da propriedade, por sua vez, variam entre os pólos e cada feixe irá possuir um padrão específico de acordo com a natureza do bem envolvido e os valores sociais (constitucionais) relevantes que determinam a inclusão ou não no feixe daquela faculdade subjetiva específica, ou seja, daquele direito específico.

Com efeito, existem diversas restrições legais dos direitos de propriedade. Sejam de direito público (desapropriação, requisição, tombamento, tributação); de direito privado (todas as relações jurídicas de vizinhança, que seriam limitações para construir, sossego e saúde dos imóveis vizinhos etc.) ou, especialmente, de direito social (Lei de Locação, Estatuto da Terra, Código de Defesa do Consumidor etc.).

¹¹⁷ ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-02, DJ de 23-4-04.

É, portanto, possível formular uma concepção de propriedade enquanto um feixe de direitos de exclusão destinados a permitir a utilização dos recursos e bens jurídico-econômicos em maior ou menor grau. O equilíbrio na formatação de cada feixe serve para que os direitos atendam à destinação social de uma alocação eficiente das riquezas de acordo com a moldura axiológica constitucional.

Tem-se por corolário imediato desta percepção da propriedade, que a função social nada mais é do que um equilíbrio na “espessura” dos feixes de direitos, ou seja, mais largo ou mais estreito conforme essa formatação venha ou não a promover os valores constitucionais correlatos.

É possível dizer que a propriedade já se origina como e é função social, ou seja, uma forma de alocação de recursos de modo a maximizar a eficiência na geração de riquezas e o desenvolvimento humano. Além disso, desconstituída a noção de direito absoluto, qualquer direito incluído no feixe da propriedade, fora de uma destinação social, perde sua justificação.

Assim, adotada a concepção de Sztajn e Zylbersztajn, pela sua utilidade explicativa, cumpre vislumbrar algumas abordagens econômicas sobre os direitos de propriedade.

3.3.2 Abordagens Econômicas sobre a Propriedade

A perspectiva econômica dos direitos de propriedade inicia-se com os famosos trabalhos de Ronald Coase: *The Nature of the Firm* e *The Problem of Social Cost*, onde restou destacada a profunda importância dos “custos de transação” envolvidos com a obtenção, proteção, manejo, alocação e utilização dos recursos econômicos por parte dos indivíduos em sociedade.¹¹⁸

Os “custos de transação” são todos aqueles custos existentes no mundo real relativos à preparação, efetivação e manutenção de diversas formas contratuais necessárias ao próprio processo produtivo, além das assimetrias de informação entre os agentes econômicos que faz com que os recursos não sejam naturalmente alocados da forma mais eficiente.

¹¹⁸ LUECK, Dean; MICELI, Thomas J. **Property Law**. University of Arizona Legal Studies. Discussion Paper nº 06-19. 2006. Disponível em: <<http://www.arizona.law.edu>>. Último acesso em 10/06/08.

Nesse ponto, convém observar que os “(...) custos de transação são afetados pelo sistema legal e por normas não positivadas, que recaem sobre a alocação dos direitos de propriedade”.¹¹⁹

Logo, existe uma estreita relação entre os “custos de transação”, a ordem jurídica e a forma de alocação dos recursos – através de direitos de propriedade e das interações econômicas.

Esta abordagem com base nos fundamentos de Coase é comum em diversos autores que analisam a propriedade sob um prisma econômica. Os direitos de propriedade são “titulações legais” – *legal entitlements* – de modo a permitir uma alocação inicial dos usos sobre os recursos naturais e econômicos para posterior realocação através de contratos e do mercado. Serão aqueles que forem definidos pelo Estado, desempenhando um papel até mesmo secundário em relação ao instituto do contrato, que é o meio pelo qual os bens circulam no mercado.¹²⁰

A diferença entre as perspectivas econômicas e legais fica mais clara na lição de Yoram Barzel, para quem existem “direitos econômicos de propriedade” e “direitos legais de propriedade”.¹²¹

Para Barzel, os “direitos” econômicos de propriedade podem ser definidos como: “... the individual’s ability, in expected terms, to consume the good (or the services of the asset) directly or to consume it indirectly through exchange”. Os “direitos” legais de propriedade seriam os direitos econômicos que são “... recognized and enforced, in part, by the government”.

Os primeiros seriam a finalidade objetivada pelos indivíduos, ou seja, a satisfação de suas necessidades e interesses. Os direitos legais, por sua vez, seriam o meio pelo qual se operam os primeiros. Na ausência de direitos legais, os direitos econômicos até podem existir e ser valorizados, mas irão depender da autotutela dos indivíduos para sua efetividade.¹²²

¹¹⁹ SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Economia dos Direitos de Propriedade. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 84-101. p.85.

¹²⁰ BELL, Abraham; PARCHOMOVSKY, Gideon. **What Property Is**. University of Pennsylvania Law School ILE – Institute for Law and Economics. Research Paper nº 04-05. 2004. Disponível em: <http://works.bepress.com/abraham_bell/5>. Acesso em: 08/08/08. p. 5.

¹²¹ BARZEL, Yoram. **Economic Analysis of Property Rights – Political Economy of Institutions and Decisions**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 3-4. Tradução livre: “A habilidade individual em termos esperados de consumir um produto (ou serviços), diretamente ou indiretamente através de trocas. (...) reconhecidos e efetivados, em parte, pelo governo.”

¹²² BARZEL, Yoram. *Op. cit.* p. 4.

A ilustração que deixa clara a distinção é a situação em que estão os bens obtidos por meio de furto ou roubo. O ladrão não possui “direitos legais” sobre os bens roubados, contudo, ainda pode consumi-los, fruí-los e até aliená-los. A ausência de um direito legal, não influencia necessariamente na utilização econômica.

Consigne-se que a utilização por parte de Barzel do termo “direitos” econômicos é um tanto problemática, pois evocaria a noção de que um ladrão teria o “direito” de utilização econômica do bem roubado. Contudo, o objetivo da divisão é demonstrar que a habilidade prática de utilização não coincide com a necessária titulação legal.

Ademais, observe-se que a ordem jurídica protege os efeitos da utilização de bens por não titulares, como, por exemplo, na tutela da posse. Além disso, após o decurso de determinado lapso temporal é possível até mesmo a aquisição da propriedade – direito legal de propriedade - através da usucapião.

A distinção entre os direitos econômicos e direitos legais está intimamente relacionada com a idéia de “custos de transação”, que para Barzel são todos os aqueles relacionados com a transferência, aquisição/captura e preservação de direitos.

Decorre, logicamente, que os direitos legais de propriedade funcionam como um redutor dos custos de transação, pois o Estado reduz o custo de autotutela do indivíduo através da polícia e do judiciário que irão proteger o direito econômico em razão do direito legal. A redução dos custos de transação associados a determinando bem aumenta o seu valor em relação ao indivíduo.

Os direitos legais ainda possuem efeitos positivos sobre as transações, pois ao transacionar com o titular tanto do direito econômico como do direito legal de propriedade, o adquirente de um determinado bem tem a certeza de que estará recebendo a proteção estatal em virtude da transferência do direito legal.

Dentro da concepção de Barzel, elaborada com base na teoria Coaseana, é possível afirmar que a propriedade como sistema legal de atribuições de titularidade, que funciona como um redutor de custos de transação na sociedade. Conjuntamente com o sistema de regras contratuais, permite uma melhor valorização dos recursos econômicos e estimula a realocação dos mesmos através de trocas – contratos e mercados.

Essa relação entre propriedade e custos de transação é base de vários modelos explicativos do surgimento e evolução da propriedade dentro das doutrinas de *Law & Economics*.

Posner, assim como Barzel, define direitos de propriedade como “(...)*a legally enforceable power to exclude others from using a resource (...), and so with no need to make contracts with would be users of the resource forbidding their use.*”¹²³

A propriedade serve, então, como um padrão de alocação de recursos, reduzindo os custos de transação, pois o indivíduo poderá utilizar o aparato estatal para proteger a exclusividade de uso que lhe assiste, não tendo que empreender tantos esforços na proteção do recurso ou entrando em acordos com terceiros.

Posner chega a afirmar categoricamente que a *raison d'être* dos direitos de propriedade é reduzir custos de transação.¹²⁴

Dada esta relevância dos direitos de propriedade em relação às interações sociais, foram concebidos modelos explicativos do surgimento e evolução dos direitos de propriedade que demonstram o papel econômico do instituto na atualidade.

3.3.3 Demsetz e o Modelo Evolutivo da Propriedade

Conforme observa Harold Demsetz em seu famoso trabalho *Towards a Theory of Property Rights*, não obstante a organização social atual ter como um de seus pilares a noção de propriedade, sem a qual não é possível a compreensão dos institutos do contrato, da empresa e até mesmo do mercado, aquela era tradicionalmente tomada como um simples dado, uma mera premissa pelos economistas e a investigação econômica voltava-se mais para as forças que condicionam os preços e a produção de bens e serviços.¹²⁵

Demsetz, por sua vez, formula um modelo explicativo da propriedade centrado idéia de que esta tem por função a alocação de recursos de modo a se obter uma “internalização” das “externalidades”.

O surgimento dos direitos de propriedade pode ser entendido em razão do interesse dos agentes econômicos de encontrar novas formas de interação com uma razão custo-benefício mais eficiente. Esta idéia de que os direitos de propriedade desenvolvem-se

¹²³ POSNER, Richard A.; LANDES, William M. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 12. Tradução livre: “...um poder legalmente tutelado de excluir outros da utilização de um recurso (...) e então sem necessidade de fazer contratos com outros potenciais usuários para proibir o uso destes.”

¹²⁴ POSNER, Richard A.; LANDES, William M. *Op. cit.* p. 13.

¹²⁵ DEMSETZ, Harold. Towards a Theory of Property Rights. **American Economic Review**. Vol. 52. Issue nº 2. P. 347-359. 1967. p. 347.

em resposta a alterações nas condições econômicas subjacentes é normalmente referenciada como a “Hipótese de Demsetz”.¹²⁶

Por externalidades, entendam-se os efeitos causados a terceiros decorrente da utilização de um recurso econômico. Nas palavras de Fábio Nusdeo:

Basicamente, ele decorre do fato de, numa atividade econômica, nem sempre, ou raramente, todos os custos os respectivos benefícios recaírem sobre a unidade responsável pela sua condução, como seria pressuposto. [...] As externalidades correspondem, pois, a custos ou benefícios circulando externamente ao mercado, vale dizer, que se quedam incompensados, pois para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar um preço.¹²⁷

Num exemplo prático, uma fábrica química despeja os resíduos de seu processo industrial em um rio próximo. Possíveis externalidades do processo produtivo são a perda de peixes por parte dos pescadores do rio bem como a depreciação de valor dos imóveis ribeirinhos.

Esse tipo de externalidade é identificado como “externalidade negativa”, “custo externo” ou “custo social”, pois redundam em custos para outros que não aquele que exerce a atividade econômica.¹²⁸

Em sentido contrário, existem as “externalidades positivas”, ou seja, aquelas que redundam em ganhos para terceiros ou para a coletividade e não são totalmente apropriadas por quem realizou a atividade. Como ilustração, imagine-se o indivíduo que faz uma renovação na fachada de sua residência e plantou um belo jardim. Não só sua propriedade sofreu uma valorização, como potencialmente as casas vizinhas também recebem um incremento de valor em razão do embelezamento da rua ou comunidade.

A “internalização” de uma “externalidade”, por sua vez, significa a apropriação do custo ou benefício, por parte daquele que o originou.

Nos exemplos citados, “internalizar externalidades” seria incorporar, aos custos da fábrica, a indenização dos pescadores e dos proprietários ribeirinhos ou incorporar ao processo produtivo os custos de tratamento dos efluentes. No caso da vizinhança, seria o indivíduo receber alguma forma de contribuição por parte de seus vizinhos.

¹²⁶ MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. **Foundations of Intellectual Property**. New York: Foundation Press, 2004. p. 11.

¹²⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 154/155.

¹²⁸ NUSDEO, Fábio. *Op. cit.* p. 157.

Ultrapassada a digressão, os conceitos de externalidades são bastante relevantes na análise empírica realizada por Demsetz sobre a evolução natural de direitos de propriedade em tribos de indígenas na Península de Labrador no Canadá em contraste com a inexistência de direitos dessa natureza em tribos indígenas americanas.

A evidência histórica indicava que o desenvolvimento de direitos de propriedade sobre as áreas de caça estava intimamente ligado a expansão de um mercado de peles de animais.¹²⁹

Inicialmente, todos os índios caçavam livremente e os objetivos eram prioritariamente a alimentação e subsistência.

Ainda que individualmente considerada e em quantidade restrita, a caça realizada por um indivíduo impõe externalidades negativas aos demais membros da tribo, pois diminuirá a quantidade de animais para o próximo caçador.

Com o advento de um mercado de peles, estas, que antes eram utilizadas para as vestimentas nos núcleos familiares, tiveram uma valorização considerável. Como consequência, ocorreu um expressivo aumento no volume da caça, pelo que a cumulação das externalidades negativas individualmente causadas passou a impactar de forma significativa na própria subsistência do recurso natural.

De fato, o sistema de caça livre cria um incentivo para que o indivíduo cace o máximo possível, pois está a internalizar todos os benefícios – alimentação e venda da pele do animal – sem, contudo, internalizar os custos – externalidades.

Surgiram direitos exclusivos sobre áreas e territórios para, de modo que os índios não mais podiam caçar livremente em todas as terras da tribo. Tais direitos surgiram em resposta às alterações econômicas – valorização das peles e escassez dos animais.

Demsetz aponta que a evidência empírica demonstra que os arranjos mais bem definidos de territórios exclusivos estavam diretamente relacionados com a proximidade e influência dos mercados de peles.

Sem a delimitação dos territórios, o custo social a ser incorrido é muito elevado, a saber, a própria exaustão do recurso (animais). Os direitos de propriedade sobre os territórios embora diminuam a área de caça, impõe a cada caçador a preocupação com a continuidade do recurso explorado no seu espaço exclusivo.

¹²⁹ MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. **Foundations of Intellectual Property**. New York: Foundation Press, 2004. p. 8.

Desta análise, na linha da teoria apontada por Demsetz, os direitos de propriedade surgem como forma de resposta à alteração das condições econômicas subjacentes de modo a permitir a internalização de novas externalidades e conduzindo a uma utilização mais eficiente dos recursos.

3.3.4 Outros Modelos Evolutivos da Propriedade

O modelo de Demsetz objetiva explicar a evolução natural dos direitos de propriedade, porém a justificação econômica não levou em consideração razões de ordem política e ideológica. O mérito da idéia, entretanto, é o de demonstrar a estreita relação que a formatação dos direitos de propriedade possuem com as condições econômicas concretas de determinada sociedade.

Robert Cooter e Thomas Ulen fundam seu modelo explicativo no *surplus* cooperativo que surge ao se especificar direitos de propriedade em contraste aos custos de exclusão envolvidos em uma organização social que não possui tais direitos estabelecidos.¹³⁰

A propriedade aparece na transição de um estado de natureza, onde a guarda da posse sobre determinados bens é realizada pelos próprios indivíduos em autotutela, para um estado social, onde existe uma garantia institucional, um direito de propriedade, decorrente de um contrato social, que determina as condições básicas de coexistência dos indivíduos em sociedade.¹³¹

A abundância de determinado recurso natural está usualmente associada à ausência de um sistema de limitação ou delimitação de propriedade sobre o mesmo. Na lúcida lição de Raimundo Bezerra Falcão: “*Realmente, nos albores da humanidade, a desproporção entre a grandeza dos recursos naturalmente oferecidos e as possibilidades de aproveitamento deles por parte do homem, levava a riqueza a uma situação de inegável indivisão*”.¹³²

Porém, mesmo no estado de natureza, os indivíduos não estão livres dos “custos de exclusão”, estes entendidos como os custos relacionados com a manutenção e guarda dos recursos obtidos. Assim, são custos de exclusão, por exemplo, uma cerca para proteger um

¹³⁰ COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 3. ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, Inc., 2000. p. 78-79.

¹³¹ COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Op. cit.* p. 78.

¹³² FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e Mudança Social**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p 236-237.

pomar, um muro para proteger o gado e a “patrulha” do próprio indivíduo em determinada área.

A título de ilustração imagine-se um vasto pomar na natureza. Mesmo sendo improvável, ainda existe a possibilidade que dois indivíduos venham a competir pela mesma maçã, logo existem custos com a guarda da fruta.

A abundância do recurso tende a desestimular o conflito, pois o custo correspondente a simplesmente pegar outra maçã do pomar é muito inferior ao envolvido com um confronto físico. Assim, é possível dizer que no estado de natureza, ou em relação a recursos abundantes, os custos de exclusão tendem a ser ínfimos. Com efeito, guerras são travadas por petróleo, não por ar (ainda).

Porém, à medida que os recursos vão se tornando escassos, os “custos de exclusão” vão de intensificando. Torna-se mais eficiente para alguns indivíduos simplesmente roubar a colheita ou gado alheio. Nesse compasso, não só há uma profunda elevação com os “custos de exclusão”, como se está a evocar o famoso “estado de guerra de todos contra todos” hobessiano.

Além disso, os “custos de exclusão” tornam-se expressivos em relação aos custos de obtenção de novos recursos, o que, por sua vez, estimula que os indivíduos deixem de efetivamente produzir para canalizar seus esforços na proteção dos recursos. Nas palavras de Cooter e Ulen:

People must decide how many resources to devote to defending their property claims. Rational people allocate their limited resources so that, (...), the marginal cost of defending the land is just equal to the marginal benefit. This means that at the margin, the value of the resources used for military ends (the marginal benefit) equals their value when used for productive ends, such as raising crops and livestock (marginal [opportunity] cost). For example, the occupants are rational if allocating a little more time to patrolling the perimeter of the property preserves as much additional wealth for the defenders as they would enjoy by allocating a little more time to raising crops. The same statement could be made about allocating land between crops and fortifications, or about beating metal into swords or plowshares.¹³³

¹³³ COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and Economics.** 3. ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, Inc., 2000. p. 77-78. Tradução livre: “As pessoas devem decidir quanto de recursos utilizar para defender sua propriedade. Pessoas racionais alocariam seus recursos limitados de maneira que o custo marginal de defender a terra é igual ao custo marginal do benefício. Isto significa que na margem, a quantidade de recursos utilizados para fins militares (o benefício marginal) equivale ao valor quando usado para fins produtivos, como utilizado em plantações e criações de animais (custo marginal na oportunidade). Por exemplo, os ocupantes são racionais se alocando um pouco mais de tempo para patrulhar o perímetro da propriedade preservam tanta riqueza adicional quanto seria produzida se o mesmo tempo fosse alocado para o cultivo da lavoura. A mesma afirmação pode ser feita sobre a alocação de terrenos entre plantações e fortificações ou sobre uso de metal para espadas ou enxadas”.

Assim, num contexto onde os “custos de exclusão” são elevados, as opções racionais individuais levam a um resultado social ineficiente, pois muita energia será consumida para preservar ao invés de produzir riquezas.

Uma possível estratégia para contornar essa situação seria a existência de um consenso sobre um “direito de exclusão”, ou seja, uma faculdade intersubjetivamente reconhecida pelo grupo social que implique no respeito às posses alheias. Um sistema de propriedade privada, gerenciado de forma centralizada, apresentaria um custo menor do que a soma dos custos individuais de exclusão.

Do ponto de vista econômico, uma barganha social entre os indivíduos resultaria na solução cooperativa para o problema da alocação eficiente de recursos entre produção e de riquezas e proteção das mesmas, através da criação de um governo que reconheça, proteja e efetive os direitos de propriedade. Tal solução proporciona ainda economias de escala com a proteção da propriedade.¹³⁴

Este modelo explicativo do surgimento do instituto da propriedade privada destaca sua estreita relação desta com a formação do aparato institucional do estado, ambos fundados na alteração das situações econômicas subjacentes – elevação dos custos de exclusão.

Wolfgang Kasper identifica uma aparente simbiose histórica entre a propriedade privada e a existência de um poder institucional como o Estado:

Historically, the state has had an important role in protecting private property. Indeed the government probably came about soon after the emergence of property rights in the full, modern sense of the word in the “neolithic revolution” some 10,000 years ago. Humans then engaged in agriculture and domestication of animals. This revolution occurred in a number of different regions, such as the Middle East, northern Thailand and the Americas. It is not imaginable without the discovery of respected property rights. Who would dig the soil and sow crops, capture and care for animals, if possession was constantly threatened and the fruit of these efforts could not be appropriated? Without respected property rights, the exclusion costs could have been so high that agriculture would have been impossible and people would have remained paleolithic hunter-gatherers.¹³⁵

¹³⁴ COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 3. ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, Inc., 2000. p. 79.

¹³⁵ KASPER, Wolfgang. **Economic Freedom & Development - An essay about property rights, competition, and prosperity**. New Delhi: Centre for Civil Society, 2002. p. 56. Tradução livre: “Historicamente, o Estado tem tido um importante papel na proteção da propriedade privada. Realmente, o governo provavelmente veio logo após a emergência dos direitos de propriedade em sua concepção completa, com a “revolução neolítica”, por volta de 10,000 anos atrás. Os humanos se engajaram na agricultura e domesticação de animais. (...) Esta revolução é inimaginável sem o respeito aos direitos de propriedade. Quem cavaria o solo e semearia colheitas,

É possível, ainda, formular outros modelos explicativos para o surgimento dos direitos de propriedade com base em premissas econômicas distintas dos custos de exclusão.

Steven Shavell destaca que a existência de direitos de propriedade mostra-se adequada e eficaz na promoção do desenvolvimento social.¹³⁶

A noção clara de titularidade estimula os indivíduos a trabalhar mais, pois irão internalizar o valor produzido. Além disso, facilita a circulação dos recursos através de relações contratuais, estimulando assim redes de mercados e, através disso, uma distribuição eficiente da riqueza.

O autor, contudo, é enfático ao advertir que as análises econômicas demonstram que existe uma evolução natural, por razões de eficiência, de algumas formas de direitos de propriedade, mas não necessariamente a tradicional concepção de propriedade privada.

Em determinadas circunstâncias, somente alguns aspectos integrantes da idéia atual de propriedade (*plena in re potestas*) surgiram. Shavell prossegue ainda informando que os benefícios econômicos da idéia de propriedade podem ser experimentados consoantes diferentes regimes de propriedade, seja o de propriedade privada, seja o de propriedade estatal.¹³⁷

Por fim, de forma a ilustrar como os sistemas de propriedade permitem uma maior eficiência e melhor alocação dos recursos, apresentam-se quatro casos.¹³⁸

O primeiro lida com o surgimento de acordos sobre direitos de exploração de terras durante a “Corrida do Ouro” na Califórnia, em 1848. Naquela época, não havia uma definição clara de direitos territoriais ou sobre exploração mineral naquela região.

Ao longo do período de exploração, os garimpeiros desenvolveram formas próprias de divisão das áreas onde cada um realizaria seu garimpo de forma exclusiva. Além disso, foram estabelecidas sanções para aqueles que violassem as áreas de outrem ou roubassem o resultado da lavra. Normalmente ocorreria a perda do direito ao terreno e do ouro obtido.

capturaria e criaria animais, se a posse estava constantemente ameaçada e os frutos destes esforços não pudessem ser obtidos. Sem direitos de propriedade efetivos, os custos de exclusão teriam sido tão altos que a agricultura teria sido impossível e as pessoas teriam permanecido caçadores e coletores paleolíticos.”

¹³⁶ SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Property Law**. Discussion paper nº 329. Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business. 2002. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center>. Acesso em: 10/06/2008.

¹³⁷ SHAVELL, Steven. *Op. cit.*

¹³⁸ SHAVELL, Steven. *Op. cit.*

O segundo caso trata do surgimento do conceito de “Zona Comercial Exclusiva” e “Plataforma Continental” para delimitar os direitos exclusivos das nações para explorar os recursos destas áreas.

Shavell observa que direitos ou áreas exclusivas de pesca inicialmente eram desnecessárias, pois, para efeitos práticos, as reservas de peixes eram tidas por virtualmente ilimitadas. Com a pesca comercial e o expressivo aumento populacional pressionando o consumo, a idéia de uma área exclusiva serve tanto para assegurar um volume de recursos, como para prover um incentivo na adoção de práticas de conservação e renovação dos recursos. Uma análise semelhante pode ser feita em relação aos minerais presentes no solo e subsolo marinhos.

O terceiro caso trata da alocação de direitos exclusivos sobre a utilização do espectro eletromagnético para fins de telecomunicação. Citando a legislação americana sobre telecomunicações e transmissões de rádio, Shavell indica que o estabelecimento de direitos exclusivos, na forma de licenças, sobre a utilização de determinadas freqüências do espectro sobre determinada região. Do contrário, utilização simultânea de freqüências idênticas por fontes distintas poderiam gerar interferências, frustrando as transmissões.

O último caso relaciona-se com direitos de exclusividade em faixas do espaço orbital terrestre. Não obstante a idéia de que o espaço é ilimitado, existem distâncias específicas da órbita do planeta que possuem grande expressividade econômica.

Trata-se da distância da terra onde se encontram as órbitas de satélites geostacionários. Nessa faixa, os satélites mantêm-se movendo à mesma velocidade de rotação do planeta, ou seja, estão imóveis em relação a pontos de referência na superfície, o que é essencial para a rede global de telecomunicações.

Da mesma forma que o espectro eletromagnético, atribuem-se direitos de exclusividade sobre essas órbitas, de modo a evitar interferência de sinais devido à proximidade dos satélites.

Em todos os exemplos existe um elemento comum. Alguma forma de direito de exclusividade ocorre para que a gestão dos recursos se dê de forma eficiente, sem que ocorra o esgotamento do recurso ou que utilizações simultâneas venham a inviabilizar o próprio uso. Sobreleva-se uma idéia recorrente de que os direitos exclusivos são necessários para a utilização eficiente e adequada de recursos dentro de uma perspectiva econômica.

3.3.5 *Tragedy of the Commons*

As evidências empíricas e os modelos explicativos da evolução da propriedade acima indicados evocam um problema econômico que se tornou famoso com o artigo *The Tragedy of the Commons*, publicado por Garret Hardin, na revista *Science*, em 1968.¹³⁹

Originalmente tratando da questão ecológica e do esgotamento de recursos naturais utilizados, o próprio Hardin atribui a formalização do problema a um matemático amador chamado William Forster Lloyd que o publicou em um panfleto sobre crescimento populacional, em 1833.

O artigo de Hardin tornou-se um ponto de partida para diversas análises sobre a necessidade de existência de direitos de propriedade – especialmente a propriedade privada – para permitir uma alocação e utilização eficiente de recursos naturais.

Por “*commons*”, deve-se interpretar qualquer recurso econômico que disponha de pouca ou nenhuma regulamentação. São identificados com recursos de acesso livre – *open access resources*.

Os *commons* também podem ser identificados como referência às paragens comunais da Inglaterra, que posteriormente foram objeto de delimitação e demarcação no processo histórico conhecido como “enclausuramento” – *enclosure*.

A tragédia que os terrenos baldios vêm a sofrer é a sobre-pastagem. Segundo Hardin, esta decorre da situação onde os benefícios provenientes de cada cabeça de gado adicional a pastar num terreno baldio vão na sua totalidade para o dono daquela nova cabeça de gado (internalização dos benefícios) e os custos provenientes do esforço adicional que esta cabeça de gado coloca no pasto são partilhados por todos os utilizadores do terreno, tendo em vista que o alimento não poderá ser consumido pelos animais dos outros criadores (exteriorização dos custos).

O resultado lógico dessa dinâmica seria a utilização excessiva do pasto comunal, pois cada proprietário, em virtude da assimetria entre a “internalização dos benefícios” e “externalização dos custos”, possui um incentivo lógico de introduzir o máximo de cabeças de gado no rebanho. Assim, deixados sem qualquer gestão, os terrenos baldios tenderão a ser destruídos.

¹³⁹ HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. **Science Magazine.** nº 162. p. 1243-1248. 1968.

Nas contundentes palavras do próprio Hardin: “*Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all*”.¹⁴⁰

Imprescindível, portanto, delimitar e dividir o uso dos recursos de modo a garantir uma maior eficiência da distribuição, do cultivo e da produção.

Por esta razão, a idéia de *tragedy of the commons* torna-se um dos argumentos mais fortes daqueles que acreditam e defendem a privatização de todos os recursos tradicionalmente possuídos em comum, sejam eles recursos ambientais, culturais ou econômicos.

Os direitos de exclusividade (propriedade) são necessários e surgiram exatamente para racionalizar o uso desses recursos. Retornando ao exemplo dos terrenos baldios, se os criadores de gado delimitarem as áreas de pastagem, irão internalizar os benefícios referentes ao seu terreno sem onerar os terrenos designados para os outros.

Nesse ponto, também devem ser considerados os custos de exclusão. A solução do problema dos terrenos baldios está diretamente ligada à necessidade de um sistema institucional que confira eficácia à delimitação das propriedades. Os criadores de gado poderiam estabelecer as cercas, porém sem um ente como o Estado para garantir a propriedade, os “custos de transação” ainda seriam elevados a ponto de inviabilizar a própria atividade.

Cada criador utilizará a pastagem consoante sua habilidade. Aqueles mais eficientes extrairão maior produção de gado e, consequentemente, irão dispor de mais recursos para a aquisição de mais terreno.

No reverso da moeda, aqueles que não conseguirem extrair de forma eficiente os recursos de seu terreno terão um incentivo natural para se desfazerem do mesmo em favor de outrem melhor o utilize. Há um incentivo natural, dadas certas condições, para que os recursos sejam transferidos àqueles que os irão gerir melhor.

Assim, a lógica subjacente à “tragédia dos comuns” indica que a privatização de recursos “otimiza” a sua gestão na sociedade.

¹⁴⁰ HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. **Science Magazine**. nº 162. p. 1243-1248. 1968. p. 1145. Tradução livre: “Ruína é a destinação a qual todos os homens correm, cada um perseguindo o seu interesse particular em uma sociedade que acredita na liberdade sobre os *commons*. Liberdade nos *commons* acarreta a ruína de todos”.

Contudo, existe outro problema econômico que decorre da privatização exagerada ou divisão exacerbada dos recursos. Da mesma maneira que a privatização pode solucionar uma tragédia, a privatização excessiva pode ocasionar outra.

3.3.6 *Tragedy of the Anti-Commons*

O termo *anticommons* foi inicialmente proposto por Frank Michelman¹⁴¹, em 1982, em um artigo sobre ética, economia e o direito de propriedade. Michelman definiu os *anticommons* como: "... a type of property in which everyone always has rights respecting the objects in the regime, and no one, consequently, is ever privileged to use any of them except as particularly authorized by others."¹⁴²

Contudo, o problema não ganhou expressividade até sua reformulação por Michael Heller em artigo tratando da transição da economia socialista para uma estrutura de mercado nas nações soviéticas.

Naquele trabalho, Heller observou que a existência de múltiplos agentes com direitos de exclusividade sobre o mesmo recurso poderia levar a uma situação de sub-utilização do mesmo, em virtude dos altos custos de transação envolvidos na obtenção do consenso.

Heller apresenta sua definição sobre *anti-commons* como: "... a property regime in which multiple owners hold formal or informal rights of exclusion in a scarce resource."¹⁴³

A tragédia, por sua vez, "(...) ocorre quando vários indivíduos agindo separadamente, porém num contexto coletivo, desperdiçam um recurso natural não o sobre-utilizando, mas sim o sub-utilizando".¹⁴⁴

Aqui também se está diante de um problema de internalização de custos. Cada indivíduo, ao exercer seu direito de exclusão, ou seja, um direito de voto à utilização do

¹⁴¹ MICHELMAN, Frank I. Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law. **Harvard Law Review**. Vol. 80. nº 6. p. 1165-1258. 1982.

¹⁴² MICHELMAN, Frank I. *apud* HELLER, Michael A. The Tragedy of Anticommons – Property in the Transition from Marx to Markets. **Harvard Law Review**. Vol. 111. nº. 3. p. 621-688. 1998. p. 668. Tradução livre: "Um tipo de propriedade onde todos sempre têm direitos sobre os objetos do regime e consequentemente ninguém é privilegiado quanto ao uso à exceção da autorização de todos os outros."

¹⁴³ HELLER, Michael A. *Op. cit.* p. 668. Tradução livre: "Um regime de propriedade no qual titulares múltiplos possuem formalmente ou informalmente direitos de exclusão sobre um recurso escasso."

¹⁴⁴ ROCHA, Afonso P. P.; MATIAS, João Luis Nogueira. **Repensando o Direito de Propriedade**. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Anais do XV Encontro Nacional do CONPEDI - Manaus. Florianópolis : Fundação José Arthur Boiteux. 2006.

recurso, não está a internalizar efetivamente todos os custos que a ausência do uso do recurso impõe sobre o grupo social.

Nessa situação, cada agente econômico agindo em uma racionalidade individual de competição tenderá a exercer esse direito até que a definição do grupo seja a que melhor lhe beneficia. Contudo, é provável que as utilizações desejadas por cada um sejam contraditórias, o que determinaria um impasse e a não utilização do bem.

Essa tragédia evoca o problema dos custos de transação relativos ao consenso que é diretamente proporcional a dimensão do grupo de agentes econômicos.

Para Francesco Parisi, Norbert Schulz e Ben Depoorter, a tragédia pode ser assim definida:

In the Tragedy of the Anticommons, the coexistence of multiple exclusion rights creates conditions for suboptimal use of the common resource. If the common resource is subject to multiple exclusion rights held by two or more individuals, each co-owner will have incentives to withhold resources from other users to an inefficient level. In the presence of concurrent controls on entry exercised by individual co-owners acting under conditions of individualistic competition, exclusion rights will be exercised even when the use of the common resource by one party could yield net social benefits. To put it differently, some common resources will remain idle even in the economic region of positive marginal productivity. This is because the multiple holders of exclusion rights do not fully internalize the cost created by the enforcement of their right to exclude others.¹⁴⁵

Uma ilustração de como os custos de transação se tornam elevados e impactam no processo produtivo é o exemplo das diversas licenças necessárias para a execução de um empreendimento.

No formato regulatório brasileiro atual, existem diversas agências, órgãos e entidades das quais é necessário obter licenças para o funcionamento de uma empresa: licenças ambientais; licenças sanitárias; licenças junto a órgãos de infra-estrutura; licenças junto a entidades de classe; licenças junto aos órgãos fiscais; dentre diversas outras.

¹⁴⁵ PARISI, Francesco; SCHULZ, Norbert; DEPOORTER, Ben. **Duality in Property: Commons and Anticommons**. Würzburg Economic Papers. Universität Würzburg. 2000. Disponível em: <www.wifak.uni-wuerzburg.de>. Acesso em: 16/06/08. Tradução livre: “Na tragédia dos anticommons a coexistência de direitos múltiplos de exclusão cria condições para o uso não ótimo de um recurso tido em comum. Se o recurso é submetido a múltiplos direitos de exclusão por dois ou mais indivíduos cada um dos titulares terá incentivos para reter recursos da utilização pelos outros a um nível de inficiência. Na presença de sistemas de controle concorrentes, os co-titulares atuando em competição individual determinarão que o recurso não será utilizado até mesmo quando traria benefícios positivos ao grupo. Colocando de forma diferente alguns recursos não serão utilizados ainda que numa região de produtividade marginal positiva. Isto acontece porque os múltiplos titulares do direito de exclusão não internalizam integralmente os custos criados pelo exercício do direito de excluir outros.”

Cada agência exerce efetivamente um direito de voto sobre o empreendimento, pois cada licença ou certificado é uma condição essencial, desta forma, determinados projetos podem não ser iniciados em razão do elevado custo de transação para a obtenção de todas as permissões.

Outro exemplo mais palpável se dá imóveis deixados para uma pluralidade de herdeiros. O valor destes muitas vezes decresce, pois para a sua transferência, caso ainda não tenha ocorrido a partilha, se faz necessária a anuência de todos e muitas vezes esse consenso é muito difícil. Cada herdeiro pode exercer uma efetiva postura de voto em relação aos demais e o imóvel pode ficar durante anos sem qualquer destinação econômica útil.

Exemplo diretamente relacionado à propriedade intelectual é a proliferação de patentes na área de biotecnologia onde direitos exclusivos têm sido concedidos sobre uma pluralidade de processos, produtos e dados mutuamente dependentes.

Michael Heller e Rebecca S. Eisenberg publicaram em 1998 um artigo na revista *Science*, onde já indicavam que a privatização do conhecimento através do sistema de patentes em biotecnologia seria um exemplo da *tragedy of anticommons* com severas consequências para o desenvolvimento da ciência e bem estar da própria humanidade.¹⁴⁶

Os autores indicam como a ordem jurídica, através do sistema de propriedade intelectual pode ocasionar uma situação de *anticommons*:

*Current examples in biomedical research demonstrate two mechanisms by which a government might inadvertently create an anticommons: either by creating too many concurrent fragments of intellectual property rights in potential future products or by permitting too many upstream patent owners to stack licenses on top of the future discoveries of downstream users.*¹⁴⁷

O conceito de *upstream patents* relaciona-se com patentes envolvendo processos e técnicas correlatas à ciência básica, por sua vez, necessária a novas pesquisas para o avanço científico.

As patentes em processos biológicos básicos colocam as companhias detentoras em uma posição de vantagem competitiva. A existência de um direito de propriedade intelectual, como já visto, permite ao titular cobrar valores acima do custo marginal sobre os

¹⁴⁶ HELLER, Michael; EISENBERG, Rebecca S. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. *Science Magazine*. Vol. 280. p. 698-701. 1998.

¹⁴⁷ HELLER, Michael; EISENBERG, Rebecca S. *Op. cit.* p. 699. Tradução livre: “Exemplos atuais na pesquisa biomédica demonstram dois mecanismos pelos quais um governo pode inadvertidamente criar um anticommons: seja criando fragmentos excessivos de propriedade intelectual sobre produtos potenciais futuros, seja permitindo que titulares de patentes upstream tenham uma quantidade excessiva de licenças em face de descobertas futuras”.

bens imateriais. Além do controle do preço, há um elemento estratégico. Compete ao detentor da patente definir em que condição licenciará a utilização da mesma.

Logo, qualquer empresa que deseje entrar no ramo com uma nova linha de pesquisa pode ter sua pretensão frustrada, pois, antes mesmo de iniciar suas atividades, dependerá de negociação com outras, já presentes no mercado, e titulares de processos e conhecimentos básicos em suas carteiras de ativos intelectuais.

Grandes corporações podem, até mesmo, utilizar seus direitos de propriedade intelectual para bloquear as atividades de competidores atuais e futuros, simplesmente negando-se a licenciar uma técnica ou processo essencial para conduzir novas pesquisas.

Os incentivos que grandes corporações possuem em relação à propriedade intelectual, para limitar usos por terceiros, que poderiam ter um efeito social positivo, são ainda mais expressivos. Tais empresas não só irão buscar elevar ao máximo os custos das licenças, como em determinados casos, simplesmente negam a utilização do conhecimento protegido para garantir o controle do mercado e bloqueando o surgimento de produtos rivais.

Já se adianta aqui um ponto que será abordado por reiteradas vezes ao longo do trabalho. Não obstante o sistema de propriedade intelectual ter por objetivo a criação de incentivos para a inovação e o desenvolvimento, o excesso do sistema pode acabar se tornando um entrave ao progresso cultural, científico e tecnológico. Nesse sentido, Giuseppe Colangelo formula a tragédia dos *anticommons* em relação a patentes:

The transition from commons to privatization, while greatly beneficial for the creation of private incentives for research, generates a spiral of overlapping IPRs in the hands of different owners, with the unintended consequence to obstacle future research: the tragedy of the anticommons refers, indeed, to the obstacles arisen from the proliferation of exclusion rights and to their effects when a user needs access to multiple patented inputs to create a single product. The tragedy of the anticommons is a result of property fragmentation.¹⁴⁸

¹⁴⁸ COLANGELO, Giuseppe. **Avoiding the Tragedy of the Anticommons: Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust.** LUISS Law and Economics Lab Working Paper No. IP-01-2004. Roma. 2004. Disponível em: <<http://www.law-economics.net/public/patent%20pool.pdf>>. Acesso em: 16/06/08. Tradução livre: “A transição de *commons* para privatização enquanto grande benefício para a criação de incentivos privados para pesquisa cria um espiral de direitos de propriedade intelectual sobrepostos nas mãos de diferentes titulares com a consequência não desejada de obstaculizar a pesquisa futura: a tragédia dos *anticommons* refere-se então aos obstáculos criados pela proliferação de direitos de exclusão e os efeitos destes sobre os usuários que necessitam de acesso a múltiplos conhecimentos patenteados para produzir um só produto. A tragédia dos *anticommons* é um resultado da fragmentação da propriedade”.

Especialmente na seara da biotecnologia, estas barreiras à inovação são, na verdade, um atraso no desenvolvimento de novos medicamentos que podem salvar vidas e permitir a existência digna dos indivíduos.

O excesso de exclusividades pode ainda impedir o desenvolvimento de tratamentos mais baratos e acessíveis a uma maior parte da população, bem como o desenvolvimento de técnicas para evitar epidemias e uma diversidade de outras implicações que estão intimamente relacionadas com a efetivação de direitos fundamentais como o direito à vida e o direito à saúde.

Com efeito, a privatização dos recursos econômicos tidos em comum é uma das formas de contornar a *tragedy of the commons*, contudo, a teoria econômica também demonstra que se esta lógica for exagerada causará outra tragédia: *the tragedy of the aticcommons*.

É possível inferir que o direito de propriedade atribuído pela ordem jurídica, seja sobre bens materiais ou imateriais, deve prestar-se a um equilíbrio dinâmico que leve em consideração as características de cada recurso natural que se pretende apropriável.

O direito de propriedade deve ser visto como um mecanismo lógico de alocação de riquezas que tende a equilibrar-se entre duas tragédias – *tragedy of commons* e *tragedy of anti-commons*.

A solução, no caso da propriedade intelectual, está na forma como se sopram o controle e o acesso aos recursos. No caso, o interesse privado na recuperação dos custos com o desenvolvimento de novas tecnologias e o interesse público na disponibilização desse conhecimento e desenvolvimento amplo do mesmo.

O acesso a determinadas patentes-chave para o desenvolvimento da área de biotecnologia é crítico não só para novos empreendedores, mas também para grandes empresas multinacionais, pois na atualidade estas estão a atuar de maneira autofágica, procurando bloquear as descobertas umas das outras em busca da expansão de suas fatias de mercado.

Tal situação foi determinante para o reconhecimento por parte dessas empresas da necessidade da existência de um domínio público – *public domain* – em relação a dados e informações genéticas, de modo a permitir que tais informações possam ser utilizadas livremente na pesquisa e desenvolvimento sem os elevados custos de transação que um

sistema de propriedade intelectual ocasiona e sem a preocupação de que tais direitos intelectuais serão utilizados para inibir a concorrência no mercado.

Kembrew McLeod relata que até mesmo os gigantes da biotecnologia, que são os maiores defensores da privatização de informações e seqüenciamentos genéticos através da propriedade intelectual, sentiram a necessidade da existência de um domínio público sem o qual suas atividades seriam impossíveis:

The point was highlighted in 1999 when ten of the world's largest drug companies created an alliance with five of the leading gene laboratories. The alliance invested in a two-year plan to uncover and publish three hundred thousand common genetic variations to prevent upstart biotechnology companies from patenting and locking up important genetic information. The companies (including Bayer AG and Bristol-Myers Squibb) wanted the data released into the public domain to ensure that genetic information could be freely accessed and used for research. It's mission undermined the assertion that a genetic commons inevitably leads to commercial suicide and the end of research incentives.¹⁴⁹

É possível dizer que a existência de determinados *commons*, recursos onde não se faz necessária a exigência de terceiros para a utilização, é também uma parte essencial para o desenvolvimento científico e tecnológico.

A tragédia antevista por Hardin tinha como substrato de análise recursos naturais onde a utilização de um indivíduo impede a utilização por outro. Em contrate, foi possível identificar uma tragédia oposta ao tratar-se de propriedade sobre informações biotecnológicas.

Observe-se que a informação de que determinada seqüência de genes produz certa proteína, por exemplo, pode ser utilizada por um número irrestrito de pessoas sem que o primeiro utilizador tenha reduzido a sua informação original.

Tratando-se de conhecimento, a utilização por um indivíduo não consome o recurso nem exclui a utilização de outros. Outra importante constatação é que o valor social da informação tende a crescer com a utilização múltipla por parte da sociedade, que encontra

¹⁴⁹ MCLEOD, Kembrew. **Freedom of Expression – Resistance and Repression in the Age of Intellectual Property**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2007. p. 46. Tradução livre: “O ponto foi destacado em 1999 quando dez das maiores empresas farmacêuticas do mundo criaram uma aliança conjuntamente com cinco dos maiores laboratórios de pesquisa genética. A aliança investiu em um plano de dois anos para descobrir e publicar trezentas mil variações genéticas para prevenir que empresas de biotecnologia recém criadas as pudesse patentear e assim “prender” importantes informações genéticas. As empresas (incluindo Bayer, AG e Bristol-Myers Squibb) desejavam as informações divulgadas no domínio público para assegurar que estas informações pudesse ser livremente acessadas para pesquisas futuras. Esta missão descaracteriza a afirmativa de que um commons genético inevitavelmente ocasiona um suicídio comercial e uma ausência de incentivos para pesquisa”.

novas aplicações e consequências para a mesma. Esta é a diferença essencial entre recursos econômicos tangíveis e intangíveis.

Para que exista um correto equilíbrio entre a dinâmica do controle – existência de direitos exclusivos – e do livre acesso aos bens imateriais, é necessário levar em consideração qual a espessura do feixe de direitos que compõe a propriedade intelectual.

Um feixe muito esguio pode desinteressar aqueles que deverão investir recursos no desenvolvimento de um novo conhecimento ou tecnologia. Um feixe muito robusto, por sua vez, pode sufocar a possibilidade do surgimento e desenvolvimento de novas aplicações.

Para a correta aferição da forma de tutela jurídica, faz-se necessário levar em consideração as peculiaridades econômicas dos bens imateriais.

3.4 Características econômicas peculiares dos bens intelectuais

Os bens imateriais possuem algumas características peculiares. As informações, conhecimentos e expressões idealmente consideradas não possuem as mesmas restrições físicas dos bens materiais, podendo ser utilizadas por uma miríade de indivíduos ao mesmo tempo, sem que o consumo de um, diminua o recurso que está sendo utilizado por outrem.

Idéias, informações e conhecimentos, em virtude de sua intangibilidade, também podem ser multiplicados irrestritamente sem nenhuma diminuição do seu conteúdo em virtude da diversidade de detentores.

Uma elucidativa analogia é possível em relação à utilidade social de uma determinada linguagem ou dialeto. Perceba-se que o valor ou utilidade social dos idiomas é diretamente proporcional ao número de indivíduos que dele se utilizam.

Um dialeto de uma tribo no interior da Amazônia pode ser incrivelmente belo, com uma sonoridade ímpar em cada palavra, porém, do ponto de vista de operabilidade prática, não é tão útil para a sociedade como um todo, pois se trata de uma linguagem restrita a poucos indivíduos. Sua utilização não permite a interação necessária ao convívio social.

Línguas como o inglês e o espanhol, por sua vez, são extremamente úteis, exatamente por serem largamente utilizadas. São “convenções” que permitem uma interação entre vários indivíduos com alto grau de estabilidade (os sentidos das palavras são

conhecidos, o que gera confiança das partes sobre a existência de entendimento mútuo). Necessárias, portanto, para a realização das atividades inerentes à vida em sociedade.

Logo, faz sentido que, para determinados tipos de recursos imateriais, as “cercas” preconizadas por Hardin redundem por impedir a máxima utilização. Tais recursos talvez sejam mais bem manejados através de um sistema jurídico que garanta um maior nível de acesso à coletividade.

O ilustre professor Lawrence Lessig demonstra de forma inequívoca que a ponderação entre alocação de recursos, de forma privada ou em comum, é central no debate envolvendo políticas públicas destinadas ao desenvolvimento da tecnologia e da cultura. Na prática, a própria noção de que existem outras formas de alocação de recursos, que não através de propriedade privada, é pouco debatida:

The very idea that noneclusive rights might be more efficient than exclusive rights rarely enters the debate. The assumption is control, and public policy is dedicated to maximizing control. But there is another view: not that property is evil, or that markets are corrupt, or that the government is the best regime for allocating resources, but that free resources, or resources held in common, sometimes create more wealth and opportunity for society than those same resources held privately.¹⁵⁰

Não obstante o intrínseco apelo às idéias de direito natural e do impulso de dividir os recursos em lotes apropriáveis, os diferentes tipos de recursos econômicos apresentam diferentes dinâmicas de produção e de distribuição na sociedade.

Existem, portanto, razões econômicas pelas quais alguns recursos devem ser colocados sob o controle individual exclusivo e outras pelas quais não se necessita de tal exclusividade, sendo, os bens, passíveis de serem disseminados de uma forma mais livre.¹⁵¹

Tratando da natureza dos bens imateriais e de seu papel na sociedade, a leitura de Thomas Jefferson é referência obrigatória:

*It has been pretended by some, (and in England especially,) that inventors have a natural and exclusive right to their inventions, and not merely for their own lives, but inheritable to their heirs.
[...]*

¹⁵⁰ LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World.** New York: Vintage Books, 2002. p. 86. Tradução livre: “A própria idéia de que direitos não exclusivos podem ser mais eficientes que direitos exclusivos raramente aparece no debate. A pressuposição é controle, e a política pública é dedicada a maximizar este controle. Mas existe uma outra perspectiva: não que propriedade seja ruim, ou que mercados sejam corruptos, ou que o governo é o melhor regime para alocar recursos, mas que recursos livres ou recursos tidos em comum algumas vezes criam mais riqueza e oportunidade para a sociedade que se os mesmos recursos fossem tidos de forma privada”.

¹⁵¹ LESSIG, Lawrence. *Op cit.* p. 94.

Stable ownership is the gift of social law, and is given late in the progress of society. It would be curious then, if an idea, the fugitive fermentation of an individual brain, could, of natural right, be claimed in exclusive and stable property.

If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me.

That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property.

Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody.

[...]

*(...) it may be observed that the nations which refuse monopolies of invention, are as fruitful as England in new and useful devices.*¹⁵² (negritado)

Não obstante o texto possuir quase duzentos anos, as ponderações são atuais e os argumentos apresentados são possivelmente até mais lúcidos que os produzidos hodiernamente. Tratando originalmente de patentes de invenção, as razões podem ser facilmente estendidas aos demais campos da propriedade intelectual.

¹⁵² Carta de Thomas Jefferson à Isaac McPherson em 13 de agosto de 1813. MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. **Foundations of Intellectual Property**. New York: Foundation Press, 2004. p. 17-21. Tradução livre: “Tem sido pretendido por alguns, (especialmente na Inglaterra) que inventores possuem um direito natural e exclusivo sobre suas invenções, não só por suas vidas, mas integrando a herança dos herdeiros. (...) A titularidade estável é um presente da lei social, e é dado tarde no progresso da sociedade. Seria então curioso se uma idéia, o fermento fugaz do cérebro de um indivíduo pudesse, por direito natural, ser objeto de propriedade exclusiva. Se a natureza fez alguma coisa menos suscetível do que todas as outras de propriedade exclusiva, é o poder mental denominado idéia, que qualquer indivíduo pode possuir exclusivamente, enquanto reserva para si mesmo; mas no momento em que é divulgada ela se força na posse de todos e aquele que a recebe não pode mais abandoná-la. Sua característica peculiar é que ninguém possui menos, pois todos a possuem por inteiro. Aquele que recebe uma idéia de mim recebe instrução para si mesmo sem diminuir a minha; tal qual aquele que acende uma vela com a minha, recebe luz sem me escurecer. Que idéias devam espalhar-se livremente de um para o outro ao redor do globo, para a mútua instrução moral da humanidade e melhora da sua condição parece ter sido assim designado de forma benevolente pela natureza quando fez idéia tal qual o fogo, expansível sobre todo o espaço sem perder densidade em qualquer dos pontos, e como o ar que respiramos incapaz de ser confinado ou apropriado de forma exclusiva. Assim as invenções não podem em natureza ser objeto de propriedade. A sociedade pode assegurar um direito exclusivo sobre os lucros que derivam dela, como forma de encorajamento para que os indivíduos persigam idéias que se podem provar úteis, mas isto pode ou não ser feito, de acordo com a vontade e conveniência da sociedade sem qualquer contestação ou reclamação de ninguém. [...] (...) pode ser observado que nações que recusam monopólio sobre invenções são tão frutíferas quanto à Inglaterra em novos e úteis inventos”.

Jefferson, de forma concisa, tanto desmistifica a noção de que exista qualquer direito natural e imutável em relação aos bens intelectuais, como claramente expressa que a propriedade é um benefício da ordem jurídica social.

Outro ponto central do texto é que Jefferson discrimina os direitos exclusivos concedidos aos titulares de patentes não como direitos de propriedade, mas sim de monopólios legalmente permitidos, com fundamento último no benefício social.

Por fim, Jefferson coloca em xeque a própria concepção de que um sistema de propriedade intelectual é necessário para promoção do desenvolvimento tecnológico de uma nação, já antecipando uma acirrada discussão que se mantém atual sobre o custo social de um sistema de direitos exclusivos sobre bens intelectuais e possíveis alternativas mais eficientes.

É oportuno salientar que esta visão fundamenta a construção da constituição americana, além de usualmente ser apresentada internacionalmente como um dos textos mais expressivos de justificação da propriedade intelectual.

Fica, portanto, evidente que a atual política “expansionista” e “absolutizante” dos direitos de propriedade intelectual conduzida globalmente pelos Estados Unidos está em contraste com os valores que os *founding fathers* idealizaram para a nação americana.

Corroborando esta concepção, Benjamin Franklin não só considerava as patentes imorais, como apresenta uma visão na qual a atividade inventiva é cumulativa e deve ser compartilhada: “(...) *a principle which has ever weighed me (...) that, as we enjoy great advantages from the inventions of others, we should be glad of an opportunity to serve others by an invention of ours; and this we should do freely and generously*”.¹⁵³

O ponto principal a ser compreendido é a idéia de que o regime de propriedade intelectual deveria ter o foco no interesse público. O fundamento de validade de tais normas é a aptidão das mesmas para encorajar indivíduos a perseguir idéias que pudessem promover utilidade social. Jefferson advogava, portanto, uma aplicação ampla do princípio da primazia do interesse público.

Ficam ainda claras, na metáfora da vela, duas características essenciais dos bens intangíveis: a não-rivalidade e não-exclusividade dos mesmos.

¹⁵³ LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World.** New York: Vintage Books, 2002. p. 206/317. Tradução livre: “Um princípio que sempre teve grande peso comigo é que, da mesma forma que nós aproveitamos grandes vantagens das invenções de outros, nós deveríamos ter satisfação com a oportunidade de servir outros através de uma invenção nossa; e isto deveria ser feito de forma livre e generosa”.

3.4.1 Rivalidade, Exclusividade e *Public Goods*

A rivalidade e a exclusividade são dois critérios que podem ser utilizados nas classificações dos recursos econômicos.

Recursos rivais ou competitivos são aqueles em que o consumo realizado por um indivíduo afeta o consumo dos outros. Esse tipo de recurso é o imaginado por Hardin e representado pela pastagem de gado. Exemplos clássicos são os recursos naturais.

Somente a título de ilustração, os peixes de um lago são recursos rivais, pois os peixes retirados do lago pelo primeiro pescador não estarão disponíveis para os pescadores subseqüentes.

Ao contrário, as canções que os pescadores cantam enquanto esperam os peixes podem ser considerados como recursos não-rivais ou não competitivos. Todos os pescadores podem cantar dia e noite e ainda assim não haveria qualquer esgotamento da canção original. Os bens intelectuais são considerados bens não rivais, exatamente por esta ausência de esgotamento do recurso em virtude de sua utilização.

A exclusividade é uma característica independente do elemento de rivalidade e é influenciada pelo sistema jurídico e pelas limitações físicas, jurídicas ou tecnológicas capazes de serem impostas a terceiros. Como já visto, a exclusividade é inerente à propriedade material, pois a própria posse pressupõe uma exclusividade sobre determinado bem.¹⁵⁴

Ainda no exemplo do lago de pescadores, tanto os peixes individualmente considerados, como o lago, são passíveis de serem bens com características exclusivas, pois é possível determinar a exclusão de outros, seja através da posse do peixe, seja através do isolamento do lago por cercas.

Os bens intelectuais, por sua vez, não são capazes de exclusão. São tidos, nos termos econômicos como “imperfeitamente exclusivos”¹⁵⁵, pois é possível excluir terceiros de determinada informação ou conhecimento enquanto estes forem mantidos em segredo. Uma vez comunicados, não podem mais ser removidos daquele indivíduo.

¹⁵⁴ COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons: Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust*. LUISS Law and Economics Lab Working Paper No. IP-01-2004. Roma. 2004. Disponível em: <<http://www.law-economics.net/public/patent%20pool.pdf>>. Acesso em: 16/06/08.

¹⁵⁵ LESSIG, Lawrence. *The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World*. New York: Vintage Books, 2002. p. 94.

Tendo um pescador aprendido uma nova canção, ainda que o mesmo fique mudo ou venha a ser proibido de cantar, não é possível apagar o conhecimento transmitido.¹⁵⁶

Contudo, o lago e os peixes podem ser transformados em recursos não exclusivos em virtude da organização social ou jurídica. É possível que a ordem jurídica não estabeleça qualquer titulação de exclusividade – direito de propriedade sobre o lago. Assim, qualquer indivíduo poderia ter acesso ao lago sem qualquer restrição por parte de outrem. Tal possibilidade evoca a situação de recursos mantidos em comum – os *commons* de Hardin.

O reverso também é possível, sendo o caso do sistema de propriedade intelectual. Os direitos intelectuais criam exclusividades de utilização sobre bens imateriais e intangíveis que, de outra sorte, seriam recursos, uma vez comunicados, de fácil acesso e de utilização inesgotável em virtude de seu caráter não rival.

As questões da rivalidade e exclusividade são relevantes na análise do tipo de ordem jurídica que irá ser utilizada para regular a gestão dos recursos econômicos imateriais, os privatizando ou os mantendo em comum.

Lessig explica de forma clara as implicações da rivalidade na definição de um sistema de controle sobre a utilização do recurso:

1. *If the resource is rivalrous, then a system of control is needed to assure that the resource is not depleted which means the system must assure the resource is both produced and not overused;*
2. *If the resource is nonrivalrous, then a system of control is needed simply to assure the resource is created – a provisioning problem, (...). Once it is created, there is no danger that the resource will be depleted. By definition, a nonrivalrous resource cannot be used up.*¹⁵⁷

O autor então apresenta a lógica conclusão de que o sistema de controle a ser desenvolvido para cada tipo de recurso deve levar em consideração tais peculiaridades:

What follows then is critical: The system of control that we erect for rivalrous resources (land, cars, computers) is not necessarily appropriate for nonrivalrous resources (ideas, music, expression). Indeed, the same system for both kinds of

¹⁵⁶ Curioso observar que a capacidade de exclusão também é influenciada pelas disponibilidades tecnológicas. Antes uma situação apenas imaginada em ficção científica, atualmente no campo da neurobiologia já existem tecnologias que permitem acessar centros de memória e informação no cérebro. Logo, em teoria, é até mesmo possível apagar um conhecimento ou segredo.

¹⁵⁷ LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World.** New York: Vintage Books, 2002. p. 95. Tradução livre: “1. se o recurso é rival, então o sistema de controle é necessário para assegurar que o recurso não será esgotado, o que significa que o sistema deve assegurar que o recurso será tanto produzido como não sobre-utilizado; 2. se o recurso é não rival, então o sistema de controle é necessário simplesmente criado – um problema de provisionamento. Uma vez criado não há qualquer perigo de que o recurso seja esgotado. Por definição um recurso não rival não pode ser exaurido.”

*resources may do real harm. Thus a legal system, or a society generally, must be careful to tailor the kind of control to the kind of resource. One size won't fit all.*¹⁵⁸

Logo, o sistema de propriedade intelectual não deveria ter, *a priori*, a mesma formatação de um sistema de propriedade para bens materiais. De fato, a preocupação do sistema de propriedade intelectual não é com a sobre-utilização ou esgotamento dos bens imateriais, mas sim com a quantidade de incentivos necessários à produção dos mesmos.

3.4.2 *Deadweight Loss, Free Riding e Public Goods*

Traduzidos em termos econômicos, a não rivalidade dos bens imateriais implica que, uma vez produzidos, os recursos pode ser disponibilizados a outros com um custo marginal zero ou muito pequeno.

Tal constatação se torna ainda mais perceptível em razão do avanço nas tecnologias de comunicação e informática, onde a disponibilização de conteúdo – música, filmes, informações – é possível a um custo ínfimo. A Internet, por exemplo, é uma ampla infra-estrutura de distribuição direta ao usuário, cujo custo de acesso é mínimo se comparado ao volume de negócios conduzidos.

Tratando dessa questão sob o ponto de vista do consumo de informações, François Lévéque e Yann Ménière, assim expõe o problema: “*(...) the marginal cost of serving an additional consumer is zero. Consequently, when a producer charge for his service, consumption of the good is needlessly rationed. (...) Social welfare is not maximized.*”¹⁵⁹

Reitere-se que o direito de propriedade intelectual acarreta uma possibilidade do titular cobrar um preço supracompetitivo com a reprodução de cada bem imaterial. Do ponto de vista do interesse social, esse preço monopolístico é ineficiente, pois há uma massa de pessoas que poderiam consumir o produto se distribuído ao custo marginal.

¹⁵⁸ LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. New York: Vintage Books, 2002. p. 95. Tradução livre: “O que se segue é crucial: O sistema de controle criado para recursos rivais (terra, carros, computadores) não é necessariamente apropriado para recursos não rivais (idéias, música, expressões). De fato, o mesmo regime para os dois tipos de recursos pode ocasionar um dano real. Portanto, o sistema legal ou a sociedade em geral, deve cuidadosamente delinear o tipo de controle ao tipo de recurso. Um só tipo não serve para todos.”

¹⁵⁹ LÉVÈQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. **The Economics of Patents and Copyright**. Paris: Berkley Eletronic Press, 2004. p. 5. Tradução livre: “O custo marginal de servir um consumidor adicional é zero. Conseqüentemente, quando um produtor cobra por seu serviço, o consumo do bem é rationada de forma desnecessária. (...) O bem estar social não é maximizado”.

Em virtude da discriminação de preço que pode ser realizada pelo titular dos direitos de propriedade intelectual, há como resultado uma massa de consumo não atendido, comumente referenciada em linguagem econômica como *deadweight loss*. Essa dinâmica é assim sintetizada por David Lindsey:

As information goods have relatively high fixed costs of production, to recover the costs of production an information producer, such as a copyright owner, must charge more than the marginal cost of reproduction. If a single price is set above marginal cost, consumers who value the good at more than marginal cost but less than the price will not be able to purchase the product. According to conventional micro-economic theory, a good should be supplied to all consumers prepared to pay more than marginal cost. Thus to the extent that the price for an information good is set above marginal cost there is said to be a net social cost, which is known as the deadweight loss.¹⁶⁰

Entretanto, a lógica de uma distribuição livre em virtude do custo marginal de reprodução ser próximo a zero, está baseada na premissa de que o bem imaterial já foi produzido, ou seja, trata-se de uma lógica *ex post* a existência do produto.

Tal lógica apresenta um problema, pois um produto produzido a custo marginal zero, teria o próprio preço zero e por sua vez, sequer seria produzido em primeiro lugar. Logo, o problema associado a este tipo de recursos é a necessidade de se garantir sua produção.

Além do exemplo dos bens intelectuais, existem outros recursos que são tidos por não rivais e não exclusivos e são parte essencial da convivência em sociedade. São normalmente os bens identificados na ordem jurídica como bens públicos ou bens de uso comum do povo.

Observe-se que bens físicos como as estradas, praias, praças possuem as distintas características de serem capazes de atender um número razoavelmente grande pessoas sem discriminar ou impor exclusões predeterminadas.¹⁶¹ Além desses, é possível imaginar exemplos ainda mais marcantes, como a defesa nacional, a infra-estrutura do país, além de

¹⁶⁰ LINDSAY, David. **The law and economics of copyright, contract and mass market licences**. Sydney: Centre for Copyright Studies – Australian Copyright Council, 2002. p. 24. Tradução livre: “Como os bens de informação possuem custos de produção relativamente altos, para recuperar o investimento o produtor, a exemplo de um titular de copyrights, deve cobrar acima do custo marginal de reprodução. Se um preço é colocado acima do custo marginal, consumidores que valorizam o bem além do custo marginal, porém aquém do preço, não poderão comprar o produto. De acordo com a teoria micro-econômica, um produto deveria ser produzido a todos os consumidores dispostos a pagar mais que o custo marginal. Assim, no que se relaciona com o estabelecimento de um preço de um produto informacional além do preço marginal, diz-se que há um custo social, identificado como “peso morto”.”

¹⁶¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 41.

serviços como educação, saúde e segurança ofertados ao público, mesmo para aqueles que não contribuem direitamente para seu custeio.

Não obstante os poderes públicos poderem impor restrições com fundamento no poder de polícia, a nota característica de tais bens é exatamente a sua abertura de acesso ao público.

Com efeito, os bens tidos por não rivais e não exclusivos são caracterizados economicamente como *Public Goods*. De acordo com Adão Carvalho:

Um bem público tem duas características fundamentais:

(i) não-rivalidade – isto é, o seu consumo por alguém não afecta a quantidade disponível para outros.

(ii) não-exclusividade – isto é, uma vez disponível, não é possível impedir o seu acesso a outros.

O conhecimento científico e tecnológico associado a uma inovação tem estas duas propriedades.¹⁶²

Não obstante a essencialidade dos bens públicos para a vida em sociedade, os mesmos estão sujeitos a um problema econômico conhecido como *free-riding*, que decorre da assimetria entre os custos de produção e a internalização dos benefícios.

Para os bens intelectuais são possíveis várias formas de *free-riding*. Por exemplo, é inegável que os custos com pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias são muito expressivos em relação ao valor necessário para a simples reprodução da mesma.

Logo, num ambiente sem direitos de propriedade industrial, as empresas agiriam de forma a aguardar que as competidoras produzissem a tecnologia para simplesmente copiá-la. Internalizar-se-ia todos os benefícios, sem o custo com o desenvolvimento.

Logo, a estratégia racional individual é simplesmente não contribuir e simplesmente “pegar carona” no desforço de outros indivíduos. Todas as empresas agindo de forma a minimizar seus custos, todavia, tendem a manter o *status quo* e nenhuma tecnologia seria produzida.

No direito autoral, a ausência de exclusividade sobre os direitos de reprodução das obras artísticas e literárias inviabilizaria o dispêndio do primeiro editor com a remuneração do autor, na medida em que outros editores poderiam simplesmente copiar a obra, aproveitando-se do valor do trabalho, sem, contudo, incorrer em qualquer custo para a sua criação.

¹⁶² CARVALHO, Adão. **Racionalidade econômica dos direitos de propriedade intelectual.** Documento de Trabalho nº 2004/10. Universidade de Évora - Departamento de Economia. Disponível em: <<http://www.decon.uevora.pt>>. Acesso em: 17/06/08.

No direito marcário, a possibilidade de *free-riding* está associada também a uma indução do consumidor a erro. Se diversas empresas pudessem simplesmente utilizar a marca de outras já conhecidas e com clientela desenvolvida, estariam a internalizar os benefícios da marca, sem, contudo, ter incorrido em qualquer custo para a construção do valor da mesma.

Assim, no tocante aos bens intelectuais, na ausência de um sistema de exclusividade – por exemplo, direitos de propriedade intelectual – há uma grande possibilidade dos bens sequer serem produzidos, em virtude dos problemas de *free-riding*.

Há, portanto, necessidade de uma lógica diferenciada *ex ante*, que deverá tratar de incentivos para a criação inicial do produto intelectual. Reiterando a análise de Lessig, trata-se de um problema de provisionamento e não de esgotamento.

O sistema de propriedade intelectual se pretende uma forma de atacar os dois problemas, ou seja, incentivos para a produção e garantia de distribuição eficiente. Consoante Lévéque e Ménière,

By offering an exclusive right for a limited period, intellectual property law addresses these two problems sequentially. Initially, the legal mechanism of protection makes the good excludable. Users are required to pay for the services offered, through royalties. Subsequently when the work passes into the public domain, all consumers can access it free of charge. Intellectual property law thus attempts to strike a balance between the incentive to create and innovate and use translates into economic language as a trade-off between dynamic and static efficiency.¹⁶³

A exclusividade artificialmente criada pela ordem jurídica através de direitos de propriedade intelectual é uma forma de eliminar o problema de *free-riding*, contudo, não é a única forma de criação de incentivos para a produção de conhecimento, cultura e tecnologia.

Em verdade, a propriedade intelectual, por si só, já carrega uma série de problemas que devem ser equacionados antes que se possa garantir que este sistema de normas é o mais eficiente para a promoção do desenvolvimento humano.

A estrutura do sistema de propriedade intelectual deve estar apta a resolver questões como: A exclusividade deve incidir sobre quais usos e aproveitamentos econômicos?

¹⁶³ LÉVÉQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. **The Economics of Patents and Copyright**. Paris: Berkley Eletronic Press, 2004. p. 5. Tradução livre: “Através da oferta de direitos exclusivos por um período de tempo limitado, a propriedade intelectual trata desses dois problemas de forma seqüencial. Inicialmente, o mecanismo legal de proteção torna o produto exclusivo. Usuários devem pagar pelos serviços oferecidos, através de royalties. Seqüencialmente, quando o trabalho passa para o domínio público, todos os consumidores podem acessá-lo de forma gratuita. Propriedade Intelectual procura encontrar um equilíbrio entre incentivos para a criação e inovação e usos, traduzindo-se em linguagem econômica como uma troca entre eficiências dinâmica e estática.”

Que tipos de exceção devem ser conferidos a essa exclusividade em razão do interesse social? Qual o tempo de duração ótimo? Deve existir algum sistema paralelo de promoção de incentivos para criações intelectuais? Existem outros incentivos além da exclusividade econômica? Quais conhecimentos devem ser colocados no domínio público para a utilização irrestrita?

Tais indagações ainda servem para demonstrar que o ponto mais crítico do debate é como atingir o equilíbrio econômico entre o estímulo ao interesse privado para a produção e o interesse social na ampla distribuição de conhecimento, informação e cultura. Fora desse equilíbrio ideal, estar-se-á ou perdendo novas idéias ou se privando desnecessariamente a sociedade de um conhecimento útil.

3.5 Conclusões relevantes da análise econômica

Direitos de propriedade possuem uma importante função social como mecanismo de redução dos custos de transação, bem como a sua existência favorece a gestão racional de recursos econômicos, uma vez que a exclusividade a eles inerente favorece a internalização das externalidades positivas e negativas relacionadas à utilização.

Entender a propriedade como um feixe de direitos relacionados à exclusão de terceiros sobre determinado uso ou aproveitamento de um bem econômico significa dar um conceito amplo ao instituto, razão pela qual é possível justificar-se que os direitos de propriedade intelectual, exclusividades criadas pela ordem jurídica, são efetivamente propriedade.

Independentemente da justificação, sua existência e formatação possuem sérias implicações sobre a criação, produção e consumo dos recursos econômicos imateriais.

Nesse ponto, reitere-se que bens de natureza e características econômicas diversas demandam, logicamente, tratamentos diferenciados, sob pena de não responderem adequadamente aos problemas peculiares de cada tipo.

Os direitos de propriedade intelectual se inserem na categoria de bens públicos, que são particularmente importantes para o convívio social e que demandam uma intervenção estatal para corrigir a ausência natural de incentivos econômicos para sua constituição e manutenção eficiente.

Os bens imateriais apresentam uma assimetria entre os custos necessários à sua constituição e os custos relacionados à sua reprodução e distribuição. Logo, demandam um tratamento normativo que deve atender a duas lógicas distintas, *ex ante* e *ex post* à constituição do bem intelectual.

A ordem jurídica atua criando incentivos iniciais para a produção de trabalhos intelectuais ao garantir a exclusividade temporária sobre o bem imaterial. Tal expediente ainda evita problemas de *free-riding* por parte dos outros agentes econômicos.

A limitação da exclusividade em razão do decurso de um lapso temporal é o elemento que efetivamente atende ao interesse social de difusão da cultura e do conhecimento.

O ingresso no domínio público permite que o conhecimento possa ser livremente utilizado, magnificando seu valor social, pois permite uma multiplicidade de utilizações e aplicações que não seriam permitidas pelo detentor da exclusividade ou seriam frustradas em virtude dos elevados custos de transação que o sistema impõe durante o período de proteção.

O domínio público, portanto, tem um papel tão relevante (possivelmente até mais) para a sociedade do que a idéia de proteção exclusiva e recompensa aos criadores, argumento este alardeado pelos que advogam um modelo proprietário absoluto para os bens intelectuais.

O instrumental econômico aqui delineado é útil para uma análise crítica do sistema de propriedade intelectual e seus custos para a sociedade.

Para a correta compreensão do impacto de um sistema de propriedade intelectual na sociedade, é preciso entender que seus contornos não são uma decorrência lógica da natureza das coisas ou de algum direito natural. Trata-se de uma opção social, de uma política pública onde os delineamentos são essencialmente normativos e podem ser alterados dentro do processo democrático.

Pensar o sistema de propriedade intelectual como uma escolha também é interessante para trazer à tona o debate sobre os custos a ela inerentes. Não só custos com órgãos públicos e agências especializadas, nem os custos gerais relativos à atuação pública na efetivação dos direitos e correção das infrações, mas os custos que o próprio sistema impõe à sociedade.

Relacionando os custos sociais que raramente são debatidos quando das discussões sobre o sistema de patentes, Stuart Mcdonald demonstra que há uma contradição entre o propósito do sistema e a alocação do seu ônus:

Those who reap most benefits from the patent system are not those who incur most costs, and while benefits are finely focused, costs are much more widely distributed. The greatest cost of all would seem to be borne by society as a whole in terms of damage done to innovation, which is curious given that the fundamental purpose of the patent system is to encourage innovation for the benefit of society as a whole.
 [...]

Discussion of the costs and benefits of the patent system tends to emphasize the benefits. The costs of the patent system are usually ignored altogether, or are presented as trivial. Those most commonly acknowledge are fees paid to the patent office and patent attorneys. But there are other costs. There are serious costs.¹⁶⁴

Macdonald prossegue com a análise de que o sistema de patentes – bem como o sistema de propriedade intelectual – deveria se adequar à sociedade e não o contrário.

O autor utiliza exemplos de pesquisas feitas em pequenas empresas de tecnologia. Tais empresas possuíam elevados custos com consultas em arquivos de patentes. As consultas, contudo, não eram realizadas para promover novas pesquisas, mas para certificar que as tecnologias desenvolvidas não estariam a violar patentes existentes ou conhecimentos protegidos, evitando-se, assim, eventuais demandas e litígios judiciais. Nesse caso, portanto, o sistema de propriedade intelectual não reduziu os custos de transação, em violação à sua própria *raison d'être*.

Um raciocínio similar pode ser utilizado para a seara do direito autoral e do *copyright*. A proteção excessiva pode impactar severamente no processo artístico e no desenvolvimento e difusão da cultura.

Lessig cita o exemplo do documentarista Jon Else, que, em um de seus trabalhos, capturou inadvertidamente uma televisão transmitindo um episódio dos *Simpsons*.¹⁶⁵

¹⁶⁴ MACDONALD, Stuart. Exploring the Hidden Costs of Patents. In: DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth (ed.). **Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development**. New York: Palgrave Macmillan, 2006. p. 13 *et seq.* Tradução livre: “Aqueles que recebem mais benefícios do sistema de patentes não são aqueles que incorrem nos maiores custos, e enquanto os benefícios são bem focados, custos são muito mais distribuídos. O maior dos custos parece ser arcado pela sociedade como um todo em termo de danos à inovação, o que é curioso, levando em consideração que o propósito fundamental do sistema de patentes é encorajar a inovação para o benefício da sociedade. [...] Discussão sobre custos e benefícios do sistema de patentes tende a enfatizar os benefícios. Os custos do sistema de patentes são usualmente ignorados ou apresentados como triviais. Os comumente reconhecidos são as taxas dos escritórios de patente e os advogados. Mas existem outros custos. Existem custos sérios”.

¹⁶⁵ LESSIG, Lawrence. **Free Culture – The Nature and Future of Creativity**. New York: Penguin Books, 2005. p. 95-97.

Apesar de se tratar de uma tomada de poucos segundos, o cinegrafista, por medida de cautela, resolveu entrar em contato com Matt Groening, criador da animação televisiva, para obter permissão.

Embora obtida a permissão do criador, a rede de televisão FOX, que possui os direitos legais do desenho, respondeu ao pedido informando que somente autorizaria a utilização daquelas imagens em contrapartida ao pagamento de uma licença de dez mil dólares. Do contrário, a utilização não autorizada seria motivo para uma demanda judicial por violação de *copyright*.

Apesar da doutrina jurídica americana de *fair use*¹⁶⁶ vislumbrar tal utilização como uma exceção à exclusividade de *copyright*, o custo e o desgaste com um litígio judicial, especialmente em face de uma grande companhia, desencorajou a utilização da cena.

Neste caso, o sistema de propriedade intelectual representou um obstáculo ao processo criativo de um autor, bem como se consubstanciou como mecanismo de proteção do controle corporativo sobre ícones da cultura *pop*.

Desses exemplos, é possível inferir que a ordem normativa criou distorções severas que comprometeram o processo produtivo de novos bens intelectuais. Uma atribuição excessiva de direitos exclusivos que redundou num cenário de *tragedy of anticommons*.

Para uma compreensão ainda maior dessas distorções, uma investigação histórica se faz relevante. Através da análise histórica da evolução das principais doutrinas da propriedade intelectual, será possível vislumbrar quais os valores animaram a inserção na ordem jurídica de tais direitos, seus objetivos originários e os fatores propiciam o desequilíbrio em favor de determinados grupos de interesses.

¹⁶⁶ Numa simplificação, o *fair use* é o nome da doutrina jurídica americana que trata das exceções aos direitos de *copyright*, onde indivíduos podem reproduzir ou utilizar um trabalho criativo para fins considerados legítimos, tais como: citação, crítica, paródia, fins didáticos, dentre outros. Trata-se de figura similar às limitações dos direitos autorais existentes na lei autoral brasileira.

4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Dada a formação centrípeta da propriedade intelectual decorrente da convergência de suas diversas doutrinas, a compreensão histórica é encontrada no estudo da evolução das duas mais expressivas: a propriedade industrial e o direito autoral/*copyright*.

Tais doutrinas são as mais antigas e têm um corpo de normas mais desenvolvido entre as nações. Além disso, seus respectivos tratados internacionais serviram de base para a atual Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

Conforme será verificado, os direitos de propriedade industrial e *copyrights*/direitos autorais evoluíram de forma similar e em estreita correlação. Não como formas de reconhecimento aos criadores, mas como formas de controle social e concessão de privilégios econômicos.

Tais constatações são relevantes para descharacterizar tais direitos como ilimitados ou absolutos, colocando em destaque seu compromisso histórico com privilégios econômicos, em contraste com o papel social que deveriam desempenhar.

4.1 Evolução do *Copyright*/Direito Autoral

Não obstante tratar-se de dois sistemas de direitos diversos, são usualmente identificados como sistemas paralelos de tutela das obras de expressão artística. Como já destacado, o direito autoral possui origem romano-germânica, identificado com o sistema Continental-Europeu (*Civil Law*). O *copyright*, por sua vez, pertence ao sistema anglo-americano (*Common Law*).

Há uma diferença de enfoque na proteção. O Direito Autoral destina-se à tutela do criador, destacando-se questões como os direitos morais. O *Copyright*, por sua vez, tutela a obra em si ou, mais corretamente, o direito de cópia ou reprodução, percebendo-se uma maior ênfase no aspecto econômico de circulação e distribuição de trabalhos artísticos.

Numa simplificação grosseira, contudo, as duas doutrinas são equivalentes ao formularem sua proteção na forma de concessão de direitos exclusivos ao criador ou ao autor e na preocupação com a promoção da cultura e difusão do conhecimento.

Os dois sistemas também possuem fortes laços históricos, especialmente após a invenção da imprensa e no início do mercado literário. Não só no passado, mas correlacionam-se também na atualidade. Em ambos, são debatidas questões similares, tais como: o impacto das novas tecnologias digitais; o controle do conteúdo artístico desviado dos autores para os grandes conglomerados corporativos de mídia e entretenimento; quais os limites de proteção tanto em escopo como duração; e outras questões sensíveis que ganham especial relevância com a harmonização internacional de padrões de proteção.

Para os propósitos deste trabalho, opta-se por uma investigação histórica comum.

4.1.1 Primórdios do *Copyright/Direito Autoral*

A expressividade sempre foi uma das características humanas. A existência de diversas pinturas tribais e pictogramas em cavernas já demonstram o desejo humano de fixar sentidos em correspondência ao mundo natural. Nos primórdios da humanidade, a própria linguagem oral, os sons e gestos eram o meio pelo qual se veiculava o sentido com o fim de estabelecer comunicação.¹⁶⁷

Várias civilizações antigas, apesar de não possuírem qualquer forma de proteção autoral, expressaram uma rica produção cultural.

Dentre essas civilizações encontram-se as de tradição oral, como a Índia antiga, onde obras primas literárias e filosóficas eram anônimas. Outro exemplo é a produção cultural na ilha de Bali, vista como um processo cumulativo e participativo orientado para a comunidade. Busca a expressão do pensamento coletivo.¹⁶⁸

Percebe-se, assim, que o sistema de proteção autoral não é condição *sine qua non* para a produção cultural. A idéia de um sistema de proteção focado no indivíduo pode eventualmente até ser contrária ao *ethos* cultural de determinado grupo, onde outros incentivos, além dos econômicos ou de reconhecimento moral, são relevantes na criação e reformulação da cultura.

Na Grécia, a produção cultural era estimulada pelas próprias entidades administrativas das cidades-estados, a exemplo de Atenas, que promovia concursos de artes visuais e dramáticas em festivais religiosos. Os ganhadores eram exaltados, contudo, não

¹⁶⁷ GANDELMAN, Henrique. *Guia básico dos direitos autorais*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1982. p. 44.

¹⁶⁸ BETTIG, Ronald V. *Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property*. Oxford: Westview Press, 1996. p. 13.

detinham o direito exclusivo de reprodução e as obras eram reencenadas livremente e difundidas pela sociedade.¹⁶⁹

As primeiras reais formas de proteção de trabalhos expressivos podem ser identificadas em Roma e na China. São dois momentos históricos nos quais houve uma grande expansão populacional e comercial, propiciando um efetivo mercado cultural envolvendo livros e performances artísticas.

Na Roma antiga não havia forma de proteção jurídica específica, embora existam registros históricos de que autores assinavam contratos para a publicação de livros.¹⁷⁰ A proteção não residia especificamente em controle das cópias, mas na opinião pública e na repreensão moral em razão do plágio.

Com efeito, a expressão “plágio”, do latim *palgium*, é oriunda de tal período. Originalmente denotando uma idéia de seqüestro ou seqüestrador, foi utilizada no sentido moderno pelo poeta romano Marcial, de forma a comparar a cópia de um trabalho artístico a uma forma de “seqüestro”.¹⁷¹

Não obstante o extremo desenvolvimento jurídico, no direito romano havia certa confusão entre o substrato de fixação da obra – o *corpus mechanicum* – e a própria obra nele incorporada. Os direitos de propriedade necessitavam de um bem material para incidir.¹⁷²

Outra possível explicação pela qual não existia um regime específico de tutela de direitos dos autores era a dificuldade prática de se reproduzir um trabalho literário. Aliada à censura moral e à opinião pública, o alto custo com a elaboração da própria cópia servia de um desestímulo natural para a prática.¹⁷³

Na China antiga, o papel e as tecnologias de impressão já foram desenvolvidos muito antes do ocidente, o que permitiu a facilidade de cópia. A impressão, todavia, foi utilizada precipuamente pela estrutura administrativa dos governos, sendo a atividade extremamente regulada pelos poderes locais, o que gerava o controle dos trabalhos que eram

¹⁶⁹ GELLER, Paul Edward. Copyright history and the future: What's culture got to do with it? **Journal of the Copyright Society of the USA**. Vol. 47. p. 209-264. 2000. p. 213.

¹⁷⁰ BETTIG, Ronald V. **Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property**. Oxford: Westview Press, 1996. p. 12.

¹⁷¹ CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais: comentários**. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003. p. 13.

¹⁷² CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995. p. 41.

¹⁷³ GELLER, Paul Edward. *Op. cit.* p. 213.

efetivamente impressos. Logo, não havia um direito dos autores tanto quanto uma regulação da própria atividade de impressão.¹⁷⁴

4.1.2 *Copyright/ Direitos Autorais em Veneza*

Veneza foi palco do surgimento tanto das patentes como do que é possível conceber como primeiros *copyrights*. Embora o *Statute of Anne*, adotado da Inglaterra seja considerada como a primeira legislação de proteção autoral, na Veneza clássica já eram conhecidos direitos de exclusividade sobre a reprodução de trabalhos literários.

O direito de reprodução de trabalhos clássicos e contemporâneos era atrelado aos privilégios de exploração sobre tecnologias de impressão que interessavam à difusão e à expansão do mercado editorial da época.

Nesta nascente do direito autoral, o objetivo da tutela não era o reconhecimento dos direitos morais ou patrimoniais dos autores, mas da proteção e concessão de privilégios aos detentores das tecnologias de impressão de livros.

Entre 1469 e 1517, vários privilégios foram concedidos, iniciando-se com o privilégio atribuído a Johann von Speyer para conduzir impressões de livros, de forma exclusiva em Veneza, por um prazo de cinco anos. Outros diversos privilégios foram concedidos sobre variadas classes ou tipos de livros, consubstanciando efetivos monopólios, especialmente por serem acompanhados de uma cláusula que barrava a importação de livros.¹⁷⁵

O primeiro direito exclusivo que pode ser comparável ao *copyright* moderno foi o privilégio atribuído a Marco Antonio Sabellico, em setembro de 1486. Foi-lhe atribuído o controle exclusivo de sua obra *Decades rerum Venetiarum*. O responsável por qualquer publicação não autorizada seria multado em 500 ducatos. Apesar do privilégio não ser um reconhecimento expresso de um direito de propriedade sobre a obra literária, há uma equivalência em efeitos práticos ao sistema de tutela atual do direito de autor.¹⁷⁶

¹⁷⁴ GELLER, Paul Edward. Copyright history and the future: What's culture got to do with it? **Journal of the Copyright Society of the USA**. Vol. 47. p. 209-264. 2000. p. 215.

¹⁷⁵ BUGBEE, Bruce W. Genesis of American Patent and Copyright Law. *Apud* MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. **Foundations of Intellectual Property**. New York: Foundation Press, 2004. p. 270.

¹⁷⁶ BUGBEE, Bruce W. *Op. cit.* p. 271.

A exclusividade relativa ao controle da obra literária, portanto, não nasceu no autor, surgiu nas mãos dos editores e impressores em razão do interesse estatal na produção de novos trabalhos.

Para Nehemias Gueiros Júnior, o autor ficava relegado ao segundo plano, sendo recompensa suficiente a publicação e o reconhecimento público, argumento utilizado pelos editores para justificar o modelo de negócios então vigente: “(...) os editores citavam a considerável fama, decorrente de qualquer um que naqueles tempos publicasse um livro, como suficiente recompensa ao seu esforço e ainda reclamavam do alto custo da operação editorial”.¹⁷⁷

Esse modelo de concessão de privilégios de impressão como forma de controle estatal evoluiu de forma tão expressiva, que o Conselho de Veneza editou um decreto, em 1548, determinando o estabelecimento de uma guilda ou corporação na qual todos os impressores e livreiros deveriam se organizar. Tal medida pretendia regular o mercado literário e facilitar o controle de trabalhos que poderiam ser considerados heréticos.¹⁷⁸

Assim, o sistema de privilégios, ou seja, de exclusividades sobre a impressão e distribuição de trabalhos literários, permitia uma efetiva censura e um controle da própria cultura ao selecionar que conteúdos seriam distribuídos.

Os privilégios ao redor das tecnologias de impressão e as exclusividades na reprodução de obras evocam uma a idéia embrionária de um sistema de tutela jurídica da tecnologia, inovação e dos trabalhos expressivos – direito de propriedade industrial e *copyright*/direito autoral.

Durante a idade média, a Igreja Católica Romana detinha um verdadeiro monopólio sobre o conhecimento e a produção cultural literária através do sistema monástico. A reprodução de livros era realizada pelos monges copistas. Somente livros e materiais em sintonia com os valores religiosos eram disseminados.¹⁷⁹

Com efeito, quando as novas tecnologias de impressão reduziram os custos de produção de livros, permitindo através destes uma maior difusão de conhecimentos e opiniões, sinalizou-se a derrocada do monopólio da Igreja sobre o conhecimento. Esse

¹⁷⁷ GUEIROS JUNIOR, Nehemias, **O direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber.** Rio de Janeiro: Gryphus, 2000. vol. 1. p. 30.

¹⁷⁸ BUGBEE, Bruce W. *Genesis of American Patent and Copyright Law.* Apud MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. **Foundations of Intellectual Property.** New York: Foundation Press, 2004. p. 272.

¹⁷⁹ BETTIG, Ronald V. **Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property.** Oxford: Westview Press, 1996. p. 13.

movimento histórico é bastante ilustrativo da importância da tecnologia e difusão da cultura para o progresso da humanidade.

A história de Johann Gutenberg, tido como “pai da imprensa”, por outro lado, é ilustrativa do compromisso do sistema jurídico não com o autor ou o inventor, mas com o detentor do capital. Gutenberg desenvolveu as primeiras tecnologias de impressão mecânica através da assistência de um capitalista-mercante Johann Fust, que terminou por apropriar-se do invento quando Gutenberg não foi capaz de pagar os empréstimos recebidos para o desenvolvimento de seus trabalhos.¹⁸⁰

O controle sobre a cultura residia nas mãos do oligopólio de editores e livreiros (guildas) que estavam nas graças dos monarcas e contavam com o aparato estatal na proteção de seus interesses. Estes, em troca, não publicavam trabalhos que fossem contrários ao regime vigente.

As guildas de Veneza encontram um paralelo na *Stationer's Company of London*, uma corporação de editores e livreiros de Londres. A evolução do papel da *Stationer's Company* na história inglesa foi precursora do que veio a se tornar o que é apontada como a primeira legislação sistemática de *copyright/direitos de autor*.

4.1.3 *Copyright/Direitos Autorais na Inglaterra*

A *Stationer's Company* já havia se estruturado na Inglaterra antes mesmo das novas tecnologias de impressão e imprensa como uma corporação de escribas, livreiros e editores. Com o passar dos anos, tornou-se um poderoso cartel cujo único propósito era a manutenção da ordem e dos lucros no mercado literário.¹⁸¹

Com o surgimento de novas tecnologias de impressão, reduzindo os custos com a publicação de trabalhos literários, o regime teve que lidar com um problema: a difusão de obras críticas ao regime. Nesse momento, ocorre uma simbiose entre a coroa e a *Stationers Company*.

Através de ordens, decretos e *Licencing Acts*, iniciados com a Rainha Católica Mary Tudor, a coroa expedia determinações de quais livros poderiam ser legalmente

¹⁸⁰ BETTIG, Ronald V. **Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property**. Oxford: Westview Press, 1996. p. 15-16.

¹⁸¹ GOLDSTEIN, Paul. **Copyright's Highway – From Gutenberg to the Celestial Jukebox**. California: Stanford University Press, 2003. p. 32.

publicados e distribuídos.¹⁸² Gradualmente, através dos anos, a própria *Stationers Company* substituiu a polícia da coroa, recebendo atribuições de buscar, apreender e destruir trabalhos não autorizados. A *Stationer's Company* recebia os benefícios do monopólio sobre o mercado literário editorial e a Coroa dispunha de uma máquina eficiente de censura.¹⁸³

Essa dinâmica ilustra bem os princípios originais do *copyright* que até hoje ainda estão presentes no direito autoral: primeiro, trata-se de um conjunto de direitos e prerrogativas outorgados pela via legislativa, não por um direito natural revelado; segundo, possuem efeitos de conferir um verdadeiro monopólio ao detentor, permitindo que o mesmo fixe o preço de aquisição da obra ou de acesso ao conhecimento nela consubstanciado, sem considerar as pressões do mercado.¹⁸⁴

Esta situação perdurou até 1694, quando não foi renovado o *Licencing Act*, até então vigente, que estabelecia as prerrogativas e o monopólio dos *Stationers*. Observe-se que há um contexto político de reforma, onde as premissas de um sistema baseado em privilégios aristocráticos entravam em choque com o modelo capitalista de mercado emergente.

John Locke enviou um memorando ao comitê do parlamento inglês encarregado da supervisão dos trabalhos literários indicando uma grande preocupação com os efeitos deletérios do monopólio e possível censura sobre o mercado literário.¹⁸⁵

Locke advogava uma limitação nos direitos dos atores sobre a publicação dos livros como forma de preservação da própria literatura, ou seja, sua preocupação centrava-se no fato de que o monopólio perpétuo estaria a comprometer a preservação de obras clássicas, seja pela vedação de sua distribuição, seja pelo alto custo em razão da exclusividade de reprodução. No memorando é ainda feita uma comparação com o mercado editorial na Holanda, onde não existia um sistema de monopólio, enfatizando que as obras clássicas eram distribuídas com grande qualidade e baixo custo em razão da competição entre os editores e distribuidores.¹⁸⁶

¹⁸² VAIDHYANATHAN, Siva. **Copyrights and Copywrongs. The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity.** New York: New York University Press, 2003. p. 37.

¹⁸³ GOLDSTEIN, Paul. **Copyright's Highway – From Gutenberg to the Celestial Jukebox.** California: Stanford University Press, 2003. p. 33.

¹⁸⁴ VAIDHYANATHAN, Siva. *Op. cit.* p. 38.

¹⁸⁵ HUGHS, Justin. **Locke's 1694 Memorandum (and more Incomplete copyright historiographies).** Benjamin N. Cardozo School of Law. Working Paper No. 167. 2006. Disponível em: <<http://www.law.cardozo.edu/>>. Acesso em: 08/08/08.

¹⁸⁶ BETTIG, Ronald V. **Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property.** Oxford: Westview Press, 1996. p. 21.

Com a expiração do sistema de privilégios reais em 1694, o *lobby* dos *stationer's* buscou outras estratégias legislativas para assegurar o controle sobre o mercado. Surge, então, um novo argumento retórico para a obtenção de um direito perpétuo de propriedade sobre o trabalho expressivo – o autor.¹⁸⁷

Em 1706, os *Stationer's* peticionaram ao Parlamento Inglês utilizando o argumento que até hoje se mantém como o mais persuasivo e apelativo a um senso comum de justiça: os autores não teriam incentivos para continuar produzindo nem a adequada compensação pelos seus esforços criativos sem o direito de exclusividade (na forma de propriedade) sobre a publicação dos trabalhos literários.¹⁸⁸

Após anos de *lobby*, foi promulgado o *Statute of Anne* em 1710, também chamado de *Copyright Act*, que é usualmente considerada como a primeira legislação sobre *copyright*. Tal legislação auto-denominava-se como: “*An act for the encouragement of learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such copies, during the times therein mentioned.*”¹⁸⁹

Com esta legislação, o parlamento reconheceu os direitos de cópia até então existentes aos *Stationer's* pelo período de vinte e um anos, não renovável. Para os trabalhos criados posteriormente, haveria um período de catorze anos renovável por mais catorze anos. Após o período inicial de proteção, mesmo que o autor tivesse alienado o direito de cópias, com o novo registro, este poderia novamente beneficiar-se do sistema de *copyright*.¹⁹⁰

Tal legislação possui um aspecto talvez até mais relevante do que ser a primeira legislação a estabelecer os direitos dos autores. Foi o primeiro momento onde ocorre a codificação dos contornos do “domínio público”, ou seja, uma universalidade de trabalhos produzidos a tempo suficiente para não mais sujeitarem-se ao controle individual, pertencendo ao público e à própria cultura.¹⁹¹

Após a expiração do prazo de proteção, qualquer novo autor estaria livre para elaborar sobre trabalhos anteriores e qualquer editor poderia difundir o trabalho, republicando-o em diferentes formatos e edições.

¹⁸⁷ VAIDHYANATHAN, Siva. **Copyrights and Copywrongs. The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity.** New York: New York University Press, 2003. p. 40.

¹⁸⁸ GOLDSTEIN, Paul. **Copyright's Highway – From Gutenberg to the Celestial Jukebox.** California: Stanford University Press, 2003. p. 33.

¹⁸⁹ Tradução Livre: “Um ato para o encorajamento do aprendizado, através da atribuição do direito de cópias de livros impressos aos autores ou adquirentes de tais direitos, pelo tempo aqui mencionado”.

¹⁹⁰ GOLDSTEIN, Paul. *Op. cit.* p. 34.

¹⁹¹ VAIDHYANATHAN, Siva. *Op. cit.* p. 40.

Não obstante o *Statute of Anne* conferisse direitos a autores, seu objetivo foi limitar o crescente poder dos monopólios sobre o mercado literário. O estatuto também se tornou um marco regulatório para o comércio de livros na medida em que permitiu a criação de um mercado literário, onde qualquer indivíduo poderia publicar um trabalho desde que com a devida autorização do autor.

Os *Stationer's* envidavam, sem sucesso, esforços para a prorrogação legislativa do tempo de proteção (exclusividade). Contudo, o contexto histórico de declínio do absolutismo monárquico apontava para uma quebra dos paradigmas de proteção fundados em privilégios reais e controles aristocráticos, em face de uma emergente economia de mercado.

Nova estratégia a ser utilizada pelos *Stationer's* seria o reconhecimento de um direito perpétuo do autor baseado não no Estatuto de Anne, mas nos preceitos da *Common Law*, ou seja, um direito de propriedade sobre a obra idealmente considerada – o bem imaterial. O reconhecimento deste direito, conjugado com a alienabilidade do mesmo, permitiria aos editores obter contratualmente, para todos os efeitos práticos, um direito perpétuo – monopólio – de exploração daquele trabalho.¹⁹²

O primeiro caso onde tal oportunidade se apresentou de forma efetiva foi em *Millar v. Taylor*, de 1769. O então popular poema épico “*The Seasons*”, escrito por James Thomson, que teve seus direitos de *copyright* transferidos para Andrew Millar. Após a expiração do *copyright* em 1769, Robert Taylor, um editor fora do grupo dos *Stationer's* publicou uma versão rival do poema. Millar, então, promoveu uma ação argüindo o direito natural dos autores de um controle perpétuo sobre o *copyright*.

Dois grandes juristas ingleses que participaram do julgamento apresentaram opiniões divergentes sobre a questão. O então *Justice* Lord Mansfield centrou seus argumentos com base em questões de justiça e recompensa moral dos autores em virtude de seu trabalho criativo.

Por sua vez, o *Justice* Yates rejeitou tal linha de argumentação em virtude do caráter fugitivo das idéias e expressões intelectuais, utilizando dois relevantes argumentos para corretamente enquadrar o debate: uma vez publicadas, as idéias e expressões seriam tão do autor quanto um pássaro voluntariamente liberado das mãos do dono para a natureza.

¹⁹² GOLDSTEIN, Paul. **Copyright's Highway – From Gutenberg to the Celestial Jukebox.** California: Stanford University Press, 2003. p. 34.

Além disso, se fossem conferidos os direitos de cópia e controle de forma perpétua, o mesmo raciocínio legal poderia ser estendido aos inventores. Mesmo naquela época, já havia consenso de que invenções, como a própria imprensa, não poderiam ser protegidas para além das limitações temporais da legislação. Por fim, Yates ainda referenciou idéia até hoje debatida: conferir direitos exclusivos perpétuos aos autores seria o equivalente a anular os direitos do público.

A decisão não unânime foi favorável aos editores firmando-se um precedente com base na *common Law* de um direito exclusivo e perpétuo dos autores aos seus trabalhos literários.

Contudo, a história de tal poema não termina com *Millar v. Taylor*. Os direitos sobre o poema foram alienados pelo espólio de Millar para um grupo de editores, nos quais figurava Thomas Beckett como editor autorizado à publicação. Alexander Donaldson, por sua vez, era um editor escocês que também publicou o poema de forma não autorizada, apelando para as limitações previstas no Estatuto de Anne. Formou-se, então, o célebre caso *Donaldson v. Beckett*, de 1774.

Donaldson, embora vencido em instâncias inferiores, apelou para a *House of Lords* inglesa. Não obstante este novo julgamento também tenha terminado em dissenso, desconstituiu-se o precedente de *Millar v. Taylor*, indicando-se que não existia um direito perpétuo dos autores na *common Law*. A proteção decorria e tinha limites da legislação vigente.

Lord Mansfield, em suas considerações perante a corte reverteu seu posicionamento para corroborar as idéias de Yates, indicando que deve existir cuidado entre dois extremos – que autores não sejam privados de justo mérito em razão dos trabalhos criados e que o mundo não seja impedido de desfrutar dos avanços e dos progressos nas artes.¹⁹³

Confirmado as limitações estatutárias, *Donaldson v. Beckett* foi o primeiro precedente judicial a permitir a viabilidade de existência de um domínio público legalmente considerado, ou seja, um conjunto de trabalhos artísticos e literários abertos a utilização por todos os membros da comunidade.

¹⁹³ GOLDSTEIN, Paul. **Copyright's Highway – From Gutenberg to the Celestial Jukebox.** California: Stanford University Press, 2003. p. 40.

Tivesse o caso sido decidido de forma diferente, a própria evolução dos direitos de *copyright* e direitos autorais seria alterada. Um modelo inglês de perpetuidade de direitos de cópia traria significativa influência para a adoção de modelos legislativos similares, não só nas colônias inglesas, como em várias outras nações.

A ausência de um domínio público poderia ainda ter prejudicado o desenvolvimento das artes e da literatura em favor de controladores e detentores de um verdadeiro monopólio perpétuo sobre a cultura e sobre a forma como esta iria se desenvolver.

Da história inglesa, é possível confirmar que os direitos de *copyright* e direitos autorais têm sua gênese não no reconhecimento dos autores, pois estes não tinham qualquer vantagem econômica. Os benefícios do sistema destinavam-se, exclusivamente, aos impressores e vendedores – *stationers* – sendo o autor secundário na dinâmica comercial.¹⁹⁴

Somente quando o contexto político, social e econômico apontou para um quebra de paradigmas dos monopólios é que a figura do autor desponta como objeto de proteção legal. Os direitos dos autores, por sua vez, existem dentro das limitações legais e devem compatibilizar-se com o interesse legítimo do público.

Essa preocupação com a existência de um domínio público foi compartilhada na França Revolucionária, embora o modelo francês-continental de proteção aos direitos autorais seja identificado com padrões de proteção elevados e direitos morais perpétuos.

4.1.4 Copyright/ Direitos Autorais na França Revolucionária

Os diplomas de proteção dos direitos autorais da França revolucionária, desde sua gênese, sempre enfatizaram a necessidade de se resguardar o interesse público. A revolução francesa veio a moldar as idéias de liberdade e propriedade como direitos naturais do homem, colocando uma grande ênfase no indivíduo.

Contudo, também se colocou uma grande ênfase na idéia de uma esfera pública de discussão e participação política, social e cultural. A defesa dos direitos autorais não só era vista como uma forma de reconhecimento individual, sendo ainda uma forma de contrapor o sistema de privilégios do *ancient regime*.

¹⁹⁴ CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais: comentários**. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003. p. 16.

Na mesma linha de Veneza e da Inglaterra, os precursores dos direitos de autor eram privilégios não sistematizados que conferiam direitos de exclusividade sobre a reprodução e exploração econômica de determinadas obras sem uma correlação direta com a autoria intelectual.

Conforme Luiz Francisco Rebello indica: “(...) até ao advento do século XVIII, seria impróprio falar em direito de autor, pois a proteção dispensada às obras literárias tomava invariavelmente a forma de privilégio que beneficiavam os impressores e os editores e só muito excepcionalmente os autores”.¹⁹⁵

De fato, havia uma insurgência contra a outorga de privilégios exclusivamente aos editores e impressores de Paris. Nesse embate, entre editores e impressores parisienses com os das demais cidades, ouviu-se pela primeira vez a expressão *droit d'auter*, cuja formulação é atribuída a Luís D'Héricourt, em 1725.¹⁹⁶

Os autores eram vistos como servidores do interesse público e do patrimônio público, pois os mesmos contribuíam para o avanço do conhecimento. Vários intelectuais da época destacam esse papel dos autores e criadores na sociedade, dentre eles, figuras expressivas como Le Chapelier, Renouard, e Victor Hugo.¹⁹⁷

Nesse contexto de complementação de interesses, da afirmação do indivíduo e do interesse social, originaram-se os decretos franceses de 13 de janeiro de 1791, referentes a apresentações teatrais, e de 19 de julho de 1793, a propriedade dos autores.¹⁹⁸

Le Chapelier, já reconhecendo uma propriedade autoral, destaca seu caráter peculiar afirmando ser a mais personalíssima das propriedades, por decorrer do próprio gênio e espírito do autor. Porém, incorpora-se ao patrimônio público no momento em que é divulgada ou publicada.

Destaca-se a dualidade de papéis a serem desempenhados por este tipo de propriedade: servir de reconhecimento e recompensa ao trabalho do autor e integrar o patrimônio público depois de determinado marco.¹⁹⁹

¹⁹⁵ REBELLO, Luiz Francisco. **Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos**. 3. ed. Lisboa: Âncora Editora, 2002. p. 9.

¹⁹⁶ CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995. p. 43.

¹⁹⁷ GUIBAULT, Lucie. Wrapping Information in Contract: How Does it Affect the Public Domain? In: GUIBAULT, L; HUGENHOLTZ, P.B. (eds). **The Future of the Public Domain**. Amsterdam: Kluwer Law International, 2006. p. 87-104. p. 89.

¹⁹⁸ BÉCOURT, Daniel. The French Revolution and author's rights: words a new universalism. In: **UNESCO Copyright Bulletin**. Vol. XXIV. nº 4. p. 3-12. 1990. p. 5.

Assim, esse patrimônio público como de idéias, expressões, textos e obras artísticas pertencente a toda a coletividade nada mais é do que o domínio público.

O domínio público pode ainda ser entendido como um conjunto de bens imaterias que se constituem em uma coisa comum de todos (*res communis omnium*), razão pela qual podem ser utilizadas livremente por quem quer que seja, com ou sem intuito de lucro.²⁰⁰

A preocupação com o interesse do público e, em especial, com o domínio público levou Hugo, no discurso de 1878, intitulado ‘*Domaine public payant*’, a advogar a criação de um direito de propriedade em favor dos autores, conjuntamente com um direito de editores publicarem todos os trabalhos após a morte do autor com a condição de que uma pequena parte da receita de comercialização fosse destinada aos herdeiros.²⁰¹

Um domínio público pago, onde o Estado pode cobrar um efetivo tributo sobre a utilização das obras não protegidas, evoca a idéia de que se estaria devolvendo um valor à sociedade pela utilização da universalidade cultural comum como base para a criação de novas obras.

Esse tipo particular de sistemática sobre o domínio público vigorou no Brasil durante um período muito curto – 1973 a 1983 – desaparecendo em virtude do *lobby* das indústrias editoriais e de informação.²⁰²

Todas estas constatações servem para demonstrar que na gênese histórica dos direitos autorais na França, os interesses e direitos da comunidade desempenhavam um papel essencial na justificação da proteção jurídica aos trabalhos intelectuais.

A retórica dos direitos naturais progressivamente afastou do palco principal os debates sobre os interesses do público e da cultura serem os fundamentos da proteção exclusiva, para dar lugar a um processo de afirmação histórica dos direitos autorais centrados na concepção do autor.²⁰³

¹⁹⁹ BÉCOURT, Daniel. The French Revolution and author's rights: words a new universalism. In: **UNESCO Copyright Bulletin**. Vol. XXIV. nº 4. p. 3-12. 1990. p. 7.

²⁰⁰ SOUZA, Carlos Fernando M.. **Direito autoral: legislação básica**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998. p. 35.

²⁰¹ GUIBAULT, Lucie. Wrapping Information in Contract: How Does it Affect the Public Domain? In: GUIBAULT, L; HUGENHOLTZ, P.B. (eds). **The Future of the Public Domain**. Amsterdam: Kluwer Law International, 2006. p. 87-104. p. 89.

²⁰² ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora Brasil, 2002. p. 142.

²⁰³ GINSBURG, Jane. A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America. In: SHERMAN, B.; STROWEL, A. (Eds). **Of Authors and Origins: Essays on Copyright Law**. Oxford: Oxford University Press, 1994. P. 131-159. p. 143.

4.1.5 *Copyright/ Direitos Autorais na Atualidade*

A contemporaneidade é marcada por uma evolução telescópica das tecnologias de informação e divulgação de conteúdos expressivos para além da escala local ou nacional. Há verdadeira interação global no que diz respeito aos trabalhos artísticos, literários, cinematográficos, de entretenimento, dentre outros.

O *copyright* e o direito autoral tentam dar conta desses avanços para regular a interação social e adequadamente balancear os interesses e valores relevantes. José Carlos Costa Netto aponta como se deram as respostas legislativas internacionais frente aos avanços tecnológicos:

(...) o direito autoral procurou acompanhar o desenvolvimento social e tecnológico, aperfeiçoando e estendendo sua proteção legal. À revolução de Gutenberg, respondeu com o *copyright*. À explosão dos meios de comunicação da massa, com os direitos conexos aos de autor, referentes principalmente ao intérprete, músico, ator, organismos de radiodifusão e produtores de fonogramas.²⁰⁴

Assim, os direitos de propriedade intelectual, especialmente na seara dos direitos autorais/*copyright*, mantêm uma evolução constante para tentar adequar-se às novas tecnologias, que, por sua vez, redundam em promover novas formas de expressão e veiculação de conteúdo, alterando premissas e paradigmas dos processos de produção cultural.

Tais alterações impactam no equilíbrio que a propriedade sobre estes bens artísticos deve manter em relação aos interesses dos autores e do público.

A figura do autor foi utilizada em vários momentos históricos como mero argumento retórico para proteger uma das premissas de funcionamento das indústrias culturais que se mantêm inalterada: a exclusividade de exploração, verdadeiro monopólio sobre os trabalhos artísticos.

A concepção atual de direito prescreve que a ordem jurídica deve ser erigida em torno da proteção ao autor e ao seu direito de propriedade sobre sua criação imaterial.

Tal retórica esquece-se de destacar que tão relevante quanto o gênio individual é a existência de um horizonte cultural comum e rico, que é o verdadeiro interesse da sociedade. Francisco Rabelo bem identifica o problema, referenciando a declaração de Laboulaye:

²⁰⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito de autor.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93.

“*Falai de propriedade, todos se inclinam; falai de privilégio, todos se revoltam. O primeiro título representa o que há de mais respeitável, o direito; o segundo o que há de mais abominável, o monopólio* ”.²⁰⁵

No final do capítulo, será demonstrado como o sistema de propriedade intelectual embora enuncie que seu objetivo é a tutela do criador e a promoção do conhecimento, em muitas situações, não equilibra corretamente os interesses privados e públicos. Vindo a funcionar como um mecanismo para a proteção de interesses corporativos, controle de mercado e apropriação do valor de elementos culturais da sociedade.

A propriedade industrial, por sua vez, possuiu gênese e evolução paralela aos direitos de *copyright* e direitos autorais, impactando em valores similares e acarretando problemas análogos de igual relevância para a tutela jurídica do conhecimento.

4.2 Evolução do Direito de Propriedade Industrial

A expressão “propriedade industrial” surgiu na França, a exemplo da expressão “direitos autorais”, consoante a legislação de 1791.²⁰⁶ A expressão, contudo, somente ganhou popularidade internacional com a Convenção de Paris de 1883, sendo definida como o conjunto de direitos que compreende patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais, marcas de uma forma geral, indicações geográficas e a repressão da concorrência desleal.

Além da origem, as similitudes entre as duas searas são suficientes para caracterizar o direito de propriedade industrial como o conjunto de institutos jurídicos que garantem direitos de autor relativamente ao domínio industrial.²⁰⁷

Da mesma forma que o *copyright* e os direitos autorais, a concepção atual dos direitos de propriedade industrial possui raízes históricas européias.

²⁰⁵ REBELLO, Luiz Francisco. **Introdução ao Direito de Autor**. Lisboa: Dom Quixote, 1994. p. 32.

²⁰⁶ DINIZ, Davi Monteiro. **Propriedade industrial e segredo em comércio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 26.

²⁰⁷ CERQUEIRA, João Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. vol. 1. p. 55.

4.2.1 Primórdios do Direito de Propriedade Industrial

Uma gênese, ainda que incipiente, de um direito marcário pode ser identificada em Roma e Grécia Antigas. Mesmo na antiguidade, já havia a preocupação com a distinção de produtos e procedências para uma correta individualização dos mesmos, através de gravuras, letras ou símbolos sobre os produtos.

Na idade medieval verificou-se o surgimento das guildas e corporações de ofício. Tais grupos possuíam registros onde se diferenciava o produto tanto de corporações como de artesãos diferentes.²⁰⁸

Na antigüidade, todavia, não se encontram vestígios de utilização de um sistema de propriedade industrial, especialmente em relação a inventos do modo como é entendida atualmente.²⁰⁹

A maioria dos registros históricos firma as origens dos sistemas de patentes e direitos de propriedade industrial nos privilégios reais concedidos na Itália renascentista. Tais privilégios eram concedidos na forma de direitos exclusivos de exploração comercial de produtos fabricados mediante processos não conhecidos. Tais práticas ganharam especial relevância em Veneza.

4.2.2 Direito de Propriedade Industrial em Veneza

Em 1332, Veneza já possuía fundos estatais específicos para a concessão de empréstimos e outros tipos de recompensas para estrangeiros que introduzissem novas tecnologias e artes na cidade.²¹⁰

O físico Galileu Galilei peticionou ao Doge de Veneza e obteve o direito exclusivo de fabricar, comercializar e autorizar a fabricação de um invento hidráulico destinado a facilitar a irrigação de campos.²¹¹

²⁰⁸ BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 65.

²⁰⁹ DI BLASI, Gabriel. **A propriedade industrial:** os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3.

²¹⁰ DAVID, Paul A. **The Evolution of Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb**. Meetings of the International Economic Association in Moscow. Agosto/1992. Disponível em: <<http://www.compilerpress.atfreeweb.com/Anno%20David%20Evolution%20of%20IP%20Institutions%201992.htm>>. Acesso em: 03.07.08.

A indicação tradicional da primeira lei de patente remonta ao Estatuto de Veneza de 1474.²¹² O objetivo de estímulo a inovação e desenvolvimento tecnológico fica claro na passagem:

“We have among us men of great genius, apt to invent and discover ingenious devices (...) Now, if provisions were made for the works and devices discovered by such persons, so that others who may see them could not build them and take the inventor’s honor away, more men would then apply their genius, would discover, and would build devices of great utility to our commonwealth”²¹³

Do trecho infere-se ainda que o objetivo do sistema era corrigir um problema de “*free-rinding*”, permitindo a internalização dos benefícios do invento através da exclusividade legalmente criada.

O sistema, enquanto política pública, objetivava a transferência e recepção de tecnologia. Logo em 1469, já há uma intersecção com o Direito Autoral, pois o privilégio atribuído a Johann von Speyer para conduzir impressões de livros de forma exclusiva em Veneza, foi outorgado exatamente por ter sido Speyer o introdutor de uma nova técnica de impressão.²¹⁴

Outros privilégios eram concedidos para atrair artesãos habilidosos através de exclusividades de exploração comercial – monopólios sobre o uso da tecnologia. A prática se espalhou pela Europa.

4.2.3 Direitos de Propriedade Industrial na Inglaterra

Foi na Inglaterra onde os privilégios assumiram a forma atualmente estruturada em patentes. O termo “patente” deriva da palavra inglesa *patent*, adjetivo que pode ser utilizado para denotar algo aberto.

²¹¹ DI BLASI, Gabriel. **A propriedade industrial:** os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 4.

²¹² COOK, Curtis. **Patents, Profits & Intellectual Property – How intellectual property rules the global economy.** London: Kogan Page, 2004. p. 14.

²¹³ DAVID, Paul A. **The Evolution of Intellectual Property Institutions and the Panda’s Thumb.** Meetings of the International Economic Association in Moscow. Agosto/1992. Disponível em: <<http://www.compilerpress.atfreeweb.com/Anno%20David%20Evolution%20of%20IP%20Institutions%201992.htm>>. Acesso em: 03.07.08. Tradução livre: “Temos entre nós homens de grande gênio, aptos a inventar e descobrir inventos engenhosos (...) Agora, se provisões serão feitas para os trabalhos e engenhos destas pessoas, de modo que outros não possam construir sobre estes e retirar a honra do inventor, mais homens virão a aplicar seus gênios, realizar descobertas e elaborar inventos de grande utilidade para a comunidade”.

²¹⁴ DAVID, Paul A. *Op. cit.*

As primeiras formas de patente consistiam exatamente em cartas abertas ao público onde o Estado ou a Coroa concedia um privilégio, uma exclusividade para a exploração econômica de determinado produto ou processo novo.²¹⁵

No século XVII, a preocupação com privilégios excessivos não se restringia ao campo literário. A prerrogativa de concessão de monopólios comerciais através de patentes tornou-se tão excessiva que a Coroa teve de iniciar medidas para conter uma eventual contestação da autoridade real pelo parlamento. Não obstante a promessa de rever os critérios de outorga de exclusividades tenha se iniciado com a Rainha Elizabeth, em 1601, foram necessárias duas décadas para o surgimento de uma legislação específica.²¹⁶

Nesse ínterim, restrições às concessões de privilégios/monopólios se davam por pressões políticas e até mesmo por intervenções jurisdicionais. Como ilustração, cite-se o caso *Darcy v. Allen*, de 1603, onde o Tribunal do Rei (*King's Bench*) negou a possibilidade de conceder monopólios arbitrários.²¹⁷

O Parlamento inglês somente sancionou o *Statute of Monopolies* em 1629. Vedava-se a constituição de monopólios de uma forma geral, ressalvados os concedidos em virtude de invenções e com uma limitação temporal de 14 anos. Tal legislação é dita ser a “Magna Carta” dos inventores e da liberdade de comércio.²¹⁸

4.2.4 Direitos de Propriedade Industrial na França Revolucionária

O paralelo com a evolução do direito autoral também é possível ser vislumbrado na França Revolucionária. No mesmo ano do Decreto de 1791 que consagrou direitos autorais sobre representações teatrais, foi promulgada a primeira lei Francesa de Patentes. Foi uma das primeiras a reconhecer o direito subjetivo do inventor a suas criações, estabelecendo modalidades e limites temporais.

²¹⁵ DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Direito industrial: patentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 9.

²¹⁶ DAVID, Paul A. **The Evolution of Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb**. Meetings of the International Economic Association in Moscow. Agosto/1992. Disponível em: <<http://www.compilerpress.atfreeweb.com/Anno%20David%20Evolution%20of%20IP%20Institutions%201992.htm>>. Acesso em: 03.07.08.

²¹⁷ CARVALHO, Nuno Tomaz Pires. As origens do Sistema Brasileiro de Patentes. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 92, 3-20, jan/fev. 2008. p. 13. No caso, tratava-se de um monopólio sobre a comercialização de cartas de baralhos.

²¹⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1946. Vol. V. p. 116.

Observe-se que havia uma distinção entre o direito de propriedade industrial e o direito autoral, sendo o primeiro identificado com práticas mercantis e comerciais, ou seja, distinto da natureza artística e civil dos direitos autorais.

Tal legislação serviu ainda de modelo para diversos países europeus e da América do Sul.²¹⁹ Na própria Europa, por sua vez, diversas outras legislações patentárias foram aprovadas em sequência, com destaque para: Áustria (1810); Rússia (1812); Prússia (1815); Bélgica (1817); Holanda (1817); Espanha (1820); Bavária (1825), Vaticano (1833); Suíça (1834); Portugal (1837), Alemanha (1877).

4.2.5 Direitos de Propriedade Industrial na Atualidade

Na atualidade, a propriedade industrial é referenciada como a doutrina da propriedade intelectual que garante a tutela jurídica sobre inventos e conhecimentos com aplicação industrial.

Os direitos exclusivos atribuídos pelo sistema de propriedade intelectual são os mecanismos que permitem a transformação de inventos e conhecimento em bens tecnológicos e econômicos, sendo uma preocupação estratégica dos Estados contemporâneos.²²⁰

Há ainda uma estreita relação entre os bens de propriedade industrial e as grandes corporações. Tome-se o exemplo da empresa americana IBM, que em 2000 recebeu um número estimado de 2.800 pedidos de patentes, uma quantidade maior que a concedida pela maioria dos escritórios do gênero ao redor do mundo. Além disso, tais patentes geram lucros estimados acima da marca de um bilhão e meio de dólares.²²¹

Bens intelectuais formam, ainda, os principais ativos de grandes empresas, seja através de marcas, seja através de conhecimento. Corporações como Coca-Cola e Microsoft tem capitais intelectuais estimados na marca de centenas de bilhões de dólares.²²²

Patentes não só possuem valor econômico como também podem ser utilizadas como ferramentas estratégicas na conquista e manutenção de fatias do mercado.

²¹⁹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1946. Vol. V. p. 118.

²²⁰ DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Direito industrial: patentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 78.

²²¹ COOK, Curtis. **Patents, Profits & Intellectual Property – How intellectual property rules the global economy**. London: Kogan Page, 2004. p. 28.

²²² COOK, Curtis. *Op. cit.* p. 23.

Nas palavras de Bill Gates, em um memorando interno da Microsoft que chegou à mídia, assim se pronunciou: “*If people have understood how patents would be granted when most of today's ideas where invented and had taken out patents, the industry would be at a complete standstill today.*”²²³

Não obstante a constatação, Gates prossegue indicando a solução para esse problema: “*The solution (...) is patent exchanges (...) and patenting as much as we can. A future start-up with no patents of its own will be forced to pay whatever price the giants choose to impose. That price might be high: Established companies have an interest in excluding future competitors.*”²²⁴

Esta é a perspectiva adotada por multinacionais em relação as suas estratégias de desenvolvimento de mercado. Utilizar patentes não só de forma defensiva, ou seja, para resguardar seus produtos de contrafação, mas de forma ofensiva, ou seja, patentear processos ou tecnologias chave para impedir o acesso ou a pesquisa de competidores.

Gates identifica claramente uma situação de *tragedy of anticommons*. A “corrida por patentes” gera uma quantidade excessiva de direitos de exclusão para os diversos envolvidos, elevando os custos de transação relacionados com as próprias condições básicas para que se possa proceder de forma lícita à pesquisa e ao desenvolvimento.

Demonstra ainda que a propriedade intelectual é um instrumento que permite a concentração de mercados e pode ser utilizada como barreira a entrada de novos competidores, possuindo sérias implicações sobre os postulados econômico-jurídicos da livre iniciativa e livre concorrência, que, no caso brasileiro, são princípios constitucionais insculpidos no Art. 170 da Constituição Federal de 1988.

A própria ciência hoje desenvolvida, mesmo nas universidades, está cada vez mais voltada para os interesses corporativos e puramente comerciais. A longa tradição de

²²³ LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World.** New York: Vintage Books, 2002. p. 206. Tradução livre: “Se as pessoas tivessem entendido como as patentes seriam conferidas quando a maioria das idéias atuais foram inventadas e tivessem elas próprias obtido patentes, a industria estaria completamente estagnada hoje”.

²²⁴ LESSIG, Lawrence. *Op. cit.* p. 318. Tradução livre: “A solução (...) é a troca de patentes (...) e patentear o máximo possível. Uma empresa iniciante sem patentes próprias será forçada a pagar qualquer preço que as gigantes impuserem. Este preço poderá ser elevado: companhias já estabelecidas têm um interesse em excluir futuros competidores”.

abertura e difusão do conhecimento associada ao mundo acadêmico deu lugar ao segredo e à restrição de informações-chave relativas às novas tecnologias.²²⁵

Não obstante o grande manancial de conhecimento acumulado da humanidade tenha se desenvolvido em ambientes acadêmicos de forma aberta ao público, os Estados têm adotado mecanismos de parceria com o setor privado para o desenvolvimento de pesquisas no âmbito universitário, com o propósito de incorporarem-se aos ativos intelectuais privados das empresas.

Internacionalmente, são diversas as iniciativas legislativas que prevêem mecanismos de interação entre universidades e centros de pesquisa públicos com o setor privado, para o desenvolvimento conjunto de tecnologias e efetiva transferência de conhecimentos. Dentre os principais exemplos: a) a National Research Development Corporation em 1948 na Inglaterra; b) o *Stevenson-Wydler Technology Innovation Act* em 1980 nos EUA; c) o *Bayh-Dole University and Small Business Act* também em 1980 nos EUA; d) o *Bundesministerium für Bildung und Forschung – Patentinitiative* em 1996 na Alemanha; e) a “*Law to promote technology transfer from universities to industry*” em 1998 no Japão; e f) a “*La loi sur l'innovation et la recherche*” em 1999 na França.²²⁶

Tais legislações serviram de modelo para a Lei Brasileira de Inovação, a Lei Federal nº 10.973/2004. Tal legislação cria incentivos para a inovação e a pesquisa científica e tecnológica no país.

Independente da relevância das iniciativas legislativas como forma de incentivos para a promoção do desenvolvimento em pesquisa acadêmica, é possível identificar situações patológicas onde a presença corporativa nas universidades tem turbado os cânones tradicionais de isenção e compromisso com a verdade científica.

Até o início da década de 1930 nos Estados Unidos o relacionamento entre universidade e empresas era tido por antiético, predominando a opinião de que o conhecimento gerado pela academia pertencia ao domínio público, podendo ser acessível e utilizado por todos.²²⁷

²²⁵ PERELMAN, Michael. *Steal this Idea – Intellectual Property Rights and the Corporate Confiscation of Creativity*. New York: Palgrave Macmillan, 2004. p. 77.

²²⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Direito da Inovação – Comentários à Lei 10.973/2004, Lei Federal de Inovação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. xix.

²²⁷ THEOTONIO, Sérgio Barcelos. *Proposta de Implementação de um Núcleo de Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia no CEFET/RJ*. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Tecnologia. Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca – CEFET/RJ. 2004. p. 56.

O *Bayh-Dole Act* definiu que a titularidade dos direitos de propriedade do conhecimento científico e tecnológico, oriundo de pesquisas acadêmicas, financiadas com verbas federais, pertenceria às próprias instituições de pesquisa e não às agências financiadoras. Também foram reguladas condições para a transferência de tecnologia do setor público para o privado, estimulando-se um verdadeiro mercado de comercialização dos conhecimentos das universidades.²²⁸

Michael Perelman identifica uma série de problemas que a progressiva presença corporativa no ambiente acadêmico tem ocasionado ao após a vigência do *Bayh-Dole Act*.

Dentre os principais, destacam-se o progressivo desvio de verbas e recursos para a ciência aplicada, em detrimento das ciências básicas; projetos e linhas de pesquisa voltadas apenas para interesses corporativos; apropriação de conhecimentos e tecnologias desenvolvidas primordialmente com recursos públicos pelo setor privado; jornais e revistas acadêmicos patrocinados por grandes corporações selecionando e publicando apenas artigos em sintonia com o interesse corporativo; e o declínio na troca de informações entre pesquisadores.²²⁹

Tais problemas refletem o interesse do capital de risco (*venture capital*) associado aos investimentos em tecnologia e inovação, que se apropria do conhecimento através dos sistemas de propriedade intelectual e deles procura extrair o máximo de retorno.²³⁰

Similarmente ao direito autoral, a retórica de proteção ao autor tem como paralelo no campo do direito de propriedade industrial o discurso do estímulo à inovação e ao desenvolvimento econômico.

A formulação teórica mais utilizada é aquela proposta por Joseph Schumpeter, que não só reconheceu a importância de empresas grandes como forma de viabilizar a mobilização de capitais suficientemente volumosos para produção e progresso técnico²³¹,

²²⁸ THEOTONIO, Sérgio Barcelos. **Proposta de Implementação de um Núcleo de Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia no CEFET/RJ**. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Tecnologia. Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca – CEFET/RJ. 2004. p. 62.

²²⁹ PERELMAN, Michael. **Steal this Idea – Intellectual Property Rights and the Corporate Confiscation of Creativity**. New York: Palgrave Macmillan, 2004. p. 85 *et seq.*

²³⁰ CORDER, Solange; SALLES-FILHO, Sérgio. Aspectos conceituais de financiamento à inovação. **Revista Brasileira de Inovação**. Vol. 5, p. 33-76. jan/jul. 2006. p. 37.

²³¹ TIGRE, Paulo Bastos. **Gestão da inovação – A economia da tecnologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 41.

como produziu um dos primeiros trabalhos que destaca a importância das regras da proteção da propriedade intelectual para o desenvolvimento econômico.²³²

Ainda numa visão Schumpeteriana, surge o argumento de que o desenvolvimento dos países possui relação com as estatísticas e indicadores sociais relativos ao conhecimento acadêmico, tais como número de pesquisadores, quantidade de trabalhos técnicos e científicos publicados e número de pedidos de marcas e patentes registrados.²³³ Todavia, convém reiterar que a existência de um sistema de propriedade intelectual excessivamente rigoroso pode ser um fator da barreira ao próprio desenvolvimento.

Por fim, outro paralelo importante com a evolução dos *copyrights*/direitos autorais que pode ser identificado é a expansão do escopo dos direitos de exclusividade.

Da mesma forma que o *copyright* surgiu como um direito exclusivo de cópia de livros impressos e progressivamente estendeu-se às mais diversas formas de expressão artística (os direitos conexos), o direito de propriedade industrial evoluiu quanto a sua abrangência. Há um aumento das matérias, conhecimentos e processos patenteáveis, chegando-se ao zênite de ser possível patentear organismos vivos.

4.3 Erosão das limitações e usos patológicos do Sistema de Propriedade Intelectual na atualidade

Da análise histórica, conclui-se que a característica marcante da evolução dos direitos de propriedade intelectual na atualidade é a erosão dos limites perante a cultura e a ciência. Verifica-se a progressiva ocupação dos espaços antes comuns por direitos exclusivos, segmentados e alienáveis como *commodities* no mercado global.

Contudo, tanto para os direitos autorais, como para o direito da propriedade industrial, certos tipos de informações não são apropriáveis. A legislação pátria, a exemplo da maioria das legislações mundiais, estabelece certas restrições de trabalhos que ficam fora da proteção dos direitos autorais – art. 8º da Lei 9.610/1998:

²³² SCUDELER, Marcelo Augusto. **Patentes e sua Função Social**. Dissertação de Mestrado. Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba. 2007. p. 127.

²³³ BORTEN, George Alberto. **Inovação e Educação Tecnológica: O Caso das Patentes**. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Tecnologia. Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – CEFET/RJ. 2006. p. 16.

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

- I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;
- II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;
- III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;
- IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;
- V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;
- VI - os nomes e títulos isolados;
- VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

Da mesma forma, a Lei de Propriedade Industrial restringe os elementos que podem ser objeto de patente, nos seus artigos 10º e 18º:

Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

- I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;
- II - concepções puramente abstratas;
- III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;
- IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética;
- V - programas de computador em si;
- VI - apresentação de informações;
- VII - regras de jogo;
- VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e
- IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

Art. 18. Não são patenteáveis:

- I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas;
- II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e
- III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

Tais limitações são necessárias sob pena de ser possível, através do sistema de propriedade intelectual, um controle jurídico privado de elementos que compõe o horizonte cultural e científico comum da humanidade.

Além disso, a noção de que devem existir limitações acompanha a história das doutrinas de propriedade intelectual e revela um entendimento comum por parte das diversas

ordens jurídicas de que certos tipos de informação – fatos, idéias, fórmulas físicas e matemáticas, alfabetos, linguagens - devem permanecer no domínio público, ou seja, acessíveis a todos em razão de um interesse social, bem como para evitar os efeitos sociais nocivos dos monopólios.²³⁴

A existência de um domínio público, portanto, encoraja a criatividade e a inovação tanto nas ciências quanto nas artes, pois a plena acessibilidade dessas informações e conhecimentos convida à reflexão, à pesquisa e à experimentação necessárias ao surgimento de novas criações estruturadas sobre esse horizonte de conhecimento compartilhado.

A necessidade de reverência ao conhecimento comum acumulado é exemplificada na icônica frase de Issac Newton em uma carta escrita a Robert Hooke: “*If I have seen further it is by stand in the shoulders of giants*”. Mais inusitado ainda é que tal frase originou-se antes de Newton, no século XII, cunhada por Bernard of Chartes e originalmente enunciada: “*In comparison with the ancients, we stand like dwarfs on the shoulders of giants.*”²³⁵

Os padrões atuais, contudo, são extremamente mais elevados do que o que originalmente foi proposto pelas doutrinas da propriedade intelectual. Esse excesso de proteção, através de um regime jurídico que permite o controle corporativo dos bens intelectuais, coloca o sistema em um desequilíbrio que, por sua vez, favorece usos abusivos e até mesmo patológicos dos direitos de propriedade intelectual.

Utiliza-se a expressão de usos patológicos, pois estes podem ser vistos como usos doentios. Vão de encontro com os valores que o sistema de propriedade intelectual deveria promover e consubstanciando-se em verdadeiros obstáculos ao desenvolvimento.

Tal tendência fica bastante clara na análise da evolução da propriedade intelectual nos Estados Unidos, na qual se observam diversos casos em que, através de decisões judiciais, foi garantido o direito de inventores e empresas obterem patentes sobre substâncias naturais, algoritmos, fórmulas matemáticas e, até mesmo, organismos vivos.

²³⁴ BACA, Megan Ristau. Barriers to Innovation: Intellectual Property Transaction Costs in Scientific Collaboration. **Duke Law & Technology Review**. Vol. 4. 2006. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/papers/>>. Acesso em: 08/08/08.

²³⁵ HYDE, Lewis. **Frames from the Framers: How America's Revolutionaries Imagined Intellectual Property**. Berkman Center for Internet and Society. Harvard University. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/files/2005_LewisHyde_FramesfromtheFramers_0>. Acesso em: 13.07.08. Tradução livre: “Se eu observei longe é porque estava nos ombros de gigantes.” / “Em comparação com os antigos, somos como que anões nos ombros de gigantes”.

No início do século XX, no caso paradigmático *Parke-Davis & Co. v. H.K. Mulford Co.*²³⁶, a empresa Parke-Davis desenvolveu um processo para a obtenção de uma forma pura de adrenalina. Contudo, a patente foi questionada em virtude de incidir sobre uma substância que ocorre na natureza. A decisão judicial favorável à empresa Parke-Davis é considerada um *landmark case* na história das patentes e serviu de forte precedente para as patentes que se seguiram sobre seqüências de genes naturalmente encontradas em espécies animais.²³⁷

Em *Diamond v. Chakrabarty*²³⁸, outro caso paradigmático na década de 1980, ficou estabelecido que micro-organismos poderiam ser patenteados. Este precedente contrariou a tradição do Escritório de Patentes americano de que matéria viva não seria patenteável.

Em junho de 1980, a Suprema Corte Americana em uma decisão de cinco contra quatro votos, determinou que o micro-organismo em questão, uma bactéria pseudómona multiplasmídica capaz de degradar petróleo, seria considerada uma invenção humana e, portanto, merecedora de proteção patentária.²³⁹

Esse precedente foi posteriormente interpretado de forma ampliativa para garantir patentes em organismos vivos multicelulares. A própria vida, portanto, passou a ser objeto de propriedade e controle através da propriedade intelectual. A universidade de Harvard, por exemplo, detém a patente de um gene específico que determina a formação de câncer em camundongos. A patente não só cobre o gene individualmente considerado, mas os camundongos, bem como as gerações futuras que contenham aquele gene específico.²⁴⁰

Não somente no campo da biotecnologia, mas na seara dos direitos autorais, há uma progressiva expansão de cobertura e proteção. Do *copyright* inicial, voltado para o direito de cópia impressa de livros, até a concepção moderna de direitos autorais, vários tipos de expressão artística ganharam proteção e até mesmo meras compilações de dados e fatos são protegidas. O Parlamento Europeu e o Conselho da União Européia emitiram a Diretiva nº

²³⁶ Parke-Davis & Co. v. H.K. Mulford Co., 189 F. 95 (S.D.N.Y. 1911).

²³⁷ BACA, Megan Ristau. Barriers to Innovation: Intellectual Property Transaction Costs in Scientific Collaboration. **Duke Law & Technology Review**. Vol. 4. 2006. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/papers/>>. Acesso em: 08/08/08.

²³⁸ *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 310 (1980).

²³⁹ CHAKRABARTY, Ananda M.; Patenting Life Forms – From Concept to Reality. In: MAGNUS, David; CAPLAN, Arthur e MCGEE, Glenn (eds.). **Who Owns Life?** New York: Prometheus Books, 2002. p. 17-24. p.22.

²⁴⁰ BOLLIER, David. **Brand Name Bullies – The Quest to Own and Control Culture**. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2005. p. 230.

96/9/EC sobre a proteção legal de databases, estabelecendo formas *sui generis* de proteção que vão além da simples compilação, estendendo-se aos próprios fatos que compõe o trabalho.²⁴¹

Todos estes exemplos demonstram a progressiva expansão do que é “apropriável” através do sistema de propriedade intelectual. No afã de permitir a apropriação de conhecimentos e informações, os direitos intelectuais acabam por produzir situações patológicas em que há um claro abuso dos titulares em detrimento das utilizações necessárias à difusão da cultura e efetivação de direitos sociais.

Para destacar esses usos patológicos, seguem-se diversas situações identificadas pela doutrina americana, em sua maioria. Essa multiplicidade de situações de estudo justifica-se por algumas razões. Primeiro, os Estados Unidos são o maior mercado tecnológico e cultural do planeta, logo há uma maior gama de interações de detentores de direitos de propriedade intelectual entre si e com a sociedade, o que se reflete na existência de um maior número de casos para estudo. Segundo, a nação americana não só é uma referência legislativa no tocante à propriedade intelectual, como possuem uma política externa agressiva objetivando estimular as diversas nações do globo a adotarem padrões de proteção similares aos americanos, através de acordos multilaterais e bilaterais.

Com efeito, é salutar o estudo de casos em que ocorreram distorções para que a política legislativa a ser adotada no Brasil e a própria praxe interpretativa das diversas doutrinas da propriedade intelectual sejam adequadas aos valores e objetivos constitucionalmente preconizados.

Passa-se a analisar alguns casos ilustrativos e sintomáticos do desequilíbrio da forma atual de tutela dos direitos de propriedade intelectual.

4.3.1 ASCAP e as Girl Scouts

Em 1996, a *ASCAP – American Society of Composers, Authors and Publishers*, entidade coletora de direitos autorais nos Estados Unidos, tentou cobrar da Associação

²⁴¹ BACA, Megan Ristau. Barriers to Innovation: Intellectual Property Transaction Costs in Scientific Collaboration. *Duke Law & Technology Review*. Vol. 4. 2006. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/papers/>>. Acesso em: 08/08/08.

Nacional das Escoteiras direitos autorais pelas canções tradicionalmente cantadas em volta das fogueiras nos acampamentos.²⁴²

A entidade inicialmente propôs uma taxa de US\$ 1.200,00, por acampamento de escoteiros, por temporada, sob pena dos acampamentos serem processados. O patológico nessa situação é o fato de que tal prática – cantar em volta da fogueira – sempre foi adotada pelos acampamentos e vista como uma forma de repasse cultural importante dentro da tradição dos escoteiros, sem que nunca se tivesse sido alegado qualquer prejuízo econômico para os autores.

Somente após fortes críticas da opinião pública, a ASCAP voltou atrás em sua posição, permitindo que as escoteiras voltassem a cantar as composições em volta das fogueiras. Contudo, não se tratou do reconhecimento de um direito legítimo das escoteiras frente ao direito autoral /copyright. Na visão da ASCAP tratou-se de uma liberalidade, uma indulgência que se mantém até os dias atuais.

4.3.2 *Mattel Inc. v. Walking Mountain Productions*

Em 1999, a *Mattel Inc.*, empresa que produz a boneca Barbie, processou o artista Tom Forsythe, pela produção de uma série de fotografias onde colocava bonecas Barbie em situações inusitadas – dentro de garrafas de champanhe, no forno do fogão, dentro de alimentos, em posições sexuais, etc.

O objetivo do autor, expressamente consignado no trabalho, era de utilizar o ícone cultural que a boneca se tornou e, através das situações incomuns, questionar a sociedade diante dos valores “plásticos” femininos e consumistas que a boneca evoca.²⁴³

Não obstante a clara utilização legítima como crítica cultural, a empresa Mattel promoveu demanda em face do artista - *Mattel Inc. v. Walking Mountain Productions*²⁴⁴ – alegando pretensas violações em direitos de *copyright* e *trademark*.

Após longo e dispendioso litígio, o artista incorreu em despesas pessoais na ordem de US\$ 200.000,00 e o escritório que promoveu sua defesa US\$ 1.600.000,00. Em

²⁴² BOLLIER, David. **Brand Name Bullies – The Quest to Own and Control Culture**. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2005. p. 14.

²⁴³ BOLLIER, David. *Op. cit.* p. 89.

²⁴⁴ 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003)

2003, foi dado um veredito final pela Corte do Nono Circuito Federal, que reconheceu a utilização artística como *fair use*.

O ponto a se destacar é que, não obstante ser uma ação perdida do ponto de vista técnico, a empresa Mattel não hesitou em gastar milhões de dólares para proteger uma marca que lhe garante retornos anuais na ordem de bilhões de dólares.

Além disso, essa postura agressiva e litigiosa serve, claramente, para desencorajar novos artistas a contribuir para o debate cultural utilizando toda a carga de sentido que gravita em torno da boneca. O sistema jurídico torna-se uma potente arma a ser utilizada por grandes corporações com ativos intelectuais para desencorajar o discurso artístico eventualmente depreciativo de seus produtos.

4.3.3 O Comitê Olímpico e o uso do termo “Olimpíadas”

No início da década de 1980, a organização sem fins lucrativos *San Francisco Arts & Athletics Organization* iniciou uma tentativa de promover a realização dos “Jogos Olímpicos Gays” - *Gay Olympic Games*.

Contudo, o Comitê Olímpico Americano negou a possibilidade da utilização do termo Olimpíada sem a sua prévia aprovação, que foi negada para o caso. O fundamento do Comitê era a legislação promulgada pelo Congresso Americano em 1978, que tornava a utilização não autorizada do termo uma ofensa civil.

A organização de São Francisco argumentava que tal legislação não autorizaria o controle absoluto da expressão; que a negativa de sua utilização constituía uma ofensa à garantia constitucional da liberdade de expressão e que a restrição violava a igualdade.

O caso chegou à Suprema Corte Americana²⁴⁵ e num julgamento de sete contra dois votos, foi decidido que a exclusividade de utilização da palavra refletia uma restrição à liberdade de expressão. A corte ainda afirmou que dada a natureza não governamental do Comitê Olímpico, os direitos civis de não-discriminação por parte dos órgãos e agências governamentais não seriam aplicáveis.

O ponto a ser destacado é que, não obstante o termo Olimpíada evocar valores de aceitação e fraternidade entre povos e grupos, o termo encontra-se sob controle legal

²⁴⁵ *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee - S.F. Arts & Athletics, Inc. v. USOC*, 483 U.S. 522 (1987).

exclusivo através de direitos de propriedade intelectual do Comitê Olímpico, que pode restringir seus usos. É oportuno salientar que as olimpíadas não são apenas uma marca, mas uma parte da herança histórica da humanidade, que foi apropriada.

4.3.4 *Matthew Bender & Co. v. West Publishing Co*

A empresa americana *West Publishing* deteve durante muitos anos um efetivo monopólio sobre a publicação e catálogo das decisões do judiciário federal americano. Com efeito, as citações dos casos na praxe forense e pelas próprias opiniões dos juízes são feitos com referência às páginas do catálogo de publicação da empresa.²⁴⁶

Não obstante o avanço dos meios de comunicação, com a possibilidade de publicação dos precedentes pela Internet, ou com a criação de um sistema uniforme de citação de precedentes, a empresa sempre diligenciou com a utilização de direitos de propriedade intelectual para limitar tais iniciativas. O argumento principal é que o *copyright* seria devido em razão da seleção, arranjo e coordenação da forma como listar e publicar os precedentes, ou seja, em razão da paginação de cada caso nas publicações.

Com a Internet, a *West Publishing Co* ofereceu uma versão *on-line* chamada *LexisNexis*, contendo toda a database de casos federais. Tal sistema proprietário não possui gratuidades para bibliotecas ou universidades, sendo cobrado acesso de todo aquele que tiver interesse em acessar os casos.

Sendo o repositório principal dos Estados Unidos, por diversas vezes utilizou seu poderio econômico e de demandas evolvendo argumentos de *copyright* para limitar o acesso de novas empresas que desejavam publicar ou oferecer informações sobre os casos.

Essa postura litigiosa somente foi definitivamente confrontada em 1998, no caso *Matthew Bender & Co. v. West Publishing Co.*²⁴⁷, onde outro editor jurídico, *Matthew Bender & Co* questionou esse “monopólio” sobre os casos, obtendo uma decisão favorável de que os casos não eram passíveis de proteção por *copyright*, razão pela qual o compêndio da *West* poderia ter o conteúdo livremente copiado.

Tivesse o caso sido decidido de forma contrária, os direitos de propriedade intelectual – *copyrights* – teriam sido o veículo para constituir um absurdo. O conteúdo das

²⁴⁶ BOLLIER, David. **Brand Name Bullies – The Quest to Own and Control Culture**. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2005. p. 156.

²⁴⁷ 158 F.3d 674 (2nd Cir. 1998).

decisões jurisdicionais de toda a história de uma nação seria legalmente controlado por uma corporação em detrimento do livre acesso dos cidadãos ao próprio direito.

Não obstante o precedente firmado em favor da ausência de proteção por *copyright*, as discussões atuais sobre proteção de databases e compilações referenciadas no início deste tópico, podem novamente trazer a questão à tona.

4.3.5 *Moore v. The Regents of the University of California*

A erosão das barreiras dos direitos de propriedade intelectual também se faz sentir de forma intensa na seara da biotecnologia. Para McLeod, “*(...) much of what we hear from the mainstream media is a coded neoliberalist message that says everything should be up for sale, including our genetic heritage: our bodies, our selves.*”²⁴⁸

Um caso onde a incidência de direitos de propriedade intelectual passam a incidir sobre material genético humano, é o caso *Moore v. The Regents of the University of California*²⁴⁹.

Moore foi tratado de um tipo raro de leucemia no Hospital Universitário da Universidade de Los Angeles, na Califórnia. No curso do tratamento, células foram retiradas de seu baço, sem seu conhecimento ou sua autorização. O médico responsável patenteou uma cultura de células do órgão.

Não obstante a estimativa de que o instituto de genética que detém a patente obteve aproximadamente três bilhões de dólares de rendimento ao longo da exploração e que o médico responsável recebeu outros milhões de dólares em ações da própria empresa, o indivíduo viu-se denegado qualquer direito de propriedade em relação ao material genético removido. A corte californiana que julgou o caso entendeu que não existia o direito do indivíduo sobre as aplicações industriais derivadas do estudo de seu material genético.²⁵⁰

²⁴⁸ MCLEOD, Kembrew. **Freedom of Expression – Resistance and Repression in the Age of Intellectual Property**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2007. p. 36. Tradução livre: ““(...) muito do que ouvimos da mídia é uma mensagem neoliberalista codificada que diz que tudo está à venda, incluindo nossa herança genética: nossos corpos, nos mesmos”.

²⁴⁹ 1990. 51 Cal.3d 120, 793 P.2d 479, 271 Cal.Rptr. 146.

²⁵⁰ MCLEOD, Kembrew. *Op. cit.* p. 5.

4.3.6 *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*

Direitos de propriedade intelectual sobre seres vivos são particularmente relevantes na biotecnologia. Não obstante, a existência de uma doutrina específica sobre a proteção de cultivares (linhagens de plantas obtidas através de técnicas tradicionais de seleção), existe a proteção patentária outorgada a plantas geneticamente alteradas.

Nesse particular, há um *landmark case* da Suprema Corte Canadense, o caso *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*²⁵¹, onde o fazendeiro Percy Schmeiser, não só cultivava canola em seus campos como também desenvolvia a cultura, numa prática usual de plantar e guardar as melhores sementes.²⁵²

Diversos fazendeiros da região, no entanto, usavam as sementes de canola geneticamente alteradas produzidas pela Monsanto em suas lavouras. Tais sementes eram modificadas para resistir ao herbicida *round-up*, vendido pela própria Monsanto.

Observe-se que no processo reprodutivo das plantas, o pólen é carregado pelo ar, ocorrendo uma polinização cruzada na lavoura de Schmeiser. Com efeito, progressivamente, o fazendeiro descobriu que parte de sua lavoura também apresentava características tais quais as sementes comercializadas pela Monsanto.

A empresa, então, moveu uma ação judicial argüindo a violação de patente, tendo em vista que Percy Schmeiser não adquiriu a licença de utilização de sementes com o gene patenteado da Monsanto.

Scheimeiser argumentou que não tinha comprado as sementes da Monsanto e que existe um direito costumeiro que assiste aos fazendeiros de guardar as próprias sementes para lavouras futuras.

A decisão da suprema corte canadense entendeu que se estende a proteção patentária a toda a planta, ou seja, a patente de um só gene permite o controle e a titularidade legal do organismo no qual ele se encontra.

Expandindo-se o raciocínio subjacente ao julgado, seria possível chegar a situações onde órgãos e tecidos, não só vegetais, são passíveis de titularidade via direitos de propriedade intelectual. Considerando-se que a criação artificial de órgãos e tecidos humanos

²⁵¹ [2004] 1 S.C.R. 902, 2004 SCC 34.

²⁵² MCLEOD, Kembrew. **Freedom of Expression – Resistance and Repression in the Age of Intellectual Property**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2007. p. 51.

já é uma realidade, tais elementos orgânicos poderiam, em tese, ser de titularidade diversa do próprio indivíduo.

Nessa mudança de paradigmas tecnológicos e sociais que envolvem a propriedade intelectual, a ordem jurídica deve estar apta a fornecer respostas, bem como paradigmas de interpretação para esta nova capacidade científica condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.3.7 *Gottschalk v. Benson; Diamond v. Diehr; State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.,*

É representativa da tendência geral, a expansão dos direitos de propriedade industrial para absorver programas de computador e até mesmo algoritmos matemáticos, na evolução dos entendimentos jurisprudenciais americanos.

No caso *Gottschalk v. Benson*²⁵³, decidido pela Suprema Corte Americana, questionou-se a patenteabilidade de uma fórmula matemática para converter números decimais codificados em binários para números puramente binários com propósitos genéricos em processamentos de computador. A corte firmou entendimento de que o dito invento tratava-se tão somente de um algoritmo matemático e, portanto, não patenteável.

Contudo, a idéia de que modelos e fórmulas matemáticas não são passíveis de apropriação sofreu abrandamentos, especialmente quanto a algoritmos utilizados em programas de computador.

O caso *Diamond v. Diehr*²⁵⁴ foi levado a apreciação da Suprema Corte Americana em virtude do pedido de uma patente para software. O programa em questão viabilizava o controle da abertura de uma câmara de tratamento de borracha artificial, repetindo incessantemente o cálculo de um algoritmo orientado por dados de sensores de pressão e temperatura.

Tratou-se da primeira ocasião em que um algoritmo digital recebeu uma proteção através do mecanismo institucional de patentes. Abriu-se caminho para a patenteabilidade do software se o mesmo estivesse a implementar uma invenção que, por sua vez, fosse patenteável.

²⁵³ 409 U.S. 63 (1972).

²⁵⁴ 450 U.S. 175 (1981).

Por fim, no caso *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.*²⁵⁵, decidido pela Corte de Apelações do Circuito Federal, originou-se a possibilidade de se patentear *business methods*, ou seja, modelos de negócios implementados por *softwares*. Obteve-se o direito de patentear um sistema computadorizado de contabilidade a ser utilizado no controle da estrutura de um fundo mútuo de investimentos.

Fica claro a evolução em escopo de direitos patentários incidindo até mesmo sobre *softwares*, que usualmente possui uma proteção de direito autoral *sui generis*.²⁵⁶

4.3.8 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.; A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. e MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*

Três grandes precedentes refletem a posição dos titulares de direitos de propriedade intelectual frente ao surgimento de novas tecnologias.

No caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*²⁵⁷, conhecido como “Caso Betamax”, foi um importante julgado da Suprema Corte Americana.

Trava-se de ação movida em novembro de 1976 pela *Universal Studios, Inc.* e pela *Disney Corporation, Inc.*, buscando responsabilizar a *Sony Corporation of America, Inc.* conjuntamente com os usuários do aparelho Sony Betamax – o videocassete – por violação de direitos de *copyright*. Tais violações seriam a gravação de programas para visualização posterior, prática identificada como *time shifting*.²⁵⁸

Num julgamento polêmico, com uma decisão de cinco contra quatro votos em favor da *Sony*, foi determinando que a venda de gravadores de vídeo não gerava responsabilização do fabricante pelas utilizações violadoras de *copyrights* por parte dos usuários finais.

O fundamento da decisão firmou o precedente de que os desenvolvedores de tecnologias não poderiam ser responsabilizados pelos seus produtos se estes apresentassem

²⁵⁵ 149 F.3d 1368.

²⁵⁶ WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá Editora, 2004. p. 134.

²⁵⁷ 464 U.S. 417 (1984).

²⁵⁸ BETTIG, Ronald V. **Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property**. Oxford: Westview Press, 1996. p. 159.

uma “potencialidade de usos não infringenciais” e o vendedor do produto não tivesse um controle direto sobre a utilização do mesmo pelo consumidor final.²⁵⁹

Com efeito, se os titulares de direitos de *copyright* tivessem ganhado o caso, o mercado de videocassetes seria afetado de forma imediata. O desenvolvimento de novas tecnologias de gravação sofreria um desincentivo, pois haveria um medo de que o desenvolvedor pudesse ser considerado como responsável por eventuais infrações aos direitos de propriedade intelectual.

Dessa forma, a decisão resguardou o desenvolvimento de novas tecnologias pela potencialidade de usos legítimos e positivos. Com efeito, a venda de videocassetes e filmes provou-se ser um novo e lucrativo mercado para as próprias empresas que promoveram a ação desejando tornar ilegal a gravação de programas de televisão.

Atualmente, entretanto, essa idéia de “proteger” novas tecnologias em razão de usos potenciais legítimos e para permitir que esta possa se desenvolver cedeu espaço para a proteção dos interesses corporativos sobre bens intelectuais.

Dois casos paradigmáticos ampliam a proteção dos bens intelectuais em favor dos titulares corporativos. Os casos *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*²⁶⁰ e *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*²⁶¹, tratam da responsabilidade de desenvolvedores de tecnologias *peer-to-peer*, que permitem a troca descentralizada de arquivos pela Internet diretamente entre usuários.

O primeiro caso foi decidido perante a Corte de Apelações Federais do Nono Circuito e o segundo pela Suprema Corte americana. Ambos foram decididos em favor dos titulares de propriedade intelectual.

Não obstante o destaque que tais casos receberam da mídia ter gravitado em torno de questões como pirataria, troca de músicas e filmes pela internet, outras questões que não receberam a devida atenção na opinião pública são possivelmente mais importantes.

Questões como: o impacto que tais decisões teriam no desenvolvimento de novas tecnologias de trocas de informações entre usuários; qual o grau de liberdade que os usuários de tais redes de arquivos devem possuir; qual o grau de controle que deve ser permitido aos detentores de direitos autorais e, principalmente, qual deve ser a postura dos cortes e possivelmente do próprio direito frente a novas tecnologias e suas implicações.

²⁵⁹ BETTIG, Ronald V. **Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property**. Oxford: Westview Press, 1996. p. 176.

²⁶⁰ 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

²⁶¹ 545 U.S. 913 (2005).

As decisões comprovam uma inclinação da ordem jurídica para proteger os titulares de direitos de propriedade intelectual, bem como o corpo legislativo que tem sido aprovado para prevenir utilizações não autorizadas no ambiente digital, destacando-se o *DMCA – Digital Millennium Copyright Act*.

4.3.9 DMCA – Digital Millennium Copyright Act

O *DMCA – Digital Millennium Copyright Act* é uma legislação que objetiva ampliar a proteção dos detentores de direitos de propriedade intelectual ao proibir a própria circulação de informações sobre como desabilitar ou ultrapassar medidas de proteção digital de ativos intelectuais.

Ronaldo Lemos situa o *DMCA* como uma antítese aos preceitos de liberdade que vigoravam na expansão da internet durante a década de noventa:

Um dos primeiros produtos dessa antítese à liberdade inicial quase absoluta foi o *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), um texto normativo adotado nos Estados Unidos em 1998, com o objetivo de modificar o regime de proteção à propriedade intelectual, mais especificamente os direitos autorais, no sentido de combater a facilidade de cópia, de circulação e, consequentemente, de violação de direitos autorais, trazida pela conjugação da tecnologia digital com a Internet.

As disposições do DMCA ampliaram de forma significativa os tradicionais limites do direito autoral, tais como forjados no século XIX. Como exemplo dessa ampliação, o DMCA criminalizou quaisquer iniciativas que tivessem por objetivo violar mecanismos técnicos de proteção à propriedade intelectual, isto é, bens intelectuais, na forma digital porventura implantados.²⁶²

A utilização patológica pode ser identificada com os excessos que tal legislação permite aos titulares de propriedade intelectual.

Um consórcio de gravadoras e distribuidores da indústria musical conhecido como *SDMI – Secure Digital Music Initiative* promoveu um concurso para testar a segurança de novas tecnologias que estavam sendo utilizadas para prevenir que músicas no formato digital pudessem ser copiadas. Um time de pesquisadores liderados pelo professor da universidade de Princeton Edward Felten conseguiu ultrapassar as salvaguardas digitais e planejou apresentar os resultados da pesquisa num congresso acadêmico sobre segurança digital, quando recebeu comunicado da própria SDMI de que a apresentação de qualquer

²⁶² LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2005. p. 32.

informação sobre o sistema de segurança ou sobre os estudos realizados deveria ser removida do seminário e destruída sob pena de responsabilização nos termos do DMCA.²⁶³

Outro mecanismo de proteção aos titulares de direitos imateriais que consta no DMCA é a previsão de responsabilidade dos provedores de internet pela presença de conteúdos que representem infrações aos direitos de propriedade intelectual, salvo se os mesmos prontamente retirarem os *sites* que os contêm e tomarem medidas para identificar potenciais infrações, outorgando um poder ainda maior aos titulares de propriedade intelectual para policiar utilizações de conteúdos intelectuais.²⁶⁴

O que esta legislação faz é inverter o juízo do que seja um uso legítimo – *fair use* – de informações e trabalhos protegidos para os titulares dos mesmos. O problema com essa inversão é que o DMCA se torna uma ferramenta para prevenir críticas.

Como os provedores somente podem evitar responsabilização se removerem o conteúdo, a tendência é que os mesmos não assumam o risco de uma eventual demanda em face do titular do site que contém o material dito infrator frente aos interesses do titular do mesmo.

Note-se ainda que, na maioria das vezes, os titulares de direitos intelectuais são grandes corporações e a simples ameaça de um litígio judicial é suficiente para que os provedores retirem da rede os sites de usuários que fazem uso de referências a conteúdos protegidos, ainda que com finalidades lícitas ou legítimas, usos acadêmicos, críticas, paródias, etc.²⁶⁵

Uma legislação como o DMCA possui, portanto, diversas implicações sobre questões como liberdade de expressão e sobre as limitações aos direitos autorais no ambiente digital. Se utilizada de forma desregulada pode ter um efeito social negativo, reduzindo a difusão de pensamento crítico, o que é contrário aos interesses democráticos de uma sociedade.

Além disso, o DMCA tem implicações sobre questões de concorrência empresarial. Como o DMCA idealmente previne que tecnologia seja utilizada para

²⁶³ PERELMAN, Michael. **Steal this Idea – Intellectual Property Rights and the Corporate Confiscation of Creativity**. New York: Palgrave Macmillan, 2004. p. 196.

²⁶⁴ MCLEOD, Kembrew. **Freedom of Expression – Resistance and Repression in the Age of Intellectual Property**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2007. p. 216.

²⁶⁵ MCLEOD, Kembrew. *Op. cit.* p. 217.

“contornar” medidas de segurança digital, também previne que empresas possam usar engenharia reversa para fazer produtos genéricos compatíveis.²⁶⁶

No caso *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*²⁶⁷, a Lexmark promoveu uma ação invocando a proteção do DMCA contra a empresa Static Control, produtora de cartuchos de impressão compatíveis com as impressoras da primeira, pois para tanto, seria necessário contornar medidas de defesa digital que eram introduzidas nas impressoras. A empresa Static Control, não obstante a pressão legal, apresentou reconvenção indicando conduta anticompetitiva.

Em 2005, o julgamento final foi realizado pela Corte de Apelações Federais do Sexto Circuito, desconsiderando as questões de práticas anticompetitivas e julgando que a conduta a engenharia reversa necessária à fabricação dos cartuchos não se configurava violação ao DMCA.²⁶⁸

Não obstante a vitória da Static Control, o caso ilustra a utilização potencial do DMCA por parte de grandes empresas detentoras de tecnologia para garantir reservas de mercado ou dificultar a comercialização de produtos genéricos rivais.

Saliente-se, ainda, que medidas como as previstas no DMCA não só estão presentes nos tratados internacionais na forma de compromissos dos Estados membros para combater a “pirataria”, como estão sendo internacionalizadas através de acordos de livre comércio propostos pelos Estados Unidos.²⁶⁹ Tal contexto potencializa as utilizações patológicas desse tipo de legislação para uma proteção desequilibrada dos direitos de propriedade intelectual.

4.3.10 Evergreening no Direito de Propriedade Industrial – Patentes de Medicamentos

No âmbito do direito de propriedade industrial *evergreening* é uma prática onde o titular de uma patente procura obter a extensão da proteção patentária fazendo a aplicação de

²⁶⁶ BOLLIER, David. **Brand Name Bullies – The Quest to Own and Control Culture**. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2005. p. 188.

²⁶⁷ 387 F.3d 522 (6th Cir. 2004).

²⁶⁸ BOLLIER, David. *Op. cit.* p. 189.

²⁶⁹ CHRISTIE, Andrew; WALLER, Sophie; WEATHERALL, Kimberlee. Exportando os dispositivos da “US Digital Millennium Copyright Act” por meio de acordos de livre-comércio. In: RODRIGUES JR, Edson Beas; POLIDO, Fabrício. (Orgs.). **Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 185-200. p. 198.

novas patentes cumulativas sobre diversos aspectos da invenção original.²⁷⁰ Para Gustavo Fávaro Arruda e Pablo de Camargo Cerdeira:

O termo evergreening, assim, é empregado para designar a extensão do período de exclusividade de mercado através da concessão e combinação sucessiva de múltiplas patentes em termos não-obrigatórios, mas apenas permitidos pelo TRIPS.²⁷¹

Prosseguem os autores destacando que as práticas de *evergreening* são comuns no tocante a patentes de medicamentos, pois as mesmas podem ser obtidas para a forma de prescrição médica, combinação de produtos, processo produtivo em si e para o princípio ativo.²⁷²

Tal prática possui uma pluralidade de implicações jurídicas. Primeiro, trata-se de uma ofensa ao próprio objetivo do sistema de propriedade intelectual, que é a disponibilidade do conhecimento após o transcurso do tempo da proteção. Segundo, pode configurar uma forma de violação à tutela da concorrência, pois se trata de uma forma de extensão de uma exclusividade legal em detrimento dos diversos concorrentes que poderiam explorar aquele produto após a expiração da patente. Terceiro, possui implicações diretas sobre as políticas de saúde pública e sobre o direito fundamental à vida, pois permite ao titular da patente manter preços supracompetitivos por um tempo maior, o que faz com que pessoas que não tenham acesso aos produtos.

Essa questão já chegou à Suprema Corte do Canadá, no caso *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada*²⁷³, onde o gigante farmacêutico *AstraZeneca* através de pedidos sucessivos de novas patentes estava estendendo a proteção do medicamento Omeprazola, impedindo a fabricação de drogas genéricas. A Corte Suprema canadense julgou que a prática de *evergreening* estava a minar o equilíbrio alcançado com o sistema de patentes entre os interesses públicos e privados e que a extensão da proteção, no caso, não estava a servir o interesse do público.²⁷⁴

Do ponto de vista prático, este é um forte precedente contra as extensões de proteção patentária para além dos limites legais. Contudo, tal prática é extremamente lucrativa

²⁷⁰ TEMMERMAN, Michelangelo. **The TRIPS Agreement, the Evergreening of Patents and Access to Medicines: Novartis v. India** NCCR Trade Regulation Working Paper No. 2008/16. 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1185282>>. Último acesso em 03/08/08.

²⁷¹ ARRUDA, Gustavo Fávaro; CERDEIRA, Pablo de Camargo. Patentes de Medicamentos e Saúde Pública. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Vol. 139. jul/set 2005. p. 189-201. p. 192.

²⁷² ARRUDA, Gustavo Fávaro; CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Op. cit.* p. 193.

²⁷³ [2006] 2 S.C.R. 560, 2006 SCC 49.

²⁷⁴ TEMMERMAN, Michelangelo. *Op. cit.*

para as empresas, pois se traduz na manutenção de uma reserva de mercado por um tempo superior ao que, segundo a legislação, seria o adequado para garantir o interesse privado na exploração da patente, do interesse público no produto e na divulgação do conhecimento correlacionado.

4.3.11 Evergreening no Copyright/Direito Autoral – O caso *Eldred v. Ashcroft*

A prática de *evergreening* também pode ser identificada na seara do direito autoral e do *copyright*. Através de trabalhos ditos derivativos e transposições para outros tipos de mídias, as obras expressivas recebem proteção renovada, perpetuando assim o controle do trabalho intelectual original.

Contudo, a forma mais contundente de ampliação da proteção vem sendo obtida através de *lobby* político para aprovar legislações que estendam a proteção dos *copyrights* e dos direitos autorais. Nesse particular, a história dos Estados Unidos é bem ilustrativa dessa tendência.

O *Copyright Act* de 1790, tal qual o a legislação inglesa do *Statute of Anne*, concedia o direito de exclusividade por um período de 14 (catorze) anos, renovável por mais 14 (catorze) anos, num total de 28 (vinte e oito) anos de proteção. O *Copyright Act* de 1831, por sua vez, que estendeu a proteção inicial de 14 para 28 anos, permitindo uma renovação de 14 anos, num total de 42 anos. Em 1909, foi editado um novo *Copyright Act*, prevendo uma proteção inicial de 28 anos, renovável por outros 28 anos, num total de 56 anos.

No período de 1962 a 1974, o Congresso Americano estendeu o período de proteção do *copyright* por diversos períodos através de leis específicas. Em 1962 para 59 anos, em 1965 para 61 anos, em 1967 para 63 anos, em 1968 para 64 anos, em 1969 para 65 anos, em 1970 para 66 anos; em 1971 para 67 anos, em 1972 para 68 anos; em 1974 para 70 anos.

Finalmente com o *Copyright Act* de 1976, os Estados Unidos passaram a adotar a proteção da vida do autor mais 50 anos para trabalhos de pessoas físicas e um período de proteção de 75 anos para trabalhos corporativos, ou seja, aqueles trabalhos que são considerados como de autoria de pessoas jurídicas.

O estatuto americano de 1976 possui uma categoria de trabalhos considerados como *work-for-hire*.²⁷⁵ Trata-se de uma situação onde o autor para todos os efeitos legais é o empregador ou aquela pessoa para quem o trabalho tenha sido realizado por contrato, o que permite o enquadramento de corporações como autoras.²⁷⁶

Em 1998, foi proposta uma nova extensão, o *Sonny Bono Copyright Extension Act*, também conhecido como *Mickey Mouse Protection Act*, em virtude da *Disney Corporation* ter sido a responsável por um agressivo *lobby* junto ao Congresso Americano²⁷⁷. Na Câmara dos Deputados Americana, dez dos treze, e no Senado Americano, oito dos doze *sponsors* originais do projeto de lei receberam contribuições de campanha da *Disney Corporation*.²⁷⁸

Não só a *Disney Corporation*, mas as principais entidades de lobby da indústria de entretenimento dos Estados Unidos, a *RIAA – Recording Industry Association of America* e a *MPAA – Motion Picture Association of America*, gastaram mais de U\$ 1,5 milhões de dólares em contribuições de campanha em 1998.

Lessig indica a formação de um círculo vicioso, no qual a legislatura fica comprometida não com o interesse público, mas com o posicionamento dos financiadores de campanha que são os detentores de dos direitos de direitos de propriedade intelectual, notadamente em sua maioria, grandes corporações.²⁷⁹

Nesse contexto, surge o *landmark case Eldred v. Ashcroft*²⁸⁰, onde foi questionada a constitucionalidade do *Sonny Bono Copyright Extension Act*.

O demandante principal foi Eric Eldred, mantenedor de um site na Internet que disponibilizava gratuitamente em formato digital trabalhos do domínio público. Porém, em 1998, com a extensão do tempo de proteção do *copyright*, nenhum trabalho viria a passar para

²⁷⁵ 17 U.S.C. sec 101. § 201, b. No original: *A Work Made For Hire - In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright.*

²⁷⁶ ROCHA, Afonso P. P. **A Relação de Trabalho e a Tutela da Propriedade Intelectual em Tempos de Teletrabalho e de Parassubordinação**. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Anais do XV Encontro Nacional do CONPEDI - Manaus. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux. 2006.

²⁷⁷ Caso não fosse aprovada a extensão, o personagem *Mickey Mouse* viria a ingressar no domínio público.

²⁷⁸ LESSIG, Lawrence. **Free Culture – The Nature and Future of Creativity**. New York: Penguin Books, 2005. p. 218.

²⁷⁹ LESSIG, Lawrence. *Op. cit.* p. 218.

²⁸⁰ 537 U.S. 186 (2003).

o domínio público, ao passo que naquele mesmo ano, mais de um milhão de patentes iriam expirar.²⁸¹

O argumento principal apresentado foi uma ofensa à Constituição Americana na chamada cláusula do progresso (*progress clause*) que determina que o congresso americano possua o poder de promover o progresso das ciências e das artes através da concessão de direitos exclusivos sobre os inventos e trabalhos artísticos.²⁸²

Conjuntamente à Eldred, diversas entidades que defendem o domínio público apresentaram petições de suporte na qualidade de *amicus curie*, com destaque para a *Free Software Foundation*, a *American Association of Law Libraries*, a *College Art Association* e a *National Writers Union*.

Analisando a inconstitucionalidade do ato, grupos de professores catedráticos de direito especialistas em propriedade intelectual e em direito constitucional apresentaram suporte a Eldred. Além do aspecto jurídico, importante petição foi apresentada por um conjunto de dezessete economistas demonstrando que a extensão do tempo de proteção legal aos trabalhos criativos, especialmente de forma retroativa a obras já criadas, não traria qualquer incentivo à criação de novos trabalhos.

Saliente-se que dentre os economistas figuravam cinco ganhadores do prêmio Nobel de economia: Ronald Coase, James Buchanan, Milton Friedman, Kenneth Arrow e George Akerlof.

Do lado oposto, como *amicus curiae* defendendo a constitucionalidade do ato destacam-se entidades como a MPAA, a RIAA, a ASCAP e a BMI - *Broadcast Music Incorporated*. Além dessas instituições, os espólios de grandes autores e compositores, titulares de *copyrights* – beneficiários diretos da lei – apresentaram apoio à constitucionalidade da legislação.

A Suprema Corte Americana, numa votação de sete (*Justices* William Rehnquist, Sandra Day O'Connor, Antonin Scalia, Anthony Kennedy, David Souter, Clarence Thomas e Ruth Bader Ginsburg, esta última redatora da opinião da corte) contra dois (*Justices* John Paul Stevens e Stephen Breyer) votos decidiu favoravelmente a constitucionalidade da legislação.

²⁸¹ LESSIG, Lawrence. **Free Culture – The Nature and Future of Creativity**. New York: Penguin Books, 2005. p. 214.

²⁸² No original: "The Congress shall have Power (...) To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;"

Os principais argumentos fixados na opinião da maioria foram que a prática de extensão da proteção para trabalhos já existentes ocorreria por diversas vezes no passado e que a constituição americana atribui especificamente ao congresso americano a discricionariedade de determinar qual a forma e a duração do período de proteção desde que de forma limitada, consoante a literalidade do texto constitucional.²⁸³

Os votos divergentes, por outro lado, ressaltaram os malefícios advindos da extensão. Não só por se direcionar a trabalhos já criados, como pela sua duração excessiva, que consubstancia um equivalente a um *copyright* perpétuo para fins econômicos e comerciais, conforme exposto na manifestação dos economistas que figuraram como *amicus curiae*.

Além disso, que a omissão da corte em declarar a inconstitucionalidade da lei significaria efetivamente conceder uma “carta-branca” ao congresso para que aprove legislações sucessivas conseguindo de forma indireta um *copyright* perpétuo, vedado pela constituição, através de prorrogações sucessivas.

A importância do caso *Eldred* é exatamente o de trazer um fundo constitucional ao debate sobre as limitações não só internas dos direitos de propriedade intelectual como as limitações constitucionais sobre a legislação de regência.

Estimulou-se sobremaneira o debate sobre os efeitos negativos de um sistema de proteção excessivo em relação aos interesses do público e dos consumidores no acesso a informações, bem como da importância da existência de um domínio público robusto, indispensável aos novos criadores.

Conforme fica evidenciado nas manifestações dos *amicus curiae*, o interesse preponderante não foi dos autores e artistas enquanto indivíduos, mas das grandes corporações e empresas de mídia. Estas foram as reais beneficiárias, pois detentoras dos trabalhos intelectuais que mesmo após décadas de publicação ainda possuem valor comercial.

Toda uma universalidade de outros trabalhos como livros, filmes e músicas cuja vida comercial útil dura apenas alguns anos após sua criação ficam “presos”, impossibilitados de utilização por parte de novos criadores em virtude da proteção legal.

Após este precedente, houve um maior interesse acadêmico sobre a interface da propriedade intelectual com o direito constitucional, particularmente com a construção de

²⁸³ Inteiro teor da decisão da maioria e os votos divergentes do caso estão disponíveis em: <<http://www.copyright.gov/pr/eldred.html>>. Acesso em: 04/08/08.

teorias jurídicas sobre a necessidade de observância de um critério de constitucionalidade material para a legislação, baseado na efetiva promoção do desenvolvimento das ciências e das artes.²⁸⁴

²⁸⁴ OLAR, Dotan. Making Sense of the Intellectual Property Clause: Promotion of Progress as a Limitation on Congress's Intellectual Property Power. **The Georgetown Law Journal**. Vol. 94. p. 1771-1845. 2006. p. 1774.

5 PERFIL CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

5.1 Breve Histórico da Propriedade Intelectual no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O Brasil foi uma das primeiras nações a adotar proteção patentária. Antes mesmo da independência foi editada a primeira legislação sobre invenções industriais, por meio do alvará de 28 de abril de 1809, através do qual o príncipe regente conferia aos inventores a exclusividade no uso de suas criações desde que devidamente registradas junto a então existente Junta Real do Comércio.

Da redação do Alvará denota-se a noção de que o sistema de patentes era identificado tanto como um mecanismo de promoção ao desenvolvimento industrial como uma forma de reconhecimento do trabalho de autores de inventos industriais:

IV. Sendo o meio mais conveniente para promover a indústria de qualquer ramo nascente, e que vai tomando maior aumento pela introdução de novas máquinas dispendiosas, porém, utilíssimas, e conferir-se-lhe algum cabedal, que anime o Capitalista que empreende promover uma semelhante fábrica, vindo a ser esta concessão um dom gratuito que lhe faz o Estado: sou servido ordenar que da Loteria Nacional do Estado, que anualmente quero se estabeleça, se tire em cada ano uma soma de sessenta mil cruzados, que se consagre, ou toda junta, ou separadamente, a favor daquelas manufaturas e artes, que mais necessitarem deste socorro, particularmente das de lã, algodão, seda e fábricas de ferro e aço. E as que receberem este dom gratuito não terão obrigação de o restituir, e só ficarão obrigadas a contribuir com maior desvelo para o aumento da fábrica que assim for socorrida por efeito da minha real consideração para o bem público. E para que estas distribuições se façam anual e impreterivelmente, a Real Junta do Comércio, dando-me todos os anos um fiel e exato quadro de todas as manufaturas do Reino, apontará as que merecem mais esta providência e a soma que lhes deve aplicar.

VI. Sendo muito conveniente que os inventores e introdutores de alguma nova máquina e invenção nas artes gozem do privilégio exclusivo, além do direito que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em benefício da indústria e das artes, ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano de seu novo invento à Real Junta do Comércio; e que esta, reconhecendo-lhe a verdade e fundamento dele, lhes conceda o privilégio exclusivo por quatorze anos, ficando obrigadas a fabricá-lo depois, para que, no fim desse prazo, toda a Nação goze do fruto dessa invenção. Ordeno, outrossim, que se faça uma exata revisão dos que se acham atualmente concedidos, fazendo-se público na forma acima determinada e revogando-se todas as que por falsa alegação ou sem bem fundadas razões obtiveram semelhantes concessões.²⁸⁵

O alvará condensa as tendências históricas do período, unindo não só a justificativa clássica para a existência do sistema de propriedade intelectual, no caso, direito de patentes, como determina a quebra do sistema de privilégios individuais, em favor da

²⁸⁵ Inteiro teor do Alvará de 1809 disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/>>. Acesso em: 08/08/08.

adoção de um sistema estatutário de proteção por tempo limitado. Utilizava o mesmo lapso temporal do Estatuto dos Monopólios inglês, quatorze anos.

Saliente-se que, a exemplo das diversas nações do período, no Brasil colônia, como reflexo da subordinação à legislação portuguesa, também eram concedidos privilégios específicos para manufaturas úteis (tecnologias) e para a exploração de obras literárias.²⁸⁶

Já despontava uma preocupação social com a efetiva produção do invento, com a obrigatoriedade de produção para que no fim do prazo da exclusividade, “(...) *toda a Nação goze do fruto dessa invenção*”.

Em sintonia com a concepção do Alvará de 1809, a primeira constituição brasileira - a Constituição do Império de 1824 - em seu art. 179, inciso XXVI, afirmava:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de sofrer pela vulgarização.

Apesar da não utilização do termo “patente”, a sistemática de propriedade sobre inventos, ditos “descobertas”, já estava presente. Observa-se ainda a previsão de uma remuneração, caso a invenção fosse vulgarizada, ou seja, caísse em domínio público. Trata-se de uma forma alternativa de resarcimento aos criadores, ao invés da exclusividade de aproveitamento comercial.

Não obstante a ausência de menção à proteção autoral, sob a égide constitucional de 1824, editou-se a lei de criação dos cursos jurídicos no país, em São Paulo e Olinda, de 11 de agosto de 1827. O diploma estabeleceu para os compêndios de textos didáticos utilizados pelos “lentes”, professores universitários dos cursos de direitos, uma proteção exclusiva de dez anos. Posteriormente, o Código Criminal de 1830, de forma pioneira na América Latina, estabeleceu tutela penal em face de contrafação de obras literárias impressas ou litografadas.²⁸⁷

Ainda naquele ordenamento constitucional, editou-se a Lei de 28 de agosto de 1830, que continha diploma com doze artigos e dispunha que ficariam assegurados a

²⁸⁶ CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995. p. 46.

²⁸⁷ SOUZA, Allan Rocha. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 46.

propriedade e o uso exclusivo da descoberta ou invenção e melhoramentos ao inventor de uma “indústria útil”. Tal direito seria garantido pela patente, com duração entre cinco e vinte anos a depender do tipo de invenção. Havia ainda a obrigatoriedade de utilização da mesma dentro de dois anos depois da concessão.²⁸⁸

Posteriormente, na primeira Constituição Republicana de 1891, a propriedade intelectual foi abordada em três parágrafos do artigo 72, que consta no Título IV, Seção II, que trata da Declaração de Direitos dos cidadãos brasileiros:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 25 - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

§ 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

§ 27 - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

Ali se iniciou a tradição de tratar conjuntamente dos direitos de propriedade industrial com os direitos autorais, denotando, através da topologia constitucional, a sua proximidade teórica.

Naquele cenário constitucional, promulgou-se a Lei nº 496/98, que se consubstanciou no primeiro estatuto de direitos autorais na história brasileira. Foi denominada Lei Medeiros de Albuquerque, em homenagem ao seu relator.²⁸⁹

Posteriormente, em 1923, com o Decreto nº 16.264, a Lei de Propriedade Industrial estabeleceu os privilégios de invenção na forma de patentes e criou-se a Diretoria Geral de Propriedade Industrial.

A Constituição de 1934, da mesma forma que a anterior, tratou da propriedade intelectual em três parágrafos, no Título III, Seção II, que cuidava das Garantias e Direitos Individuais:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

²⁸⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1946. Vol. V. p. 118.

²⁸⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 12.

18) Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade.

19) É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial.

20) Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de produzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar.

O padrão foi quebrado com a Constituição de 1937 que não tratou da propriedade intelectual, embora tenha referenciado a competência da União para legislar sobre direito autoral.

A Constituição de 1946, por sua vez, retomou o tratamento constitucional da propriedade intelectual no Capítulo IV, Seção II, que indicava, a exemplo da Constituição de 1934, os Direitos e Garantias Individuais:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 17 - Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio.

§ 18 - É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial.

§ 19 - Aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

Igualmente, a Constituição de 1967, tratou da propriedade intelectual também no âmbito dos direitos e garantias individuais:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 24 - A lei garantirá aos autores de inventos Industriais privilégio temporário para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial.

§ 25 - Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.

Da evolução das próprias redações é possível fazer algumas inferências relevantes aos contornos constitucionais da propriedade intelectual.

Primeiro, a tutela da propriedade intelectual sempre esteve presente na topologia constitucional em locais relativos aos direitos e garantias individuais, demonstrando-se, portanto, uma estreita relação com a idéia dos direitos constitucionais essenciais.

Segundo, verifica-se que, na tradição constitucional brasileira, havia uma previsão de um “justo premio” caso o invento industrial melhor servisse à coletividade sendo vulgarizado, ou seja, colocado em domínio público antes do fim do prazo de proteção.

Numa dicção mais atual, havia uma expressa previsão para uma “desapropriação” dos direitos de propriedade industrial caso estes fossem mais eficientes ao interesse social no domínio público.

Em 1967, essa previsão expressa cessou de existir, sendo a tutela dos bens intelectuais exercida somente através de direitos exclusivos, o que denota uma progressiva “patrimonialização” em detrimento de sua função social ou do interesse social.

Reflete-se, portanto, a tendência de expansão acelerada dos direitos de propriedade intelectual no mundo, através da globalização. No final da década de 1980, já existiam legislações e tratados internacionais cuidando de temas como patentes sobre seres vivos e expansão dos direitos autorais para meios digitais. Grandes corporações e conglomerados de mídia já eram detentores de parcelas expressivas do conhecimento científico além dos meios de comunicação e produção cultural.

Neste contexto, deve ser interpretada a gênese da constituição de 1988 em relação à propriedade intelectual.

5.2 Na Constituição de 1988

Na Carta Constitucional de 1988, a propriedade assim aparece logo no *caput* do Art. 5º e no seu inciso XXII:

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

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade

XXIII - a propriedade atenderá sua função social;

Fica claro que o reconhecimento do direito de propriedade e a sua garantia prendem-se a uma finalidade social. Por sua vez, os direitos de propriedade intelectual também já aparecem no texto constitucional atrelados a um conteúdo normativo do qual não podem se separar sob pena de descharacterizar sua própria constitucionalidade.

O fundamento constitucional desses direitos é encontrado também no art. 5º nos incisos XXVII, XXVIII e XXIX:

Art. 5º (...)

[...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; (grifado e negrito)

Observe-se que o fundamento constitucional dos direitos de propriedade intelectual apresenta uma vinculação finalística, que é o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do país. A permissão constitucional para a constituição de direitos de propriedade intelectual deve ser respaldada pela finalidade prevista no final do inciso XXIX do art. 5º.

É valido dizer que o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país são uma forma específica de atendimento da função social da propriedade preconizada de forma geral no inciso XXIII.

Relevante ainda destacar quanto à função social da propriedade, que esta funciona como razão de ser do direito correlato. Gustavo Tepedino esclarece a derivação de existência da propriedade de sua função social:

A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu perfil interno e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um *massimo sociale*.

A função social é, antes, capaz de moldar o estatuto proprietário em toda a sua essência, constituindo, como sustenta a melhor doutrina, o título justificativo, a causa, o fundamento de atribuição dos poderes ao titular.²⁹⁰

²⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: **Temas de Direito Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 287-286. p. 281-282.

Transpondo o raciocínio para o campo da propriedade intelectual, verifica-se que a mesma somente se justifica dentro de sua função social, ou seja, enquanto promove o avanço técnico, cultural e científico do país. Não atendendo a esta função, os privilégios, as exclusividades e a tutela jurídica do ordenamento perdem o fundamento constitucional.

Outra possível constatação é a referência do texto constitucional à lei ordinária, para determinar os contornos de efetivação dos direitos de propriedade intelectual.

Na tradicional classificação de José Afonso da Silva, estariamos diante de uma situação onde as normas constitucionais que garantem direitos de propriedade intelectual teriam eficácia contida ou limitada, dependendo da legislação ordinária.²⁹¹

Entretanto, destaque-se que a “(...) *Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população.*”²⁹²

Constituições dirigentes trazem não só regras de constituição e competência de um determinado estado, mas passam a ser também um plano de ação global que reflete os anseios da comunidade constitucional. Deixa, portanto, de ser um documento do Estado e passa a ser um programa da sociedade. As normas programáticas, por sua vez, nas palavras de José Afonso da Silva, são:

(...) normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.²⁹³

Assim, o constituinte permanece em um diálogo constante com o legislador infraconstitucional ao estabelecer uma moldura de valores e objetivos que não podem ser esquecidos quando da elaboração das leis que irão determinar a atuação do poder público.

No palco da propriedade intelectual, a leitura isolada dos incisos no artigo 5º levaria a uma conclusão falaciosa de que tal sistema de direitos sobre bens imateriais seria

²⁹¹ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

²⁹² BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 142 p. 35-52. abr./jun. 1999. p. 36.

²⁹³ SILVA, José Afonso. *Op. cit.* p. 138.

algo apenas de cunho econômico não possuindo uma relevância enquanto direito fundamental.

O próprio José Afonso da Silva julga que os direitos de propriedade intelectual não deveriam estar insertos no *locus* constitucional dos direitos fundamentais do homem, assim consignando: “*O dispositivo que a define e assegura está entre os dos direitos individuais, sem razão plausível para isso, pois evidentemente não tem natureza de direito fundamental do homem. Caberia entre as normas da ordem econômica.*”²⁹⁴

Manoel Gonçalves Ferreira Filho apresenta posicionamento similar, destacando que “(...) certamente esta matéria não mereceria ser alcançada ao nível de direito fundamental do homem”.²⁹⁵

Os eminentes constitucionalistas estão certos no que se refere ao aspecto meramente econômico dos direitos de propriedade intelectual, contudo, é possível uma construção argumentativa para justificar a sua posição de fundamentalidade, especialmente considerando-se o impacto de tais direitos sobre uma vasta gama de valores constitucionais.

O princípio da Unidade da Constituição dita que “(...) uma norma constitucional isolada não pode expressar significado normativo se está destacada do sistema. Dessa forma, não há interpretação de textos isolados, e sim de todo o ordenamento constitucional”.²⁹⁶

É, portanto, proposta deste trabalho demonstrar que os direitos de propriedade intelectual revestem-se de um caráter de fundamentalidade dada a sua teleologia constitucional e devem ser interpretados dentro de uma perspectiva de direitos humanos e direitos fundamentais.

5.3 Propriedade intelectual e Direitos Humanos

5.3.1 Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Fundamentalidade

As temáticas dos “Direitos Humanos” e dos “Direitos fundamentais” são ímpares no direito internacional e no constitucionalismo moderno. São vistos como pontos centrais do

²⁹⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005. p. 245.

²⁹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Vol. 1. p. 51

²⁹⁶ BERCOVICI, Gilberto. O princípio da unidade da Constituição. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 37 n. 145. p. 95-99. jan./mar. 2000. p. 97.

sistema jurídico-constitucional e possuem expressiva repercussão nas relações: entre Estados, entre Estado e indivíduo e entre indivíduos.

Preliminarmente, convém observar que existe uma utilização indiscriminada de diversas expressões quanto a este tema, tais como: “direitos individuais”; “direitos da pessoa humana”; “direitos públicos subjetivos”; “direitos civis fundamentais”; “liberdades individuais”. Além destas, no direito constitucional americano, por exemplo, seria possível encontrar uma equivalência com as expressões “direitos inalienáveis” (*inalienable rights*) ou “direitos civis” (*civil rights*). Existem diferenças terminológicas e, dependendo da expressão utilizada, é possível denotar uma determinada corrente doutrinária ou contexto de interpretação.²⁹⁷

O texto constitucional brasileiro, por sua vez, adota expressões não uniformes, como “direitos humanos” (art. 4º, inciso II), “direitos e garantias fundamentais” (Título II, e art. 5º, §1º), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, inc. LXXI) e “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, inciso IV).

Na lição de Perez Luño, a expressão “direitos fundamentais” propriamente dita surgiu com a expressão francesa *droits fondamentaux*, em 1770, nos debates de formação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Consoante o mesmo autor, a expressão ganhou destaque no direito alemão, através da expressão *grundrechte*, inserindo-se de forma prevalente na Constituição de Weimar de 1919.²⁹⁸

Com a profusão na seara internacional, surge a expressão “direitos humanos”. Criou-se, então, uma distinção terminológica em que a expressão “direitos humanos” é vinculada ao plano internacional ou ao plano filosófico, ou seja, para aqueles direitos que devem ser respeitados pela simples condição de “ser humano” do indivíduo.²⁹⁹

Os direitos fundamentais seriam, por sua vez, a referência aos direitos positivados em uma determinada ordem constitucional.³⁰⁰ A nota distintiva seria a positivação e a possibilidade de efetivação processual de tais direitos, enquanto partes de um determinado ordenamento jurídico-constitucional.³⁰¹

²⁹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7.

²⁹⁸ PÉREZ LUÑO, Antônio-Henrique. **Los Derechos Fundamentales**. 9. ed. Madri: Tecnos, 2007. p. 29.

²⁹⁹ PESES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**. Madri: Universidad Carlos III, 1999. p. 22.

³⁰⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 8.

³⁰¹ ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 6.

Falar simplesmente em “direitos fundamentais” é utilizar um termo “guarda-chuva”, uma expressão que abarca essas diferentes doutrinas, porém, mesmo com a diversidade de *backgrounds* doutrinários, é possível dizer que a evolução de tais direitos relaciona-se com investigações acerca do direito natural, do pensamento humanista, da relevância histórica da Magna Carta e outros documentos históricos.³⁰²

Assim, é importante destacar que os direitos fundamentais são identificados com um processo histórico, ainda que não positivados em determinado ordenamento jurídico.

Verifica-se certo grau de consenso quanto aos direitos que possuiriam essa fundamentalidade, como: direito a vida, direito a liberdade, direito a igualdade, pois gravitaram ao redor destes ideais os movimentos políticos que deram lugar às enunciações de direitos tidos por universais e humanos.

Não obstante o corte epistemológico efetuado para estudar os direitos fundamentais enquanto manifestações positivas do Direito Constitucional vigente em contraste com padrões ou pautas de conduta ético-filosóficas³⁰³, os dispositivos constitucionais que enunciam normas de direitos fundamentais possuem ainda estreito compromisso com valores relativos à dignidade humana, fraternidade, liberdade e igualdade, ditos por Canotilho, serem “as raízes fundamentantes” dos direitos fundamentais.³⁰⁴

É do contraste entre o aspecto da positivação e da pertinência aos valores constitucionais que J.J. Gomes Canotilho, recepcionando a doutrina de Robert Alexy, destaca que a fundamentalidade de um direito se relaciona com sua especial dignidade no ordenamento jurídico, diante de uma perspectiva formal e material.³⁰⁵

No tocante à fundamentalidade formal, Ingo Sarlet aponta a os seguintes elementos: a) hierarquia superior em relação às demais normas do ordenamento jurídico; b) estão submetidas aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional, consoante o art. 60 da Constituição; c) possuem aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos, consoante o § 1º do art. 5º.³⁰⁶

³⁰² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 13.

³⁰³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 38.

³⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 378.

³⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.* p. 378-379.

³⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 86-87.

Já a fundamentalidade material está relacionada à adequação entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores, a moldura axiológica que informa a Constituição, especialmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do estado democrático de direito brasileiro (art. 1º, inc. III, da CF/1988).

Os direitos fundamentais ainda representam, sob o aspecto material, as decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo constituinte a respeito da estrutura do Estado e da Sociedade.³⁰⁷

Não obstante o Preâmbulo Constitucional não possua força normativa tal qual os dispositivos constitucionais³⁰⁸, funciona como uma introdução ao texto constitucional e permite inferir quais as ideologias que animaram o poder constituinte originário.

Assim, no preâmbulo da Constituição de 1988, restam expressamente indicados como “valores supremos”: o exercício dos direitos sociais e individuais; a liberdade; a segurança; o bem-estar; o desenvolvimento; a igualdade e a justiça.

Estes valores supremos também servem de guia na identificação dos outros potenciais direitos fundamentais existentes, em razão da cláusula aberta que é o § 2º do art. 5º, da Constituição Federal, admitindo como direitos fundamentais aqueles decorrentes dos princípios e do regime constitucional, bem como aqueles previstos em tratados internacionais.

A textura aberta da norma também é importante para a identificação da fundamentalidade de todos os direitos fundamentais previstos no texto constitucional, ainda que fora do rol expresso do Título II, dentre os quais se podem citar o direito à saúde (art. 196, CF), o direito à assistência social (art. 201, V, § 2º, CF), o direito ao ensino fundamental (art. 208, I, § 1º, CF), o direito de acesso à cultura e ao patrimônio cultural (art. 216, CF).

Assim, para enquadrar os direitos de propriedade intelectual como direitos de natureza fundamental é necessário verificar se são dotados da fundamentalidade formal e material pertinente.

³⁰⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível.** Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2006. p. 5.

³⁰⁸ ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-02, DJ de 08/08/03.

5.3.2 Fundamentalidade Formal dos Direitos de Propriedade Intelectual

No tocante a fundamentalidade formal esta é inegável, estando os direitos de propriedade intelectual previstos nos textos constitucionais brasileiros, desde a primeira constituição, sempre no *locus* pertinente aos direitos e garantias individuais, conforme identificado no primeiro item deste capítulo.

Assim, a própria história constitucional brasileira é elemento de prova em favor de uma natureza formal de direitos fundamentais.

5.3.2 Fundamentalidade Material dos Direitos de Propriedade Intelectual

A fundamentalidade material dependerá da comprovação de uma relevância dos direitos de propriedade intelectual em relação aos valores fundantes da comunidade constitucional. Neste particular, um dos “valores supremos” delineados no preâmbulo constitucional ganha relevo: o desenvolvimento.

Com efeito, para que se ilustre a importância da idéia de desenvolvimento na Constituição Federal de 1988, é significativo que o termo “desenvolvimento” apareça no texto constitucional 39 (trinta e nove vezes). Uma quantidade expressiva, levando-se em consideração que termos como “propriedade” e “liberdade” aparecem respectivamente 25 (vinte e cinco) e 17 (dezessete) vezes.

Desse valor supremo decorre que a Constituição Federal de 1988 foi inspirada por uma ideologia desenvolvimentista, correlacionada com a superação das desigualdades e promoção do acesso de todos os indivíduos aos benefícios produzidos pelo progresso tecnológico e cultural.³⁰⁹

Corroborando essa ideologia, o desenvolvimento nacional configura-se expressamente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, inc. II):

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
[...]
II - garantir o desenvolvimento nacional;

³⁰⁹ ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 143. p. 5-14. jul./set. 1999. p.10.

Essa relevância do desenvolvimento na moldura constitucional demonstra a sua fundamentalidade, refletindo-se, portanto, numa imposição positiva aos entes constitucionais para que adotem medidas e pautas de conduta que favoreçam o desenvolvimento nacional. Nas palavras de Guilherme Amorim Campos da Silva:

O direito ao desenvolvimento nacional impõe-se como norma jurídica constitucional, de caráter fundamental, provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes da União que, nesta direção, não podem se furtar a agirem, dentro de suas respectivas esferas de competência, na direção da implementação de ações e medidas, de ordem política, jurídica ou irradiadora, que almejem a consecução daquele objetivo fundamental.³¹⁰

Denis Borges Barbosa, embora ressaltando a dificuldade de operacionalização de um Direito ao Desenvolvimento no contexto geopolítico atual, chega a identificar este como direito fundamental de terceira geração, apontando ainda o seu reconhecimento como direito humano em tratados internacionais como, por exemplo, a “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento”³¹¹.³¹² Sobre este documento, Balmes Vega Garcia manifesta-se da seguinte forma:

Assim, a Assembléia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 41/128, de 4.12.86, adotou a Declaração do Direito ao Desenvolvimento, proclamando que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual as pessoas e os povos são credenciados a participar, contribuir e desfrutar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político através do qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais podem ser plenamente realizados, firmando a completa vinculação entre aqueles e estes.³¹³

Também reconhecendo o direito ao desenvolvimento como um direito fundamental de terceira geração, ao lado da paz, meio-ambiente, comunicação e acesso ao patrimônio comum da humanidade, há a doutrina do ilustre Paulo Bonavides.³¹⁴

Forma-se uma ponte de comunicação com os direitos de propriedade intelectual, pois estes têm sido justificados através da história como elementos necessários ao desenvolvimento cultural, científico e tecnológico da humanidade, além de relacionar-se com um dever moral de reconhecimento dos trabalhos de autores e inventores.

³¹⁰ CAMPOS DA SILVA, Guilherme Amorim. **Direito Fundamental ao Desenvolvimento Econômico Nacional**. São Paulo: Método, 2004. p.67.

³¹¹ Adotada pela Revolução n.º 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

³¹² BARBOSA, Denis Borges. Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 8, n. 83, p.31-50, fev./mar., 2007. p. 37.

³¹³ GARCIA, Balmes Vega. **Direito e Tecnologia – Regime Jurídico da Ciência, Tecnologia e Inovação**. São Paulo: LTr, 2008. p. 115.

³¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 523.

Um sistema de proteção dos bens intelectuais é condição essencial para o funcionamento eficaz das economias contemporâneas. Especialmente na atualidade, onde os ativos intangíveis, na forma de conhecimento científico e tecnológico, são vistos como indicadores do crescimento e desenvolvimento econômico e social.³¹⁵

A contemporaneidade está ainda marcada por uma interdependência das economias dos países, sendo os direitos de propriedade intelectual uma das searas mais afetas ao comércio internacional nos seus mais diversos segmentos. A ausência de tais direitos em determinada nação a colocaria em posição incômoda, podendo ser alvo de retaliações e restrições, como ocorreu com o Brasil na década de noventa e ainda ocorre com países como a China e a Índia.

Além disso, a preocupação com a cultura e a ciência é algo comum em todas as comunidades humanas. Os direitos de propriedade intelectual impactam exatamente na criação de estímulos a produção desses bens intelectuais, bem como na forma de gestão dos mesmos na sociedade.

Outro fator que influencia na noção de fundamentalidade dos direitos relativos à propriedade intelectual é a presença de tais direitos nos tratados internacionais que reconhecidamente tratam da consagração de direitos humanos.

Apesar da propriedade intelectual ser usualmente classificada nos campos do direito privado e do direito comercial, figuram em vários documentos das organizações de proteção aos direitos humanos. Além disso, encontram-se expressamente identificados como direitos inerentes à pessoa humana, o que deixa poucas dúvidas sobre o seu caráter de fundamentalidade no ordenamento interno.

Dos diversos tratados internacionais, são emblemáticas as disposições da “Declaração Universal dos Direitos Humanos” e da “Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”.

5.3.3.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 1948, surgiu logo após os horrores da Segunda Guerra Mundial e procurou proclamar da forma mais completa

³¹⁵ BUAINAIN, Antonio Márcio. CARVALHO, Sérgio Paulino. Propriedade intelectual em um mundo globalizado. In: **PARCERIAS ESTRATÉGICAS**. Nº 9. Outubro/2000. p.145-153. p. 148. Disponível em: <<http://ftp.unb.br/pub/download/ipr/rel/parcerias/2000/1918.pdf>>. Último Acesso em 21.08.2006.

possível o conjunto de direitos que deveriam ser respeitados por todos os povos, sob pena da ocorrência de novas atrocidades. Nessa linha de raciocínio, fica claro o conteúdo da mensagem presente no preâmbulo da declaração:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem,³¹⁶

A pretensão do documento é, portanto, indicar quais direitos são indispensáveis à tessitura das relações sociais e demandam o respeito de todos os indivíduos e instituições, sob pena de suas violações levarem a um cenário de barbárie e revolta da consciência. Em suma, trata-se de um patamar mínimo de civilidade global para a existência de paz.

A Declaração, que é o documento por excelência na ordem internacional a caracterizar e a indicar que direitos são tidos por direitos humanos, possui um artigo específico que se correlaciona com os direitos de propriedade intelectual. Observe-se o art. 27:

Artigo 27º

1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.
2. Todos têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.³¹⁷

Esta cláusula é amplamente referenciada no plano internacional como um dos argumentos principais para que os Estados adotem formas de proteção aos interesses individuais em criações intelectuais. Por outro lado, o dispositivo referencia em primeiro plano o direito que assiste a toda pessoa de participar e beneficiar-se da vida cultural e dos progressos do desenvolvimento técnico-científico.

³¹⁶ *Universal Declaration of Human Rights*. Aprovada e adotada pela Resolução 217 A (III) de 10 de dezembro de 1948. No original: *Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world, Whereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind, and the advent of a world in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people*,

³¹⁷ *Universal Declaration of Human Rights*. No original: *Article 27.(1) Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits. (2) Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author*.

Nesse ponto, constata-se que o artigo 27 não foge da tensão e contraponto básico que permeiam os direitos de propriedade intelectual, o perfil duplo de tais direitos – público e privado. Faz-se necessária à proteção dos interesses individuais, porém como forma de benefício da sociedade como um todo.

Se a primeira parte do artigo fosse promulgada sozinha, poderia ser interpretada como uma simples proclamação da possibilidade de participação cultural, porém o segundo item confirma que o escopo do artigo é garantir que a proteção do indivíduo não se torne tal que viabilize o acesso dos demais à cultura e ao desenvolvimento humano. Os itens não devem inviabilizar-se mutuamente, pelo que é necessária a harmonização dos mesmos.

Essa busca constante de um equilíbrio entre a função social e a proteção dos interesses individuais torna-se ainda mais marcante com a observação da história da redação da cláusula. Nas compilações iniciais das cláusulas discutidas pelas comissões responsáveis dela declaração, a cláusula somente incluía a primeira parte do artigo 27.³¹⁸

Essa liberdade de participação ganhou especial ênfase com a manifestação do representante peruano José Encinas, ao indicar que um direito limitado apenas à participação não é suficiente. Deveria a declaração enfatizar a liberdade que o pensamento criativo deve possuir, livre de pressões negativas tão freqüentes no contexto histórico de então. Dessa forma, a inclusão da expressão “livremente” foi inserida com ampla aprovação.³¹⁹

Esta idéia de que a fruição do pensamento criativo e a possibilidade de participação dos benefícios do desenvolvimento técnico-científico e cultural da humanidade são direitos humanos deve ser guardada, pois contém uma série de implicações tanto para o direito internacional quanto para a percepção da ordem constitucional interna.

O segundo item do artigo 27, por sua vez, foi objeto de intensos debates, especialmente pelo fato do sistema anglo-americano de proteção aos direitos literários – o *copyright* – enfatizar a proteção no caráter econômico de tais direitos, em contraponto ao regime continental europeu – o *droit d'auteur*.

A segunda parte do artigo somente foi inserida após intensas discussões e revisões. Destaque-se que a participação dos países latino-americanos foi essencial, pois

³¹⁸ YU, Peter K. Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework. In: **UC Davis Law Review Symposium – Intellectual Property & Social Justice**. Vol. 40. p. 1039-1149. 2006. p. 1052.

³¹⁹ YU, Peter K. *Op.cit.* 2006. p. 1054.

naquele momento histórico, os Estados Unidos ainda não eram signatários da Convenção de Berna, que preconizava uma proteção ao autor também num viés de cunho moral.³²⁰

A declaração dos direitos humanos é, portanto, outro forte argumento para que os direitos de propriedade intelectual sejam repensados sob uma ótica de direitos humanos e com todas as implicações que esta possui.

5.3.3.2 A Convenção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, entrou em vigor no Brasil em 24 de fevereiro de 1992, sendo promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

O pacto prevê o respeito aos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, procurando estabelecer mecanismos para a preservação dos mesmos. O pacto, além de guardar estreita relação com a declaração universal dos direitos humanos, apresenta uma cláusula similar correlacionada aos direitos de propriedade intelectual:

Artigo 15 –

1. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:
 - a) Participar da vida cultural;
 - b) Desfrutar o progresso científico e suas aplicações;
 - c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.
2. As medidas que os Estados-Partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão **aqueelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.**
3. Os Estados-Partes no presente Pacto comprometem-se a **respeitar a liberdade indispensável à pesquisa e à atividade criadora.**
4. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem os **benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.**

(grifado e negritado)

O Pacto vai além da declaração universal, pois estabelece uma série de compromissos dos Estados membros para com o que se pode chamar de um “meio ambiente cultural e intelectual”. O primeiro item basicamente repete a declaração universal, porém os

³²⁰ AVANCINI, Helenara Braga. **Direitos Humanos Fundamentais na Sociedade da Informação.** Grupo de Pesquisa Prismas do Direito Civil-Constitucional da PUCRS. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1937/1/Direitos_Humanos_Fundamentais.pdf>. Último acesso em 13.07.08.

itens subseqüentes são complementares e visam a garantir uma efetividade mínima perante as nações signatárias.

Indispensável destacar que as duas primeiras alíneas tratam não somente do indivíduo autor ou inventor, mas de toda a coletividade, que têm direito de desfrutar do progresso tecnológico e cultural.

Somente na terceira alínea é que se faz referência aos direitos de desfrutar dos benefícios de ordem moral e patrimonial sobre as criações particulares. Esse sistema de proteção de interesses morais e patrimoniais é, exatamente, o sistema de propriedade intelectual.

Saliente-se que os tratados não delimitam a forma como se fará essa tutela jurídica, ou seja, no âmbito internacional, em tese, sequer é necessária a atribuição de direitos exclusivos ou de propriedade.

Pela redação do pacto, é possível inferir dois direitos humanos. Primeiro, é um direito humano o acesso aos avanços tecnológicos e culturais. Segundo, também é um direito humano, na medida em que todo ser humano é potencialmente um autor ou inventor, o direito de beneficiar-se moral e patrimonialmente das obras intelectuais por si criadas.

5.3.2 Direitos de Propriedade Intelectual, direitos humanos e direitos fundamentais

Verificando-se as sistemáticas dos principais tratados internacionais é possível vislumbrar a propriedade intelectual como sendo exatamente o conjunto de normas que estabelece a forma de benefício individual e, com suas limitações, o acesso da coletividade aos bens intelectuais.

Logo, é possível dizer que o sistema de propriedade intelectual é o mecanismo jurídico que garante eficácia aos direitos humanos reconhecidos nos tratados internacionais, especialmente em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais. Flávia Piovesan destaca que estes últimos são essenciais à própria existência dos direitos humanos:

(...) ressalta-se que não há direitos humanos sem que os direitos econômicos, sociais e culturais estejam garantidos.

Isto é, em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de

direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.³²¹

Na opinião deste trabalho, é possível derivar dos tratados internacionais a conclusão de que o sistema de propriedade intelectual conjuga em si a conciliação de dois direitos humanos: o direito de cada ser humano, enquanto potencial criador ou inventor, de beneficiar-se das próprias criações intelectuais e o direito de todo ser humano de beneficiar-se do progresso científico e cultural da comunidade da qual fazer parte.

Os direitos de propriedade intelectual não só efetivam o primeiro, como ao fazermos isso, estimulam o desenvolvimento de novos bens intelectuais. Ao serem limitados em escopo, ou seja, na quantidade de usos exclusivos da informação ou conhecimento, garantem a efetividade do segundo, pois permitem a utilização daquele conhecimento por parte dos membros da comunidade. Ao serem limitados temporalmente, garantem que haverá um fluxo contínuo de novos conhecimentos ao patrimônio comum, ao “domínio público”, que servirá de fundamento para novas criações e invenções.

Assim, a efetivação desses dois direitos humanos, pressupõe um sistema de propriedade intelectual devidamente equilibrado, ou seja, que consegue conjugar com máxima eficiência o benefício atribuído aos autores e inventores e o amplo acesso aos conhecimentos por parte da coletividade.

Corroborando este entendimento, o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão vinculado ao Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, que monitora a efetivação do Pacto, adotou a Recomendação Geral nº 17³²², onde consta uma série de indicações aos estados membros sobre como proceder à efetivação do direito humano de gozar de proteção dos interesses morais e materiais sobre as criações artísticas e científicas de forma adequada e balanceada.

O documento ainda retrata uma série de possíveis restrições ao sistema de propriedade intelectual para que o reconhecimento dos direitos dos autores e criadores não

³²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Propriedade Intelectual.** 2007. Disponível em: <<http://www.culturalivre.org.br>>. Acesso em: 08/08/08. p. 10-11.

³²² General Comment No. 17 de 12/01/2006. Documento E/C.12/GC/17. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.GC.17.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.GC.17.En?OpenDocument)>. Acesso em: 08/08/08.

seja excessivo a ponto de comprometer outros direitos humanos, como os relativos à alimentação, saúde, ensino e de participar da vida cultural e de desfrutar o progresso científico.

A propriedade intelectual é expressamente reconhecida como um produto social e, portanto, possuidora de uma função social. Assim, dentro de uma perspectiva de direitos humanos, o equilíbrio é elemento essencial de qualquer sistema jurídico que pretenda tutelar as criações intelectuais:

The right of authors to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from their scientific, literary and artistic productions cannot be isolated from the other rights recognized in the Covenant. States parties are therefore obliged to strike an adequate balance between their obligations under article 15, paragraph 1 (c), on one hand, and under the other provisions of the Covenant, on the other hand, with a view to promoting and protecting the full range of rights guaranteed in the Covenant.

In striking this balance, the private interests of authors should not be unduly favoured and the public interest in enjoying broad access to their productions should be given due consideration. States parties should therefore ensure that their legal or other regimes for the protection of the moral and material interests resulting from one's scientific, literary or artistic productions constitute no impediment to their ability to comply with their core obligations in relation to the rights to food, health and education, as well as to take part in cultural life and to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, or any other right enshrined in the Covenant. **Ultimately, intellectual property is a social product and has a social function. States parties thus have a duty to prevent unreasonably high costs for access to essential medicines, plant seeds or other means of food production, or for schoolbooks and learning materials, from undermining the rights of large segments of the population to health, food and education. Moreover, States parties should prevent the use of scientific and technical progress for purposes contrary to human rights and dignity, including the rights to life, health and privacy,** e.g. by excluding inventions from patentability whenever their commercialization would jeopardize the full realization of these rights

States parties should also consider undertaking human rights impact assessments prior to the adoption and after a period of implementation of legislation for the protection of the moral and material interests resulting from one's scientific, literary or artistic productions.³²³ (grifado e negritado)

³²³ General Comment No. 17 de 12/01/2006. Documento E/C.12/GC/17. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.GC.17.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.GC.17.En?OpenDocument)>. Acesso em: 08/08/08. Na versão original da Resolução em Espanhol: “El derecho de los autores e inventores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que les correspondan por razón de sus producciones científicas, literarias y artísticas no puede considerarse independientemente de los demás derechos reconocidos en El Pacto. Por consiguiente, los Estados Partes tienen la obligación de lograr un equilibrio entre las obligaciones que les incumben en el marco del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15, por un lado, y las que les incumben en el marco de otras disposiciones del Pacto, por el otro, a fin de promover y proteger toda la serie de derechos reconocidos en el Pacto. Al tratar de lograr ese equilibrio, no deberían privilegiarse indebidamente los intereses privados de los autores y debería prestarse la debida consideración al interés público en el disfrute de un acceso generalizado a sus producciones²⁶. Por consiguiente, los Estados Partes deberían cerciorarse de que sus regímenes legales o de otra índole para la protección de los intereses morales o materiales que correspondan a las personas por razón de sus producciones científicas, literarias o artísticas no menoscaben su capacidad para cumplir sus obligaciones fundamentales en relación con los derechos a la alimentación, la salud y la educación, así como a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, o de cualquier otro derecho reconocido en el Pacto. En definitiva, la propiedad intelectual es un producto social y tiene una función social. Así pues, los Estados tienen el deber de impedir que se impongan costos

O equilíbrio do sistema de propriedade intelectual é expressamente consignado como uma responsabilidade estatal em face dos direitos humanos, cumulando-se, ainda, um dever do Estado de coibir abusos na utilização dos direitos de propriedade intelectual.

Assim, não seria de todo descabido imaginar que o duplo perfil da propriedade intelectual encontra sua síntese na idéia de “um sistema equilibrado”, sendo ainda possível afirmar que existiria um direito difuso da coletividade a esse equilíbrio. Faz-se necessária, portanto, não só uma legislação que assegure esse equilíbrio, como toda uma atuação estatal voltada a esta finalidade.

Denis Borges Barbosa ressalta que a harmonização desse duplo perfil se faz através da aplicação do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, relevante tanto para a elaboração como para a interpretação das normas jurídicas:

Dois óbvios resultados derivam da aplicação do princípio da razoabilidade: um, na formulação da lei ordinária que realiza o equilíbrio, que deve – sob pena de inconstitucionalidade ou lesão de princípio fundamental – realizar adequadamente o equilíbrio das tensões constitucionais; a segunda consequência é a de que a interpretação dos dispositivos que realizam os direitos de exclusiva deve balancear com igual perícia os interesses contrastantes.³²⁴

Os abusos exemplificados no capítulo passado revelam desequilíbrios atuais do sistema, decorrentes não só da expansão dos direitos exclusivos, como também da utilização prática em detrimento de suas finalidades sociais.

Flávia Piovesan coloca em destaque que o real conflito muitas vezes não é a proteção ao autor (ou inventor) frente os interesses da coletividade, mas sim a exploração comercial abusiva dos bens intelectuais:

irrazonablemente elevados para el acceso a medicamentos esenciales, semillas u otros medios de producción de alimentos, o a libros de texto y material educativo, que menoscaben el derecho de grandes segmentos de la población a la salud, la alimentación y La educación. Además, los Estados deben impedir el uso de los avances científicos y técnicos para fines contrarios a la dignidad y los derechos humanos, incluidos los derechos a la vida, la salud y la vida privada, por ejemplo excluyendo de la patentabilidad los inventos cuya comercialización pueda poner en peligro el pleno ejercicio de esos derechos²⁹. En particular, los Estados Partes deberían estudiar en qué medida la comercialización del cuerpo humano o de sus partes puede afectar las obligaciones que han contraído en virtud del Pacto o de otros instrumentos internacionales pertinentes de derechos humanos³⁰. Los Estados deberían considerar asimismo la posibilidad de realizar evaluaciones del impacto en los derechos humanos antes de aprobar leyes para proteger los intereses morales y materiales que correspondan por razón de lás producciones científicas, literarias o artísticas, así como tras un determinado período de aplicación”.

³²⁴ BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. **Revista da ABPI**. Rio de Janeiro, n. 59, p. 16-39, jul/ago. 2002. p. 27.

(...) à luz dos direitos humanos, o direito à propriedade intelectual cumpre uma função social, que não pode ser obstada em virtude de uma concepção privatista deste direito que eleja a preponderância incondicional dos direitos do autor em detrimento da implementação dos direitos sociais, como o são, por exemplo, à saúde, à educação e à alimentação. Observe-se ainda que, via de regra, o conflito não envolve os direitos do autor versus os direitos sociais de toda uma coletividade; mas, sim, o conflito entre os direitos de exploração comercial (por vezes abusiva) e os direitos sociais da coletividade.

Reitere-se que, muitas vezes, quem exerce esse direito não é propriamente o autor/inventor, mas as grandes empresas a preços abusivos ou como reserva de mercado via estratégias de patenteamento.³²⁵

Assim, dos tratados e convenções internacionais, verifica-se a importância que o sistema de direitos de propriedade intelectual desempenham na efetivação dos direitos humanos.

Se, no plano internacional, os direitos de propriedade intelectual podem ser reconhecidos como direitos humanos, sua positivação constitucional e seu impacto no desenvolvimento cultural, científico e tecnológico garantem o seu reconhecimento no rol de direitos fundamentais da constituição pátria – formal e materialmente.

5.3.3 Direitos de Propriedade Intelectual e Direitos Fundamentais de Quarta e Quinta Gerações

Os direitos fundamentais são usualmente agrupados de forma a refletir o momento histórico e as agendas subjacentes ao processo de afirmação destes frente a determinados contextos políticos. Uma forma tradicional e didática de representá-los é com a metáfora de gerações de direitos. George Marmelstein assim sintetiza as gerações:

“(...) a primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com a Revolução Francesa e as demais revoluções burguesas. A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), ocasionada pela Revolução Industrial e com os problemas sociais por ela causados. Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.”³²⁶

³²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Propriedade Intelectual**. 2007. Disponível em: <<http://www.culturalivre.org.br>>. Acesso em: 08/08/08. p. 22.

³²⁶ LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza. 2005. p. 60.

O autor prossegue criticando a teoria das gerações por criar a ilusão de que há uma progressividade linear na evolução dos direitos fundamentais, quando na verdade a mesma é pautada por avanços, retrocessos e contradições.

Em realidade, existiriam dimensões de direitos fundamentais voltadas para objetivos específicos na relação entre Estado e indivíduo e até mesmo indivíduo-indivíduo.³²⁷ Contudo, a idéia de gerações ainda é utilizada de forma contínua na doutrina, pelo seu valor didático.

Relevante para os propósitos deste trabalho é a formulação doutrinária moderna de direitos fundamentais de terceira e de quarta geração.

Safira Meirelles do Prado, identificado o surgimento dos direitos de terceira geração com o contexto internacional do pós-guerra, na segunda metade do século XX, aponta que o objeto de tutela são direitos difusos, não do homem individualizado, mas da própria humanidade:

(...) os direitos fundamentais de terceira geração revelam-se como protetores, não do homem enquanto ser individualizado, mas enquanto ser pertencente à coletividade. Deste modo, a titularidade destes direitos é difusa ou coletiva. Neste rol podemos enumerar o direito à paz, à solidariedade, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento sustentável, ao meio ambiente.³²⁸

Ressaltando a sua natureza internacional e de estreita vinculação ao progresso cultural e científico, José Adércio Leite Sampaio, assim os exemplifica:

No plano internacional, os direitos culturais ganham força para além do desenvolvimento cultural e identitário, no direito à igual participação na herança comum da humanidade e ao compartilhamento dos benefícios obtidos pelos avanços científicos, e, ainda conexionados com a política e a revolução dos meios de informação, o direito à comunicação.
[...]

Tem-se a afirmação do direito ao desenvolvimento sustentável e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; tanto quanto, para alguns, incluem-se os direitos que contextualizam no plano global a proteção à saúde, de modo a tornar acessíveis, sem as barreiras das patentes, remédios para doenças graves como a AIDS.

Há pensadores que restringem os direitos dessa geração a um só: o direito ao desenvolvimento, com o objetivo de criar uma ordem internacional mais justa.³²⁹

Fica patente a direta vinculação dos direitos de propriedade intelectual aos direitos fundamentais de terceira geração, especialmente se vislumbrados dentro da proposta de

³²⁷ LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza. 2005. p. 60 *et seq.*

³²⁸ PRADO, Safira Orçatto Merelles; **O Controle Judicial dos Serviços Públicos sob a Perspectiva de Concretização de Direitos Fundamentais**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2007. p. 8.

³²⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 293.

concepção delineada no presente capítulo – como um direito humano a um sistema equilibrado de incentivos à produção intelectual e de garantias de acesso.

A internacionalização do sistema de propriedade intelectual, por sua vez, impacta diretamente sobre o modelo de desenvolvimento a ser adotado pelas nações, especialmente, no tocante aos conhecimentos e informações necessários aos países em desenvolvimento para uma tutela efetiva de direitos fundamentais como a saúde, por exemplo.

O exemplo citado por José Adércio aborda a questão do acesso à saúde pública em face dos direitos de patentes. Tal exemplo, porém, é mero corolário de uma formulação mais abrangente, o direito humano de beneficiar-se da evolução cultural e tecnológica da humanidade.

Esse direito humano geral reflete-se não só no imperativo de acesso a tecnologias necessárias à manutenção da vida humana – remédios, tratamentos, vacinas – como na possibilidade de acesso às informações e conhecimentos necessários à efetivação do princípio da dignidade humana.

O sistema de propriedade intelectual, em sua perspectiva global-internacional, deve ser talhado para atender essa efetivação dos direitos fundamentais de terceira geração relativos ao desenvolvimento.

Nesse particular, cabe um comentário sobre a posição e atuação do Brasil frente à OMPI. Realizou-se, em setembro de 2004, uma Assembléia Geral da OMPI aonde Brasil e Argentina, conduzindo um grupo de quinze países que veio a ser identificado como o “Grupo de Amigos do Desenvolvimento”, apresentaram o documento WO/GA/31/1 – “Proposta da Argentina e Brasil para o estabelecimento de uma agenda de desenvolvimento para a OMPI”.

A Agenda do Desenvolvimento foi finalmente adotada, após três anos de sua propositura inicial, em 28 de setembro de 2007. As 45 recomendações feitas pelo então Comitê Provisório sobre uma Agenda para o Desenvolvimento foram aceitas por unanimidade na OMPI. Através do Documento WIPO – WO/GA/34/16³³⁰, o Comitê provisório deixa de existir e passa a dar lugar ao novo CDIP – Comitê sobre Desenvolvimento e Propriedade Intelectual.

A adoção da Agenda para o Desenvolvimento é um claro exemplo do progressivo entrelaçamento dos conceitos de propriedade intelectual e desenvolvimento na atualidade.

³³⁰ Disponível em: <<http://www.wipo.int/>>.

Desse binômio, também surgem importantes questões sobre acesso ao conhecimento e informação frente aos novos paradigmas sociais, culturais, científicos e tecnológicos, já apontando, possivelmente, para uma quarta geração de direitos fundamentais.

Da análise de José Adércio sobre as diversas correntes doutrinárias que apresentam formulações do conteúdo dos direitos fundamentais de quarta geração, fica clara uma preocupação recorrente da efetivação da dignidade humana frente aos avanços tecnológicos:

Também incluiriam limites ou restrições aos avanços da ciência e especialmente da biotecnologia nos domínios de interferência com a liberdade, a igualdade e dignidade humanas. Assim, temos os direitos bioéticos ou biodireitos, referidos à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia. (...) Lembremos da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e Dignidade do Ser Humano de 1997 e da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos do Homem de 1997, que proíbem discriminações com base em herança genética e a clonagem humana.

[...]

A propósito dos avanços científicos, uma quarta orientação analisa a proteção da dignidade humana, independentemente do gênero, contra os possíveis abusos do progresso tecnológico como integrante da quarta geração(...).

[...]

Não falta quem a veja como um era de “direitos de aspiração” ou de “auto-realização” de todas as potencialidades do homem, inclusive as latentes e as relativas a formas mais altas e dignas do ser, o que pressupõe o atendimento das necessidades básicas, como indivíduo isolado e como membro de um grupo social, tanto de ordem material, social, política, cultural e psicológica quanto de natureza econômica e intelectual (...).³³¹

Com base nos exemplos ofertados, verifica-se um ponto de convergência dos doutrinadores em relação direitos fundamentais de quarta geração. Os direitos parecem gravitar em torno da idéia de que as novas potencialidades ofertadas ao indivíduo em razão das progressivas revoluções tecnológicas devem encontrar limites na mesma pauta ética de valores que informa os demais direitos fundamentais.

Os direitos de propriedade intelectual são exatamente um dos segmentos mais expressivos do ordenamento jurídico que regulam as relações entre a sociedade, informações, conhecimentos e tecnologia. Mais que isso, a forma como são talhadas as normas de propriedade intelectual vai refletir um maior ou menor compromisso social com o livre fluxo de idéias que, por sua vez, é premissa vital para a existência de uma sociedade livre e democrática.³³²

³³¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 298 *et seq.*

³³² MCLEOD, Kembrew. **Freedom of Expression – Resistance and Repression in the Age of Intellectual Property**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2007. p. 108.

Parece também ser ponto central da idéia de direitos fundamentais de quarta geração o reconhecimento de que os avanços científicos e tecnológicos implicam numa ampliação das necessidades básicas do ser humano, determinando assim uma redefinição do princípio e do próprio conceito de dignidade da pessoa humana.

Na lição de Emmanuel Teófilo Furtado,

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana assegura um mínimo necessário ao homem tão só pelo fato de ele congregar a natureza humana, sendo todos os seres humanos contemplados de idêntica dignidade, tendo, portanto, direito de levar uma vida digna de seres humanos.³³³

Esse mínimo essencial não é estanque, sofrendo necessariamente uma ampliação na mesma proporção de desenvolvimento da humanidade. Do contrário, se estaria a reduzir de maneira injustificada o patamar de direitos dos indivíduos frente à evolução da sociedade e dos novos direitos que se agregam a interpretação do que vem a ser a dignidade.

Uma área onde fica clara essa mudança de paradigma na aferição dos elementos constitutivos da dignidade humana é a seara da informação. Há um consenso que a humanidade está vivenciando uma “Revolução Digital”, que determinou a mudança da “Sociedade Industrial” para a “Sociedade da Informação”.³³⁴

A sociedade informacional põe em relevo o conflito entre a liberdade de expressão,³³⁵ o acesso à informação e o controle atribuído aos titulares de direitos autorais em ambientes digitais. Especialmente em razão da proteção autoral consagrada internacionalmente ter sido pensada para um paradigma tecnológico e um modelo social-econômico diferente dos atuais.³³⁶

Marcos Wachowicz, elaborando sobre a importância da Internet na sociedade atual, aponta seu profundo impacto sobre o direito fundamental à informação:

³³³ FURTADO, Emmanuel Teófilo. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Fortaleza. Ano 6, Vol. 6, n. 6, p. 103-120, 2005. p. 112.

³³⁴ FERREIRA DE MELO, Marco Antônio Machado. A tecnologia, direito e solidariedade. In: ROVER, Aires José (org.). **Direito, Sociedade e Informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2000. p. 22.

³³⁵ A liberdade de expressão e informação é considerada um direito humano em vários documentos internacionais: a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela ONU (art. 19); o Convênio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, aprovado em Roma no ano de 1950 (1 e 2); mais recentemente, a Convenção Americana de Direitos Humanos -Pacto San José da Costa Rica.

³³⁶ WACHOWICZ, Marcos; WINTER, Luis Alexandre Carta. Os paradoxos da sociedade informacional e os limites da propriedade intelectual. In: Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte: Fundação . Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux. 2007. p. 2489-2509.

A Internet se apresenta como um canal de informação por excelência, que elimina distâncias e tempo, gerando um altíssimo tráfego de informação. Tal fato na sociedade, no início do século XXI, faz que o direito fundamental de informação ganhe novos contornos e dimensões, gerando a necessidade da criação de instrumentos e mecanismos jurídicos adequados, que garantam a liberdade de acesso à informação, assegurando, assim, o desenvolvimento do indivíduo na Sociedade da Informação.³³⁷

A importância da informação também ganha destaque particularmente na visão de Paulo Bonavides, para quem a quarta geração de direitos fundamentais é pautada na questão da globalização política, inserindo nesta geração o direito à democracia, ao pluralismo e à informação.³³⁸

Democracia e pluralismo dependem da informação e de sua livre circulação, sem censura ou controle que venha a inibir o processo de difusão da educação e da cultura. Com posicionamento similar, Flávia Piovesan destaca que:

(...) o direito ao acesso à informação surge como um direito humano fundamental em uma sociedade global em que o bem estar e o desenvolvimento estão condicionados, cada vez mais, pela produção, distribuição e uso equitativo da informação, do conhecimento e da cultura.³³⁹

Nesse particular, ao permitir uma apropriação de bens intelectuais, o sistema de propriedade intelectual, se desregulado e usado de forma patológica, pode se tornar um obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais de quarta geração.

Indo além da noção de direitos fundamentais de quarta geração os direitos de propriedade intelectual impactam significativamente na livre circulação de informações no ambiente digital e notadamente na Internet, apontando já para uma quinta geração de direitos humanos. Na visão de Marcos Wachowicz:

A complementação da quinta geração de direitos, na classificação de Bobbio, é dada por Oliveira Júnior e por Luís Carlos Cancelier de Olivo, partindo do reconhecimento da importância das modernas tecnologias da informação subjacentes na Sociedade do conhecimento e nos desafios para a democratização e transparência do Estado.

Trata-se dos princípios jurídicos do direito de liberdade de expressão e do direito de acesso à informação, que merecem uma reflexão sobre sua dupla aplicação na Internet, como forma de comunicação e meio de difusão do pensamento, e suas

³³⁷ WACHOWICZ, Marcos. Os Direitos da Informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). **Propriedade Intelectual & Internet**. Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 37-49. p. 38.

³³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 525.

³³⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Propriedade Intelectual**. 2007. Disponível em: <<http://www.culturalivre.org.br>>. Acesso em: 08/08/08. p. 38.

aplicações com as garantias constitucionais cada vez mais relevantes de direito de informação ao usuário/cidadão.³⁴⁰

Com efeito, numa perspectiva de máxima efetividade dos direitos fundamentais é possível aferir a legitimidade de um regime de propriedade intelectual exatamente na medida em que o sistema concretiza os direitos correlatos, promovendo simultaneamente, num equilíbrio ideal, a criação e difusão dos avanços culturais e tecnológicos.

Reitere-se aqui o argumento exposto no capítulo referente à análise econômica da propriedade intelectual. Os bens imateriais sofrem um problema de provisionamento, não de escassez.

Dessa forma, a atribuição de direitos exclusivos aos indivíduos, como forma de concretização do direito individual de beneficiar-se das criações intelectuais deve ter somente a extensão necessária e suficiente para promover a criação de novos bens imateriais (produção de novos conhecimentos).

Além desse limite, há uma restrição desnecessária do direito humano de cada um dos membros da comunidade de beneficiar-se dos avanços tecnológicos e culturais, através do acesso a informações e da redução dos custos dos produtos intelectuais na ausência dos preços monopolísticos associados aos direitos de propriedade intelectual.

5.4 Propriedade intelectual e Colisões de Princípios Constitucionais

Através de uma interpretação sistemática da Constituição, chegar-se-á a conclusão de que a proteção da propriedade intelectual é uma garantia que deve ser sopesada, balanceada e harmonizada com o interesse social de favorecer a inovação, o progresso tecnológico, bem como de promover o mais amplo acesso à coletividade.

Tendo em vista a interação dos direitos de propriedade intelectual com valores e direitos da Constituição, é necessário o estudo das formas de harmonização de interesses constitucionais, sendo oportuna uma digressão para tratar do estudo das colisões entre direitos fundamentais.

³⁴⁰ WACHOWICZ, Marcos. Os Direitos da Informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). **Propriedade Intelectual & Internet**. Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 37-49. p. 41.

5.4.1 Colisões de Direitos Fundamentais

O estudo das colisões entre direitos fundamentais guarda importância tanto para a interpretação como para a aplicação do direito. Tal estudo, em verdade, acaba por determinar como o jurista deve proceder diante de um caso em que o sistema jurídico parece indicar duas ou mais formas de solução eventualmente conflitantes.

Assim, para que se possam aplicar critérios de solução para casos de conflitos e colisões, é necessário averiguar alguns questionamentos preliminares, tais como: a) É possível haver colisão entre normas de direitos fundamentais?; b) Em que ocasiões tais colisões são possíveis? e c) Havendo tais colisões, quais os critérios de superação a serem utilizados?.

Dentro dessa perspectiva, o estudo foca-se nas considerações sobre os elementos indispensáveis para que se possa falar ou não em colisões e quais os tipos e dinâmicas de colisões. Indicar-se-á, ainda, as principais teorias relacionadas com a delimitação do conteúdo de proteção dos direitos fundamentais, a possibilidade de restrições destes e os eventuais critérios de solução de verdadeiros casos de colisão.

5.4.1.1 Regras ou Princípios?

A análise da natureza das normas que veiculam direitos fundamentais é necessária para a correta identificação dos métodos de resolução de eventuais conflitos. Assim, antes de tratar propriamente das colisões entre direitos fundamentais, é essencial tecer considerações sobre a distinção entre regras e princípios.³⁴¹

Se as normas de direitos fundamentais forem simplesmente regras, serão passíveis de aplicação dos critérios tradicionais para a solução de antinomias – hierárquico; especialidade e cronológico. Caso tais normas se aproximem de princípios, estarão sujeitas a outras formas de resolução de conflitos, por exemplo, regras de ponderação.

³⁴¹ Para uma definição sintética de regras e princípios, sugere-se: “Regras são, normalmente, relatos objetivos, descriptivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. (...) Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações”. (BARROSO, Luis Roberto.; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, 2003. p. 11.)

Há uma primeira reflexão em Ronald Dworkin³⁴², para quem a diferença entre regras e princípios seria a forma de aplicação. As regras são aplicáveis segundo uma lógica de *tudo-ou-nada*, centrado num juízo de validade. Se o juízo for positivo e a norma válida, deverá ser aplicada; caso contrário, se inválida, não poderá ser utilizada. Os princípios, por sua vez, são aplicados mediante uma dimensão de peso ou importância, guardando diferentes graus de influência e aplicação ao caso concreto.

Indo além de Dworkin, a teoria de Robert Alexy propõe um modelo distintivo entre regras e princípios, reconhecendo à ambos caráter normativo.

Para Alexy, princípios funcionam como um comando de máxima efetividade de determinado conteúdo normativo, como – na famosa expressão – um mandado de otimização. Já as regras seriam relacionadas com os pressupostos fáticos, devendo ser aplicadas ou afastadas integralmente.

Alexy desenvolve raciocínio no sentido de que os princípios podem colidir, de forma que um cede prevalência ao outro mediante as condições fáticas. O maior peso de um princípio em relação ao outro vai decorrer da situação do caso concreto. Esse contexto fático vai estabelecer uma “*relação de precedência condicionada*”³⁴³ que determina qual o princípio deve ser privilegiado.

Os princípios, portanto, admitem efetiva colisão ao passo que as regras não colidem de forma verdadeira, pois na dúvida sobre a aplicação de uma ou outra, os critérios de solução terminam por afastar completamente uma das conflitantes. Assim, para que exista a possibilidade de se falar em colisão de direitos fundamentais é preciso que estes se amoldem na estrutura de princípios.

Alexy observou a existência de três modelos normativos para os direitos fundamentais: o modelo puro de regras, o modelo puro de princípios e o modelo de regras e princípios. Opta pelo modelo híbrido, onde percebe as normas de direitos fundamentais como de duplo caráter, veiculando tanto princípios como regras.

Num primeiro nível, estariam as normas de direitos fundamentais como princípios, indicando os valores jusfundamentais da sociedade. Já num segundo nível, de

³⁴² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43.

³⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 92.

regras, esses direitos fundamentais estariam a “*estabelecer determinações frente a exigência de princípios contrapostos. Adquirindo assim, caráter duplo*”.³⁴⁴

Wilsom Steinmetz corrobora tal entendimento:

Do exposto, conclui-se que a teoria dos princípios é decisiva para a solução racional da colisão dos Direitos Fundamentais. Como anotou Alexy, não faltam provas de que a distinção teórico-estrutural entre regras e princípios opera no âmbito dos Direitos Fundamentais.

[...]

No mesmo sentido, na doutrina portuguesa, pronuncia-se Canotilho. (...) A mudança de terminologia não muda a estrutura jurídico-normativa e a força vinculante. É tão correto dizer que os Direitos Fundamentais são mandatos de otimização a serem realizados segundo as possibilidades jurídicas e fáticas quanto dizer que os princípios são mandatos de otimização a serem realizados segundo as possibilidades jurídicas e fáticas.

Por fim, a natureza principal dos Direitos Fundamentais torna a solução de colisões mediante a aplicação do método da ponderação.³⁴⁵

Dessa forma, exatamente por serem normas que veiculam direitos fundamentais, estas estarão sempre relacionadas com os valores fundamentais da sociedade.

Revestem-se de uma natureza principiológica, na medida em que determinam a efetivação ou concretização dos objetivos e valores mais essenciais da coletividade. Como informa Paulo Bonavides, após a afirmação da teoria dos princípios e de sua normatividade inerente, estes se converteram no coração das Constituições.³⁴⁶

Assim, adotando essa perspectiva de uma natureza de princípios para as normas de direitos fundamentais, estas vão admitir colisões e métodos de resolução tal quais os princípios.

5.4.1.2 Âmbito de Proteção e Restrições de Direitos

Por âmbito de proteção de um direito fundamental, existem todos aqueles conjuntos fáticos e de condutas que podem ser tutelados em virtude da norma. Na sintética lição de Edilsom Farias: “*O âmbito de proteção ou pressuposto de fato de um direito*

³⁴⁴ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 133.

³⁴⁵ STEINMETZ, Wilson. **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136.

³⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 253.

fundamental refere-se aos bens ou realidades (vida, liberdade, religião etc.) assegurados pela disposição normativa que prevê o direito fundamental".³⁴⁷

Para complementar a noção de âmbito de proteção, é necessário falar sobre os possíveis tipos de restrição aos quais os direitos fundamentais podem estar sujeitos. Essas restrições ajudam a moldar o conteúdo do direito, as situações fáticas protegidas ou tuteladas pela norma.

É possível apontar três situações básicas relacionadas às restrições de direitos fundamentais: restrições legais simples; reservas legais qualificadas e direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal. Para as primeiras, o texto constitucional remete ao legislador o papel de conformador do direito, podendo assim restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental. Para as segundas, a Constituição fixa uma série de parâmetros e condições nas quais deve se enquadrar a restrição. Por último, na ausência de previsão expressa sobre a possibilidade de restrição, ainda é possível que o legislador, utilizando a competência de inovar na ordem jurídica venha a estabelecer limites e ou formas de exercício do direito.³⁴⁸

Diversos autores adotam visões particulares do que vem a ser o fenômeno da restrição de direitos fundamentais, sua possibilidade e limites. Fugiria ao objetivo desse trabalho identificar todas as visões. Far-se-á, como exemplo, menção à visão de Jorge Reis Novais, para quem as restrições se desdobram em situações de: desenvolvimento e configuração.

No desenvolvimento, o legislador ordinário densifica o conteúdo de um direito fundamental criando as condições próprias normativas de existência para aquele direito. Na configuração, a lei fixaria o conteúdo do direito oriundo de uma norma constitucional aberta e abstrata, ou então estabeleceria as condições para o exercício de um direito já previsto. Esta ultima categoria, subdivide-se em: a) conformação, onde o legislador cria institutos jurídicos que permitem a exequibilidade do direito; b) regulamentação, onde se estabeleceriam os detalhes necessários à realização do direito; e c) concretização, onde se explicitaria o conteúdo e os limites de um determinado direito.³⁴⁹

³⁴⁷ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.34.

³⁴⁸ DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às Restrições de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista AGU**. Ano V. Nov/2005. p. 6.

³⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis. apud. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2006. p. 135.

Assim, as restrições desempenham papel importante na fixação do âmbito de proteção de determinado direito fundamental, que por sua vez, é essencial para determinar a possibilidade de eventuais colisões.

Todavia, a atuação legislativa que venha a restringir um direito fundamental esta sujeita a limites próprios. Assim, desponta discussão relativa à idéia de um núcleo essencial dos direitos fundamentais, como forma de preservação dos próprios direitos fundamentais frente à atuação estatal. Na lição de Ana Maria D'Ávila Lopes, “*a garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo, visando evitar os possíveis excessos que possam ser cometidos no momento de regular os direitos fundamentais*”.³⁵⁰

No caso da propriedade intelectual, equivaleria dizer que os direitos de acesso da coletividade aos conhecimentos e informações tutelados não pode ser ampliado ao ponto de esvaziar qualquer aproveitamento econômico ou moral por parte dos titulares. De forma simétrica, os direitos exclusivos privados não podem ter um âmbito de proteção tão extenso que cerceiem o direito dos demais integrantes da coletividade de utilizar a informação ou o conhecimento de forma a resguardar outros valores de igual dignidade constitucional.

Duas grandes teorias devem ser mencionadas quanto ao âmbito de proteção: a teoria relativa e a teoria absoluta do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Para a teoria relativa, o núcleo essencial de um determinado direito é o resultado de um juízo de proporcionalidade sobre o mesmo. Trata-se de uma verificação *in concreto* do núcleo essencial, que se torna mais ou menos elástico levando em conta os valores e demais princípios relativos ao caso concreto.

Já para a teoria absoluta, existe um núcleo essencial intangível, insuscetível de qualquer restrição mesmo que por um juízo de proporcionalidade. Nesse sentido, a lição de Vieira de Andrade:

(...) o conteúdo essencial consistiria em um núcleo fundamental, determinável em abstrato, próprio de cada direito e que seria, por isso, intocável. Referir-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa (o coração do direito) que não poderia ser afetado sob pena de o direito deixar realmente de existir.³⁵¹

³⁵⁰ LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 164, p. 7-15. out-dez. 2004. p. 7.

³⁵¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 233.

Esse núcleo intangível estaria associado ao princípio da dignidade da pessoa humana, àquele mínimo esperado de determinado direito de modo a assegurar um exercício digno por parte do titular.

Tais teorias guardam importantes implicações para a possibilidade ou não de conflitos entre direitos fundamentais. Pela teoria relativa, é possível inferir que frente a colisões desses direitos, o núcleo essencial pode adotar uma maior ou menor extensão. Já para a teoria absoluta é impossível haver uma colisão que venha a macular o núcleo essencial. Os diversos núcleos essenciais devem existir concomitantemente, restando às colisões o espaço periférico ao núcleo.

Prosseguindo, na investigação sobre a possibilidade e as formas de colisões, convém tratar das teorias interna e externa sobre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

5.4.1.3 Teoria Interna e Teoria Externa

Ainda sobre a possibilidade ou não de colisão entre direitos fundamentais, é preciso apresentar algumas notas sobre as Teorias Interna e Externa. Tais teorias divergem quanto à forma de delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Essa questão é central para se saber o conteúdo de proteção de um determinado direito e se este é encontrado previamente a uma situação concreta ou necessita de uma interpretação por parte do jurista.

Para a teoria interna, a formatação do direito fundamental já tem restrições em seu próprio conteúdo. Nesse ponto não há que se falar em direito fundamental e eventual restrição desse direito, mas tão somente do direito fundamental com um conteúdo determinado. O que se chama de restrição é apenas um limite conceitual do direito.

Já para a teoria externa, há uma diferenciação entre o âmbito de proteção de determinado direito e as possíveis restrições. As restrições não são fenômenos imanentes à determinação dos contornos da norma como na teoria externa. Surgem da necessidade de compatibilizar os diversos direitos de diferentes indivíduos, bem como os direitos individuais frente aos bens e valores coletivos.³⁵²

³⁵² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 268.

Assim, para a teoria interna, não há que se falar de colisões entre direitos, tendo em vista que o que deve ocorrer é uma investigação sobre o correto âmbito de proteção do direito em questão. Há uma proximidade com o modelo de regras, tendo em vista que para a teoria interna se realiza um juízo de validade sobre a pertinência ou não de determinado conteúdo fático para com o âmbito normativo do direito fundamental.

É possível efetuar uma crítica no sentido de que, frente à multiplicidade de situações sociais, seria impossível determinar com precisão um âmbito de proteção único, esgotadamente delimitado, para a aplicação ao caso concreto.

É valida a preocupação da teoria interna com a eventual liberdade do intérprete para efetuar restrições e ponderações *a posteriori*, no caso concreto. Porém, essa mesma subjetividade que é criticada na restrição dos direitos fundamentais transparece na própria fixação do âmbito normativo do direito. Parece ser mais honesto e mais coerente com a idéia de máxima efetividade dos direitos fundamentais que tais normas tenham um âmbito de proteção mais amplo e que, só no caso concreto, serão acomodadas com outras normas de igual valor.

5.4.1.4 Colisões Aparentes

Mesmo adotando-se um posicionamento teórico no qual se admitam colisões, ainda existem casos em que as colisões são aparentes. Como já ressaltado, são situações onde, *prima facie*, o âmbito de proteção de dois direitos fundamentais parece colidir, porém, com a utilização de uma interpretação mais cuidadosa, a situação de conflito desaparece.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de determinado direito depende de uma interpretação sistemática abrangente de outros direitos e disposições constitucionais, sendo a definição do âmbito de proteção obtida somente em conflito com eventual restrição a esse direito.³⁵³

Assim, antes de se afirmar uma autêntica colisão de direitos fundamentais, faz-se necessário verificar o âmbito de proteção de cada direito em questão. Há casos onde o próprio texto constitucional remete à legislação o dever de moldar os contornos do âmbito de proteção.

³⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 197-322. p.212.

Destaque especial deve ser dado à noção de âmbito de proteção estritamente normativo. Elementos como vida, locomoção, expressão pré-existem a um ordenamento jurídico, porém, elementos como o direito de propriedade (propriedade intelectual), direito de herança e a garantia do tribunal do júri, derivam sua existência das normas que os configuram e instituem.

Assim, muitas situações de colisão aparente são resolvidas com a constatação de que a carta constitucional remeteu à lei o papel conformador do direito.³⁵⁴

Reitere-se, que a formatação legal em si mesma não está indene de um juízo de constitucionalidade material. De fato, a conformação legal do âmbito de proteção de direitos fundamentais deve ser informada pela carga axiológica existente no texto constitucional.

No caso da propriedade intelectual, a delimitação legal dever atender não só à função social desse tipo particular de propriedade, como dever atender à finalidade expressamente consignada no texto constitucional: o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

5.4.1.5 Colisões em Sentido Amplo

Tratando-se de colisões autênticas, identificam-se duas situações distintas. Primeiro, o exercício de um direito fundamental pode colidir com o exercício de outro direito fundamental. Nesse caso, há colisão de direitos fundamentais em sentido estrito. Segundo, o exercício de um direito fundamental pode colidir com bens, valores, preceitos e interesses constitucionalmente protegidos, caso em que há colisão de direitos fundamentais em sentido amplo.

Ganha destaque na doutrina moderna este tipo de colisão em sentido amplo, muito devido ao fato de que a garantia de eficácia dos direitos fundamentais pode exigir uma determinada política pública ou atuação do administrador.

Há uma reconstrução da idéia de interesse público para incorporar a noção de que a garantia e efetividade dos direitos fundamentais são o interesse público mais básico da comunidade. Nesse sentido, verifica-se a lição de Daniel Sarmento:

³⁵⁴ Exemplos na Constituição Federal: Art. 5º, incisos: XXVI; XXVII; XXVIII; XXXVIII; LXXVI; LXXVII.

(...) entendemos que, diante de conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, pode-se falar, na linha de Alexy, numa “precedência *prima facie*” dos primeiros. Esta precedência implica na atribuição de um peso inicial superior a estes direitos no processo ponderativo, o que significa reconhecer que há um ônus argumentativo maior para os interesses públicos possam eventualmente sobrepuja-los.³⁵⁵

As eventuais colisões entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais tendem a ser resolvidas nos moldes das colisões de princípios. Devido à estreita relação entre valores constitucionais e princípios, é possível dizer que para cada valor previsto na constituição existe, ainda que num plano genérico, um princípio de observância e concreção, sob pena de se estar violando a efetividade constitucional. Assim, o conflito entre um direito fundamental e um valor constitucional é como uma colisão entre a natureza principiológica do primeiro e o princípio de efetivação do valor em questão.

Serão abordadas no item final deste capítulo as diversas interações da propriedade intelectual com outros valores e interesses públicos de índole constitucional.

5.4.1.5 Colisões em Sentido Estrito

Colisões em sentido estrito operam-se quando o âmbito de proteção de um direito fundamental entra em conflito com o âmbito de proteção de outro relacionado à situação fática.

Canotilho difere a relação entre a concorrência e colisão de direitos. A primeira ocorre quando o comportamento de um indivíduo ou a situação concreta preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. Já a colisão se opera quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.³⁵⁶

É possível identificar ainda colisões em sentido estrito entre direitos fundamentais distintos ou iguais. Os conflitos entre direitos idênticos podem apresentar-se de quatro formas: i) colisões entre dois direitos fundamentais na dimensão liberal defensiva – que ocorre, por exemplo, quando dois grupos que defendem idéias antagônicas pretendem realizar uma manifestação no mesmo local; ii) colisão entre um direito fundamental em sua vertente

³⁵⁵ SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel. (orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudo em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 267-324. p. 306-307.

³⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 643.

defensiva, de uma parte, e na dimensão de proteção, de outra parte – como, por exemplo, na hipótese de desferirem-se tiros contra um seqüestrador, para salvar a vida de um refém; iii) colisão da dimensão negativa de um direito, com a dimensão positiva desse mesmo direito – um exemplo desse tipo de colisão é a discussão sobre se o Estado pode ou não colocar crucifixos em salas de aula de escolas públicas; nesse caso, há um conflito entre o aspecto negativo da liberdade religiosa dos que não são cristãos, com o direito dos adeptos do cristianismo a manifestar sua fé no âmbito das instituições estatais; e iv) colisão entre a dimensão formal e material de um mesmo direito – que, ocorre, especificamente, em relação ao princípio da igualdade.³⁵⁷

No tocante à propriedade intelectual, uma possível colisão em sentido estrito seria entre o direito individual de apropriar-se do valor de suas criações intelectuais e o direito difuso da coletividade de ter acesso ao bem intelectual.

Em realidade, não se trata de uma colisão estrita, pois o direito individual de proteção insere-se no contexto do direito difuso da sociedade à um sistema de propriedade intelectual equilibrado, ou seja, onde o interesse individual é uma dimensão do direito inerente à coletividade.

Identificadas essas formas e possibilidades de colisões entre direitos fundamentais, passa-se a fazer a análise dos variados critérios apontados na doutrina como formas de resolução dessas colisões.

5.4.1.7 Critérios de Solução

Apesar da menção recorrente na doutrina de termos como ponderação, balanceamento e proporcionalidade, cada um destes tem seu conteúdo influenciado pela filiação doutrinária de cada autor.

Clémerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire adotam como método de resolução das colisões o método hermenêutico constitucional concretista aliado ao princípio da proporcionalidade e ao método da ponderação de bens.³⁵⁸

³⁵⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.230.

³⁵⁸ CLÈVE, C. M.; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas Notas sobre a Colisão de Direitos Fundamentais. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 20-42, 2002. p. 32.

Por sua vez, Jane Reis Pereira indica que para a solução das colisões, existem os critérios interpretativos que se subdividem em categorização, hierarquização e ponderação.³⁵⁹ Em linhas gerais, o primeiro critério se relaciona com a progressiva fixação mais precisa do âmbito de proteção de um determinado direito até estar superado o conflito. O segundo se reporta a uma hierarquização prévia e em abstrato de bens tutelados constitucionalmente. Quanto à ponderação adverte para o fato de que *ponderar razões* é uma expressão que pode ser identificada com interpretação de forma geral, já a *ponderação de interesses e bens* é uma técnica interpretativa com peculiaridades próprias.

Esses diversos métodos têm uma preocupação em comum: reduzir a subjetividade e o arbítrio do julgador frente a uma situação não prevista.

Verifica-se, entretanto, que por mais desenvolvidas as teorias sobre a ponderação ou outro método, somente o caso concreto irá fornecer os contornos necessários para uma decisão justa ou, pelo menos, razoável e justificável. Nesse sentido, consigna-se a lição do professor Géron Marques:

Tanto a doutrina norte-americana quanto a alemã, seguidas pela espanhola e de outros países, tentam elaborar fórmulas mais ou menos mágicas para explicar e superar os conflitos normativos e as tensões constitucionais. Daí o *balancing*, o princípio da proporcionalidade (na adequação dos meios aos fins, na limitação dos excessos e na verificação da necessidade dos meios utilizados para se atingir os fins desejados pela norma ou pela autoridade) e o teste de razoabilidade.

[...]

Desta sorte, constata-se que a abstratividade na norma constitucional não permite, em face do estádio científico atual, um esquema rígido de técnicas, métodos ou critérios para solucionar todos os problemas. Só o caso concreto indicará qual o método mais adequado para superar o impasse. (...) Os vários métodos e as diversas fórmulas hermenêuticas complementam-se e se interligam.³⁶⁰

Dentro dessa perspectiva, há a necessidade de se ter em mente que os diversos métodos são instrumentos que podem ser utilizados pelo interprete para se chegar a uma solução o mais razoável possível que possa ser justificável e legítima perante o resto da coletividade.

Apesar de existirem diversos critérios, para os fins desse estudo convêm tecer maiores considerações sobre a técnica da ponderação e sobre o princípio da proporcionalidade.

³⁵⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.* p. 224 *et seq.*

³⁶⁰ LIMA, Francisco Géron Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 22.

5.4.1.8 Ponderação

A ponderação foi o método desenvolvido pela jurisprudência dos valores, a partir dos julgados proferidos pela Corte Constitucional da Alemanha, como uma reação daqueles autores que se filiavam à jurisprudência dos interesses, como Philip Heck.

Ana Carolina Olsen, citando Karl Larenz, indica que “*a ponderação de bens em cada caso é um método de complementação do direito, que visa a solucionar as colisões de normas*”.³⁶¹ Por sua vez, Ana Maria D’ Ávila Lopes indica que a ponderação pode se desenvolver a partir de dois sistemas: ponderação em abstrato e ponderação em concreto. No primeiro, a ponderação se dá de forma abstrata e ficta perante bens de mesma hierarquia constitucional, para a escolha da precedência correta. No segundo caso, a ponderação concreta se relaciona com a impossibilidade de uma identificação abstrata do bem constitucional a ser tutelado, sendo necessário encontrar a solução através do princípio da proporcionalidade.³⁶²

Sobre a ponderação é possível vislumbrar ainda sua relação com o método hermenêutico concretizador³⁶³ proposto por Konrad Hesse. Assim esclarece Daniel Sarmento:

(...) o método da ponderação de bens tem em comum com a hermenêutica concretizadora o fato de se alicerçarem ambos sobre os mesmos pilares: a preocupação especial com o caso concreto (problema), sem descuido das dimensões normativas da Constituição. Ambos partem das normas constitucionais postas, mas só se aperfeiçoam em vista do problema concreto sobre o qual são chamados a atuar.³⁶⁴

Dessa vinculação é possível indicar de uma forma geral que a ponderação se opera em três momentos. Inicialmente, o aplicador identifica as normas de direitos

³⁶¹ LARENZ, Karl. *Apud*. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. p. 78.

³⁶² LOPES, Ana Maria D’Ávila. Os limites ao poder de legislar em matéria de direitos fundamentais. **Nomos - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 22, n. jan/dez, p. 55-70, 2003. p. 63-64.

³⁶³ Sobre o método hermenêutico concretizador, convém destacar que: “Konrad Hesse incorpora a concepção de F. Müller da norma constitucional na que se integram por igual, em uma relação de mútua influência, o programa normativo (o mandato contido basicamente no texto da norma) e o âmbito normativo (setor concreto da realidade presente na norma, sobre o qual o programa normativo pretende incidir). Tanto o programa normativo como o âmbito normativo deve ser submetido a um esforço de concretização: as regras tradicionais de interpretação encontraram sua função na interpretação do programa normativo; normalmente, ainda que não se exclua o contrário, a concretização do texto deverá ser completada pela do âmbito normativo”. (GUERRA, Sidney.; EMERIQUE, Lília M. B.. Hermenêutica dos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, n. 7, p. 295-331.dez/2005, p. 314.)

³⁶⁴ SARMENTO, Daniel. *apud*. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. p. 68.

fundamentais em conflito. Num segundo momento, investiga a situação fática e sua possível implicação sobre as próprias normas. Por fim, na decisão, deve ocorrer uma avaliação conjunta das normas e dos fatos, atribuindo-se pesos e valores adequados aos elementos conflitantes. Através do sopesamento, verificam-se quais os direitos ou bens de maior intensidade que devem prevalecer.³⁶⁵

5.4.1.9 Proporcionalidade

A proporcionalidade, vislumbrada por Humberto Ávila como um postulado normativo específico³⁶⁶ que informa a aplicação das normas jurídicas, guarda estreita relação com a ponderação. Enquanto o foco da última reside nos bens, valores e interesses, ou seja, em objetos determinados, a proporcionalidade volta sua atenção para os meios, adotando uma perspectiva mais instrumental, viabilizando e legitimando as formas de se efetuar a resolução de um determinado conflito.

Assim, a proporcionalidade se relaciona com a idoneidade da medida adotada; com o grau de intervenção necessário para restringir um direito ou outro e com uma aplicação racionalmente justificável dos meios necessário para resolver o conflito de normas. Dessas necessidades despontam assim os três sub-princípios da proporcionalidade: adequação; necessidade e proporcionalidade estrita.³⁶⁷

A adequação se relaciona com a aptidão da medida aplicada para atingir os fins para os quais foi utilizada. A necessidade comanda ao aplicador a procura dos meios menos gravosos aos direitos fundamentais dos envolvidos. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, corresponde ao sopesamento propriamente dito. O peso de um princípio deve refletir o grau de afetação do outro contraposto.

Saliente-se que o professor Willis Santiago Guerra aponta que a proporcionalidade em sentido estrito ainda guarda um papel importante na salvaguarda do

³⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto.; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176. 2003. p. 18.

³⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 148 *et seq.*

³⁶⁷ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os limites ao poder de legislar em matéria de direitos fundamentais. **Nomos - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 22, n. jan/dez, p. 55-70, 2003. p. 67-68.

conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sendo desproporcional uma violação desse núcleo mínimo que está indissociavelmente ligado à dignidade da pessoa humana.³⁶⁸

Assim, a proporcionalidade é um instrumento relacionado aos meios que funciona como fonte de legitimidade e rationalidade para o critério da ponderação.

5.4.1.10 Colisões dos direitos de propriedade intelectual com outros direitos fundamentais

O ponto chave para a possibilidade ou não da ocorrência de colisões entre direitos fundamentais é a concepção que se adota da natureza de tais direitos e da forma como as diversas restrições operam no delineamento do correto âmbito de proteção de cada direito fundamental.

Firma-se entendimento pela natureza principiológica dos direitos fundamentais. Ainda em consonância com a idéia de máxima efetividade e abrangência dos direitos fundamentais, tem-se que a teoria externa parece mais acertada.

Dessa forma, é possível uma vasta gama de colisões, seja em sentido amplo ou em sentido estrito. Para a resolução das mesmas, a doutrina apresenta diversos critérios, porém, todos vão ter a marca da subjetividade do julgador em maior ou menor grau.

O critério da ponderação em concreto, mediante um juízo de proporcionalidade quanto aos meios parece ser o critério capaz de orientar uma tomada de decisão rationalmente justificável dentro da ordem constitucional e legítima perante os valores sociais fundamentais.

Assumindo-se o caráter de fundamentalidade dos direitos de propriedade intelectual conforme os argumentos do item anterior, verifica-se a possibilidade de ocorrem colisões com outros princípios e valores constitucionais, que devem ser resolvidas mediante a utilização de critérios de ponderação.

Como os direitos de propriedade intelectual no ordenamento constitucional pátrio dependem de lei para a sua regulamentação, logo, devem-se procurar, dentro da legislação infraconstitucional, os mecanismos que salvaguardam e permitem a acomodação dos interesses em conflito.

³⁶⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 68.

Da mesma forma que o direito de propriedade encontra sua harmonização com os demais valores do ordenamento jurídico através de sua função social, a propriedade intelectual também possui mecanismos para o resguardo dos interesses sociais.

5.4.2 Função Social da Propriedade Intelectual e seus mecanismos de efetivação

Tal qual a propriedade em geral, a propriedade intelectual possui mecanismos legislativos que, se utilizados corretamente, permitem a efetivação da função social constitucionalmente prevista.

Mediante a justificação de um juízo de proporcionalidade no caso concreto, que pondere os valores envolvidos, tais mecanismos são formas legalmente exigíveis para a correção de eventuais desequilíbrios na seara da propriedade intelectual.

5.4.2.1 Função Social no Direito de Propriedade Industrial

A função social dos direitos de propriedade industrial já se apresenta antes mesmo do surgimento do objeto de proteção, devendo ser o sistema de direitos exclusivos um incentivo eficiente para a produção de novos conhecimentos e tecnologias úteis ao desenvolvimento nacional.

A função social também se manifesta com os requisitos previstos para a própria concessão da proteção. Quando da necessária publicação do relatório do pedido de patente, este deverá atender ao critério da suficiência descritiva, ou seja, prover o público com informações suficientes para que um técnico no assunto possa repetir o invento ou compreender a tecnologia (art. 24 da Lei de Propriedade Industrial³⁶⁹).

No momento posterior, já quando da existência de direitos de propriedade industrial, a função social pode ser vislumbrada nos institutos de licenciamentos compulsórios.

Da mesma forma que a função social da propriedade em geral determina uma limitação dos poderes do proprietário em determinados contextos, podem ser outorgadas

³⁶⁹ Lei nº 9.279/96: “Art. 24. O relatório deverá descrever clara e suficientemente o objeto, de modo a possibilitar sua realização por técnico no assunto e indicar, quando for o caso, a melhor forma de execução”.

licenças para exploração do objeto de patentes independentemente da vontade do titular, seja para corrigir abusos de direitos patentários, seja para atender a interesse público relevante.

Por licença, deve-se entender “(...) *precisamente uma autorização, dada por quem tem o direito sobre a patente, para que uma pessoa faça uso do objeto do privilégio*”.³⁷⁰

Trata-se de uma prerrogativa do titular, no livre exercício de sua autonomia da vontade, podendo ser celebrada a título oneroso, gratuito, sob condição ou dentre outras formas permitidas em direito. Deve contudo, ser averbada perante o INPI para que possa surtir efeito perante terceiros.

O licenciamento compulsório, por sua vez, reflete uma ingerência do poder público sobre o direito de propriedade estabelecido pela patente, onde se concede uma licença para que terceiros possam explorar o objeto de proteção mediante remuneração ao titular, nos termos legais.

Tal instituto nada mais é do que um mecanismo legal que garante a possibilidade de acesso a uma determinada tecnologia ou conhecimento com aplicações industriais independentemente da autorização do titular. Trata-se de uma limitação que funciona como elemento de controle de eventuais abusividades realizadas pelo detentor da patente.

Marcelo Augusto Sculeder oferece uma síntese da evolução histórica do instituto do licenciamento compulsório:

Historicamente, a licença compulsória surgiu pelo fato de a maioria das legislações sobre propriedade industrial exigir que o titular explore o objeto patenteado, sob pena da extinção do direito. Dentro de uma grande variedade de prazos e sistemas mundiais, visando melhor proteger os direitos do inventor e uniformizar os países membros, a Convenção de Paris, em sua Revisão de Washington (1911), estabeleceu que a extinção da patente somente poderia ser decretada após três anos, por falta de exploração sem justa causa.

No entanto, os termos adotados pela Convenção ainda eram vagos e, por esse motivo, na revisão seguinte, em Haia (1925), foi feita a previsão de que cada um dos países contratantes teria a faculdade de adotar medidas legislativas necessárias à prevenção de abusos que puderem resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente, como, por exemplo, a falta de uso efetivo. No mesmo dispositivo, a Convenção delimitou que essas medidas não poderão prever a caducidade da patente, isto é, a extinção da patente por falta de exploração, a não ser que a concessão de uma licença obrigatória não seja suficiente para prevenir os referidos abusos. Portanto, originalmente, a licença compulsória foi instituída como uma salvaguarda para o inventor, tornando-se uma alternativa prévia e obrigatória, antes de impor a extinção da proteção.³⁷¹

³⁷⁰ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. vol. 1. p. 1041.

³⁷¹ SCUDELER, Marcelo Augusto. **Patentes e sua Função Social**. Dissertação de Mestrado. Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba. 2007. p. 165.

A exigência de efetiva exploração da patente, cumulada com a possibilidade de licenciamento compulsório em situações de abuso, reflete a preocupação legislativa de adequar a propriedade industrial a sua função social.³⁷²

As licenças compulsórias estão previstas na Lei de Propriedade Industrial nos artigos 68 a 74. Envolve, basicamente, situações onde o titular da patente está a exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva ou, por meio deles, a praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei por decisão administrativa ou judicial.

Ocorre abuso quando o ato praticado objetiva domínio de mercado, eliminação de concorrência e aumento arbitrário de lucro, ou seja, nas mesmas situações previstas na legislação sobre concorrência e no texto constitucional (art. 173, § 4º), como de necessária intervenção do poder estatal para repressão e correção da distorção no mercado.

As licenças compulsórias ainda podem ser concedidas quando o titular da patente não estiver explorando as obrigações dela decorrentes; se a exploração não atender às necessidades do mercado ou houver ausência de exploração. Concedida a primeira licença compulsória, o licenciado tem um ano para iniciar a exploração econômica da invenção ou modelo.

Outro exemplo de efetivação da função social é a concessão de licenciamento por dependência, ou seja, nos casos onde um produto protegido por uma patente necessita da permissão de outro detentor de uma patente mais básica para ser produzido. Nesse caso, evita-se que o titular da patente anterior possa impedir a criação e comercialização de um novo produto, o que iria contra a própria intenção da lei patentária.

O instituto da caducidade também é outro instrumento que pode ser utilizado para a efetivação da função social. Previsto no art. 80 da Lei de Propriedade, pode ser decretado a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse ou de ofício pelo INPI.

Trata-se de um último recurso para garantir que este tipo de propriedade atenda sua função social, seja através da efetiva exploração do objeto, seja da extinção da patente e consequente “queda” do objeto em domínio público, nos termos do parágrafo único do art. 78. Uma vez no domínio público, o conhecimento ou tecnologia poderá ser explorado por qualquer interessado, independentemente de autorização ou pagamento de *royalties*.

³⁷² CRUZ, Adriana Alves dos Santos. A Licença Compulsória como Instrumento de Adequação da Patente a sua Função Social. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro. n 80. p. 45-55. jan/fev 2006. p. 51.

Com efeito, a função social da propriedade industrial é exercida quando o objeto da propriedade reverte ao interesse social, seja na criação de um novo invento ou elaboração de nova tecnologia estimulada pelo sistema de propriedade intelectual, seja no momento do pedido de proteção, com a divulgação do conhecimento, seja durante o período de efetiva exploração, através de licenciamentos compulsórios ou, em último caso, da própria extinção da patente, remetendo-se aquele conhecimento ou tecnologia à coletividade.

Essa idéia de que a função social da propriedade intelectual pode ser efetivada com uma maior limitação dos direitos exclusivos serviu de fundamento para o Projeto de Lei 6199/2005³⁷³, de autoria do deputado Nazareno Fonteles, que prevê a alteração do artigo 40, *caput* e parágrafo único da Lei nº 9.279/96, reduzindo o prazo de vigência da patente de invenção para 10 (dez) anos e a de modelo de utilidade para 7 (sete) anos.

Na exposição de motivos do projeto, o deputado esclarece que o objetivo não é desamparar criadores ou cortar estímulos à inovação, mas atingir um maior equilíbrio no sistema que permita a maior socialização e difusão do conhecimento. O texto do projeto assim consigna:

Não obstante ser inquestionável a importância deste período de reserva de direitos, uma vez que a criação de bens de utilização industrial demanda, via de regra, custos altos com a pesquisa, entendemos ser o prazo atualmente previsto na Lei de Propriedade Industrial, ofensivo à coletividade e à própria função social da propriedade estabelecida na Constituição Federal e aplicável a todas as relações sociais, mesmo de natureza privada.

Buscamos com a presente proposição, a partir da redução do prazo de vigência das patentes, promover uma inovação mais rápida, e continuada, da técnica e de seus produtos utilitários, bem como ampliar o acesso dos mesmos pela sociedade. Em consequência disso atingiremos um estágio de maior socialização e compartilhamento do conhecimento, das técnicas e das produções intelectuais de aplicação industrial, servindo, essa diminuição de prazo, ainda como instrumento para impulsionar e incrementar o desenvolvimento de várias áreas de produção industrial no nosso país.

[...]

Não pretendemos, pois, que a presente proposição inviabilize a pesquisa ou a torne desinteressante. Objetivamos sim, baratear o custo e aumentar a disseminação das criações de aplicação industrial, com o acesso às informações e aos processos técnicos consolidados, sem deixar desamparados os titulares das criações. É um reforço à inclusão social da ciência e tecnologia. (grifado e negritado)

Prossegue citando como exemplo o modelo do *software* livre que, mesmo em oposição ao modelo proprietário, mostra-se, em nível global, uma alternativa viável, mais barata e que estimula o desenvolvimento local.

³⁷³ Projeto de lei disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>.

Identifica ainda que os próprios países desenvolvidos, responsáveis pela elaboração do sistema internacional consubstanciado no acordo TRIP's já negaram em suas histórias as proteções que hoje advogam como direitos naturais para fomentar suas indústrias nacionais.

Tal projeto recebeu pareceres negativos dos deputados Nelson Marquezelli e Lúcio Vale, ambos da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio. Os pareceres advogam a necessidade de uma proteção ainda maior dos direitos de propriedade intelectual para assegurar um maior fluxo de investimentos privados no desenvolvimento tecnológico.

Citam como ilustração, os custos da indústria farmacêutica com a criação de novos produtos. Contudo, não fazem qualquer referência à indústria farmacêutica nacional ou justificam que o atual sistema é o mais adequado em face do interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Os pareceres terminam indicando que os padrões de proteção assumidos com o Acordo TRIP's seriam uma razão adicional para a inviabilidade do projeto.

A Constituição Brasileira remete à lei ordinária a definição da forma de proteção aos direitos de propriedade intelectual. Logo, é através da atividade legislativa parlamentar que se escolherá a melhor forma de efetivar o valor constitucional do desenvolvimento. Contudo, a divergência de posicionamentos entre os deputados demonstra que o mesmo argumento, a necessidade de promover a inovação e o desenvolvimento tecnológico, pode ser reformulado para atender duas posições contrapostas.

O projeto reflete uma lista de argumentos constitucionalmente relevantes: função social da propriedade intelectual, socialização e compartilhamento do conhecimento e inclusão social através do conhecimento e da tecnologia. Busca um novo equilíbrio exatamente para a promoção da inovação.

Os pareceres negativos, por sua vez, refletem preocupações mais econômicas e um maior compromisso com os interesses privados como postura mais adequada para a promoção do desenvolvimento tecnológico.

A questão é mais complexa do que se pode vislumbrar nessas duas posições. Como verificado no terceiro capítulo, uma análise econômica da propriedade intelectual se torna interessante para iluminar os pontos nodais da discussão. Nem o projeto de lei, nem os pareceres referenciam qualquer estudo econômico que consubstancie o melhor equilíbrio.

É preciso ir além de simplesmente estabelecer qual o período adequado de proteção. Observe-se que a opção legislativa brasileira estabelece um prazo de proteção de forma indiscriminada para todos os segmentos industriais.

Algumas perguntas, portanto, são pertinentes: Será que todos os segmentos industriais têm os mesmos ciclos tecnológicos ou demandam o mesmo tempo para a obtenção de retorno dos investimentos? Os incentivos necessários para garantir a produção de novos bens intelectuais são os mesmos em cada segmento industrial?

Com efeito, são verdadeiros pressupostos para a efetivação da função social da propriedade intelectual a resolução de questionamentos complexos que extrapolam a ciência jurídica para demandar uma resposta político-econômica: 1) O tempo de proteção legalmente fixado permite que os inventores – ou as empresas – recuperem os investimentos realizados para a obtenção de um conhecimento ou tecnologia? 2) A redução desse prazo reduziria o volume de investimentos com inovação de forma significativa? 3) A inovação que se origina da utilização de conhecimentos caídos em domínio público representaria um ganho maior do que o volume de investimentos privados?

Além disso, o foco dos debates restringe-se às exclusividades legalmente criadas, sem, contudo, abordar outras responsabilidades estatais. Será que o desequilíbrio identificado pelo Deputado Nazareno Fonteles poderia ser corrigido com políticas públicas? Por exemplo, o desenvolvimento de tecnologias por universidades públicas destinadas diretamente ao domínio público?

É proposta deste trabalho que a função social da propriedade industrial somente será adequadamente realizada se decorrer da convergência de um conjunto de elementos: mecanismos legais como as licenças compulsórias; limites temporais adequados de proteção; políticas públicas que permitam o desenvolvimento e difusão de conhecimentos e tecnologias; dentre outros.

Essas diversas questões necessitam não só de um posicionamento legislativo, mas de um debate envolvendo todos os diversos *stakeholders*: sociedade civil, pesquisadores, universidades e centros de pesquisa, empresas nacionais dependentes de tecnologia, representantes das indústrias, investidores estrangeiros, multinacionais, governos, dentre outros.

Da mesma forma que no direito de propriedade industrial, o equilíbrio entre o direito individual e os direitos da coletividade também é o elemento que caracteriza a função social no direito autoral.

5.4.2.2 Função Social no Direito Autoral/*Copyright*

O direito autoral, enquanto direito de propriedade imaterial, também deve atender a sua função social. De um ponto de vista prático, os direitos autoriais conferem ao titular o controle sobre o trabalho intelectual. Esse controle, por sua vez, permite a utilização exclusiva e com ela a possibilidade de cobrar pelo acesso.

O direito autoral é particularmente incidente sobre obras necessárias à vitalidade da cultura da sociedade, especialmente no tocante à difusão de educação, cultura e lazer. O direito autoral está, portanto, no centro de discussões que envolvem acesso a livros, educação, artes, cultura e conhecimento em geral.

Da mesma forma que os mecanismos de efetivação da função social no direito de propriedade industrial envolvem uma limitação do controle do titular em prol do interesse coletivo, o mesmo ocorre no direito autoral.

Em relação aos usos das obras e conteúdos intelectuais, é possível indicar três zonas distintas: uma zona onde os usos são do domínio do titular de direitos autoriais, outra zona onde os usos são legalmente permitidos, apesar da obra ainda residir na propriedade do titular, e uma terceira zona onde os usos são livres, pois o trabalho encontra-se no domínio público.

Lawrence Lessig analisa a existência dessas zonas de usos para indicar que, na atualidade, se faz necessário repensar a extensão e os limites do *copyright*, especialmente frente às novas tecnologias digitais e a internet.³⁷⁴

O autor destaca a existência de usos regulados pelos direitos de *copyright* como sendo aquelas utilizações afeitas à dominialidade do titular. Nesta zona situam-se claramente as utilizações econômicas de um trabalho intelectual, por exemplo, reproduzir comercialmente um livro.

³⁷⁴ LESSIG, Lawrence. **Free Culture – The Nature and Future of Creativity**. New York: Penguin Books, 2005. p. 140.

Existem outros usos que seriam regulados, mas a própria lei retira do titular a possibilidade de objetar a utilização. Para o direito americano essas limitações encontram-se na doutrina do *fair use*, usos protegidos pela legislação por resguardarem interesses ou valores socialmente relevantes. Como exemplo, o direito de citação e utilizações para fins acadêmicos e culturais de parte das obras intelectuais.

Porém, na visão do autor, são os usos não regulados – *unregulated uses* – onde se encontra o maior valor social dos direitos de *copyright*. Seriam aqueles usos que estão fora do disciplinamento legal e, portanto, convidam a comunidade a utilizar livremente os conteúdos e sentidos culturais daqueles bens imateriais, produzindo e difundindo cultura. Essa zona não regulada evoca a figura do domínio público.

Transpondo-se essa análise para o cenário legal brasileiro, é possível inferir que a função social do direito de autor relaciona-se diretamente com as próprias limitações ao direito autoral e com a existência do domínio público. Nas palavras de José de Oliveira Ascensão: “*Sempre houve a consciência dos limites no âmbito do Direito Autoral. O limite é constitutivo do direito autoral.*”³⁷⁵

Essa idéia de que as limitações ao direito autoral são parte de seu núcleo constitutivo possui implicações práticas muito relevantes, especialmente em relação à interpretação jurídica que lhes deve ser atribuída.

Com efeito, se as restrições previstas no art. 46 da Lei de Direitos Autorais forem tão somente exceções ao direito geral de proteção autoral sua interpretação será restritiva. Nesse sentido, cita-se o posicionamento de autores como Carlos Alberto Bittar, Plínio Cabral e Eliane Abrão.³⁷⁶

Contudo, se estas restrições são partes integrantes do direito autoral, enquanto direito voltado para os interesses coletivos de difusão da cultura, não se tratam verdadeiramente de exceções a uma regra geral, mas da conciliação de valores e interesses formadores do próprio direito.

³⁷⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. A Função Social do Direito de Autor e as Limitações Legais. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 85-111. p. 91.

³⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 62; CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais: comentários**. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003. p. 70; ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora Brasil, 2002. p. 146.

Denis Borges Barbosa indica que numa filtragem constitucional, não se deve adotar de forma pré-determinada uma lógica *pro autorem*, pois o direito autoral é um balanceamento de interesses constitucionalmente protegidos. Nas palavras do autor:

As limitações legais em matéria de propriedade intelectual – patentes, registro de cultivares, direitos autorais, etc. - **representam uma conciliação entre interesses constitucionais fundamentais**. De um lado, a esfera moral e patrimonial da criação humana, protegida pelo texto básico; de outros, interesses tais como a tutela à educação, o direito de citação, o direito à informação, o cultivo das artes no ambiente doméstico, etc.

Argumentar-se-ia, talvez, que tais limitações seriam tomadas sempre como exceções, a serem restritamente interpretadas. Mas exceções não são, e sim confrontos entre interesses de fundo constitucional. Como já tive também a oportunidade de considerar, citando Canotilho: “*As idéias de ponderação (Abwägung) ou de balanceamento (balancing) surge em todo o lado onde haja necessidade de “encontrar o Direito” para resolver “casos de tensão” (Ossenbühl) entre bens juridicamente protegidos. (...)*

Assim, não é interpretação restrita, mas equilíbrio, balanceamento e racionalidade que se impõe.

Outra ponderação que se poderia fazer é que a interpretação se faria sempre em favor do autor. Assim, sempre se restringiriam as limitações ao direito autoral do art. 46 à sua expressão mais augusta. Porem não se argua, de outro lado, o intuito protetor da lei autoral, que faz interpretar em favor do autor as disposições negociais. No caso, não estamos interpretando negócios jurídicos, mas texto legal, e **existem dois objetos de tutela igualmente dignos de proteção – a criatividade e a fruição pública da arte**. Assim, a racionalidade e a funcionalidade são os critérios heurísticos relevantes, não o viés *pro autorem*, que se aplica no contexto privado.³⁷⁷

(grifado e negritado)

Também rejeitando a idéia de interpretação restritiva, José de Oliveira Ascensão ressalta que: “*Não se esqueça que a própria regra do Direito Autoral é (formalmente) exceção em relação a outras regras mais altas, nomeadamente a da liberdade de expressão*”.³⁷⁸

A posição de Ascensão oferece uma solução interpretativa simples e sofisticada. Ao vislumbrar o direito autoral como uma exceção a uma regra geral de liberdade de expressão, as “exceções” ao direito autoral, então, demandariam uma interpretação ampliativa, sob pena de descharacterizar o próprio direito autoral.

No mesmo sentido, Allan Rocha de Souza indica que:

³⁷⁷ BARBOSA, Denis Borges. **Direito Autoral – Apresentações Gratuitas.** Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/88.DOC>>. Acesso em: 08/08/08.

³⁷⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. A Função Social do Direito de Autor e as Limitações Legais. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 85-111. p. 91.

(...) a perspectiva hermenêutica sobre estes limites deve ser uma que permita a incorporação de isenções outras que as especificadas em lei especial, em razão das efervescentes e crescentes demandas por suprimento das necessidades educacionais e culturais contemporâneas nacionais, constitucionalmente previstas e protegidas e não comportadas na legislação ordinária atual. Deste modo, a interpretação mais adequada e a única juridicamente sustentável parece ser a extensiva quanto aos limites de proteção (...) ³⁷⁹

Dessa premissa, verifica-se que a função social dos direitos autorais é encontrada no equilíbrio entre os interesses públicos e privados relativos à utilização das obras artísticas e intelectuais.

Guilherme Carboni, por sua vez, destaca a necessidade de instrumentalização da função social mediante a utilização das limitações ao direito de autor:

Somente através da introdução de princípios destinados a resguardar a função do direito de autor como instrumento de interesse público, voltado ao progresso cultural e tecnológico, na extensão permitida pelos tratados internacionais, é que poderemos ter um balanceamento mais claro dos interesses conflitantes individuais e coletivos inerentes ao direito de autor. ³⁸⁰

Os princípios referidos por Carboni são as possibilidades de restrições de direitos de propriedade intelectual que os tratados internacionais permitem às legislações internas, especialmente para assegurar um mínimo de acesso à cultura por parte das comunidades nacionais.

O principal permissivo internacional que autoriza as legislações nacionais a adotarem medidas restritivas aos direitos autorais é a chamada regra dos “três passos”, que se faz presente na Convenção de Berna (art. 9/2); no Acordo TRIP’s (art. 13); no Tratado da OMPI sobre 1996 sobre Direitos de Autor (art. 10) e no Tratado sobre Exceções e Fonogramas (art. 16). ³⁸¹

A regra dos “três passos” é ainda um indicativo da unidade da propriedade intelectual, pois também serve como base para as exceções aos direitos de propriedade industrial (art. 30 do Acordo TRIP’s).

³⁷⁹ SOUZA, Allan Rocha. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 275.

³⁸⁰ CARBONI, Guilherme C. Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, Direito de Livre Acesso à Informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro. nº 85. Nov/Dez 2006. p. 38-53. p. 53.

³⁸¹ GERVAIS, Daniel. Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: O “Teste dos Três Passos” Reversos. In: RODRIGUES JR, Edson Beas; POLIDO, Fabrício (Orgs.). **Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 201-232. p. 208.

Quanto ao seu conteúdo, relaciona-se com o direito de reprodução e permite que os trabalhos intelectuais sejam reproduzidos independentemente da autorização do titular mediante a cumulação de três requisitos: 1) em situações especiais; 2) que não conflitem com a exploração comercial normal da obra; e 3) que não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor.

A regra apresenta uma textura aberta, ou seja, permite uma maior flexibilidade na construção de situações em que uma determinada utilização do bem intelectual não seja tomada como em desacordo com a ordem jurídica. Trata-se, ainda, de uma forma mais adequada de permitir a ponderação entre os valores envolvidos.

A expressão “situações especiais”, que representa o primeiro passo “*(...) significa que a limitação ao direito deve ter um propósito específico e ser justificada por decisões governamentais*”.³⁸²

Com efeito, a limitação deve ter uma conotação teleológica, ou seja, a utilização independente de autorização deve ser o meio para atender a um interesse legítimo. Além disso, deve ser fundamentada numa manifestação governamental. Impõe-se, portanto um ônus argumentativo ao governo, devendo a restrição ou limitação inserir-se numa política de gestão adequada de direitos autorais. Não pode decorrer de um mero arbítrio governamental, sob pena de se estar restringindo desnecessariamente o direito autoral no seu viés de proteção ao indivíduo.

Ainda compatibilizando o interesse individual com o coletivo, a regra aponta para limitações que não prejudiquem a comercialização normal da obra. O caráter vago do que seria a “utilização normal da obra” permite significativo grau de subjetividade em sua definição, o que permite uma maior compatibilização entre interesses individuais e sociais.

A definição do que é a exploração normal da obra torna-se ainda extremamente problemática num ambiente de mercado onde as novas tecnologias estão a permitir o surgimento de novos modelos de negócio que antes poderiam ser considerados meios não comercialmente exploráveis.

Por fim, o terceiro passo é o mais relevante para a idéia de que compatibilização entre o direito de autor e os direitos sociais de acesso à informação e a cultura. A interpretação desse passo indica o reconhecimento internacional de que são possíveis prejuízos aos interesses legítimos ao titular de direitos autorais desde justificados.

³⁸² GERVAIS, Daniel. *Op. cit.* p. 209.

Além disso, a idéia de “interesses legítimos” levanta algumas questões relevantes na definição do escopo e duração dos direitos autorais: É interesse legítimo a pretensão de um controle absoluto do autor sobre a obra intelectual? É legítimo que ele controle o significado que a sociedade constrói colaborativamente sobre os trabalhos artísticos?

Não obstante tais questionamentos dependerem de um amplo debate social, são indicativos de que os direitos autorais, da mesma forma que os direitos de propriedade industrial, somente servem a sua função social caso atinjam um equilíbrio entre dois “interesses legítimos”: o controle e o acesso.

O controle da obra por parte do titular na medida necessária a lhe permitir apropriar-se do valor inerente de modo a garantir sua subsistência e a incentivá-lo à produção de novos trabalhos.

O acesso é a forma de permitir a evolução cultural da sociedade com o surgimento de novos autores que utilizarão como matéria-prima os trabalhos e significados previamente criados que compõe o horizonte cultural comum – o domínio público.

Da mesma forma que o debate sobre a efetivação da função social da propriedade industrial demanda uma discussão mais complexa e envolve mais do que o escopo e a duração da proteção, o direito autoral demanda o mesmo raciocínio.

A *Consumers International*, entidade internacional voltada para a proteção dos direitos dos consumidores, elaborou um estudo envolvendo 11 (onze) países asiáticos, sobre os efeitos da legislação de proteção autoral no acesso ao conhecimento.³⁸³

O trabalho apresenta diversas recomendações para permitir que os países estudados possam, de forma mais adequada, difundir o conhecimento, melhorar seus indicadores internacionais de educação e promover o desenvolvimento social. Algumas delas merecem destaque.

Similarmente à propriedade industrial, recomenda-se permitir a importação paralela e o uso de licenças compulsórias. A primeira significa permitir a importação de obras de países onde as mesmas são disponibilizadas por preços menores. A segunda indica a autorização compulsória para tradução, reprodução e publicação de obras. Saliente-se que tais institutos não são previstos na legislação brasileira.

³⁸³ CONSUMERS INTERNATIONAL. **Copyright and Access to Knowledge:** Policy Recommendations on Flexibilities in Copyright Laws. Kuala Lumpur: Consumers International. 2006.

Recomenda-se ainda que as legislações nacionais incorporem ao máximo as flexibilidades permitidas pelos tratados internacionais quanto às exceções de proteção para fins didáticos de ensino, pesquisa e citação.

Outra sugestão é que as legislações adotem medidas legais para coibir condutas anti-competitivas que possam ser realizadas mediante o uso exclusivo dos direitos autorais. Esta medida encontra igual aplicação para a propriedade industrial.

É interessante a recomendação de que as políticas públicas ou legislações destinadas a combater a contrafação não se tornem obstáculos ao livre exercício, por parte da sociedade, dos direitos decorrentes das limitações aos direitos autorais. Esta recomendação é sugestiva da importância dada às limitações dos direitos exclusivos como forma de garantir a difusão e o acesso ao conhecimento.

Por fim, o estudo ainda indica que os direitos autorais e os próprios tratados internacionais devem ser revistos para reencontrar um equilíbrio dos direitos autorais em face das novas tecnologias de comunicação e da internet.

No ambiente digital, a propriedade intelectual - os direitos autorais ou de *copyright* – tornam-se particularmente relevantes pela própria natureza do ambiente. O direito de cópia tornou-se uma barreira prévia do acesso ao conhecimento, pois em um ambiente digital, todos os usos requerem necessariamente uma cópia. Ronaldo Lemos assim sintetiza a situação:

No mundo analógico, se eu quisesse ler um livro, não precisava fazer uma cópia para ler aquela obra. Bastava ir lá, pegar o livro, ler e pronto. No mundo digital, se eu quiser ler um livro, ouvir uma música, ver um filme no meu computador, preciso copiar aquele conteúdo para o meu computador. Nem que seja uma cópia efêmera, que vai desaparecer daí a alguns milésimos de segundo. Mas a questão é: a cópia se tornou um passo para o acesso ao conteúdo. E aí a gente tem um problema. Porque, como o direito autoral controla a cópia, isso significa que o direito autoral passou a controlar também o acesso.³⁸⁴

Ronaldo Lemos traduz a visão de Lawrence Lessig para quem a própria arquitetura do ambiente digital determina a incidência dos direitos de *copyright* sobre diversos usos que tradicionalmente não eram regulados, eram usos livres.³⁸⁵

³⁸⁴ LEMOS, Ronaldo. *Apud*. MARTINI, Paula. **Festival do Rio sedia acalorado debate sobre proteção de obras audiovisuais**. Disponível em: <<http://www.direitodeacesso.org.br/Festival-do-Rio-sedia-acalorado>>. Acesso em: 30/07/08.

³⁸⁵ LESSIG, Lawrence. **Free Culture – The Nature and Future of Creativity**. New York: Penguin Books, 2005. p. 143.

De fato, as tecnologias digitais e a internet permitiram uma ampliação das capacidades individuais, seja de interação e comunicação, seja de captar sons e imagens da cultura ao redor para sintetizá-los em novas formas de expressão criativa. Acontece, porém, que muitos desses conteúdos são protegidos por direitos intelectuais exclusivos, razão pela qual a propriedade intelectual pode se tornar um entrave a essas novas potencialidades humanas.

Marcos Wachowicz defende incisivamente as novas liberdades individuais decorrentes da revolução tecnológica: “*A emancipação humana e a liberdade de acesso à informação que a humanidade conquistou nas últimas décadas, por meio da internet, não podem ser restringidas ou suprimidas em prol de interesses econômicos de uns poucos*”.³⁸⁶

Corroborando este entendimento, Lawrence Lessig destaca que o *copyright* sempre esteve voltado para a preocupação com a utilização comercial de trabalhos artísticos, deixando um espaço sem regulação para os trabalhos criativos não profissionais, ou seja, aqueles realizados por artistas amadores.³⁸⁷

Prossegue informando que essa cultura amadora é parte essencial da tradição histórica americana e que sofreu uma revolução com o surgimento das tecnologias digitais que alteraram fundamentalmente a relação entre indivíduos, criatividade e cultura.

Primeiro, as tecnologias digitais ao mesmo tempo em que, permitiram e ampliaram o consumo de bens culturais e novos formatos de mídia, permitiram um crescimento da cultura amadora, deixando os indivíduos de serem simplesmente passivos consumidores de cultura produzida corporativamente. Destacando este efeito no indivíduo, Marcos Wachowicz indica que “(...) o impacto da tecnologia da informação propiciou atitudes mais críticas ou de conformismo nos próprios consumidores dos produtos da indústria cultural tecnológica.”³⁸⁸

Segundo, não só a crescente redução de custos com os equipamentos digitais, mas uma própria expansão da infra-estrutura necessária à difusão do acesso à Internet permitiu uma democratização da cultura. Através de equipamentos digitais e *softwares*, é possível

³⁸⁶ WACHOWICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação – Os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 39-84. p. 41.

³⁸⁷ LESSIG, Lawrence. **Code 2.0**. New York: Basic Books, 2006. p. 194.

³⁸⁸ WACHOWICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação – Os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 39-84. p. 60.

captar sons, imagens e dados da cultura ao redor e efetuar um *remix* cultural, exponencialmente maior do que em qualquer outra época da humanidade.³⁸⁹

A internet, por sua vez, permite aos indivíduos compartilhar sua criatividade com o mundo de forma quase instantânea, sem necessitar de um modelo tradicional de negócio que tinha como premissas altos custos de produção e distribuição de produtos em meios físicos de fixação. Como exemplos desses modelos de negócio, identificam-se os mercados tradicionais de vendas de livros, discos, cd's e dvd's.

Terceiro, essa cultura amadora passa a ser regulada de uma forma muito mais relevante por parte dos sistemas de direitos de propriedade intelectual, especialmente o *copyright* e o direito autoral.

Dentro da sistemática exposta no terceiro capítulo, percebe-se que as tecnologias digitais funcionaram como um redutor de custos para a criação e distribuição de trabalhos e conteúdos criativos, tanto que permitiram uma expansão vertiginosa da cultura amadora que não está voltada para o ganho comercial ou empresarial da criação intelectual.

Contudo, a regulação até então vigente estava voltada para promover um amplo controle dos direitos autorais, de modo a permitir aos titulares a captura do valor do trabalho realizado como forma de fazer frente aos elevados custos iniciais para a produção, distribuição e efetiva comercialização dos bens imateriais fixados em substratos físicos de um paradigma tecnológico passado.

Essa mudança tão profunda necessita de uma resposta legislativa e de políticas públicas adequadas para permitir a efetivação da função social dos direitos autorais, que devem ser repensados com base nessas novas premissas.

Uma das iniciativas internacionais que tem resultado numa operacionalização mais democrática e aberta dos trabalhos criativos é aquela realizada pela organização não-governamental americana *Creative Commons*. A entidade desenvolveu licenças padrão sobre trabalhos criativos e funciona como gestora desses modelos, divulgando-os na rede de computadores.

O criador pode marcar o trabalho com o conjunto de liberdades que deseja permitir ao público, por exemplo, permissão para utilização não comercial, necessidade de atribuição de autoria, dentre outras. Particularmente para os trabalhos disponibilizados na

³⁸⁹ LESSIG, Lawrence. **Code 2.0**. New York: Basic Books, 2006. p. 194.

Internet, é gerado um código de computador que identifica a obra e o espectro de direitos concedidos, além de permitir o acesso imediato ao texto da licença no *site* do *Creative Commons*.

No Brasil, o Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS), da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas atua como gestora local, promovendo a adaptação e difusão das licenças. Além do Brasil, mais de trinta países já traduziram e adaptaram as licenças do *Creative Commons* importando numa abrangência internacional do projeto.³⁹⁰

Tais iniciativas, embora salutares, trabalham dentro dos limites do sistema já existente, que outorga amplo espectro de direitos aos titulares dos direitos autorais e de *copyright*. Dependem fundamentalmente do autor originário que concede tais liberdades, não lidando com o cerne do problema, que é a proteção excessiva em detrimento de valores como livre circulação de ideais, informações e liberdade criativa.

Para este trabalho, é necessária uma reformulação legislativa que institucionalize a proteção de liberdades de acesso e utilização de informações e conteúdos expressivos, necessárias à efetivação do direito de acesso à cultura.

Para identificar os pontos que devem ser alterados para se obter uma efetivação da função social da propriedade intelectual é necessário entender as implicações recíprocas com valores e direitos constitucionais.

5.5 Impactos Constitucionais da Propriedade Intelectual

A idéia de uma função social de Propriedade Intelectual e da harmonização de dois direitos fundamentais – direitos de aproveitamento das criações intelectuais e o direito de acesso à cultura e tecnologia – possui implicações relevantes para uma diversidade de valores constitucionais.

São diversas as questões práticas debatidas na atualidade que se relacionam com a propriedade intelectual e seu papel frente a valores constitucionais nos quais se fundamenta a sociedade.

³⁹⁰ PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. **Considerações Introdutórias sobre Direito Autoral e Acesso ao Conhecimento**. Disponível em: <<http://www.culturalivre.org.br/artigos/Carlos-Affonso-DA-A2k.pdf>>. Acesso em: 08/08/08.

5.5.1 Vida, Saúde e Biotecnologia

Uma área de profunda interface entre os direitos de propriedade intelectual e valores constitucionais é a efetivação do direito fundamental à saúde.

Não obstante existirem divergências quanto aos elementos que viriam a compor o “conjunto mínimo essencial de direitos humanos” frente às diversas legislações mundiais, há um relativo consenso de que o direito à saúde é um deles ou, pelo menos, o direito de ter acesso a tratamento em caso de enfermidade.³⁹¹

O direito fundamental à saúde é um corolário do direito fundamental à própria vida humana. Este último pode ser vislumbrado como um direito fundamental básico ou, até mesmo, um pressuposto de direitos porque “(...) *o gozo do direito à vida é uma condição necessária do gozo de todos os demais direitos humanos*”.³⁹²

O direito fundamental à saúde seria uma das dimensões do direito à vida, que importaria o direito humano dispor dos meios apropriados de subsistência e de um padrão de vida digna dentro de um contexto de direitos econômicos, sociais e culturais.

No caso brasileiro, a Constituição Federal indica que a saúde é dever do Estado e direito de todos, garantindo mediante políticas sociais e econômicas o acesso universal igualitário às ações e serviços objetivando a promoção, proteção e recuperação (Art. 196 da Constituição Federal), a saber:

Art. 5º. Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País **a inviolabilidade do direito à vida**(...)

Art. 6º. São direitos sociais a educação, **a saúde**(...)

Art. 196. **A saúde e direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação. (grifado e negritado).

A Carta Magna também estabelece no Art. 198 que as ações e serviços de saúde devem garantir um atendimento integral (inciso II) introduzindo desta maneira o Sistema

³⁹¹ PRONER, Carol. Saúde Pública E Comércio Internacional: A Legalidade Da Quebra De Patentes. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Unibrasil. Vol 1. 2007. Disponível em: <<http://revistaelectronicafd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 25.07.08.

³⁹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. p. 71.

Único de Saúde – SUS, que estabelece competência concorrente as três esferas do Poder Executivo:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único organizado com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo.

Regulamentando esta disposição constitucional, no âmbito infraconstitucional, a Lei n. 8.080/90 prescreve:

Art. 2º. **A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.**

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

(...)

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - **universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;**

O art. 7º, inciso I, estabelece como princípios a serem adotados nas ações e serviços de saúde a universalidade de acesso em todos os níveis de assistência e a igualdade da assistência à saúde. O art. 43, de sua parte, estabelece a gratuidade das ações e serviços de saúde.

Torna-se inimaginável uma ordem jurídica que pretenda garantir a dignidade da pessoa humana sem a atuação estatal para assegurar aos mais necessitados, ao menos, a medicação adequada ao seu tratamento. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

(...) A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política -- que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro -- não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.”³⁹³

Os direitos de propriedade intelectual, por sua vez, podem obstaculizar a efetivação desse direito fundamental na medida em que, como ressaltado ao longo do presente trabalho, permitem criar uma situação de escassez artificial e a manutenção de preços supracompetitivos. Tais preços dificultam o acesso de parcela significativa da população e oneram de forma significativa o patrimônio estatal.

Para a compreensão da dinâmica de efetivação do direito fundamental à saúde, é necessário considerar o impacto que as patentes de medicamentos possuem.

5.5.1.1 Patentes de Medicamentos e Direito Fundamental à Saúde

Independentemente da sua relevância para a manutenção da vida e da saúde dos indivíduos, os medicamentos e procedimentos médicos dispõem de uma proteção patentária como quaisquer outros produtos industriais. Tal situação encontrava-se caracterizada não só na legislação interna como no tratado multilateral da OMC.

Dessa forma, os Estados comprometidos com o financiamento de políticas públicas de saúde encontravam um obstáculo nos elevados preços de medicamentos, especialmente aqueles mais urgentes e necessários ao combate de epidemias.

Somente em novembro de 2001, durante a reunião ministerial de Doha no Catar, foi adotada a famosa Declaração Ministerial de Doha³⁹⁴, reconhecendo que as regras da OMC não devem constituir barreiras para que os Estados tomem medidas para proteção da vida humana, animal, do meio ambiente e de saúde pública que considerem apropriadas.

A declaração, contudo, reforça que tais medidas não podem se consubstanciar em medidas discriminatórias ou barreiras ao livre comércio. Trata-se de mais um exemplo onde se deixa transparecer da preocupação em balancear a efetivação de direitos humanos com a proteção dos interesses comerciais.

³⁹³ RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello.

³⁹⁴ Documento da OMC: **WT/MIN(01)/DEC/1**, de 14 de novembro de 2001.

Essa declaração foi seguida pela “Declaração de Doha sobre o Acordo TRIP’s e Saúde Pública”³⁹⁵ aprovada também em novembro de 2001, que apresentou uma maior instrumentalização das medidas possíveis aos países, dentre as quais: a) a possibilidade dos países adotarem medidas de proteção à saúde pública; b) a possibilidade de utilização de mecanismos, como licenças compulsórias e importação paralela; c) a possibilidade de extensão até 2016 das exceções existentes para proteção de patentes a produtos farmacêuticos para os países menos desenvolvidos.

Os itens 4º e 5º, da Declaração de Doha sobre TRIP’s e Saúde Pública, indicam o compromisso dos países para com a saúde pública e o acesso universal de medicamentos, bem como o direito de cada membro do TRIP’s utilizar mecanismos de licenciamento compulsório em casos de emergência nacional, que serão definidos pelos próprios países. Há uma menção exemplificativa no item “1” de doenças como AIDS, malária, tuberculose e outras epidemias.

Todavia, apesar dos quase sete anos da declaração, os direitos de propriedade intelectual continuam a ser absolutos sobre a maior parte dos produtos farmacêuticos. Além disso, países detentores de tecnologia, como os Estados Unidos, utilizam pressão política e econômica para restringir ainda mais o acesso dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos a medicamentos patenteados.³⁹⁶

Fica clara, no plano internacional, a opção pelos licenciamentos compulsórios como uma forma de equilíbrio entre a proteção econômica conferida pelos direitos de propriedade intelectual e o interesse social no acesso ao produto a um custo mais reduzido.

No Brasil, o art. 71 da lei de propriedade industrial apresenta a previsão de licenciamento compulsório para casos de emergência nacional ou de interesse público:

Art. 71: Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

O Decreto 3.201/99 complementa a regulação disposta sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória, nos casos de emergência nacional e de interesse público.

³⁹⁵ Documento da OMC: **WT/MIN(01)/DEC/2**, de 14 de novembro de 2001.

³⁹⁶ PRONER, Carol. Saúde Pública E Comércio Internacional: A Legalidade Da Quebra De Patentes. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Unibrasil. Vol 1. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 25.07.08.

Os mecanismos de exceção foram expandidos pelo Decreto 4.830/03, que permitiu a importação de produtos protegidos por patentes sem necessidade de que tal produto tenha sido colocado no mercado diretamente pelo seu titular ou com seu consentimento. Ampliou-se, assim, a possibilidade de utilização da figura da importação paralela, ou seja, aquela efetuada de países ou mercados onde não há a efetiva proteção de direitos de propriedade intelectual e, portanto, o preço dos produtos é menor.

Contudo, talvez a utilidade mais relevante dessas previsões seja a de permitir uma efetiva negociação dos governos com os detentores de patentes de medicamentos, via de regra, conglomerados multinacionais. Carol Proner destaca esse efeito extrajurídico:

O mais importante efeito da licença compulsória para o mercado atual revela-se na possibilidade de reduzir os efeitos negativos das patentes sobre os preços dos medicamentos disponíveis no mercado, possibilitando maior acesso a esses mesmos produtos. Em alguns casos, a mera ameaça de utilização – como aconteceu no Brasil em relação aos produtos farmacêuticos para tratamento do HIV/AIDS – torna-se suficiente para fazer reduzir os preços dos medicamentos.³⁹⁷

De fato, tais medidas apresentaram grande eficácia no manejo de epidemias, especialmente no que diz respeito ao tratamento da AIDS, passando o Brasil a ser reconhecido internacionalmente por seus programas de tratamento.

Bom exemplo da dinâmica de utilização de mecanismos de licenciamento compulsório foi o sucesso das negociações, em 2005, com o Laboratório Abbott, detentor da patente do medicamento anti-retroviral “Kaletra”. A possibilidade de licença para produção local do medicamento foi suficiente para uma redução significativa do preço.³⁹⁸

A questão da epidemia da AIDS, como exemplo de uma situação emergencial relacionada com a saúde pública, é de tamanha importância que foram propostos dois projetos de lei: PL nº. 4.678/2001, de autoria do Deputado Aldo Rebelo (PCB/SP) e o PL n. 22/2003, de autoria do Deputado Roberto Gouveia (PT/SP), buscando tornar não-patenteáveis os medicamentos e processos de fabricação de medicamentos relacionados ao combate à AIDS. Tais projetos, contudo, não chegaram a ser votados.

Essa busca de mecanismos para baratear o custo com medicamentos é sintomática da preocupação do Estado brasileiro com os crescentes gastos do SUS – Sistema único de

³⁹⁷ PRONER, Carol. Saúde Pública E Comércio Internacional: A Legalidade Da Quebra De Patentes. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Unibrasil. Vol 1. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 25.07.08.

³⁹⁸ SCUDELER, Marcelo Augusto. **Patentes e sua Função Social**. Dissertação de Mestrado. Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba. 2007. p. 168.

Saúde, ainda majorados pela existência de diversas decisões judiciais que determinam o fornecimento de tratamentos ou medicamentos independentemente de previsão oficial nas listagens de medicamentos e procedimentos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde.

Tal realidade suscita o questionamento de quais são os limites fáticos do que se pode esperar de uma atuação estatal em face dos recursos disponíveis. Tais limites vão refletir na própria exigibilidade judicial de efetivação dos direitos, especialmente dos direitos sociais.

A doutrina e jurisprudência identificam essa situação como de aplicação da “reserva do possível”, termo que surgiu com uma decisão paradigmática da Corte Constitucional Alemã.³⁹⁹ A corte firmou entendimento que, em face da efetivação de direitos sociais, a *“prestaçao reclamada deve corresponder ao que o individuo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”*⁴⁰⁰

Particularmente em relação à saúde, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou diversas vezes no sentido de que o direito fundamental à vida possui primazia sobre questões de ordem econômico-financeira. Em diversos julgados consta referência à trecho de lavra do Min. Celso de Mello no julgamento da Pet 1246:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.⁴⁰¹

Assim, da mesma forma que os interesses financeiros e patrimoniais do estado ficariam em segundo plano, seria possível argumentar, *prima facie*, que os direitos de propriedade intelectual seguem a mesma lógica.

A situação, entretanto, é mais complexa, pois não se trata de “um interesse financeiro e secundário do Estado”, mas de um direito reconhecido em sede constitucional relativo à proteção do privilégio – propriedade – que deve ser atribuído ao detentor da patente.

³⁹⁹ BVerfGE33, 303 (333).

⁴⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 265.

⁴⁰¹ Outros julgados que citam essa passagem: RE 267612 / RS, AI 570455/RS, AgRgRE 271286/RS, RE 198265/ RS, RE 248304/ RS, AgRgRE 273834-4 / RS.

Configura, no entanto, uma colisão aparente, pois existem, na própria lei, mecanismos para compatibilizar os interesses em questão, a saber, o interesse econômico na exploração da patente e o interesse social de acesso aos medicamentos.

Com efeito, numa interpretação unitária da Constituição, há de se verificar que enquanto mecanismos, a existência de um sistema de direitos de propriedade intelectual objetiva exatamente promover e estimular o desenvolvimento científico e tecnológico que permitiu a própria criação dos medicamentos e produtos necessários à saúde pública.

Nesse particular, Maria Cecília Oswad e Luiz Leonards apontam que, dentro de uma filtragem constitucional, deve-se observar a convergência dos objetivos constitucionais:

Deve-se interpretar e aplicar o direito inserto no dispositivo constitucional tendo em mente que o seu núcleo essencial reside no quanto importantes são os inventos industriais para uma sociedade. Suprimir-se o direito individual do inventor em prol de um suposto interesse público é contraditório e irracional. Isto porque o direito individual do inventor tem como um de seus fundamentos, justamente, o interesse público.

(...)

Por meio dos exemplos de situações em que o direito de patentes é confrontado com a livre concorrência e direito de acesso à saúde, o que se propôs foi demonstrar que, teoricamente, tais colisões não existem. Evidentemente que a análise deve ser realizada caso a caso. Porém, em tese, não prospera o entendimento de que privilégios de invenção vedam a livre concorrência e o acesso a medicamentos, tendo em vista que o artigo 5º, XXIX, foi concebido em prol, também, dos bens almejados pelos artigos 170, IV e 196 da Constituição. Os dispositivos ditos em colisão, na verdade, convergem para a busca do bem público. O artigo 5º, XXIX, portanto, está integrado, aglutinado, aos objetivos próprios dos artigos 170, IV e 196.

Sendo a proteção aos inventos industriais uma opção política do povo, “destinatário e autor do seu próprio Direito”, é vedado ao Judiciário e ao Executivo (por intermédio dos órgãos da Administração Pública), restringir ou suprimir os direitos dos inventores se levar a cabo um sopesamento dos valores em questão para a correta interpretação-aplicação dos enunciados normativos ditos em conflito.⁴⁰²

De fato, os direitos dos inventores redundam no interesse público. Contudo, os detentores dos direitos de patentes necessárias aos deveres e serviços públicos essenciais, não são indivíduos, mas sim grandes corporações multinacionais, que utilizam tais direitos para advogar para si, sob as nobres vestes de direito fundamental, efetivos monopólios sobre produtos indispensáveis à efetividade dos preceitos de dignidade humana.

Como destacado no capítulo anterior, são as utilizações patológicas, em desconformidade com a função social deste tipo peculiar de propriedade que determinam a

⁴⁰² OSWALD, Maria Cecília; LEONARDOS, Luiz. Direitos de Patentes – Uma proposta de filtragem constitucional. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, Vol. 86. p. 3-17. jan/fev 2007. p. 16.

necessidade de correção do desequilíbrio, que pode ser realizada através de mecanismos como o licenciamento compulsório ou a importação paralela.

Além disso, o licenciamento compulsório, por si só, não impede que o detentor da patente beneficie-se economicamente. Poderá continuar a produzir o medicamento e comercializá-lo, porém, o fará em regime de concorrência de mercado. Poderá ainda entrar em licenciamentos ou, até mesmo, impedir que o Estado utilize desses mecanismos legais entrando em acordos.

Por outro lado, o direito de acesso ao produto foi ampliado, ou seja, obteve-se uma maior efetividade do direito que assiste a cada indivíduo de participar das benesses científicas de seu tempo, no caso, medicamentos.

Há, assim, verdadeira ponderação de interesses, onde a solução legal restringe, mas não elimina o núcleo essencial de cada um dos direitos ou preceitos contrapostos.

Os direitos de propriedade intelectual possuem ainda outra interação com o direito fundamental à saúde. As patentes de medicamentos, por exemplo, podem até mesmo ser mecanismos eficientes de estímulo para pesquisa e desenvolvimento ao permitir que o titular capture o valor desse conhecimento. Contudo, somente estimularão a pesquisa por conhecimentos que possam refletir um valor econômico a ser capturado.

Com efeito, o retorno dos investimentos somente será obtido com a comercialização e utilização do produto ou tecnologia baseada na patente. Para que esse retorno seja efetivo, pressupõe-se a existência de uma demanda no mercado.

Logo, os agentes econômicos irão destinar seus esforços de pesquisa e desenvolvimento para tecnologias e produtos que sejam interessantes ao mercado, ficando aqueles conhecimentos que não se mostram “economicamente eficientes” comprometidos.

Portanto, a verba destinada à pesquisa de medicamentos direciona-se para os medicamentos necessários aos grandes mercados consumidores, ou seja, para o tratamento de doenças que afetam prioritariamente os países desenvolvidos. Volnei Garrafa ilustra essa realidade fazendo uma comparação entre as pesquisas da AIDS e da Malária:

Em 1998 foram gastos em pesquisas com medicamentos contra o HIV/AIDS cinqüenta vezes mais recursos do que no combate à malária, quando se sabe que ambas as doenças vitimaram, naquele ano, um número semelhante e aproximado de 2 milhões de pessoas em todo o mundo. A diferença para essa absurda iniquidade no investimento de recursos está no fato de a AIDS ter logrado visibilidade pública internacional pelos enormes danos e prejuízos causados indistintamente a países ricos e pobres. Já a malária é doença caracteristicamente “terceiro-mundista”,

atacando quase que exclusivamente pobres. Por isso, não existe interesse econômico dos grandes laboratórios privados e públicos dos países centrais em investir em caras imunizações e medicamentos para quem não possa pagar por eles. O que define as prioridades não são as necessidades detectadas na realidade concreta: é o mercado.⁴⁰³

Isso demonstra que a existência de um sistema de propriedade intelectual não é suficiente para permitir a produção e o desenvolvimento de todas as tecnologias que o espectro social necessita.

Faz-se necessário a intervenção do ente estatal para estimular a pesquisa e o desenvolvimento de conhecimentos que, muitas vezes, não são os mais economicamente atrativos, porém essenciais à salvaguarda de direitos e valores fundamentais.

5.5.1.2 Sementes, Transgenia, Soberania e Direito Fundamental ao Meio Ambiente Equilibrado

Outro aspecto dos desenvolvimentos tecnológicos que coloca os direitos de propriedade intelectual em contato com valores constitucionais é a questão das sementes transgênicas.

Como visto no caso *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, tratado no capítulo anterior, os direitos de propriedade intelectual estão a permitir, num plano internacional, um controle corporativo sobre sementes e plantas.

Esse domínio corporativo sobre a produção agrícola tornou-se mais contundente após a “Revolução Verde”⁴⁰⁴, que marca a progressiva utilização de novas tecnologias decorrentes da sociedade industrial no campo, como pesticidas, fertilizantes químicos artificiais, novas técnicas de irrigação e mecanização das lavouras.

A agroindústria global possui atualmente, como um de seus pilares, o sistema internacional de propriedade intelectual. Isto se dá pela relevância que possuem os produtos patenteados, processos químicos, variações de cultivares e, mais recentemente, patentes de biotecnologia sobre sementes e plantas.

⁴⁰³ GARRAFA, Volnei. PORTO, Dora. Bioética, poder e injustiça: por uma ética de intervenção. In: GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leo. (Org.). **Bioética, poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003. p. 35-44. p. 37.

⁴⁰⁴ O termo foi cunhado pelo Diretor da *U.S. Agency for International Development* – William Gaud, em 1968. A “Revolução Verde” tratou-se de um esforço internacional, embora tenha focado grande parte de seus esforços na América do Norte, para elevar os níveis e a eficiência de produção agrícola como forma de resolver o problema de abastecimento global.

No que diz respeito às variações vegetais, esse sistema é regido pela Convenção da União para Proteção das Obtentações Vegetais (UPOV), que sofreu algumas alterações, as mais importantes em 1978 e 1991.⁴⁰⁵

Com a aprovação do acordo TRIPS/OMC sobre propriedade intelectual e comércio, permitiu-se, no plano interno a possibilidade de instituição de um sistema *sui generis* para a proteção de plantas.

No Brasil, tanto é possível uma proteção patentária sobre processos e produtos agrícolas, como proteção específica sobre as variações vegetais que se encontra na Lei nº 9.456/97. É digno de nota que o Título II da Lei denomina-se expressamente: “Da Propriedade Intelectual”.

O art. 10 apresenta as limitações do direito de propriedade que é outorgado sobre toda a variação genética da cultivar protegida:

Art. 10. Não fere o direito de propriedade sobre a cultivar protegida aquele que:
 I - reserva e planta sementes para uso próprio, em seu estabelecimento ou em estabelecimento de terceiros cuja posse detenha;
 II - usa ou vende como alimento ou matéria-prima o produto obtido do seu plantio, exceto para fins reprodutivos;
 III - utiliza a cultivar como fonte de variação no melhoramento genético ou na pesquisa científica;
 IV - sendo pequeno produtor rural, multiplica sementes, para doação ou troca, exclusivamente para outros pequenos produtores rurais, no âmbito de programas de financiamento ou de apoio a pequenos produtores rurais, conduzidos por órgãos públicos ou organizações não-governamentais, autorizados pelo Poder Público.

Tais quais os outros campos da propriedade intelectual, essas limitações funcionam como mecanismos de efetivação da função social deste tipo particular de propriedade, buscando equilibrar interesses legítimos, como a subsistência do agricultor (inc. I), a pesquisa e desenvolvimento tecnológico (inc. III) com o interesse individual do detentor da propriedade do cultivar.

Contudo, observe-se que tanto a “Revolução Verde”, como a privatização das próprias sementes, contam com menos de um século e quebram um paradigma milenar da relação da humanidade com a natureza.

Além disso, o domínio via direitos internacionais de propriedade intelectual pode chegar a determinar uma erosão das soberanias nacionais frente a crescente interdependência

⁴⁰⁵ Promulgada no Brasil pelo Decreto no 3.109, de 30 de junho de 1999.

dos países em termos de suprimentos alimentares. Bruno Gasparini faz uma síntese da situação:

Desde os tempos mais remotos, portanto, os agricultores têm conservado, selecionado e melhorado suas sementes para semeadura, inclusive por meio das trocas que realizavam com outros grupos camponeses, construindo um processo de partilhas, que lhes permitiu aumentar a diversidade genética das variedades que cultivavam. Com essa prática milenar, o resultado foi uma impressionante diversidade de cultivos e variedades utilizadas na produção agrícola.

Em virtude deste histórico, é que as sementes são de suma importância para a soberania alimentar, que é o direito que um povo tem de definir sua própria produção, distribuição e consumo de alimentos. Qualquer país ou povo que não tenha terras, tecnologia, insumos ou liberdade para produzir sua própria comida, é um povo dependente, pois ficará à mercê de outros povos ou nações para se alimentar. Nenhum país será soberano se não tiver o domínio da produção de suas sementes, e consequentemente, dos alimentos necessários para a sua própria subsistência.

As transnacionais sementeiras, ao disseminarem suas formas de cultivo e suas tecnologias, obrigam as populações tradicionais a cultivar determinados produtos, influenciando no consumo, na produção e na distribuição de alimentos, verdadeira afronta ao princípio da soberania alimentar.⁴⁰⁶

De fato, a soberania é o primeiro fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. I) e tem sido debatida sob diversos aspectos.

Para algumas teorias a soberania seria a não sujeição a qualquer poder estrangeiro, seja ele de Estado ou organização internacional; para outros seria o fundamento do Estado, sendo o elemento autorizador da elaboração de Constituição própria.⁴⁰⁷ Nesse particular, para Gilberto Bercovici, a “(...) soberania, inclusive, é a origem da constituição moderna, com sua pretensão de destacar um núcleo rígido e inalterável do poder político(...)”.⁴⁰⁸ Em torno desse princípio de soberania, gravitam, portanto, idéias de independência ou capacidade de auto-determinação de um povo.

No entanto, os direitos de propriedade intelectual sobre plantas e produtos necessários à agricultura comprometem o pressuposto mais básico da soberania, que seria a capacidade de auto-alimentação, ou seja, de sobrevivência de um povo. Com efeito, é possível

⁴⁰⁶ GASPARINI, Bruno. **Uma Análise Crítica dos Paradigmas Jurídicos e Econômicos no Atual Contexto Sócio-Político Ambiental que Fundamenta a Utilização da Transgenia na Agricultura Brasileira**. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2005. p. 193-194.

⁴⁰⁷ SILVA, Alice Rocha da. Direito internacional público e soberania na Constituição brasileira: aplicação de decisões do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 80, p.72-87, ago./set., 2006. p. 74.

⁴⁰⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para uma crítica do Constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 19.

a ilação: quem controla as sementes, controla os alimentos e quem controla os alimentos, controla os povos.

Bruno Gasparini demonstra como se forma um círculo vicioso de dependência tecnológico que, por sua vez, se transporta para uma dependência econômica e alimentar:

O mecanismo funciona da seguinte forma: as multinacionais controlam a produção e o comércio de sementes que são geneticamente "melhoradas", eliminando as resistências naturais e aumentando a vulnerabilidade das culturas. Cria-se assim, a dependência dos agrotóxicos. As multinacionais que fabricam agrotóxicos são as mesmas que controlam o "melhoramento", a produção e a comercialização das sementes.

Essa apropriação privada da geração, reprodução e distribuição de novas variedades de sementes pelas empresas privadas multinacionais, assim como o controle da oferta dos insumos que elas requerem, vêm submetendo os povos de todo o mundo a uma tirania de um novo tipo: a tirania do conhecimento biotecnológico.⁴⁰⁹

Além dessa dependência, o sistema de propriedade intelectual, ao atribuir a titularidade de patentes ou cultivares sobre genes e plantas, gera um grave desequilíbrio no próprio cultivo das variedades vegetais existentes no globo.

Dentre os possíveis problemas destacam-se: a segurança alimentar, pela predileção por variedades destinadas à exportação, com maiores preços no mercado internacional, e, até mesmo, a aculturação dos povos, comunidades tradicionais e pequenos agricultores, com a consequente extinção das práticas tradicionais de seleção de sementes.⁴¹⁰

Além disso, a uniformidade genética torna a espécie mais suscetível a pragas, tendo em vista que é exatamente a diversidade de genes que permite uma maior adaptabilidade ao meio ambiente.

Porém, o ponto mais pertinente a este trabalho é a possibilidade de que o sistema de propriedade intelectual desregulado venha a comprometer valores constitucionais como a soberania nacional (art. 1º, inc. I); a proteção aos pequenos agricultores (art. 185, inc. I), e o direito fundamental a um meio ambiente equilibrado (art. 170, inc. VI).

O pólen das plantas é carregado pelo ar, não respeitando jurisdições ou territórios. Como no caso *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, é possível que haja uma polinização cruzada entre plantas geneticamente modificadas e plantas naturais.

⁴⁰⁹ GASPARINI, Bruno. **Uma Análise Crítica dos Paradigmas Jurídicos e Econômicos no Atual Contexto Sócio-Político Ambiental que Fundamenta a Utilização da Transgenia na Agricultura Brasileira.** Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2005. p. 200.

⁴¹⁰ GASPARINI, Bruno. *Op. cit.* p. 185.

Consoante a tendência proprietária ilustrada pela própria decisão do caso, é possível que o simples cultivo de gêneros alimentícios enseje violações de direitos de propriedade intelectual, limitando, assim, o direito dos agricultores de desenvolverem métodos próprios de seleção de sementes.

Quanto à biodiversidade e o meio ambiente, dois elementos merecem destaque.

Primeiro: a alteração genética, por si só, não obstante possuir efeitos positivos para o aumento da produção ou resistência da planta a pesticidas, pode ensejar interações nocivas com o ambiente; problemas quando do consumo humano ou, até mesmo, o surgimento de novas superpragas agrícolas.

Nesse ponto, cumpre destacar o meio ambiente como um direito fundamental de terceira geração, difuso e universal, que assiste a todos, enquanto direito de viver num ambiente não poluído e ecologicamente equilibrado.⁴¹¹

Assim, a própria vitalidade do meio ambiente, pode ser comprometida mediante a utilização indiscriminada de organismos geneticamente modificados. Dever-se-ia incorporar, portanto, no estatuto regente dos direitos de propriedade sobre tais variações vegetais a limitação imposta pelo princípio ambiental da precaução. Para Marcelo Abelha Rodrigues:

O princípio da precaução (Vorsorgeprinzip) recebeu especial atenção na Alemanha, onde foi colocado como ponto direcionador central do Direito Ambiental, devendo ser visto como um princípio que antecede a prevenção, qual seja, sua preocupação não é evitar o dano ambiental, senão porque, pretende evitar os riscos ambientais.
(...)

Em última análise, impede-se que a incerteza científica milite contra o meio ambiente, evitando que no futuro, com o dano ambiental ocorrido, perceba-se e lamente-se que a conduta não deveria ter sido permitida.⁴¹²

Exemplo de tecnologias científicas recentes, das quais não se possui certeza científica quanto às implicações para o meio ambiente, são as chamadas *Terminator Technologies*. Tecnologias que permitem a criação de plantas que produzem sementes estéreis, incapazes de gerar lavouras futuras. Esta tecnologia é considerada a “Bomba de Nêutrons” da agricultura.⁴¹³

⁴¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

⁴¹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 205-206.

⁴¹³ SHIVA, Vandana. **Protect or Plunder? Understanding Intellectual Property Rights**. London: Zed Books, 2001. p. 81.

Tal tecnologia é protegida tanto por segredos industriais quanto por uma patente mantida em conjunto pelos Estados Unidos e a empresa *Delta & Pine Land Co.*, subsidiária da gigante de biotecnologia *Monsanto*. Não só ilustrativa da relação simbiótica que existe entre grandes corporações e governos, essa tecnologia tem aplicações militares e serve de ferramenta para efetivar de direitos de propriedade intelectual sobre vegetais.

Trata-se de uma autotutela extraordinária contra eventual utilização não autorizada de suas sementes. As sementes modificadas segundo esta tecnologia transformam o agricultor num cliente cativo, pois este não poderá salvar sementes para utilização em novas colheitas.

Note-se que se o pólen de plantas com este gene “suicida” misturar-se com as lavouras, é possível que agricultores percam em uma geração, variações genéticas inteiras, comprometendo não só a diversidade ambiental como o próprio abastecimento alimentar.

A ausência de controle sobre esta tecnologia que se faz “privada” mediante direitos de propriedade intelectual deixa as nações à mercê dos interesses corporativos de multinacionais logo na base da cadeia produtiva, ou seja, na própria alimentação.

De fato, existem críticas sobre a utilização de sistemas de propriedade intelectual, mais especificamente a proteção patentária, na agrobiotecnologia. Especialmente, porque a sua utilização, da mesma forma que nos medicamentos, é indissociavelmente orientada para os produtos mais interessantes do ponto de vista econômico, ou seja, aqueles valorizados pelos grandes mercados dos países desenvolvidos. São esquecidos os estudos relativos às culturas destinadas a alimentação e resolução das necessidades locais dos países em desenvolvimento:

As principais empresas de agrobiotecnologia têm expressado pouco interesse em manipular geneticamente e comercializar culturas de importância para os países em desenvolvimento, apesar de, certamente, serem os países com necessidades mais prementes em termos de segurança alimentar e de deficiências nutricionais, sem falar em todos os riscos possíveis ao meio ambiente (...).

Não deveria causar surpresa que o sistema de patentes resulte em grandes empresas tratando das necessidades dos países desenvolvidos sobrepostas às necessidades dos países em desenvolvimento. As patentes são projetadas para fornecerem um retorno financeiro somente em locais em que haja um mercado para a invenção (ou do produto produzido por meio da invenção). Conseqüentemente, não se pode, razoavelmente, esperar que o sistema de patentes incite empresas a tratarem das necessidades de países pobres. Dado que a indústria privada controla três quartos dos produtos agrícolas biotecnológicos (...) e se funda no sistema patentário para promover a inovação, as necessidades dos países pobres não são consideradas.⁴¹⁴

⁴¹⁴ GOLD, E. Richard; CASTLE, David; CLOUTIER, L. Martin. Agrobiotecnologia nos tribunais: patentes, privilégios e presunções. In: RODRIGUES JR, Edson Beas; POLIDO, Fabrício. (Orgs.). **Propriedade**

O sistema de patentes, por si só, não é a causa da ausência ou ineficiência de políticas públicas de estímulo à produção nacional por parte dos países em desenvolvimento. Porém, é um fator importante para entender as distorções internacionais de alocação de recursos com pesquisa e desenvolvimento na agricultura.

Dentro de uma perspectiva de manutenção da soberania alimentar do país, faz-se necessária a conjugação de políticas públicas de estímulo ao plantio para a alimentação, bem como uma interpretação das normas do sistema de propriedade intelectual que permitam uma efetiva transferência de tecnologia que possa ser utilizada em prol de culturas e lavouras de interesse nacional, não só para a exportação, como para o consumo interno.

Deve-se, ainda, observar os usos e costumes tradicionais, bem como proteger os direitos dos agricultores locais, sob pena de o exercício dos direitos de propriedade intelectual violar sua função social.

5.5.1.3 A importância de um domínio público ambiental e a função sócio-ambiental da propriedade intelectual

Conforme destacado no tópico sobre os mecanismos de efetivação da função social da propriedade intelectual, a limitação dos direitos exclusivos dos autores ou inventores serve ao interesse público, pois permite o acesso a conhecimentos que podem gerar novas utilizações e desenvolvimentos não vislumbrados pelo detentor originário.

Com efeito, a existência de um horizonte comum de conhecimentos traduz-se na necessidade de um domínio público, seja no tocante às ciências, seja no tocante aos trabalhos artísticos.

No tocante à biotecnologia, o meio ambiente também se traduz num domínio público, no qual se destacam os elementos da biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados.

A definição de biodiversidade pode ser encontrada no art. 2º da Convenção sobre Diversidade Biológica⁴¹⁵:

Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007. p. 275-300. p. 290.

⁴¹⁵ Assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 2.519/98.

"Diversidade biológica" significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

Já os conhecimentos tradicionais, podem ser entendidos como “(...) conjuntos complexos que se apóiam na tradição, na observação e na utilização de processos e recursos biológicos.”⁴¹⁶ É o conhecimento que se encontra com as comunidades tradicionais indígenas, por exemplo, sobre a utilização prática dos diversos recursos naturais.

Observe-se que essa sociobiodiversidade é uma riqueza inestimável, que mereceu o abrigo constitucional sendo a sua defesa reconhecida como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, inc. VI).

Trata-se de um bem de uso comum do povo, pertencente a todos. Revela-se ainda como um direito difuso, reconhecidamente pertencente ao rol dos direitos fundamentais. Tal direito figura nos tratados internacionais de direitos humanos, reconhecido pela Declaração do Meio Ambiente, adotada na Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em 1972.

A referida Declaração consagrou, nos seus Primeiro e Segundo Princípios, que o ser humano tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e a uma vida com condições adequadas de sobrevivência, num meio ambiente que permita usufruir uma vida digna, ou seja, com qualidade de vida, com a finalidade também, de preservar e melhorar o meio ambiente, para as gerações atuais e futuras.

A Constituição Federal brasileira, por sua vez, lhe dedicou o Capítulo VI, do TÍTULO VIII - Da Ordem Social:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
 I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
 II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
 (...)
 VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

⁴¹⁶ CARNEIRO, Ana Cláudia Mamede. Acesso a recursos genéticos, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro. Vol. 88. Mai/jun. 2007. p. 3-16. p. 7.

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Não só no plano dos direitos fundamentais, o meio ambiente é o grande combustível das inovações nos campos da biotecnologia e é elemento indispensável à economia humana. David Bollier ressalta essa relevância da natureza:

Nature quietly provides countless other benefits to the economy. Biodiversity represents a “genetic library” that is increasingly used to develop new medicines and increase the productivity of wheat and corn crops. The world’s oceans are important in biologically filtering water, detoxifying some pollutants, providing food, and encouraging tourism. Natural pests provide a highly valuable service to farmers in improving crop yields and lowering costs (a benefit that is most apparent when the ecosystem service has broken down). All told, it has been crudely estimated that nature’s service provide some US\$ 39 trillion of value to the economy – this in a global GDP estimated at US\$ 35 trillion.⁴¹⁷

Desse modo, a Constituição, ao determinar que o meio ambiente é um bem de todos, está a criar uma espécie de “domínio público”, ou seja, uma universalidade da qual todos devem beneficiar-se, reconhecendo-se, até mesmo, a existência de um patrimônio genético brasileiro.

Num momento seguinte, ao impor a necessidade de preservação do mesmo, reconhece-o como necessário para a sociedade em uma variedade de searas, dentre as quais, a econômica é bastante expressiva.

Os direitos de propriedade intelectual funcionam como o canal pelos quais essa riqueza difusa é apropriada, ou seja, esse valor pertencente à coletividade difusa sai desse “domínio público” e passa a integrar o patrimônio de um indivíduo ou empresa.

O mecanismo legal que permite esse movimento, via de regra, é um direito exclusivo – patente ou outra forma de proteção jurídica – sobre o conhecimento obtido, que pode ser uma prática tradicional, uma substância, um gene de um animal ou, até mesmo, de um ser humano.

⁴¹⁷ BOLLIER, David. **Silent Theft – The private plunder o four common wealth.** New York: Routledge, 2003. p. 65. Tradução livre: “A natureza proporciona, de forma silenciosa, inúmeros outros benefícios para a economia. A biodiversidade representa uma biblioteca genética que está sendo cada vez mais utilizada para desenvolver novos remédios e para aumentar a produtividade de trigo e milho. Os oceanos do planeta são importantes para a filtragem biológica de água, para desintoxicar poluentes, proporcionar alimentos e encorajar o turismo. Pesticidas naturais proporcionam um valioso serviço os agricultores ao melhorar as colheitas e diminuir custos de produção (um benefício que fica mais aparente quando o sistema ecológico está comprometido). No total, estima-se de forma grosseira que os serviços que a natureza proporciona estão na ordem de US\$ 39 trilhões de dólares para a economia – isto num PIB estimado em US\$ 35 trilhões”.

Com efeito, em termos de uma economia globalizada, há uma tendência de “comodificação” dos conhecimentos, culturas e, até mesmo, seres vivos, para transformá-los em mercadorias e produtos que vão servir à lógica do mercado.⁴¹⁸

Logo, há uma repercussão constitucional muito forte sobre os direitos de propriedade intelectual que vierem a incidir sobre os conhecimentos tradicionais e do patrimônio genético nacional.

É, portanto, necessário compatibilizar os dois valores constitucionais: a proteção aos inventos e conhecimentos com aplicação industrial ou comercial e a necessidade de proteção ao meio ambiente e ao patrimônio genético nacional.

Com efeito, no tocante tanto à proteção da propriedade intelectual quanto à preservação do meio ambiente, a Constituição deferiu ao poder público, através da lei e da efetivação de políticas públicas, a definição de como irão se delinear esses dois preceitos.

A Medida Provisória MP 2.186/2001, procura conciliar esses dois pólos, dispondo sobre: a) a criação do CGEN – Conselho do Patrimônio Genético; b) acesso ao patrimônio genético; c) proteção e acesso aos conhecimentos tradicionais associados; d) repartição dos benefícios desse acesso; e e) acesso e transferência de tecnologia para conservação e utilização da diversidade biológica.

Particularmente, no tocante à propriedade intelectual, ganham destaque alguns artigos:

Art. 16. O acesso a componente do patrimônio genético existente em condições *in situ* no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, e ao conhecimento tradicional associado far-se-á mediante a coleta de amostra e de informação, respectivamente, e somente será autorizado a instituição nacional, pública ou privada, que exerce atividades de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins, mediante prévia autorização, na forma desta Medida Provisória.

[...]

Art. 17. Em caso de relevante interesse público, assim caracterizado pelo Conselho de Gestão, o ingresso em área pública ou privada para acesso a amostra de componente do patrimônio genético dispensará anuência prévia dos seus titulares, garantido a estes o disposto nos arts. 24 e 25 desta Medida Provisória.

[...]

Art. 21. A instituição que receber amostra de componente do patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado facilitará o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para a conservação e utilização desse patrimônio ou desse conhecimento à instituição nacional responsável pelo acesso e remessa da amostra e da informação sobre o conhecimento, ou instituição por ela indicada.

⁴¹⁸ STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. **A função social e ambiental da propriedade intelectual: a complementaridade de institutos jurídicos de direito público e de direito privado.** In: Anais do XV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2006, Manaus. Florianópolis: JOSE ARTHUR BOITEUX, 2006.

[...]

Art. 24. Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, obtidos por instituição nacional ou instituição sediada no exterior, **serão repartidos, de forma justa e equitativa,** entre as partes contratantes, conforme dispuer o regulamento e a legislação pertinente.

[...]

Art. 31. A **concessão de direito de propriedade industrial** pelos órgãos competentes, sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, **fica condicionada à observância desta Medida Provisória,** devendo o requerente informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso.

(grifado e negritado)

Na medida em que não veda a apropriação dos conhecimentos derivados da biodiversidade através da propriedade intelectual, esta fica condicionada ao estrito cumprimento dos termos da medida provisória (art. 31).

Além disso, a medida provisória cria uma série de obrigações quanto à divulgação das informações e procura garantir o acesso a esse conhecimento para as instituições nacionais. Os direitos de propriedade intelectual, por sua vez, através da noção de transferência de tecnologia, são expostos como um meio de preservação do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais (art. 21).

O direito de propriedade dos titulares (art. 17) também pode ser limitado para assegurar o interesse público de garantir que o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais sejam preservados.

Também é interessante a idéia de repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da exploração econômica (art. 24). Corrobora-se o entendimento de que há, na verdade, uma apropriação de um valor inerente àquele patrimônio genético ou conhecimento tradicional que deve retornar à coletividade, sob pena de descharacterizar a proteção via direitos de propriedade intelectual (art. 31).

Essa sistemática permite vislumbrar que a função social da propriedade intelectual também possui uma dimensão ambiental, ou seja, a propriedade intelectual está sujeita a uma função sócio-ambiental.

5.5.2 Livre iniciativa e livre concorrência

A idéia de livre iniciativa reflete tanto um valor como um princípio. Enquanto valor refere-se ao ideal, à busca de uma ordem social aberta e democrática que permita o acesso, permanência e retirada de todos aqueles que desejam desenvolver determinada atividade econômica. Esse valor se relaciona com uma idéia de liberdade, de desnecessidade de permissão para atuar no mercado.

Já enquanto princípio, a livre iniciativa adquire um caráter normativo, consubstanciando-se numa norma de elevada abstração que visa exatamente resguardar o “valor livre iniciativa”.

Destarte, a livre iniciativa, com esse duplo perfil, consagra-se no *caput* do art. 170 da Constituição Federal como um dos princípios fundamentais da ordem econômica. Sendo um dos fundamentos dessa ordem, a mesma condicionará a interpretação dos outros nove princípios especificados nos incisos do referido artigo. José Afonso da Silva assim o concebe:

(...) a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do artigo 170 [da Constituição Federal], como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgão públicos, salvo casos previstos em lei.⁴¹⁹

Por sua vez, a posição de André Ramos Tavares:

Além daqueles princípios fundamentais – livre iniciativa e valor social da iniciativa humana – enumerados em seu *caput*, o art. 170 das Constituição relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de **inconstitucionalidade do ato praticado ao arreio de qualquer deles**. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabelecer metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios.⁴²⁰ (grifado)

⁴¹⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005. p. 767.

⁴²⁰ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 134.

O Art. 170 da Constituição da República estabelece os princípios gerais da ordem econômica trazendo garantias como a liberdade de iniciativa do setor privado, mas disciplinando limites a serem seguidos tendo em vista outros valores constitucionais como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

A livre iniciativa impõe obrigações de cunho negativo e positivo para o Estado. As de perfil negativo relacionam-se com a não intervenção do Estado, salvo nos casos determinados na própria constituição, criando-se e respeitando-se um espaço de autonomia da esfera privada. Já as obrigações de perfil positivo impõem ao ente público tomar medidas de modo a assegurar a própria existência e “fertilidade” desse âmbito privado, adotando medidas de estímulo à economia e ao desenvolvimento privado.

O princípio da livre concorrência é, por sua vez, um corolário da livre iniciativa ou, até mesmo, uma forma de incidência da livre iniciativa no contexto das relações de concorrência no mercado.

Cumpre perceber que tais princípios incidem sobre o mercado. Este, por sua vez deve ser entendido como um sistema de relações, constituídas através do direito, através da circulação eficiente dos recursos econômicos. Num viés normativo, o mercado deve ser eficiente, permitindo uma circulação fluida de bens na economia, permitindo melhor alocação dos recursos. Nesse sentido, é elucidativa a lição de Rachel Sztajn:

Na medida em que se entenda mercado como uma instituição que vise a criar incentivos, reduzir incertezas, facilitar operações entre pessoas, fica clara a idéia de que mercados aumentam a prosperidade e, portanto, o bem-estar geral. Intervenções em mercados podem ser tanto reguladoras quanto moderadoras do conjunto de operações neles realizadas. Aquelas são intervenções disciplinadoras de certos mercados, estas as destinadas a corrigir desvios que comprometem o funcionamento do mercado.⁴²¹

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência se traduzem em pautas normativas que devem orientar a atuação dos poderes públicos, de modo a estimular a concorrência que, do ponto de vista econômico, é necessária ao desenvolvimento social.

Os mercados com efetiva concorrência entre os agentes econômicos interessam às sociedades, uma vez que geram competição e, por conseguinte, mantêm os preços próximos ao custo de produção, possibilitando, a um maior número de pessoas, o acesso ao que é produzido.

⁴²¹ SZTAIN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Atlas, 2004. p. 36.

Desse modo, a concorrência efetiva, enquanto mecanismo de proteção ao consumo e ampliação de acesso aos produtos, é o valor salvaguardado em nível constitucional. Sintetiza bem Rachel Sztajn:

Mercados livres, atomizados e concornciais, ou de concorrência perfeita, em que a barganha entre ofertantes e adquirentes é comum, são o modelo ideal para troca econômica. Por serem atomizados, dificultam aumentos arbitrários de preços, manipulação da oferta e, segundo a teoria econômica, promovem o bem-estar social.⁴²²

A ordem econômica constitucional adotou então esta postura central de resguardar a concorrência e promover condições para a efetiva competição.

Esse compromisso constitucional com a promoção da competitividade no mercado implica que o Estado deve reprimir situações patológicas de concorrência, como no caso dos monopólios, que são a antítese da concorrência perfeita.

5.5.2.1 Os Monopólios Constitucionais

Conclui-se, do já exposto, que a Constituição não vê com bons olhos a existência de monopólios, todavia, em casos específicos e de interesse à soberania nacional, existem monopólios não só permitidos, como necessários.

O rol explícito de tais monopólios está no art. 177:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

- I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
- II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
- III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
- IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
- V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

Além desses monopólios, é importante perceber que existem outros no texto constitucional. Ganhou relevância no cenário atual a questão do monopólio sobre o serviço

⁴²² SZTAIN, Rachel. *Op. cit.* p. 47.

postal, contestado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46, que questiona dispositivos da lei 6.538/78 e sua não recepção pela Constituição.

Apesar da indecisão no STF, o caso serve para mostrar que existem outros espaços constitucionais para monopólios. Um espaço que chega, até mesmo, ao patamar de um direito fundamental é a questão da propriedade intelectual.

A existência de direitos de exclusividade sobre criações do intelecto permite “monopólios” de fato na seara econômica sem estarem os mesmos insertos nas disposições da ordem social.

Até a carta constitucional de 1946 a proteção das criações intelectuais ainda contava com a possibilidade de pagamento de um prêmio pelo Estado ao inventor ou criador pela vulgarização do invento. No novo cenário constitucional, a proteção passa a se consubstanciar numa restrição da concorrência. Nesse sentido, a síntese:

(...) até 1967, as várias Constituições, desde o Império, determinavam que a lei lhes assegurasse privilégio exclusivo e temporário, ou remuneração, como resarcimento da perda que hajam de sofrer por sua vulgarização (Constituição de 1824, art. 179, inc.26), ou então, na República, o privilégio seria concedido pelo Congresso, consistindo em prêmio razoável, quando houvesse conveniência de vulgarizá-lo (Constituição de 1934, art.113, inc. 13, e de 1946, art. 141, § 17), determinaram os constituintes de 1934 e de 1946, omitindo-se, neste particular, a Carta de 1937, a de 1967, a de 1969 e a 1988. Em 1967, continuando em 1969, a Constituição “retirou a referência à salvaguarda do lado social da invenção, não permitindo mais que o Estado a vulgarizasse mediante pagamento de justo prêmio, ou seja, de acordo com o valor do invento e dos gastos que se ornassem indispensáveis. Em nossos dias, caba somente o instituto da desapropriação, que, aliás, não é privilégio algum, conservando-se apenas o privilégio temporário, retirado o prêmio justo ao inventor.⁴²³

Portanto, é fácil verificar que a propriedade intelectual, mesmo que se procure dar um cunho de reconhecimento social aos inventores, pode ser interpretada como uma política pública constitucionalmente prescrita.

Existe um comando constitucional para que se proceda ao estímulo à criação e ao desenvolvimento. Além disso, a própria norma estabelece o mecanismo pelo qual se fará essa promoção, através da concessão de direitos exclusivos.

⁴²³ JUNIOR, J. Cretella *apud* BARBOSA, Denis Borges. Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 59, p. 16-39. jul./ago. de 2002.

5.5.2.2 Direitos de Propriedade Intelectual como Monopólios Constitucionais

Os direitos de propriedade intelectual representam um direito de exclusividade e, conforme demonstrado no capítulo sobre sua evolução histórica, sempre pairaram críticas com fundamento no efeito de monopólio artificial que é criado. Para tais críticos, a outorga de direitos de propriedade intelectual, em qualquer de suas doutrinas específicas, nada mais seria que a tolerância de um monopólio, de uma exclusividade por parte do Estado em favor do indivíduo.

Cumpre, contudo, consignar o posicionamento de autores como Robert Sherwood, para quem a propriedade intelectual deve ser entendida de forma diversa de um monopólio, pois esta deve ser percebida como uma proteção, um estímulo ao desenvolvimento humano.

Na visão do autor, o foco da noção de monopólio é a exclusividade na própria atividade a ser desempenhada. Já para a propriedade intelectual o foco é exclusividade de aproveitamento de uma criação intelectual, nos limites do necessário, para promover a inovação. Nesse sentido:

A propriedade intelectual pode oferecer uma vantagem importante, mas não é um monopólio. Num monopólio, especialmente quando for criado por iniciativa governamental, como é frequente em muitos países comunistas e em desenvolvimento, a empresa, na verdade, não fracassa porque ela é protegida. A propriedade intelectual protege a idéia, a invenção, a expressão criativa, mas não a empresa. No caso da propriedade intelectual, o produto da mente pode fracassar ou ser suplantado no mercado. No caso de um monopólio, é a própria empresa o objeto de proteção.⁴²⁴

Consubstanciando tal entendimento, segue a posição do ilustre Richard Posner, para quem:

(...) a patent or copyright confers a legal “monopoly” on the patent or copyright holder. This usage, though common, is unfortunate, because it confuses an exclusive right with an economic monopoly. I have the exclusive right to the use of my house, but I am not a monopolist and would not be even if the house were very valuable. A patent or copyright does carve out an area of exclusive rights, but whether the rights holder can use his rights to obtain a monopoly return depends on whether there are good substitutes for his product (...)⁴²⁵

⁴²⁴ SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: EdUsp. 1992. p.61.

⁴²⁵ POSNER, Richard A., **Transaction Costs and Antitrust Concerns in the Licensing of Intellectual Property**. John Marshall Review of Intellectual Property. Vol. 4. Iss. 3. 2005. p. 329. Tradução livre: “(...) uma patente ou um copyright conferem um “monopólio” legal para os seus detentores. Esta prática, apesar de comum, é um tanto infeliz, pois confunde a idéia de um direito exclusivo com a idéia de um monopólio econômico. Eu tenho o direito exclusivo ao uso de minha casa, porém não sou um monopolista, nem mesmo se a casa fosse extremamente valiosa. Uma patente ou um copyright efetivamente cria uma área de direitos exclusivos, porém se

Tais considerações são precisas, porém, estão baseadas na premissa de um correto equilíbrio, tanto no escopo como no prazo de proteção, que a legislação confere à propriedade intelectual.

No entanto, como já foi indicado no tópico inicial, quase sem nenhuma exceção o conjunto de direitos outorgados e a duração dos mesmos têm crescido de forma contínua, dramática e em constante aceleração. Além disso, essa expansão, conforme identificada no capítulo anterior propicia que a propriedade intelectual se preste a uma série de usos patológicos. Dessa forma, sem o devido equilíbrio para a propriedade intelectual, esta está se consubstanciando num próprio empecilho para a atividade criativa e inventiva humana.

Os direitos autorais, ao invés de estimularem as criações artísticas, estão a permitir um controle exacerbado dos autores sobre trabalhos e conteúdos que inegavelmente já se incorporam ao pool cultural comum. As patentes por sua vez, estão a limitar o acesso e o desenvolvimento de tecnologias que poderiam fazer avançar a fronteira do conhecimento humano. Marcas, símbolos e significados são retirados do universo cultural comum, apropriados e revendidos com exclusividade à própria sociedade.

De tal modo, os efeitos da propriedade intelectual são utilizados de forma a representar verdadeiros monopólios para determinada atividade ou tipo de produto. Mesmo que a proteção seja conferida à criação intelectual, existindo empresas cuja atividade é exatamente a comercialização desse objeto intelectual, o que o direito criou foi, exatamente, um monopólio dessa atividade.

Devido a este profundo impacto na economia e no mercado, além de sua própria existência se relacionar com o desenvolvimento, a propriedade intelectual deve ser observada sob a ótica principiológica da ordem social e econômica constitucional.

Balmes Vega Garcia aponta as tensões constitucionais que incidem sobre a propriedade intelectual, particularmente sobre a propriedade industrial:

(...) o Sistema de Ciência, Tecnologia e Inovação a partir da sua vertente de Propriedade Industrial, Lei n. 9.279/96, que reconhece direitos exclusivos na exploração econômica de objetos de patentes, sofre forte tensão de três direções: Primeiro, pela natureza monopolística deste direito, ainda que temporal, no plano concorrencial, (...), colidindo com o enunciado do art. 173, § 4º da Carta (...). Segundo, a partir da Lei de Inovação, pela questão dos custos da pesquisa pública

o titular será ou não capaz de usar esses direitos para obter um monopólio depende da existência ou não de bons substitutos para o seu produto (...)".

assumidos pela sociedade duas vezes, uma pelas despesas de pesquisa suportadas pelos Institutos de Pesquisa Públicos, incluindo as Universidades e apropriado pelas empresas, outra assumida pelos consumidores no momento de aquisição de bens e produtos à medida que os consumidores no momento de aquisição de bens e produtos à medida que os custos de pesquisa serão repassados nos preços aos mesmos. Terceiro, na afastabilidade do desenvolvimento tecnológico autônomo brasileiro a partir da implementação do Sistema de Propriedade Industrial, compreendendo a LPI, reconhecendo a patenteabilidade de intenções, em um ambiente onde os depósitos de pedido de patentes de não-residentes supera e muito o depósito em relação ao de residentes, mostrando que a patenteabilidade, única e exclusivamente, dissociada de outras medidas, como a implementação de políticas econômica e industrial e um Plano Nacional de Desenvolvimento, torna a competição e a concorrência econômica com as transnacionais ainda mais difícil e desigual⁴²⁶

A exclusividade dos direitos de propriedade intelectual, portanto, deve ser harmonizada e delimitada pelos princípios da ordem econômica dos Estados Democráticos Constitucionais modernos.

Assim sendo, a correta compreensão dos limites de proteção estatal para um direito de propriedade intelectual encontra-se num juízo de proporcionalidade sobre os diferentes princípios constitucionais envolvidos, em especial os princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

5.5.2.3 Ponderação Constitucional entre os Princípios da Livre Iniciativa e Concorrência e a Proteção das Criações Intelectuais

O inc. XXIX do Art. 5º indica que o privilégio temporário que será conferido ao inventor deve ter em vista o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Essa textura aberta do dispositivo remete a toda a principiologia da ordem econômica, especialmente por ser o desenvolvimento econômico orientado pelos princípios do art. 170 da Constituição Federal.

Portanto, os direitos de propriedade intelectual, ou melhor, a forma como se devem estruturar esses privilégios na legislação se consubstancia num interesse difuso de toda a coletividade.

Há um direito da coletividade de que os privilégios legais atinjam os fins constitucionalmente estabelecidos. Existe um direito da coletividade de que as proteções

⁴²⁶ GARCIA, Balmes Vega. **Direito e Tecnologia – Regime Jurídico da Ciência, Tecnologia e Inovação**. São Paulo: LTr, 2008. p. 136.

outorgadas às criações imateriais sejam tantas que venham a inibir o próprio desenvolvimento cultural e tecnológico.

Assim, apesar do dispositivo constitucional indicar que a lei irá definir o escopo e a duração dos direitos de exclusividade existe um limite constitucional implícito que decorre da moldura axiológica da constituição. Há como que uma condição de eficiência social mínima, para que os privilégios dos incisos XXVII e XIX se reputem constitucionais.

O argumento que aqui se apresenta seria o conteúdo jurídico da expressão: *“...tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”*. Um comando imperativo que vai moldar os limites da proteção à propriedade intelectual.

Tal expressão também funciona como uma ponte interpretativa dentro da própria constituição, pois o desenvolvimento tecnológico e, principalmente, o econômico é determinado pelos princípios da ordem econômica.

Os princípios da livre iniciativa e livre concorrência ganham um destaque nessa análise, pois se tratam de opções constitucionais de organização social-econômica. Tratam-se das escolhas do corpo social, criando uma esfera de liberdade de atuação no mercado para que os indivíduos possam atuar na busca de seus interesses e com isso promover o desenvolvimento.

Há uma colisão aparente entre essas duas linhas de princípios constitucionais. A primeira linha de proteção aos criadores, garantindo-lhes exclusividade de utilização e aproveitamento de seus inventos e obras e, a segunda, garantindo à coletividade o direito de acesso às atividades econômicas.

O ordenamento jurídico ao produzir a proteção ao detentor de determinada patente, permitindo-lhe impedir que outros utilizem seu invento ou processo para ingressar no mercado e nele atuar, está gerando uma restrição à livre iniciativa. Tal restrição só é constitucional na medida de seu efeito – impulsionar o desenvolvimento econômico e tecnológico.

A necessidade dessa harmonização e ponderação é revelada no próprio acordo TRIPS – *Trade Related Aspects of Intellectual Property*, no âmbito da OMC. No preâmbulo do Acordo, os Estados-membros devem assegurar que as medidas e procedimentos adotados

para a observância dos direitos de propriedade intelectual não podem servir de barreiras ao comércio legítimo.⁴²⁷

Apesar de ser direcionada ao contexto de comércio exterior, fica patente que a propriedade intelectual não pode ser utilizada como forma de barreira ao comércio, bem como à entrada de novos competidores no mercado.

Mais ainda, há a obrigação de intervenção do Estado de atuar de modo a evitar que se formem monopólios privados, consoante o art. 173, § 4º da Constituição Federal. Esse comando constitucional não deve ser interpretado tão somente a implicar uma postura de repressão *a posteriori* de uma situação de dominação já verificada.

É proposta deste trabalho demonstrar que a Constituição ao determinar que: “*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*” não está somente determinando um comando de criação de uma lei tal como a Lei 8.884/94 e de um sistema de proteção da concorrência com órgãos como a SDE e o CADE.

O verdadeiro comando constitucional é direcionado a todos os poderes públicos que devem pautar suas atuações de modo a reprimir as situações de restrição da concorrência como forma de consubstanciar o respeito ao princípio da livre-concorrência.

Cogita-se de uma determinação ao legislador infraconstitucional de que o mesmo não só deve criar um corpo legislativo como o da Lei 8.884/94, como deve se abster de criar leis que permitam a concentração de monopólios privados.

Trata-se de uma limitação de ordem constitucional à lei referida nos incisos XIX e XXVII do art. 5º da Constituição. Todo o corpo legislativo referente à propriedade intelectual (Lei de Propriedade Industrial, Lei de Direitos Autorais, Lei do *Software* e demais diplomas normativos) deve ser tal que permita a recuperação dos investimentos realizados com o desenvolvimento de uma nova idéia, bem como estimule novas criações, sem, contudo, estabelecer proteções tão excessivas que venham a gerar monopólios.

Luiz Fernando Pereira, tratando do direito de propriedade industrial, indica que o mesmo evoca não somente a atribuição de privilégios, mas impõe responsabilidades aos agentes econômicos do mercado:

⁴²⁷ HEINEMANN, Andreas. Antitruste Internacional e Propriedade Intelectual. In: RODRIGUES JR, Edson Beas; POLIDO, Fabrício. (Orgs.). **Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 441.

(...) a propriedade industrial induz essencialmente a duas ordens de idéias: (01) “a atribuição de faculdade de utilizar, de forma exclusiva ou não, certas realidades imateriais” e (02) “a imposição de determinados deveres no sentido de os vários agentes econômicos do mercado procederem honestamente”. A primeira parte se refere propriamente aos direitos de propriedade industrial. A segunda parte impõe uma forma de agir cuja violação dá origem à chamada concorrência desleal. Embora houvesse certa sobreposição daquilo que se pretendia tutelar no âmbito da propriedade industrial e da concorrência desleal, (...) Isso não retira a intrínseca ligação que persiste entre esses dois institutos, ditada essencialmente pela função comum de garantia da lealdade e concorrência.⁴²⁸

O princípio da livre iniciativa poderia ainda ser visto como um fundamento possível para que o Estado, em razão da supremacia do interesse público, “desapropriasse” mediante indenização adequada, direitos relativos à propriedade intelectual e os colocasse no domínio público.

Observe-se que tal situação não é estranha ao constitucionalismo pátrio, pois, já na primeira Constituição brasileira, havia a previsão de que o benefício conferido aos autores de inventos industriais seria um prêmio ou resarcimento, se a vulgarização do invento conviesse aos interesses da sociedade.

A livre iniciativa e concorrência possuem severas implicações na propriedade intelectual quando se pensa em termos de acesso ao conhecimento e à informação. O desenvolvimento econômico perpassa pelo acesso e liberdade de utilização do conhecimento humano,

Stiglitz, Amartaya e milhares de outros economistas começaram a notar a correlação perversa entre direito de propriedade intelectual, de um lado, e direito do acesso à informação e ao conhecimento do outro. A hipótese com que trabalhamos é simples: em vez de estar a favor da produção e da disseminação de conhecimento, o direito de propriedade intelectual, quando radicalizado, limita injustamente o acesso à informação e pode se voltar contra o legítimo direito dos povos ao conhecimento.⁴²⁹

A sociedade utilizaria essa faculdade para construir sobre esse conhecimento existente. A propriedade intelectual pertencente ao Estado poderia ainda ser utilizada de forma estratégica, para promover o acesso de novos competidores não detentores de uma tecnologia mais avançada, promovendo-se, assim, a concorrência.

⁴²⁸ PEREIRA, Luiz Fernando C. **Tutela Jurisdicional da Propriedade Intelectual:** Aspectos Processuais da Lei 9.279/96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 40.

⁴²⁹ FALCÃO, Joaquim. *Apud* BARBOSA, Denis Borges. Domínio Público e Patrimônio Cultural. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 119.

A harmonização necessária entre os princípios da livre iniciativa e livre concorrência e a propriedade intelectual reside na compreensão de todos são necessários a uma tutela saudável do mercado. Karin Grau-Kuntz discorre sobre a estreita relação que possui o sistema de patentes com a promoção do bem estar social, bem como o aspecto concorrencial do mercado, *verbis*:

A proteção garantida ao inventor, (...), 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, consequentemente, 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.*⁴³⁰

O mercado, por sua vez, não impõe que a regulação da propriedade intelectual seja necessariamente orientada de modo a conferir o máximo de proteção e apropriação individual.

Existem modelos de negócio viáveis e lucrativos que não se alicerçam sobre direitos exclusivos nos bens imateriais e limitação de acesso ao conhecimento, a exemplo do *software* livre.

5.5.3 Software Livre e Princípios Constitucionais

5.5.3.1 Considerações iniciais

A definição jurídica de *software*, na lição de Marcos Wachowicz, abrange a composição de vários elementos:

O software abrange, além do programa de computador em si, que é a linguagem codificada, também a descrição detalhada do programa, as instruções codificadas para criar o programa, a documentação escrita auxiliar deste, bem como outros

⁴³⁰ GRAU-KUNTZ, Karin. **Direito de Patentes – Sobre a interpretação do Artigo 5º, XXIX da Constituição brasileira.** Artigos da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. Disponível em: <http://www.ibpi.org.br/d_pat.html>. Acesso em: 14.07.08.

materiais de apoio relacionados. Isso tudo para que, uma vez ocorrida a incorporação do software ao meio físico hardware, possibilite-se a execução de inúmeras funções previamente determinadas e que estão disponíveis para serem utilizadas e realizadas pelos usuários do computador.⁴³¹

Não obstante o *software* prestar-se a realização de funções em equipamentos computacionais, aproximando-se, assim, mais de uma “solução técnica” do que de uma forma de trabalho artístico, o software é protegido pelo direito autoral, com tutela simultânea da nº 9.609/98 que é específica e da Lei de direitos Autorais e da Lei nº 9.610/98 própria do *Software*. Saliente-se que o art. 2º da Lei 9.609/98 expressamente referencia a proteção autoral sobre o *software* naquilo que for pertinente: “*Art. 2º. O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.*”

Consoante Calos Correia, a tutela do *software* pelo direito autoral atende aos interesses de grandes países detentoras de tecnologia, especialmente os Estados Unidos, que pressionou por esse tipo de proteção:

By pushing the copyright way, the US government and industry strategically opted for a form of protection which is cheaper to obtain than industrial property rights, that does not require disclosure and, above all, that permits almost universal and automatic protection without registration, since the very date of creation of the program.⁴³²

José de Oliveira Ascensão corrobora este entendimento, destacando as vantagens de uma tutela autoral para a ótica proprietária:

- 1) O direito de autor dá a proteção mais extensa entre os direitos intelectuais, o que convinha ao país líder na produção de programas;
- 2) O direito de autor dá proteção automática, sem obrigação de revelar a fórmula do programa, ao contrário do que aconteceria com a patente;
- 3) A qualificação como direito de autor permitiria exigir o tratamento nacional, ao abrigo da Convenção de Berna e outras convenções multilaterais, não esperando a elaboração de nova convenção e o lento movimento de ratificações;
- 4) a qualificação como direito de autor permitiria sustentar que o programa de computador seria já tutelado pelas leis nacionais sobre o direito de autor, independentemente da aprovação de leis específicas sobre programa de computador.⁴³³

⁴³¹ WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação.** Curitiba: Juruá Editora, 2004. p. 71.

⁴³² CORREA, Carlos M. **Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options.** London: Zed Books, 2000. p. 129. Tradução livre: “Na busca de uma tutela através do copyright, o Governo Americano e a indústria optaram estrategicamente por uma forma de proteção que é mais barata de se obter que direitos de propriedade industrial, que não requer divulgação e, acima de tudo, permite uma proteção automática quase universal, sem necessidade de registro, desde a data da própria criação do programa.”

⁴³³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.p. 668.

O *software*, portanto, já apresenta em sua tutela jurídica uma gênese proprietária, bem como no interesse de grandes nações detentoras de tecnologia em garantir uma proteção tão ampla quanto possível aos seus ativos intelectuais.

Essa mesma lógica se reflete no *software* proprietário tradicional, que vem a ser aquele em que o usuário não adquire a propriedade do programa, conseguindo apenas uma licença ou permissão de utilização. Além disso, o acesso se dá somente à funcionalidade do programa, ao conjunto de instruções e à linguagem da programação que efetivamente criam as funcionalidades do programa protegidas, não sendo acessadas pelos usuários.

Em oposição a esse sistema de *software* proprietário, há a figura do *software* livre, que seria o software onde o código-fonte do programa, ou seja, o conjunto de instruções em linguagem de programação que permite ao usuário entender a funcionalidade do programa, é dado ao conhecimento dos usuários.

Mais precisamente, para que um *software* seja considerado “livre”, ele deve permitir aos usuários um conjunto mínimo de liberdades, que são basicamente de quatro ordens: a) liberdade de executar o programa, para qualquer propósito; b) liberdade de estudar como o programa funciona, com acesso ao código-fonte, e adaptá-lo para as suas necessidades; c) liberdade de redistribuir cópias de modo a ajudar os demais usuários e a promover a divulgação do programa; e d) liberdade de aperfeiçoar o programa e liberar os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda a comunidade se beneficie do acesso ao código-fonte.⁴³⁴

Diversos órgãos do Governo Federal, Estados e Municípios têm adotado preferencialmente o *software* livre por diversas razões de ordem prática e técnica. Com a adoção do software livre, há uma mudança de abordagem. Os entes governamentais deixam de ser cativos das limitações dos softwares proprietários, para ter acesso ao real conhecimento subjacente à tecnologia.

Para viabilizar a utilização do *software* livre, foi firmado um acordo entre a Fundação do Software Livre e o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, através da escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas e da organização não-governamental americana

⁴³⁴ WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação.** Curitiba: Juruá Editora, 2004. p. 89-90.

Creative Commons. Desse convênio, originou-se a CC-GNU GPL, licença oficial que tem sido utilizada pelo Governo Federal para o licenciamento de software em regime livre.⁴³⁵

Essa Licença Pública Geral, adaptada ao ordenamento jurídico brasileiro, concede ao usuário basicamente quatro direitos: a) executar o programa para qualquer propósito; b) estudar como o programa funciona e adaptá-lo para suas necessidades; c) redistribuir cópias; e d) aperfeiçoar o programa e distribuir os aperfeiçoamentos realizados.

Além destes direitos, a licença também impõe os seguintes deveres: a) publicar em cada cópia um aviso de direitos autorais (*copyright*) e uma notificação sobre a ausência de garantia; b) redistribuir as alterações, porventura realizadas, mediante a mesma licença originária; e c) distribuir as alterações incluindo o código-fonte correspondente completo.

5.5.3.2 Dimensões de interação com princípios constitucionais:

Na relação com os princípios constitucionais, Joaquim Falcão, Carlos Affonso Pereira de Sousa e Diego Werneck Arguelhes, destacam a existência de três dimensões principais de interação do *software* livre com os princípios constitucionais:

São três as dimensões a partir das quais se enfoca o software livre em suas relações com os princípios constitucionais: uma dimensão formal, como contrato privado, e duas dimensões substantivas – como política pública e como modo de produção do conhecimento tecnológico.

A primeira dimensão compreende a simples relação de troca entre o autor do código fonte e seus múltiplos, inominados e sucessivos usuários. Nesta dimensão, estamos nos domínios do direito de propriedade e, dentro deste, na seara específica do direito de propriedade intelectual. O foco é o contrato, com os direitos e obrigações nele estabelecidos entre o autor e os usuários em torno do usar, gozar e dispor do software livre.

[...]

A segunda dimensão aparece quando se indaga sobre as partes da relação; uma delas é justamente a administração pública. Neste caso, além da dimensão de direito de propriedade intelectual, surge a dimensão do ato administrativo. O foco é a política pública que busca atender demandas de informatização e, ao mesmo tempo, contribuir para atingir os objetivos diretos e indiretos de curto, médio e longo prazo, da administração pública, entre os quais a autonomia tecnológica do país.

[...]

Finalmente, a terceira dimensão surge quando se avaliam suas consequências e o software livre, que já apareceu como contrato e como política pública, aparece agora como participante de um determinado modo de produção do conhecimento tecnológico. Aqui, o software livre é entendido como um meio que contribui para a

⁴³⁵ Histórico do projeto e quadro dos órgãos federais que utilizam o *software* livre disponível no site: <<http://www.softwarelivre.gov.br>> .

produção, circulação, difusão e distribuição do conhecimento.(...) Contribui para a construção do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição.⁴³⁶

Com efeito, no cerne do *software* livre está a existência da exclusividade legal que é atribuída aos direitos de propriedade intelectual, contudo, essa exclusividade é utilizada em prol do grupo, pois cada novo programa elaborado será necessariamente livre, pois os termos da licença originária assim determinam. Dessa forma, o sistema de propriedade intelectual, voltado para conferir um máximo de poder ao titular dos mesmos, é utilizado para assegurar um conjunto de liberdades aos usuários.

No tocante à dimensão de política pública, convém observar que o *software* livre, dentro de um juízo de discricionariedade do administrador público, pode-se mostrar mais adequado para a consecução da eficiência constitucionalmente prescrita (art. 37, *caput* da CF/88).

Com efeito, o *software* livre tende a ser mais barato, pois na medida em que tem seu código fonte aberto, não está sujeito ao controle exclusivo de um único titular, podendo qualquer indivíduo “customizá-lo”, ou seja, promover alterações para talhar o *software* às necessidades particulares do usuário.

Como o código-fonte é aberto, em tese, qualquer indivíduo pode estudá-lo e eventualmente prestar serviços de assistência técnica sobre o mesmo, diferentemente do *software* proprietário, onde a assistência técnica tende a ser um monopólio do titular. Além disso, a utilização de *software* livre promove a real internalização nacional do conhecimento, pois permite a compreensão da própria funcionalidade do programa, que, no caso do *software* proprietário, reside somente com o titular dos direitos de propriedade intelectual.

Nesta perspectiva, o *software* livre pode representar mais do que uma simples escolha administrativa para a gestão informática dos entes públicos:

Além de procurar resolver o problema da demanda de informatização da administração pública no cotidiano da gestão do Estado, o *software* livre vincula-se a outra política pública de igual responsabilidade e importância para o governo. Trata-se de atender às diretrizes constitucionais estabelecidas no artigo 218 (incentivar a pesquisa e a capacitação tecnológica) e no artigo 219 (incentivar o mercado interno, constituído como patrimônio nacional, através da autonomia

⁴³⁶ FALCÃO, Joaquim, PEREIRA DE SOUSA, Carlos Affonso; ARGUELHES, Diego Werneck. A Constituição e o software livre. In: FALCÃO, Joaquim; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **DIREITO DO SOFTWARE LIVRE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. Fundação Getúlio Vargas FGV- Direito Rio. Disponível em: http://people.ox.ac.uk/thompson/wp-content/uploads/2008/02/direitodosl_e_administracaopublica.pdf. Acesso em: 08/08/2008.

tecnológica). Sendo que a pesquisa tecnológica deve voltar-se preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros.⁴³⁷

Assim, o *software* livre permitiria à Administração uma maior liberdade na escolha dos fornecedores, além de ter mais opções na “customização” dos programas.

A Administração libertar-se-ia, por exemplo, de estar vinculada a um fornecedor exclusivo ou de uma tecnologia que lhe é desconhecida, situações que possuem implicações relevantes sobre o princípio da soberania nacional (art. 1º, inc. I e art. 170, inc. I da CF/88), especialmente, num contexto onde grande parte das atividades essenciais do estado, tais como serviços públicos e defesa nacional dependem de sistemas informatizados.

Entretanto, existem argumentos contrários à utilização do *software* livre como opção preferencial pela Administração Pública, os argumentos seriam de que uma manifestação explícita de preferência seria contrária aos princípios de livre concorrência, restringindo a competitividade no mercado de *software*. Tais argumentos foram levantados perante o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.059, proposta pelo Partido da Frente Liberal (PFL), que objetivava ver declarada a inconstitucionalidade de uma lei do Rio Grande do Sul que determinada adoção preferencial de *software* livre pela administração⁴³⁸.

A referida lei explicitava claramente uma opção pela adoção do software livre no âmbito da administração estadual. A argumentação apresentada pela parte autora consistia na suposta violação da Constituição Federal, basicamente por ferir competência da União para estabelecer normas gerais no tocante a licitação. Além disso, argumentou-se que a eventual prioridade dada ao software livre estaria a violar os preceitos constitucionais da Administração de imparcialidade, moralidade e igualdade entre os licitantes. A medida liminar deferida pelo relator Min. Carlos Ayres Brito versou apenas sobre aspectos formais para suspender a lei em questão. O pretório excuso não exarou nenhum juízo meritório acerca do software livre. Ainda não houve julgamento do mérito.

Destaque-se que tal iniciativa legislativa não é isolada. Diversos projetos de lei tramitam no Congresso Nacional: o Projeto de Lei nº. 2.269/1999, que “Dispõe sobre a

⁴³⁷ FALCÃO, Joaquim, PEREIRA DE SOUSA, Carlos Affonso; ARGUELHES, Diego Werneck. A Constituição e o software livre. In: FALCÃO, Joaquim; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **DIREITO DO SOFTWARE LIVRE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. Fundação Getúlio Vargas FGV- Direito Rio. Disponível em: http://people.ox.ac.uk/thompson/wp-content/uploads/2008/02/direitodosl_e_administracaopublica.pdf. Acesso em: 08/08/2008.

⁴³⁸ Lei Estadual do RS nº. 11.871, de 19 de dezembro de 2002, que "Dispõe sobre a utilização de programas de computador no Estado do Rio Grande do Sul".

utilização de programas abertos pelos entes de direito público e de direito privado sob controle acionário da administração pública”, correndo apensos os Projetos de Lei nº. 3.051/2000, nº. 4.275/2001, nº. 7.120/2002, nº. 2.152/2003, nº. 3.280/2004 e nº 3.070/2008.⁴³⁹

A questão central a ser observada quanto ao *software* livre é que o mesmo é ilustrativo da tensão fundamental da propriedade intelectual entre controle e liberdade.

O controle, normalmente, está associado aos modelos proprietários de *software*, que revelam a preocupação com o direito do titular sobre o bem imaterial. Os modelos de *software* livre, por sua vez, se fundamentam na atribuição de liberdades aos usuários e têm se mostrado uma alternativa social e econômica viável ao modelo tradicional.

Os dois modelos apresentam vantagens e desvantagens. Contudo, o *software* livre, na opinião deste trabalho, parece melhor por promover os valores constitucionalmente consagrados, sendo até mesmo um indicativo de que o sistema de propriedade intelectual necessita de uma revisão interpretativa no seu modo de utilização.

Não se deve somente proteger modelos tradicionais de negócio, mas permitir novas formas de produção social, economicamente viáveis, e, possivelmente, mais democráticas e capazes de ensejar um desenvolvimento nacional mais adequado.

5.5.4 Ensino, Cultura, Ciência e Propriedade Intelectual

Existe uma plethora de dispositivos constitucionais que ressaltam a promoção do ensino, do desenvolvimento tecnológico e cultural, caracterizando estes últimos como patrimônio cultural.

Não obstante os direitos autorais e de propriedade industrial possuam um impacto direto sobre a cultura, ciência e tecnologia do país, estes usualmente são pensados dentro de um paradigma do art. 5º, ou seja, numa perspectiva individual do autor e inventor.

Contudo, a própria constituição possui, no seu Capítulo III, a “Seção I – Da Educação”; a “Seção II – Da Cultura” e o “Capítulo IV – Da Ciência e Tecnologia”. Destacando-se os art.ºs 205, 206, 216 e 218:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno

⁴³⁹ Projetos de lei disponíveis em <<http://www.camara.gov.br>>. Último acesso em 13 de janeiro de 2006.

desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

[...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

[...]

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

[..]

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

(grifado e negritado)

Tais direitos tratam do ensino e da cultura, ciência e tecnologia pela perspectiva da sociedade. Devido a esta valoração constitucional, estas áreas apresentam problemas específicos quando da interação com a sistemática dos direitos de propriedade intelectual.

5.5.4.1 Ensino, cópia de livros e propriedade intelectual

A cópia de partes de livros, por professores, para utilização como material didático durante as aulas, é algo comum nas universidades brasileiras, bem como a cópia de partes de livros por estudantes para estudo e pesquisa.

Porém, apesar dessa prática ser necessária para a formação acadêmica e, portanto, correlata à eficácia do direito fundamental a educação, a mesma está em descompasso com a legislação autoral, pois tais cópias são feitas sem a autorização do titular.

A compatibilização dos interesses dos alunos e professores em utilizar um determinado material protegido e dos titulares dos direitos sobre o mesmo encontram uma harmonização na previsão no inciso II, do art. 46 da Lei 9.610/98, pela qual não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro, como no caso dos estudantes e professores.

A legislação não define o que seriam estes “pequenos trechos”. Ocorre, portanto, uma situação de insegurança jurídica, pois não há como se determinar *a priori* se a cópia eventualmente realizada por um aluno ou professor é, ou não, violação a direitos autorais.

Com efeito, universidades brasileiras vêm tentando suprimir esta lacuna através de orientações próprias, como, por exemplo, a Universidade de São Paulo – USP, que em 2005 editou a Resolução nº 5213/05, que considera “pequeno trecho” a utilização de um capítulo de livro ou de um artigo de periódico, além de permitir a cópia integral de obras que se enquadrem nas seguintes categorias: I – esgotadas sem republicação há mais de 10 anos; II – estrangeiras indisponíveis no mercado nacional; III – de domínio público; IV – nas quais conste expressa autorização para reprodução.

Por outro lado, entidades que congregam editoras, como a Associação Brasileira de Direitos Reprográficos - ABDR, defendem de forma incisiva que a cópia de capítulos inteiros seria uma violação legal, devendo pequenos trechos ser considerados como pequenas e pontuais citações.

Enoch Bruder, então presidente da ABDR quando das foi editada a resolução da USP em 2005 assim se manifestou:

O que é permitido? A lei diz o seguinte, claramente. O que é permitido é (copiar) o pequeno trecho para uso próprio, sem fins lucrativos. Aí a polêmica se instalou. O que é pequeno trecho? A lei não define o que é pequeno trecho de uma obra. Tampouco ela versa sobre porcentagens quando se trata de pequeno trecho. Por exemplo, o que está acontecendo agora com a PUC-SP, com a USP e outras aí: eles defendem que um capítulo é um pequeno trecho.

Nós discordamos frontalmente, porque, no entender da *rogatio legis* de quem fez essa lei no passado, essa definição se refere a um fragmento da obra que não contempla uma substância, ou seja, não se refere à extensão de uma reprodução, mas, sim, ao conteúdo reproduzido. Desta forma, nós entendemos que o pequeno trecho é uma referência, é uma citação, é um ponto de vista sobre uma idéia, não o

contexto da obra, não a essência da obra. Um capítulo, ora, é essência de obra (...). A posição da ABDR é o que está na lei: a reprodução de qualquer coisa tem de ser autorizada. O direito autoral, como reza na lei 9.610, é direito do autor, do criador, do tradutor, do pesquisador, do artista, enfim, é um direito moral e patrimonial de quem criou a obra. A reprodução é a cópia em um ou mais exemplares de uma obra literária. Isso é contrafação, ou seja, sem autorização, fere preceitos legais. É um ato ilícito Civil e Penal.⁴⁴⁰

Essa divergência de posicionamentos demonstra que a legislação necessariamente deve ser complementada para tornar claros os limites dos direitos autorais compatibilizando-os com sua função social perante o ensino. Nesse contexto, em 18 de junho de 2006, foi aprovado na Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados o Substitutivo, de autoria do Deputado Rodrigo Rocha Mendes, ao Projeto de Lei nº 5.046/05, de autoria do Deputado Antônio Carlos Mendes Thame. O projeto contém dois artigos que assim dispõem:

Art. 1º O inciso I do art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescido da seguinte alínea “e”:
 “Art. 46
 I -

e) de qualquer obra, quando comprovadamente esgotada, ou seja, aquela cuja última edição efetivamente publicada não conste mais em catálogo da respectiva editora, tampouco exista estoque disponível para venda, em um só exemplar, para uso exclusivo de estudante, desde que feita por este, sem fins comerciais.”

Art. 2º Ficam os titulares de direito de autor obrigados a tornar disponíveis, por meio da Internet, o conteúdo integral ou fracionado das obras, mediante a remuneração dos direitos autorais.

Embora não trate especificamente do que se deve entender por “pequenos trechos” o projeto já demonstra a preocupação em outorgar um tratamento diferenciado para obras que apesar de ainda estarem num período de proteção, já exauriram sua vida comercial, não se justificando, portanto, a restrição do acesso para finalidades amparadas por valores constitucionais como é o ensino. O projeto ainda é salutar no sentido de determinar que os conteúdos sejam disponibilizados na Internet, o que promove a facilidade de acesso e até mesmo de preservação dos conteúdos.

A compatibilização entre a proteção ao direito autoral e o acesso aos conteúdos das obras dependerá, muitas vezes, da análise do caso concreto, pelo que os magistrados, ao efetivarem o direito através de uma regra de proporcionalidade, devem adequadamente ponderar os valores envolvidos, levando em consideração dentre outros pontos: o efetivo

⁴⁴⁰ PORTAL UNIVERSIA. **Afinal, copiar trechos de livros é certo ou errado?** Notícia Publicada em 12/09/2005. Disponível em: <<http://www.universia.com.br/materia/materia.jsp?id=8743>> . Acesso em: 08/08/2008.

impacto no aproveitamento econômico por parte do autor e a facilidade de acesso à obra, diferenciando entre obras recentes e esgotadas. Não pode, ainda, ser esquecida a realidade do acesso ao ensino, frente ao caráter deficitário das bibliotecas públicas.

Por fim, além de uma legislação específica e uma tutela jurisdicional, este trabalho reputa como essencial, para que haja um correto equilíbrio, a atuação governamental promovendo a restauração e ampliação dos acervos das bibliotecas públicas, iniciativa que, acredita-se, contribuiria para minorar o problema de cópias ilegais, pois existiram espaços institucionais adequados para permitir o acesso ao conhecimento.

5.5.4.2 Patrimônio Cultural, preservação cultural e propriedade intelectual

Analizando o texto constitucional, José Afonso da Silva destaca os seguintes direitos culturais: (a) direito de criação intelectual, envolvendo criações científicas, artísticas e tecnológicas; (b) direito de acesso às fontes de cultura nacional; (c) direito de difusão da cultura; (d) liberdade de formas de expressão cultural; (e) liberdade de manifestações culturais e (f) direito-dever estatal de formação, que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público.⁴⁴¹

Observe-se que, consoante a enumeração de José Afonso da Silva, é possível sintetizar esse rol de direitos numa dicotomia entre duas idéias principais: controle e liberdade. O controle volta-se para o individual, consoante a sistemática subjacente ao art. 5º, refletindo-se na atribuição de direitos aos criadores. A liberdade, por sua vez, volta-se para o social enquanto permite o acesso, a utilização e o dever estatal de formação desse patrimônio, de acordo com o art. 216.

O Princípio da Unidade da Constituição, por sua vez, comanda que a lógica inerente aos dois dispositivos seja harmonizada.

O paralelo que surge entre esses dois pólos constitucionais é expressivo, até mesmo, na terminologia associada. As criações intelectuais previstas no contexto do artigo 5º são, conforme visto no primeiro capítulo, encapsuladas pela nomenclatura de “propriedade intelectual”. Já aos bens imateriais identificados pelo art. 216, estes são referenciados expressamente como “patrimônio cultural”, ou seja, elementos integrantes da Cultura da sociedade.

⁴⁴¹ SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura.** São Paulo: Malheiros, 2001. p. 51.

A cultura, segundo Ana Maria Marchesan “(...) é tudo aquilo que é criado pelo homem. É também um conjunto de entes que, embora não sejam fruto da criação humana (ex. as paisagens naturais) são valorados como bens culturais”.⁴⁴²

Para Danilo Fontenele Sampaio Cunha, é possível compreender “(...) a cultura como sendo a maneira pela qual os humanos se humanizam por meio de práticas que criam a existência social, econômica, política, religiosa, intelectual e artística.”⁴⁴³

Trata-se, portanto, de um termo que envolve uma universalidade não só de bens, mas de sentidos e informações associadas. Logo, a cultura possui várias acepções, e para defini-la é preciso ter uma perspectiva interdisciplinar, sendo o direito uma dessas perspectivas.

A Constituição Federal elevou a cultura a um patamar de preocupação constitucional, dando-lhe contornos de um direito fundamental. Francisco Luciano Lima Rodrigues assim justifica essa interpretação:

(...) com fundamento em uma interpretação sistemática do texto constitucional unindo o disposto no parágrafo segundo do artigo 5º ao inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, pode-se concluir que o direito ao patrimônio cultural brasileiro, definido pelo artigo 216 da Carta Constitucional, seria direito análogo aos direitos e garantias fundamentais é resultante do entendimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana, base da República Federativa do Brasil, fundamenta o direito à preservação da identidade cultural do indivíduo, bem como, dos valores materiais e imateriais relacionados a ações e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.⁴⁴⁴

A preservação do patrimônio cultural surge como um poder-dever do Estado, decorrente de um dos aspectos da dignidade humana que se relaciona com a preservação da identidade cultural de um povo.

Somente com a Constituição Federal de 1998, o patrimônio cultural imaterial ganhou referência expressa, contrapondo-se a um paradigma anterior de que somente bens físicos e edificações com valor histórico seriam integrantes do patrimônio cultural.⁴⁴⁵

⁴⁴² MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17.

⁴⁴³ SAMPAIO CUNHA, Danilo Fontenele. **Patrimônio Cultural – Proteção Legal e Constitucional**. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004. p. 25.

⁴⁴⁴ LIMA RODRIGUES, Francisco Luciano. O Direito ao patrimônio cultural preservado – um direito e uma garantia fundamental. **Revista Pensar**, Fortaleza, p. 52-61, abr. 2007. p. 60.

⁴⁴⁵ GANDELMAN, Silvia Regina Dain. **Propriedade Intelectual e Patrimônio Cultural Imaterial**. In: Anais do Seminário Patrimônio Cultural e Propriedade Intelectual: proteção do conhecimento e das expressões

Na visão de Danilo Fontenele Sampaio Cunha, esse patrimônio imaterial é assim constituído:

As formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas e demais atividades possuidoras de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira compõem o patrimônio imaterial.

Assim, nossas língua e danças, canções, músicas, celebrações, nossos artesanatos, literatura, artes plásticas, cinema, televisão, humor, cozinha e o nosso próprio modo de ser e interpretar a vida formam o nosso patrimônio imaterial.⁴⁴⁶

Esse tipo de patrimônio imaterial não contava com uma política específica de proteção. Em novembro de 1997, por ocasião de um seminário comemorativo dos sessenta anos de funcionamento do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN realizado em Fortaleza/CE, foi elaborado o documento identificado como “Carta de Fortaleza”, onde se fez constar a necessidade de regulamentação da forma de preservação desses bens imateriais. As formas de proteção previstas no art. 216, § 1º para esses bens imateriais foram regulamentadas através do Decreto nº 3.551/2000.

Particularmente, o inc. III do art. 216 da Constituição Federal ressalta que as criações artísticas, científicas e tecnológicas compõem o patrimônio cultural, devendo ser protegidas enquanto tal. No entanto, esse mesmo conjunto de bens imateriais está sujeito à proteção através dos direitos de propriedade intelectual.

Num primeiro momento, seria possível interpretar que não há conflito, pois se tratam de objetivos distintos. A propriedade intelectual estaria voltada para preservar usos econômicos das obras e a proteção do patrimônio cultural para a preservação para fins de identidade cultural.⁴⁴⁷ Entretanto, existem situações de conflitos entre os objetos de proteção.

No campo do direito de propriedade industrial, os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, podem ser objeto de patentes e o registro dos mesmos pode entrar em conflito com eventual exploração econômica. O registro público pode ser conflitante com o segredo necessário à utilização.

culturais tradicionais. Belém/PA, 13-15 de out. 2004. MOREIRA, Eliane; BELAS, Carla Arouca; BARROS, Benedita; PINHEIRO, Antônio. (Orgs.). p. 211-222. Belém: CESUPA/MPEG. 2005. p. 216.

⁴⁴⁶ SAMPAIO CUNHA, Danilo Fontenele. **Patrimônio Cultural – Proteção Legal e Constitucional**. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004. p. 119.

⁴⁴⁷ GANDELMAN, Silvia Regina Dain. **Propriedade Intelectual e Patrimônio Cultural Imaterial**. In: Anais do Seminário Patrimônio Cultural e Propriedade Intelectual: proteção do conhecimento e das expressões culturais tradicionais. Belém/PA, 13-15 de out. 2004. MOREIRA, Eliane; BELAS, Carla Arouca; BARROS, Benedita; PINHEIRO, Antônio. (Orgs.). p. 211-222. Belém: CESUPA/MPEG. 2005. p. 221.

No campo do direito autoral, por sua vez, o registro das expressões e formas de viver, em tese, poderia violar direitos autorais ou de *copyright* das comunidades envolvidas, pois a forma de expressão é exatamente o objeto de proteção legal.

Não obstante as expressões das comunidades tradicionais de relevância histórica – como, por exemplo, povos indígenas e africanos – datem de períodos que usualmente estariam fora do lapso de proteção exclusiva outorgado pelas doutrinas de propriedade intelectual, a tendência de expansão de tais direitos começa a possuir implicações sobre a própria proteção de aspectos culturais que, embora mais recentes, são igualmente significativos para a identidade histórica nacional.

A idéia de que o sistema de propriedade intelectual pode ser um fator de obstáculo à preservação da memória cultural foi um dos argumentos levantados no caso *Eldred v. Ashcroft*, referenciado no capítulo passado.

Uma das petições de *amicus curiae* foi elaborada pela empresa *Hal Roach Studios*, que lida com a restauração de filmes antigos. A entidade demonstrou que a extensão prevista para o tempo de proteção do *copyright* seria prejudicial à preservação da herança cultural cinematográfica americana.

A manifestação expôs que um dos mecanismos de restauração e preservação de filmes é a digitalização, tendo em vista que os instrumentos de gravação no início do cinema baseavam-se em películas químicas fotossensíveis e este material, por si só, degrada-se ao longo do tempo, eliminando, por completo, a própria obra. O ato de digitalizar, contudo, produz uma cópia, necessitando nos termos da legislação, da permissão do titular.

A obtenção de autorização torna-se problemática quando os titulares não são facilmente identificáveis, como nos chamados “trabalhos órfãos”. São trabalhos que, apesar de não circularem comercialmente há vários anos, representam o momento e os valores culturais da época. Com efeito, os direitos de propriedade intelectual podem ser uma efetiva barreira à preservação da memória cultural de uma nação.

No modelo brasileiro de proteção aos trabalhos literários, por exemplo, a proteção automática, sem qualquer formalidade, como o depósito da obra em um registro ou biblioteca, já torna difícil a coleta dos trabalhos para a preservação (art. 18 e art. 19 da Lei de Direitos Autorais).

Por outro lado, o tempo de proteção estende-se por um período que pode ser superior a um século. A duração da proteção para autores é o tempo de sua vida mais 70

(setenta) anos (art. 41 da Lei 9.610/98). Até mesmo para trabalhos anônimos, o prazo de proteção de 70 (setenta) anos também é aplicável a partir do ano subsequente ao da publicação da obra.

Trabalhos artísticos onde o próprio meio de fixação degrada-se com o tempo não contam com uma política de proteção adequada, pois a legislação brasileira não prevê como exceção a realização de cópia para fins de preservação, ou seja, não é previsto como uma limitação expressa aos direitos autorais (art. 46 da Lei 9.610/98).

Assim, *a priori*, a digitalização ou a realização de cópias feitas por entidades públicas ou privadas, ainda que para fins exclusivos de preservação histórico-cultural, de trabalhos ainda no período de proteção consubstancialmente violações ao direito autoral.

Para resguardar uma prática de preservação, que em última análise seria uma forma de dar efetividade ao comando constitucional de proteção ao patrimônio cultural, é preciso interpretar as limitações dos direitos autorais de forma ampliativa, para abranger situações onde a prática resguarda outros valores constitucionais relevantes para a sociedade.

Com efeito, a expansão desproporcional dos direitos de propriedade intelectual permite que outros valores constitucionais sejam comprometidos em favor dos interesses de controle dos titulares desses ativos imateriais.

Corroborando a tendência de excesso, verifica-se um movimento para a criminalização de condutas, permitindo que o direito penal venha a se tornar mais um fator de controle dos titulares de bens imateriais.

5.5.4.3 Criminalização no âmbito do direito autoral

Observe-se que o Código Penal foi alterado pela Lei 10.695/03, para permitir uma tutela ainda mais contundente dos direitos autorais. O art. 184 do Código Penal passou a ter a seguinte redação:

Violão de direito autoral

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:
Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

De imediato, verifica-se que qualquer violação a direito de autor será considerada conduta penal típica. Na sistemática do artigo, não se exige nem mesmo o intuito de lucro ou comercial da reprodução, pois estes são agravantes da conduta típica e não elemento nuclear da atividade criminosa.

Essa forma de tutela penal é passível de várias críticas, dentre elas, o caráter vago da expressão “violar direito de autor”, remetendo a configuração do delito a um conceito civil. Essa problemática se torna ainda mais evidente diante da constatação de que se trata de uma questão doutrinária controvertida o caráter restritivo ou não das exceções ou limitações aos direitos autorais como observado no início deste capítulo.

Túlio Lima Vianna indica que o *caput* do art. 184 viola o princípio constitucional da taxatividade, pois os direitos de autor refletem uma gama de interesses jurídicos diversos, sejam os direitos de ordem moral dos autores, sejam os direitos patrimoniais que ainda residem com o autor, sejam os interesses patrimoniais que residem com as empresas de distribuição e produção de mídia.⁴⁴⁸

⁴⁴⁸ VIANNA, Túlio Lima. **A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor.** In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer. 2006. Tomo II. p. 933-947. p. 943.

O autor ainda defende que a atual tutela penal serve não para atender a interesses legítimos do autor ou da sociedade, mas como forma de preservar um monopólio dos distribuidores de produtos culturais, ou seja, da indústria do entretenimento.⁴⁴⁹

Argumenta que a tutela penal desses direitos patrimoniais nada mais é do que a tutela penal de uma mera obrigação civil, em descompasso com os valores constitucionais pertinentes, justificável apenas pela ideologia de “propriedade” subjacente aos direitos autorais, sendo inadequada a comparação da cópia em meio digital com o crime de furto:

Não há qualquer interesse jurídico do autor em evitar a reprodução de sua obra, muito pelo contrário, quanto mais seu “trabalho intelectual” for divulgado, maior prestígio social ele ganhará. O interesse em limitar a reprodução da obra é tão-somente dos detentores dos meios de produção, que procuram manter um monopólio na distribuição da obra para, com isso, produzirem artificialmente uma escassez inexistente na era digital.

[...]

A tutela penal da “violação de direitos de autor” tal como é concebida hoje é um disparate jurídico que só se justifica quando encoberto pela ideologia da “propriedade intelectual”.

[...]

A pirataria em meio físico atinge os interesses do autor, que tem seu “trabalho intelectual” comercialmente explorado sem a correspondente remuneração pelo proprietário dos meios de produção. Trata-se, no entanto, de uma dívida civil, jamais de ilícito penal.

[...]

A produção de obras intelectuais em meio físico que não foi autorizada pelo autor é, portanto, tão-somente um descumprimento de obrigação civil. Dada a sua natureza eminentemente privada e seu caráter exclusivamente pecuniário, sua criminalização afronta não só o princípio da intervenção penal mínima, mas também a vedação constitucional às prisões por dívidas.

[...]

(...) a criminalização da pirataria digital tem como única função garantir à “indústria cultural” o monopólio do direito de reprodução da obra (copyright), mesmo contrariando os interesses do autor na maior divulgação possível de seu trabalho intelectual.

O Direito Penal é travestido, pois, em instrumento de regulação do mercado econômico, garantindo um monopólio de direito de cópia concedido pelo Estado aos detentores dos meios de produção.⁴⁵⁰

Em contraponto à essa visão doutrinária, existem projetos de lei que desejam uma repressão ainda mais intensa a possíveis violações de direitos de propriedade intelectual, especialmente no contexto de um ambiente digital. Trata-se do projeto de lei complementar nº 89/2003, de autoria do Deputado Eduardo Azeredo.

⁴⁴⁹ VIANNA, Túlio Lima. **A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor.** In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer. 2006.Tomo II. p. 933-947. p. 944.

⁴⁵⁰ VIANNA, Túlio Lima. *Op. cit.* p. 944 *et seq.*

Tal legislação criminaliza uma série de condutas no ambiente digital. Foi alvo de várias críticas de comunidades e grupos sociais ligados a gestão das tecnologias digitais e a Internet. Para a organização não governamental SaferNet Brasil, o projeto de lei terá grande impacto sobre a liberdade no ambiente digital.

A entidade critica o caráter vago das definições dos crimes, bem como a imputação de responsabilidade aos provedores de acesso em denunciar usuários que acessem conteúdos de obras protegidas por direitos de propriedade intelectual quando não autorizados.⁴⁵¹

Esse tipo de projeto de lei serve de ilustração da tendência legislativa de ampliar as formas de controle e tutela dos titulares de direitos autorais, exatamente num viés similar ao DMCA americano.

Fica claro que esse maior controle permitido aos detentores de direitos autorais possui sérias implicações sobre os valores constitucionais de acesso à cultura e à informação, sendo necessária uma maior cautela na interpretação e aplicação do direito aos casos concretos.

5.5.5 O Princípio da Solidariedade Social e a construção da idéia de um Meio Ambiente Cultural

5.5.5.1 O Princípio da Solidariedade Social e suas implicações sobre a Propriedade Intelectual

A Constituição assim estabelece os objetivos da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

(grifado e negritado)

Assim, consoante a dicção constitucional, o Estado Democrático de Direito está pautado na dignidade humana, na igualdade substancial e no princípio da solidariedade social.

⁴⁵¹ CARPANEZ, Juliana. **Entenda a polêmica sobre o impacto da lei de crimes cibernéticos.** Globo Notícias. Publicada em 21/07/2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/>>. Acesso em: 08/08/2008.

Particularmente, a referência expressa à solidariedade a transforma num princípio substantivo fundamental da organização social.⁴⁵²

O princípio da solidariedade também passa a informar o próprio exercício dos direitos, ou seja, estes existem não para o reconhecimento e proteção de interesses egoísticos individuais, mas para resguardar essas faculdades individuais, na medida em que o exercício destas serve a um propósito social de cooperação entre os indivíduos, promovendo o bem estar da comunidade integralmente considerada.⁴⁵³

Este princípio perpassa por todo o ordenamento jurídico, possuindo corolários específicos dentro das diversas searas do direito.

No âmbito do direito previdenciário, o *caput* do art. 194 da CF/88 determina que a seguridade social compreenderá um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, com vistas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social da população brasileira. No direito tributário o princípio da capacidade contributiva preconizada no art. 145, § 1º, da CF/88 e a existência de repasses tributários entre os entes da federação são reflexos do princípio da solidariedade. No direito administrativo, a figura dos consórcios e convênios entre os entes da administração para a execução de políticas públicas.⁴⁵⁴

A propriedade intelectual, por sua vez, possui uma correlação direta com o princípio da solidariedade, pois os dispositivos constitucionais que garantem a existência desses direitos apresentam redação que expressamente ressalta a destinação social dos mesmos.

Além disso, os direitos de propriedade intelectual, vislumbrados à luz do princípio da solidariedade, devem necessariamente levar em consideração a importância do horizonte cultural e tecnológico comum, que servem de fundamento para o trabalho criativo dos autores e inventores. Os sentidos e significados são construídos conjuntamente pela sociedade, logo, esta não é simplesmente consumidora dos trabalhos produzidos, mas a fonte primordial dos mesmos.

Necessário, portanto, reconhecer a importância do caráter temporário de tais direitos, ou seja, perceber a propriedade intelectual como uma propriedade, resolúvel por

⁴⁵² BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O Princípio da Solidariedade.** Instituto de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 08/08/2008. p. 3.

⁴⁵³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. cit.* p. 9.

⁴⁵⁴ SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. O princípio da solidariedade . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9315>>. Acesso em: 09 ago. 2008.

natureza, em favor da coletividade. Corroborando este argumento, Eliane Y. Abrão, assim manifesta-se sobre o direito autoral numa linha de raciocínio que pode ser estendida à propriedade intelectual como um todo:

O privilégio temporário garantido por lei é, em si mesmo, enunciado e solução: os autores, pessoas comuns e sensíveis frutos do meio social e ambiental que habitam, recebem do meio ambiente histórico, geográfico e cultural os estímulos necessários à sua singular criação. Esta, por outro lado resulta de sua leitura pessoal do universo, decodificada pelos sentidos, razão pela qual goza o autor de privilégio temporário e exclusivo em relação à obra. E como é a coletividade que lhe fornece os ingredientes para a criação e a confecção de seu trabalho intelectual, de modo justo e equânime, manda a lei que ele devolva o uso e o gozo da obra criada a essa mesma coletividade, após a extinção do privilégio temporário.⁴⁵⁵

Logo, a dinâmica que se propõe para os direitos de propriedade intelectual é de um abastecimento contínuo do horizonte cultural comum da sociedade. Essa dinâmica, por sua vez, depende de um equilíbrio dinâmico entre os incentivos que o sistema jurídico fornece para a criação de novos bens imateriais e o retorno destes à sociedade.

Tal desempenho dinâmico está alicerçado em diversas premissas que não só a duração temporal da proteção, envolvendo ainda: o escopo de proteção, os requisitos necessários para a obtenção da proteção, as limitações necessárias em favor de usos necessários para salvaguardar outros valores constitucionais e o conjunto de políticas públicas nos campos do ensino, da pesquisa, da ciência e tecnologia e da preservação do patrimônio cultural.

Ainda com enfoque no princípio da solidariedade, é possível verificar que o valor das obras intelectuais é também formado pelo próprio corpo social, ou seja, não possui um valor ontologicamente objetivo. Tecnologias são valoradas na medida em que resolvem problemas experimentados pela sociedade. Obras artísticas ganham valor na medida de sua maior divulgação e percepção pela coletividade. Até mesmo as marcas, só são valiosas quando a sociedade associa às mesmas um sentido próprio dentro daquela comunidade.

Colocando-se a importância da coletividade no tocante à geração de valor dos bens intelectuais e destacando os direitos dessa mesma coletividade em relação aos produtos intelectuais que são consumidos, revela-se a necessidade de que as limitações dos direitos de propriedade intelectual não tornem os indivíduos meros expectadores, mas ativos participantes.

⁴⁵⁵ ABRÃO, Eliane Y. Conhecimento, Pesquisa, Cultura e os Direitos Autorais. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 165-182. p. 167-168.

5.5.5.2 *Read-Write Culture v. Read-Only Culture*, a “Brecha” Digital e Propriedade Intelectual

Lawrence Lessig ressalta que a atualidade é marcada por uma produção cultural empresarial, onde grandes conglomerados de mídia produzem conteúdos que devem ser consumidos, sem, contudo, existir a possibilidade de utilização desses bens culturais por parte da coletividade que lhe confere valor e sentido.⁴⁵⁶

Utilizando-se de uma terminologia computacional moderna, o autor afirma que a cultura atualmente é uma *Read-Only Culture*, pois, através dos direitos de propriedade intelectual, os titulares possuem um controle extremado dos conteúdos criativos no ambiente digital, limitando os espaços de liberdade cultural da sociedade. Corroborando esta crítica, José Oliveira de Ascensão assim se posiciona:

A defesa da cultura faz-se com a liberdade e não com a proibição.

A afirmação pareceria desnecessária, mas não é. Quando hoje se vem falar de cultura, freqüentemente é apenas como pretexto para novas imposições a título de direito autoral.

[...]

Infelizmente, assistimos a uma evolução decepcionante.

O hiperliberalismo selvagem em que vivemos manifesta-se, no domínio do direito de autor, pelo que se chamaría a “caça as exceções”. Toda a restrição é perseguida, invocando-se a qualificação do direito de autor como propriedade – quando, mesmo que a qualificação fosse verdadeira, nem por isso a “propriedade” deixaria de estar submetida às exigências da função social.

[...]

É lamentável que assim se proceda. As restrições ao direito de autor permitem a adaptação constante deste direito às condições de cada época. Agora, não só não se prevêem as restrições adequadas à evolução tecnológica como se impede toda a adaptação futura. O direito de autor torna-se rígido, insensível a todo o devir.⁴⁵⁷

O Brasil sofre não só com a expansão desse controle, mas com a existência, na lição de Marcos Wachowicz, de uma “brecha” digital, ou seja, de segmentos da sociedade que não possuem acesso às tecnologias digitais e à informação.⁴⁵⁸ Há não só uma exclusão digital

⁴⁵⁶ LESSIG, Lawrence. **How creativity is being strangled by the law**. Technology, Entertainment, Design Conference march 2007. Disponível em: <http://www.ted.com/index.php/talks/larry_lessig_says_the_law_is_strangling_creativity.html>. Acesso em: 08/08/08.

⁴⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 135-137.

⁴⁵⁸ WACHOWICZ, Marcos. Os Direitos da Informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). **Propriedade Intelectual & Internet**. Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 37-49. p. 41.

de parte significativa da população brasileira, como há uma marcante desigualdade regional entre estados do Norte-Nordeste do Brasil em relação a estados do Sul-Sudeste.⁴⁵⁹

Essa desigualdade atenta contra o princípio da solidariedade, que não se reflete somente entre o indivíduo e a sociedade, mas entre os diversos entes da federação. Assim, são necessárias não só políticas de inclusão digital, como também uma reformulação da legislação existente para permitir que toda uma criatividade que se torna possível no ambiente digital não seja abortada pelo controle excessivo.

Faz-se necessário reconhecer um conjunto de limitações aos direitos de propriedade intelectual de modo a prevenir os possíveis abusos por parte dos titulares.

Para Lessig, os desequilíbrios no sistema podem afetar até mesmo a forma como as novas gerações irão interagir com as novas tecnologias. Cada vez mais, as tecnologias digitais possibilitam uma captura de sons e imagens dos meios de comunicação com novas e baratas tecnologias, como computadores mais modernos e *softwares* apropriados, permitem que os indivíduos possam *mixar* e *re-mixar* tais conteúdos de modo a encontrar novas formas de expressão.⁴⁶⁰

Ressalte-se que não se está fazendo qualquer apologia à contrafação ou cópias ilegais mediante o uso de tecnologias digitais. O que se ressalta é que a tecnologia necessária para a geração de conteúdos foi democratizada com a infra-estrutura da internet permitindo uma divulgação global desse conteúdo a um custo quase zero. Configura-se, assim, um contexto de amplas potencialidades para a formação de uma esfera pública de discussão e difusão do conhecimento.

Lessig chega a comparar essas novas formas de utilização de imagens e sons com a alfabetização das novas gerações, o que viria a permitir uma *Read-Write Culture*, ou seja, onde os indivíduos participam de forma ativa na construção de bens intelectuais que são divididos e assimilados pela comunidade.⁴⁶¹

Essa forma de cultura parece ser a mais adequada a permitir uma efetiva aplicação do princípio da solidariedade social e somente será atingida com uma reformulação dos

⁴⁵⁹ WACHOWICZ, Marcos. **Desenvolvimento e Inclusão Digital.** 2º Encontro Ibero Latinoamericano de Governo Eletrônico e Inclusão Digital Universidad de Zaragoza Universidade Federal de Santa Catarina Zaragoza - Jaca, Espanha 26-27 de julho de 2007. Disponível em: <www.lefis.org/meetings/workshops/2007/jaca_2007/contenido/jaca07_marshall.ppt>. Acesso em: 08/08/08.

⁴⁶⁰ LESSIG, Lawrence. **How creativity is being strangled by the law.** Technology, Entertainment, Design Conference march 2007. Disponível em: <http://www.ted.com/index.php/talks/larry_lessig_says_the_law_is_strangling_creativity.html>. Acesso em: 08/08/08.

⁴⁶¹ LESSIG, Lawrence. *Op. cit.*

direitos de propriedade intelectual, reconhecendo-se um maior espaço de liberdade para os usuários/cidadãos.

5.5.5.3 A lógica capitalista atual da Propriedade Intelectual

Ao longo do trabalho foram apontados diversos exemplos de como a propriedade intelectual tem se distanciado do seu objetivo constitucional originário para se tornar uma forma de apropriação de valor e de controle dos bens imateriais. Balmes Vega Garcia clarifica a lógica atual do capitalismo em face da tecnologia:

(...) o capitalismo hiperglobalizado utiliza a tecnologia atual para criar uma ainda maior rotatividade de bens e produtos, lançando mão de estratégias que agregam novos bens associados à dependência contínua de novos serviços tarifados, eventualmente, inclusive integrando-os, como o serviço de telefonia móvel e a rede mundial de computadores (na qual a obsolescência dos produtos é alcançada em meses) ou os transgênicos que, por via tecnológica, pulverizam a antiga vantagem natural competitiva de alguns países relativa a seus recursos naturais como o solo, a água e sol, enredando também seu setor primário nas teias do capitalismo tecnológico, como já ocorrido no setor secundário pendente dos direitos patentários, e terciário relativo aos direitos marcários e autorais.⁴⁶²

Os usos abusivos demonstram que o direito de propriedade intelectual, em virtude de sua franca expansão, está cada vez mais propenso a outorgar um nível de controle ampliado a empresas e corporações, que são os maiores titulares de ativos intelectuais.

O ideal formulado nos tratados internacionais de direitos humanos de um aproveitamento amplo por parte dos indivíduos em face do progresso científico e tecnológico da humanidade deu lugar a uma apropriação desses mesmos benefícios para uma alimentação contínua da acumulação capitalista. A ordem jurídica, por sua vez, tem legitimado esse movimento de apropriação:

(...) o Direito, por meio dos campos patrimonialistas, das Propriedades Intelectual e Industrial (Direito Civil e Comercial), viabilizando e possibilitando, por meio de suas Patentes, Direitos Autorais e Programas de Computador, Sinais Distintivos, Desenhos Industriais, distintas formas de tutela dos conhecimentos culturais e tecnológicos, assegurando ao capitalismo atual a sua expansão e sobrevivência, através do controle da Cultura e Tecnologia de cada Sociedade.⁴⁶³

⁴⁶² GARCIA, Balmes Vega. **Direito e Tecnologia – Regime Jurídico da Ciência, Tecnologia e Inovação**. São Paulo: LTr, 2008. p. 100.

⁴⁶³ GARCIA, Balmes Vega. *Op. cit.* p. 100.

A apropriação capitalista, por sua vez, volta-se aos interesses do mercado, o que provoca distorções no tipo de ciência, tecnologia e culturas que serão produzidas, difundidas e consumidas. Aquelas que assegurarem o melhor retorno ao capital terão primazia, em detrimento de anseios e necessidades das coletividades, que não são necessariamente lucrativas.

Sobre essa interação nociva entre tecnologia, mercados e globalização, Milton Santos assim manifesta-se:

O período atual tem como uma das suas bases esse casamento entre ciência e técnica, essa tecnociência, cujo uso é condicionado pelo mercado. Por conseguinte, trata-se de uma técnica e de uma ciência seletivas. Como, freqüentemente, a ciência passa a produzir aquilo que interessa ao mercado, e não à humanidade em geral, o progresso técnico e científico não é sempre um progresso moral. Essa globalização tem de ser encarada a partir de dois processos paralelos. De um lado, dá-se a produção de uma materialidade, ou seja, das condições materiais que nos cercam e que são a base da produção econômica, dos transportes e das comunicações. De outra, há a produção de novas relações sociais entre países, classes e pessoas. A nova situação, conforme acentuamos, vai se alicerçar em duas colunas centrais. Uma tem como base o dinheiro e a outra funda na informação. Dentro de cada país, sobretudo entre os mais pobres, informação e dinheiro mundializado acabam por se impor como algo autônomo face à sociedade e, mesmo à economia, tornando-se um elemento fundamental da produção, e ao mesmo tempo da geopolítica.⁴⁶⁴

Assim, a propriedade intelectual é o meio que traduz essa apropriação e controle para a ordem jurídica, conferindo-lhe legitimidade legal. Necessário, portanto, incorporar ao debate a miríade de valores e princípios constitucionais de cunho social que deve ser compatibilizada e resguardada pelo sistema de direitos.

Interpretar a propriedade intelectual dentro de um paradigma de direitos humanos é trazer uma pauta ético-jurídica que deve ser observada, tanto na forma de concessão dos direitos exclusivos, como na responsabilidade dos titulares em utilizá-los em consonância com sua função social face às interações com os outros campos do direito.

É preciso que o sistema de direitos de propriedade intelectual seja compromissado não somente com interesses econômicos, mas com os interesses estatais e com a efetivação dos múltiplos valores e direitos constitucionais correlatos.

⁴⁶⁴ SANTOS, Milton. **Por uma Outra Globalização – do pensamento único à consciência universal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004. p. 97.

5.5.5.4 A utilidade do reconhecimento de um Meio Ambiente Cultural

Informações, conhecimentos, tecnologia e cultura são elementos centrais e essenciais à liberdade e ao desenvolvimento humano. A maneira como esses elementos são produzidos e difundidos na sociedade afeta de forma crítica a percepção de mundo. Tanto numa perspectiva positiva, de como ele é, como numa perspectiva normativa, de como ele deveria ser.⁴⁶⁵

Estes elementos passam a envolver toda a realidade humana, condicionando a forma como as coletividades humanas relacionam-se entre si e com o mundo. Nesse sentido, José Afonso da Silva aponta que até mesmo o conceito de meio ambiente deve ser “(...) *globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico*”.⁴⁶⁶

Logo, não seria de todo absurdo, defender a existência de um meio ambiente cultural, no qual os recursos naturais seriam as idéias e conhecimentos do horizonte cultural comum da humanidade.

Com efeito, Peter Barnes destaca que para responder à crise do capitalismo moderno, faz-se necessário revigorar a idéia de *commons*, estes vislumbrados como todos os recursos que são recebidos tal qual “presentes” de gerações passadas e são de titularidade difusa. Nessa categoria incluem-se os três principais tipos de *commons*: natureza, comunidade e cultura.⁴⁶⁷

A cultura, tal qual o meio ambiente, por exemplo, é algo que todas as gerações humanas recebem das gerações passadas, utilizam e retornam a gerações futuras. Nessa categoria particular de *commons*, Barnes inclui como exemplos: linguagem, filosofia, religião, física, química, biologia, música, astronomia, eletrônica.⁴⁶⁸

Os direitos de propriedade intelectual, por sua vez, possuem implicações diretas sobre este meio ambiente cultural, na medida em que regula incentivos de a produção de novos conhecimentos e tecnologias, bem como a forma como a cultura é produzida,

⁴⁶⁵ BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom**. New Haven: Yale University Press, 2006. p.1.

⁴⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 20.

⁴⁶⁷ BARNES, Peter. **Capitalism 3.0**. San Francisco: Berret-Koehler Publishers, Inc. 2006. p. 15.

⁴⁶⁸ BARNES, Peter. *Op. cit.*

consumida e recriada. Estes impactos são relevantes não só para as relações entre indivíduos, mas para toda a coletividade.

Da mesma maneira que existe uma preocupação bem estabelecida sobre a utilização racional dos recursos naturais do planeta em prol de um desenvolvimento sustentável, é possível indagar se a utilização dos recursos intelectuais da cultura humana, mediada por direitos de propriedade intelectual, tem obedecido a uma racionalidade que promova o mesmo desenvolvimento no campo artístico e tecnológico.

A ampliação excessiva e os usos abusivos identificados ao longo do trabalho são forte argumento a indicar que o sistema necessita de uma revisão para salvaguardar interesses sociais. Nessa perspectiva, é possível teorizar sobre a utilidade e, eventual necessidade, de uma tutela jurídica semelhante a que é ofertada ao meio ambiente natural.

Com efeito, James Boyle defende a construção de um discurso de proteção ao domínio público, este interpretado como um *commons* intelectual da humanidade para contrabalancear a retórica de direitos de propriedade subjacente à “propriedade intelectual”.⁴⁶⁹

Assim, da mesma forma que a idéia de movimento ambientalista serviu para agregar um conjunto de diversos grupos de interesses – grupos focados na preservação de animais, plantas, biodiversidade, preservação dos oceanos, preservação de parques nacionais, etc – o discurso de um meio ambiente cultural comum ou de um domínio público poderia ser a bandeira sob a qual diversos grupos de interesse cultural e científico – artistas, programadores de computador, cientistas, organizações de consumidores – convergiriam na busca de um sistema de propriedade intelectual mais equilibrado, em prol do acesso e da difusão dos benefícios decorrentes da cultura e dos avanços científicos.

Ainda numa analogia com o direito ambiental, a preservação da “biodiversidade cultural” necessita de mecanismos institucionais que promovam a criatividade e o livre fluxo de informações. Na lição de Yochai Benkler: “*How a society produces its information environment goes to the very core of freedom. (...) Freedom depends on the information environment that those individuals and societies occupy.*”⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ BOYLE, James. **The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain.** In: Duke Conference on the Public Domain. Law and Contemporary Problems. Volume 66, p. 33-74. Winter/Spring 2003. p. 72.

⁴⁷⁰ BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom.** New Haven: Yale University Press, 2006. p. 129. Tradução livre: “Como a sociedade produz seu meio ambiente informacional relaciona-se com o próprio núcleo da liberdade. (...) Liberdade depende do meio ambiente informacional que indivíduos e sociedades ocupam.”

Observe-se que essa necessidade de tutela do meio ambiente cultural, também possui um componente, tal qual o direito ambiental, de responsabilidade para as gerações futuras. A Constituição Federal destaca no seu art. 225, *caput*:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse sentido,

(...) a defesa do meio ambiente está relacionada a um interesse intergeracional e com necessidade de um desenvolvimento sustentável, destinado a preservar os recursos naturais para gerações futuras, fazendo com que a proteção antropocêntrica do passado perca fôlego, pois está em jogo não apenas o interesse da geração atual. Assim sendo, este novo paradigma de proteção ambiental com vistas às gerações futuras, pressiona um condicionamento humano, político e coletivo mais conscientioso com relação às necessidades ambientais.⁴⁷¹

Essa idéia de que existe uma responsabilidade atual para com gerações futuras é um paradigma que deve ser transplantado para o *commons* cultural. Com efeito, não é só o meio ambiente físico ou natural que necessita de cuidados atuais para poder ser passado para as gerações futuras.

Edmund Burke, em relevante trabalho sobre a Revolução Francesa, deixa claro que a tessitura social não é pontual, mas sim um contínuo através da história, ligando as mais diversas gerações:

Society is indeed a contract. (...) It is a partnership in all science; a partnership in all art; a partnership in every virtue and in all perfection. As the ends of such a partnership cannot be obtained in many generations, it becomes a partnership not only between those who are living, but between those who are living, those who are dead, and those who are to be born.⁴⁷²

Nunca na história da humanidade houve uma apropriação privada tão intensa de informações, conhecimentos, tecnologias e dos próprios significados culturais. Essa situação é

⁴⁷¹ LEITE, José Rubens. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial**. RT. São Paulo, 2003. p.74.

⁴⁷² BURKE, Edmund. **Reflections on The Revolution in France**. 1790. Disponível em: <<http://socserv2.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/burke/revfrance.pdf>>. Acesso em 08/08/08. Tradução livre: “Sociedade é realmente um contrato. (...) É uma parceria em toda a ciência; uma parceria em todas as artes; uma parceria em toda virtude e em toda a perfeição. Como os objetivos dessa parceria não podem ser obtidos em várias gerações, fica claro que essa parceria não é somente entre aqueles que estão vivos, mas entre aqueles que estão vivos, aqueles que estão mortos e aqueles que estão por nascer.”

possível em virtude do desequilíbrio do sistema de propriedade intelectual, favorecendo os titulares de direitos de propriedade, em detrimento dos interesses sociais.⁴⁷³

Assim, é opinião deste trabalho que, da mesma forma que existe uma obrigação constitucional para a preservação do meio ambiente em face das gerações futuras, também deve existir uma obrigação constitucional em relação aos conhecimentos, práticas, informações e tecnologias que compõem o horizonte cultural comum da humanidade.

Cada geração possui a obrigação para com as gerações futuras de repassar uma cultura livre, onde os indivíduos possam ser ativos participantes na construção e utilização dos objetos culturais e não meros consumidores passivos.

A construção dessa cultura demanda uma atuação presente, repensando-se o sistema de propriedade intelectual para que possa atingir adequadamente o seu propósito constitucional originário, levando-se em consideração, não só a geração atual, mas as gerações futuras que irão trabalhar sobre o horizonte artístico e tecnológico legado como herança cultural.

⁴⁷³ LESSIG, Lawrence. **How creativity is being strangled by the law**. Technology, Entertainment, Design Conference march 2007. Disponível em: <http://www.ted.com/index.php/talks/larry_lessig_says_the_law_is_strangling_creativity.html>. Acesso em: 08/08/08.

CONCLUSÃO

A propriedade intelectual deve ser vislumbrada como uma categoria de direitos que lidam com a apropriação de bens imateriais, agregando o conjunto de regras aplicáveis à tutela de informações, conhecimentos e outros bens oriundos do intelecto humano, além da tutela da concorrência.

Todas as diversas doutrinas que se enquadram no conceito de propriedade intelectual possuem notas características comuns que permitem sua classificação conjunta, tais como: a imaterialidade dos objetos de proteção; o direito de exclusividade, a expressividade econômica e a internacionalização do tratamento.

Dessa forma, a propriedade intelectual configura-se como um sistema de direitos, voltado para delinear as hipóteses e limitações da apropriabilidade jurídica sobre bens imateriais.

Existem várias teorias de justificação dos direitos de propriedade intelectual, cada qual com uma linha de fundamentos peculiares, como: direitos naturais dos autores e inventores; necessidade de reconhecimento social, teorias utilitaristas para promoção do desenvolvimento cultural e tecnológico, dentre outras.

A adoção de determinada justificação é relevante para identificar a ideologia subjacente que, por sua vez, determinará as formas e limites da tutela jurídica. Uma concepção de direito natural, por exemplo, apontaria para um maior controle das criações e uma duração perpétua dos direitos, aproximando os direitos patrimoniais dos direitos morais. Uma justificação utilitarista, por outro lado, permitiria uma maior liberdade de conformação legislativa do sistema e instrumentalização do mesmo frente aos interesses sociais.

Da história evolutiva do *copyright* (anglo-americano), do direito autoral (europeu-continental) e da propriedade industrial, foi possível observar que a gênese da proteção aos bens imateriais decorreu do interesse governamental de atrair novas tecnologias, de proteger investimentos e de conceder monopólios sobre determinados comércios como forma de controle e troca de favores.

A estreita relação com o comércio internacional é outro elemento que sugere uma concepção mais pragmática do que as alicerçadas em considerações de reconhecimento moral de autores e inventores.

A idéia da dignidade dos autores e dos inventores surgiu num momento histórico posterior e, até os dias atuais, ainda é utilizada como forma de advogar uma progressiva expansão dos direitos exclusivos, tanto em escopo como em duração.

Contrapondo esta lógica expansionista, há, no plano internacional, um contramovimento, liderado principalmente por países em desenvolvimento como Brasil, Índia e Argentina. O intuito é harmonizar o sistema internacional de propriedade intelectual com os interesses nacionais e locais, de forma a permitir um desenvolvimento efetivo.

Ganham destaque os mecanismos de flexibilização dos direitos de propriedade intelectual, pois permitem às nações estabelecer, nas suas legislações internas, restrições aos direitos dos titulares de bens imateriais em favor de interesses coletivos e sociais.

Esses conflitos demonstram o expressivo impacto que o sistema de propriedade intelectual possui sobre a produção e difusão da cultura, esta entendida como o conjunto de conhecimentos e práticas das coletividades; artes; conhecimentos técnico-científicos e todas as manifestações dos diversos grupos formadores da sociedade.

A interação se dá desde os estímulos à criação e produção de bens imateriais, passando pelo controle sobre as utilizações das obras, chegando até as formas possíveis de preservação para as gerações futuras.

Portanto, para a definição legislativa de uma política que maximize os efeitos sociais benéficos do sistema de propriedade intelectual, é preciso entender o comportamento econômico dos bens imateriais e os efeitos da atribuição de direitos exclusivos sobre os mesmos.

Embora tanto os direitos de propriedade intelectual como os direitos tradicionais de propriedade possam ser decompostos analiticamente em direitos de exclusividade ou de utilização exclusiva sobre recursos econômicos, faz-se necessária uma lógica própria na forma de tratamento jurídico para a consecução dos objetivos constitucionalmente prescritos.

Os bens intelectuais apresentam características que os enquadram no conceito econômico de “bens públicos”, ou seja, são possuidores das notas distintivas de não-rivalidade e não-exclusividade. Não é necessário preocupar-se com o esgotamento de um bem imaterial, nem o condicionamento da utilização, pois esta poderá ser simultânea por diversos usuários, sem exaurir o recurso.

Essa facilidade de reprodução ou utilização após a criação do bem, se não regulada, poderá servir como um incentivo para que outros simplesmente utilizem a informação ou conhecimento (*free-riding*) sem incorrer em qualquer dos custos relativos ao desenvolvimento.

A ordem jurídica procura resolver a questão através de uma exclusividade artificial, que tanto garante o incentivo para o desenvolvimento de determinada tecnologia, como evita a utilização indevida por terceiros. Permite-se ao autor ou inventor controlar a utilização da obra ou conhecimento e, consequentemente, cobrar pelo acesso a preços supracompetitivos. Esses preços acima do custo marginal ocasionam uma massa perdida (*dead weight loss*) de consumidores que teriam acesso ao produto ou informação se o custo fosse reduzido pela competição no mercado.

A justificativa racional-econômica para permitir esse ônus social é de que, no longo prazo, a existência de direitos exclusivos irá induzir a uma produção de bens intelectuais que representem um ganho maior do que o custo suportado.

A exclusividade, portanto, deveria ser tão somente a necessária em escopo e duração para garantir o incentivo adequado aos autores e inventores para produzirem em quantidade suficiente para atender às necessidades sociais. Além desse limite, redunda-se na imposição de um custo social injustificado. Previnem-se até mesmo novas criações que poderiam ser realizadas, caso outros autores e inventores tivessem acesso aos conhecimentos protegidos.

Os direitos de propriedade intelectual, portanto, consubstanciam a forma como a sociedade lida com essa tensão fundamental entre os incentivos necessários à produção do conhecimento e os limites ao controle dos autores e inventores em favor do interesse social no desenvolvimento cultural e tecnológico acessível.

Logo, essa contraposição de interesses revela a necessidade de se obter um equilíbrio adequado, que é elemento indispensável à funcionalidade social dos direitos de propriedade intelectual. Tanto na ordem jurídica internacional, como no ordenamento jurídico pátrio, os direitos de propriedade intelectual são vislumbrados como sendo construídos pela sociedade e possuindo, portanto, uma função social.

A efetivação dessa função social é pano de fundo para diversas questões polêmicas, tais como licenciamentos compulsórios, proteção da biodiversidade e dos

conhecimentos tradicionais associados; acesso à cultura; restrições e limitações aos direitos autorais; liberdades dos usuários no ambiente digital.

Embora tais temas sejam usualmente pesquisados e tratados de forma separada, em verdade, todos são representativos do problema fundamental que é o correto balanceamento constitucional da propriedade intelectual.

A perspectiva dos tratados internacionais, por sua vez, aponta para a percepção de um dúplice direito humano. O direito de gozar de proteção dos interesses morais e patrimoniais decorrentes de obras artísticas e científicas e o direito de participar da vida cultural e beneficiar-se dos avanços tecnológicos da sociedade.

Esse direitos assistem a todos os indivíduos ao mesmo tempo. Todos são potenciais criadores, como também membros de uma coletividade na qual foi produzido um novo conhecimento. Há uma necessária simbiose entre as novas criações e o horizonte cultural, artístico e tecnológico, comum no qual o criador se insere. Ambos igualmente importantes na dialética criativa. O equilíbrio da conjugação desses dois direitos dentro do sistema de propriedade intelectual passa a ser a peça chave para a realização de sua função social.

Esse equilíbrio tem sido comprometido pela expansão dos direitos de propriedade intelectual em escopo e duração, bem como pela sua utilização abusiva por parte dos titulares, escudados na retórica de proteção à propriedade dos autores e inventores.

Para a correção do desequilíbrio, é preciso reformular o discurso sobre propriedade intelectual para destacar a importância de um espaço comum, de titularidade difusa, permitindo o livre fluxo de informações e conhecimentos.

A importância do equilíbrio possui dignidade constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. O princípio da unidade da constituição comanda uma interpretação harmoniosa dos dispositivos assecuratórios do art. 5º com os diversos outros valores que ressalvam a liberdade e o acesso aos bens intelectuais e culturais.

É possível dizer, portanto, que a constitucionalidade material dos direitos de propriedade intelectual está indissociavelmente ligada ao seu equilíbrio, ou seja, na conjugação proporcional e razoável dos diversos interesses constitucionais existentes.

As constantes mudanças às quais estão sujeitos os paradigmas tecnológicos justificam a deferência à legislação ordinária para permitir uma constante atualização dos

limites, dentro do processo democrático. Essa deferência, todavia, não desobriga o respeito a um juízo material de constitucionalidade do equilíbrio proposto.

Faz-se necessário, portanto, uma constante reconstrução dos direitos de propriedade intelectual de acordo com a moldura axiológica constitucional considerada em sua integralidade, não apenas na ótica patrimonialista ou individualista normalmente associada a esta.

O sistema não pode ser utilizado como uma simples maneira de preservação de modelos de negócio ou como forma de permitir novas oportunidades para acumulações de capital, dissociado de uma pauta informativa ética. Transportar uma ótica de direitos humanos serve para suprir o norte moral no qual deve pautar-se a interpretações dos direitos de propriedade intelectual, voltando-se sempre para um desenvolvimento humano e eqüitativo dos indivíduos e das nações.

Frente à diversidade de implicações que os direitos de propriedade intelectual têm sobre a efetividade de direitos fundamentais e de valores constitucionais, é possível dizer que o equilíbrio constitucionalmente previsto torna-se um comando tanto para os legisladores na hora de elaboração das leis, como para os julgadores na hora de aplicação e ponderação concreta e também para os administradores no momento da definição de políticas públicas correlatas.

Muitas das questões debatidas na sociedade e nos projetos de lei analisados ao longo do trabalho tendem a posicionamentos extremos. Entretanto, as verdadeiras soluções residem em uma maior investigação dos casos concretos, para talhar adequadamente a proteção jurídica ao objeto de tutela. Não se tratam apenas de problemas meramente jurídicos, demandando uma interdisciplinaridade ampla para sua compreensão.

A relevância do sistema de propriedade intelectual para a tutela da cultura, que é ubíqua em relação ao ser humano, sendo até mesmo constitutiva deste, sugere um paralelo com a tutela do meio ambiente.

Deve-se reconhecer que, da mesma forma que existe um direito fundamental a um meio ambiente equilibrado e preservado, é possível construir, com base numa interpretação constitucional, a idéia de um meio ambiente cultural ou intelectual, cujo equilíbrio reside exatamente na dinâmica adequada do controle pelos titulares e do acesso pela sociedade.

A transposição de cânones do direito ambiental para a propriedade intelectual encontra diversas aplicações. Especialmente de traduzir para a propriedade intelectual a idéia

do direito a um meio ambiente equilibrado como um direito difuso da coletividade a um ambiente cultural ou intelectual onde o acesso não seja desnecessariamente limitado em favor da apropriação individual do conhecimento.

A dignidade constitucional do meio ambiente deve ser transportada para a seara intelectual como a dignidade do domínio público e dos conhecimentos compartilhados da sociedade, sejam eles apropriados ou não.

A idéia de função social da propriedade ganharia ainda um reforço na idéia de seu papel ambiental, rechaçando-se os usos que não contribuíssem de forma efetiva para a ampliação e proteção desse meio ambiente intelectual ou cultural.

A conclusão principal deste trabalho é que a propriedade intelectual consubstancia-se uma escolha social. É a forma jurídica como a sociedade lida com a produção e difusão de conhecimentos e informações, portanto, possuindo severas implicações sobre os mais diversos bens e valores constitucionais.

Informação, conhecimento e cultura são partes vitais de qualquer sociedade que se pretende plural, democrática, justa e solidária. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade materialmente constitucional, tão importante como a preservação dos recursos naturais.

Sendo uma escolha social, além de racional, deverá ser a mais adequada para preservar os valores fundamentais da sociedade. Enquanto escolha, da mesma forma que em relação ao meio ambiente, deverá levar em consideração na sua formulação os interesses, e mesmo necessidades, das gerações futuras de desfrutar de uma herança cultural – artística, científica e tecnológica – rica, farta e acessível.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora Brasil, 2002.

_____. Conhecimento, Pesquisa, Cultura e os Direitos Autorais. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 165-182.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDERSON, Jerry L. Comparative Perspectives on Property Rights: The Right to Exclude. **Journal of Legal Education**. Vol. 56. No. 3. p. 1-12. 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 143. p. 5-14. jul./set. 1999.

ARRUDA, Gustavo Fávaro; CERDEIRA, Pablo de Camargo. Patentes de Medicamentos e Saúde Pública. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Vol. 139. p. 189-201. jul/set 2005.

ASCARELLI, Tullio. **Panorama de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 200.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. **Revista da ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**. Pernambuco, nº 3. p. 125-145. 2002.

_____. Prefácio. In: CRIBARI, Isabela (org.). **Produção Cultural e Propriedade Intelectual**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco – Editora Massangana, 2006. p. 14-17.

_____. A Função Social do Direito de Autor e as Limitações Legais. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 85-111.

AVANCINI, Helenara Braga. **Direitos Humanos Fundamentais na Sociedade da Informação**. Grupo de Pesquisa Prismas do Direito Civil-Constitucional da PUCRS. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1937/1/Direitos_Humanos_Fundamentais.pdf>. Último acesso em 13.07.08.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BACA, Megan Ristau. Barriers to Innovation: Intellectual Property Transaction Costs in Scientific Collaboration. **Duke Law & Technology Review**. Vol. 4. 2006. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/papers/>>. Acesso em: 08/08/08.

BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. **Revista da ABPI**. Rio de Janeiro, n. 59, p. 16-39, jul/ago. 2002.

_____. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. vol. 1.

_____. **Usucapião de Patentes e Outros estudos de Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito da Inovação – Comentários à Lei 10.973/2004, Lei Federal de Inovação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Domínio Público e Patrimônio Cultural. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 1-47.

_____. Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 8, n. 83, p.31-50, fev./mar., 2007.

_____. **Direito Autoral – Apresentações Gratuitas**. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/88.DOC>>. Acesso em: 08/08/08.

BARNES, Peter. **Capitalism 3.0**. San Francisco: Berret-Koehler Publishers, Inc. 2006.

BARROS RODRIGUES, Maria Lúcia. **Do Regime da Propriedade Intelectual e o Empregado Inventor.** Biblioteca Digital da APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Disponível em: <<http://www.apdi.pt/>>. Acesso em: 24/04/08.

BARROSO, Luis Roberto.; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176. 2003.

BARZEL, Yoram. **Economic Analysis of Property Rights – Political Economy of Institutions and Decisions**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 41. n. 162. p. 287-310. abr./jun. 2004.

_____. **Propriedade Intelectual na era Pós-OMC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BÉCOURT, Daniel. The French Revolution and author's rights: words a new universalism. In: **UNESCO Copyright Bulletin**. Vol. XXIV. nº 4. p. 3-12. 1990.

BELL, Abraham; PARCHOMOVSKY, Gideon. **What Property Is**. University of Pennsylvania Law School ILE – Institute for Law and Economics. Research Paper nº 04-05. 2004. Disponível em: <http://works.bepress.com/abraham_bell/5>. Acesso em: 08/08/08.

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom**. New Haven: Yale University Press, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 142 p. 35-52. abr./jun. 1999.

_____. O princípio da unidade da Constituição. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 37 n. 145. p. 95-99. jan./mar. 2000.

_____. **Soberania e Constituição: Para uma crítica do Constitucionalismo.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BETTIG, Ronald V. **Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property.** Oxford: Westview Press, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Contornos atuais do direito de autor.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O Princípio da Solidariedade.** Instituto de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 08/08/2008.

BOLLIER, David. **Silent Theft – The private plunder o four common wealth.** New York: Routledge, 2003.

_____. **Brand Name Bullies – The Quest to Own and Control Culture.** New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORTEN, George Alberto. **Inovação e Educação Tecnológica: O Caso das Patentes.** Dissertação de Mestrado. Mestrado em Tecnologia. Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – CEFET/RJ. 2006.

BOYLE, James. **The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain.** In: Duke Conference on the Public Domain. Law and Contemporary Problems. Volume 66, p. 33-74. Winter/Spring 2003.

BUAINAIN, Antonio Márcio. CARVALHO, Sérgio Paulino. Propriedade intelectual em um mundo globalizado. In: **PARCERIAS ESTRATÉGICAS.** N° 9. Outubro/2000. p.145-153. p. 148. Disponível em: <<http://ftp.unb.br/pub/download/ipl/rel/parcerias/2000/1918.pdf>>. Último Acesso em 21.08.2006.

BULZICO, Bettina Augusta Amorim. Evolução da Regulamentação Internacional da Propriedade Intelectual e os Novos Rumos Para Harmonizar a Legislação. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Unibrasil. Vol 1. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 25.07.08

BURKE, Edmund. **Reflections on The Revolution in France**. 1790. Disponível em: <<http://socserv2.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/burke/revfrance.pdf>>. Acesso em 08/08/08.

CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais: comentários**. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003.

CAMPOS DA SILVA, Guilherme Amorim. **Direito Fundamental ao Desenvolvimento Econômico Nacional**. São Paulo: Método, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONI, Guilherme C. Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, Direito de Livre Acesso à Informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro. nº 85. Nov/Dez 2006. p. 38-53.

CARNEIRO, Ana Cláudia Mamede. Acesso a recursos genéticos, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro. Vol. 88. Mai/jun. 2007. p. 3-16.

CARPANEZ, Juliana. **Entenda a polêmica sobre o impacto da lei de crimes cibernéticos**. Globo Notícias. Publicada em 21/07/2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/>>. Acesso em: 08/08/2008.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1946. Vol. V.

CARVALHO, Adão. **Racionalidade econômica dos direitos de propriedade intelectual**. Documento de Trabalho nº 2004/10. Universidade de Évora - Departamento de Economia. Disponível em: <<http://www.decon.uevora.pt>>. Acesso em: 17/06/08.

CARVALHO, Nuno Tomaz Pires. O sistema brasileiro de patentes: o mito e a realidade. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano XXII, n. 52, p. 34-43, Out/Dez. 1983.

_____. As origens do Sistema Brasileiro de Patentes. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 92, 3-20, jan/fev. 2008.

CERQUEIRA, João Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. vol. 1.

CHAKRABARTY, Ananda M.; Patenting Life Forms – From Concept to Reality. In: MAGNUS, David; CAPLAN, Arthur e MCGEE, Glenn (eds.). **Who Owns Life?** New York: Prometheus Books, 2002. p. 17-24.

CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995.

CHRISTIE, Andrew; WALLER, Sophie; WEATHERALL, Kimberlee. Exportando os dispositivos da “US Digital Millennium Copyright Act” por meio de acordos de livre-comércio. In: RODRIGUES JR, Edson Beas; POLIDO, Fabrício. (Orgs.). **Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 185-200.

CLÈVE, C. M.; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas Notas sobre a Colisão de Direitos Fundamentais. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 20-42, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. A Análise Econômica do Direito. In: **DIREITO nº 2 – Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/SP**. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 154-170.

COLANGELO, Giuseppe. **Avoiding the Tragedy of the Anticommons: Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust**. LUISS Law and Economics Lab Working Paper No. IP-01-2004. Roma. 2004. Disponível em: <<http://www.law-economics.net/public/patent%20pool.pdf>>. Acesso em: 16/06/08.

COLE, Daniel H; GROSSMAN, Peter Z. The Meaning of Property Rights: Law versus Economics? **Land Economics**. Vol. 78. No. 3. p. 317-330. 2002.

CONSUMERS INTERNATIONAL. **Copyright and Access to Knowledge: Policy Recommendations on Flexibilities in Copyright Laws**. Kuala Lumpur: Consumers International. 2006.

COOK, Curtis. **Patents, Profits & Intellectual Property – How intellectual property rules the global economy**. London: Kogan Page, 2004.

COOTER, Robert D.; ULEN, **Law and Economics**. 3. ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, Inc., 2000.

CORDER, Solange; SALLES-FILHO, Sérgio. Aspectos conceituais de financiamento à inovação. **Revista Brasileira de Inovação**. Vol. 5, p. 33-76. jan/jul. 2006.

CORREA, Carlos M. **Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options**. London: Zed Books, 2000.

CRUZ, Adriana Alves dos Santos. A Licença Compulsória como Instrumento de Adequação da Patente a sua Função Social. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro. n 80. p. 45-55. jan/fev 2006.

DAMSTEDT, Benjamin G. Limiting Locke: A Natural Law Justification for the Fair Use Doctrine. **Yale Law Review**. Issue 5. Vol. 112. p. 1179-1221. 2003.

DAVID, Paul A. **The Evolution of Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb**. Meetings of the International Economic Association in Moscow. Agosto/1992. Disponível em: <<http://www.compilerpress.atfreeweb.com/Anno%20David%20Evolution%20of%20IP%20Institutions%201992.htm>>. Acesso em: 03.07.08.

DEMSETZ, Harold. Towards a Theory of Property Rights. **American Economic Review**. Vol. 52. Issue nº 2. P. 347-359. 1967.

DI BLASI, Gabriel. **A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às Restrições de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista AGU**. Ano V. Nov/2005.

DINIZ, Davi Monteiro. **Propriedade industrial e segredo em comércio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Direito industrial: patentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DRAHOS, Peter. Negotiating Intellectual Property Rights. In: **Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development.** DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth (ed.). New York: Palgrave Macmillan, 2006. p. 161-182.

_____. **The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development.** *WIPO Papers.* Disponível em: <<http://www.wipo.int/>>. Acesso em:08/08/08.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EBERT, Chamoun. **Instituições de Direito Romano.** 4. ed. São Paulo: Forense, 1962.

EDVINSSON, Leif; MALONE, Michael S. **Capital Intelectual: descobrindo o valor real de sua empresa pela identificação de seus valores internos.** São Paulo: Makron Books, 1998.

FALCÃO, Joaquim, PEREIRA DE SOUSA, Carlos Affonso; ARGUELHES, Diego Werneck. A Constituição e o software livre. In: FALCÃO, Joaquim; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **DIREITO DO SOFTWARE LIVRE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.** Fundação Getúlio Vargas FGV- Direito Rio. Disponível em: http://people.ox.ac.uk/thompson/wp-content/uploads/2008/02/direitodosl_e_administracaopublica.pdf. Acesso em: 08/08/2008.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e Mudança Social.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA DE MELO, Marco Antônio Machado. A tecnologia, direito e solidariedade. In: ROVER, Aires José (org.). **Direito, Sociedade e Informática: limites e perspectivas da vida digital.** Florianópolis: Fundação Boiteux. 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Vol. 1.

FERREIRA, Simone Nunes. Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul. **Revista Jurídica.** Brasília. Vol. 8. nº. 83. p.180-192. fev./mar. 2007.

FISHER, William W. **The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas**. Berkman Center for Internet and Society. Harvard University. Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/property99/history.html>>. Acesso em: 08/08/08.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Vol. 139. p. 242-256. jul/set 2005.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Fortaleza. Ano 6, Vol. 6, n. 6, p. 103-120, 2005.

GANDELMAN, Henrique. **Guia básico dos direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1982.

GANDELMAN, Silvia Regina Dain. **Propriedade Intelectual e Patrimônio Cultural Imaterial**. In: Anais do Seminário Patrimônio Cultural e Propriedade Intelectual: proteção do conhecimento e das expressões culturais tradicionais. Belém/PA, 13-15 de out. 2004. MOREIRA, Eliane; BELAS, Carla Arouca; BARROS, Benedita; PINHEIRO, Antônio. (Orgs.). p. 211-222. Belém: CESUPA/MPEG. 2005.

GARCIA, Balmes Vega. **Direito e Tecnologia – Regime Jurídico da Ciência, Tecnologia e Inovação**. São Paulo: LTr, 2008.

GARRAFA, Volnei. PORTO, Dora. Bioética, poder e injustiça: por uma ética de intervenção. In: GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leo. (Org.). **Bioética, poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003. p. 35-44.

GASPARINI, Bruno. **Uma Análise Crítica dos Paradigmas Jurídicos e Econômicos no Atual Contexto Sócio-Político Ambiental que Fundamenta a Utilização da Transgenia na Agricultura Brasileira**. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2005. p. 193-194.

GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GELLER, Paul Edward. Copyright history and the future: What's culture got to do with it? **Journal of the Copyright Society of the USA**. Vol. 47. p. 209-264. 2000.

GERVAIS, Daniel J. The Internationalization of Intellectual Property: New Challenges from the Very Old and the Very New. **Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal**. Vol. 12. Book 4. p. 929-990. 2002.

_____. Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: O “Teste dos Três Passos” Reversos. In: RODRIGUES JR, Edson Beas; POLIDO, Fabrício (Orgs.). **Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 201-232.

GINSBURG, Jane. A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America. In: SHERMAN, B.; STROWEL, A. (Eds). **Of Authors and Origins: Essays on Copyright Law**. Oxford: Oxford University Press, 1994. P. 131-159.

GOLD, E. Richard; CASTLE, David; CLOUTIER, L. Martin. Agrobiotecnologia nos tribunais: patentes, privilégios e presunções. In: RODRIGUES JR, Edson Beas; POLIDO, Fabricio. (Orgs.). **Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007. p. 275-300.

GOLDSTEIN, Paul. **Copyright’s Highway – From Gutenberg to the Celestial Jukebox**. California: Stanford University Press, 2003.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1962.

GORDON, Wendy J. Intellectual Property. In: CANE, Peter; TUSHNET, Mark (eds.) **The Oxford Handbook of Legal Studies**. Oxford,UK: Oxford University Press, 2003. cap. 28. p. 617-646.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU-KUNTZ, Karin. **Direito de Patentes – Sobre a interpretação do Artigo 5º, XXIX da Constituição brasileira**. Artigos da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. Disponível em: <http://www.ibpi.org.br/d_pat.html>. Acesso em: 14.07.08.

GUEIROS JUNIOR, Nehemias, **O direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber**. Rio de Janeiro: Gryphus, 2000. vol. 1.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

GUERRA, Sidney.; EMERIQUE, Lília M. B.. Hermenêutica dos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, n. 7, p. 295-331. dez/2005.

GUIBAULT, Lucie. Wrapping Information in Contract: How Does it Affect the Public Domain? In: GUIBAULT, L; HUGENHOLTZ, P.B. (eds). **The Future of the Public Domain**. Amsterdam: Kluwer Law International, 2006. p. 87-104.

HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998.

HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. **Science Magazine**. nº 162. p. 1243-1248. 1968.

HEINEMANN, Andreas. Antitruste Internacional e Propriedade Intelectual. In: RODRIGUES JR, Edson Beas; POLIDO, Fabrício. (Orgs.). **Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 437-461.

HELFER, Laurence. Toward a human rights framework for Intellectual Property. **University of California – UC Davis Law Review**. Vol. 40. Issue 3. 2006. p. 971-1020.

HELLER, Michael A. The Tragedy of Anticommons – Property in the Transition from Marx to Markets. **Harvard Law Review**. Vol. 111. nº. 3. p. 621-688. 1998.

HELLER, Michael; EISENBERG, Rebecca S. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. **Science Magazine**. Vol. 280. p. 698-701. 1998.

HIMMA, Kenneth. **The Justification of Intellectual Property: Contemporary Philosophical Disputes**. Berkeley Center for Law and Technology. Paper 21. 2006. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bclt/lts/21>>. Acesso em: 06/06/2008.

HUGHS, Justin. **Locke's 1694 Memorandum (and more Incomplete copyright historiographies)**. Benjamin N. Cardozo School of Law. Working Paper No. 167. 2006. Disponível em: <<http://www.law.cardozo.edu/>>. Acesso em: 08/08/08.

HYDE, Lewis. **Frames from the Framers: How America's Revolutionaries Imagined Intellectual Property**. Berkman Center for Internet and Society. Harvard University. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/files/2005_LewisHyde_FramesfromtheFramers_0>. Acesso em: 13.07.08.

KASPER, Wolfgang. **Economic Freedom & Development - An essay about property rights, competition, and prosperity.** New Delhi: Centre for Civil Society, 2002.

KNOWLTON, Brian. **U.S. Plays It Tough on Copyright Rules.** *International Herald Tribune*. Disponível em: <<http://www.iht.com/articles/2005/10/03/business/iprtrade.php>>. Acesso em: 01/08/07.

LABRUNIE, Jacques. **Direito de Patentes.** São Paulo: Manole, 2006.

LEITE, José Rubens. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial.** RT. São Paulo, 2003. p.74.

LEMLEY, Mark A. **Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property.** University of California – Berkeley. Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Paper No. 144. Disponível em: <<http://www.ssrn.com>>. Acesso em: 08/08/08.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2005.

LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World.** New York: Vintage Books, 2002.

_____. **Free Culture – The Nature and Future of Creativity.** New York: Penguin Books, 2005.

_____. **Code 2.0.** New York: Basic Books, 2006.

_____. **How creativity is being strangled by the law.** Technology, Entertainment, Design Conference march 2007. Disponível em: <http://www.ted.com/index.php/talks/larry_lessig_says_the_law_is_strangling_creativity.html>. Acesso em: 08/08/08.

LÉVÈQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. **The Economics of Patents and Copyright.** Paris: Berkley Eletronic Press, 2004.

LIMA ASSAFIM, João Marcelo. **A transferência de tecnologia no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA RODRIGUES, Francisco Luciano. O Direito ao patrimônio cultural preservado – um direito e uma garantia fundamental. **Revista Pensar**, Fortaleza, p. 52-61, abr. 2007.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 22.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza. 2005.

LINDSAY, David. **The law and economics of copyright, contract and mass market licences**. Sydney: Centre for Copyright Studies – Australian Copyright Council, 2002.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 38.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os limites ao poder de legislar em matéria de direitos fundamentais. **Nomos - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 22, n. jan/dez, p. 55-70, 2003.

_____. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 164, p. 7-15. out-dez. 2004.

LUECK, Dean; MICELI, Thomas J. **Property Law**. University of Arizona Legal Studies. Discussion Paper nº 06-19. 2006. Disponível em: <<http://www.arizona.law.edu>>. Último acesso em 10/06/08.

MACDONALD, Stuart. Exploring the Hidden Costs of Patents. In: DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth (ed.). **Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development**. New York: Palgrave Macmillan, 2006. p. 13-39.

MACHADO, Jorge. Desconstruindo “Propriedade Intelectual”. **Revista Observatório OBS***. Vol. 2, n. 1. 2008. Disponível em: <<http://obs.obercom.pt/index.php/obs/issue/view/10>>. Acesso em: 08/08/08

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARTINI, Paula. **Festival do Rio sedia acalorado debate sobre proteção de obras audiovisuais**. Disponível em: <<http://www.direitodeacesso.org.br/Festival-do-Rio-sedia-acalorado>>. Acesso em: 30/07/08.

MCLEOD, Kembrew. **Freedom of Expression – Resistance and Repression in the Age of Intellectual Property.** Minneapolis: University of Minnesota Press, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 197-322.

MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. **Foundations of Intellectual Property.** New York: Foundation Press, 2004.

MICHELMAN, Frank I. Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law. **Harvard Law Review.** Vol. 80. nº 6. p. 1165-1258. 1982.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil - Direito das coisas.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MOORE, Adam D. Intellectual Property, Innovation, and Social Progress: The Case Against Incentive Based Arguments. **Hamline Law Review.** Vol. 26. Issue 3. p. 602-630. 2003. p. 607.

MOSSOFF, Adam. What is Property? Putting the Pieces Back Together. **Arizona Law Review.** Vol. 45. p. 371-443. 2003.

NOZICK, Robert. **Anarchy, state and utopia.** New York: Basic Books, 1974. p. 174.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIAR, Dotan. Making Sense of the Intellectual Property Clause: Promotion of Progress as a Limitation on Congress's Intellectual Property Power. **The Georgetown Law Journal.** Vol. 94. p. 1771-1845. 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível.** Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2006.

OSWALD, Maria Cecília; LEONARDOS, Luiz. Direitos de Patentes – Uma proposta de filtragem constitucional. **Revista da ABPI,** Rio de Janeiro, Vol. 86. p. 3-17. jan/fev 2007.

PALMER, Tom G. Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 13. Issue 3. p. 817-865. 1990.

PARISI, Francesco; SCHULZ, Norbert; DEPOORTER, Ben. **Duality in Property: Commons and Anticommons**. Würzburg Economic Papers. Universität Würzburg. 2000.

PAULRE, Bernard E. **Is the New Economy a Useful Concept?** Paris 1 CNRS ISYS Working Paper No. 2000-5. Setembro/2000. Disponível em: <http://econpapers.repec.org/paper/halwpaper/halshs-00226422_5Fv1.htm>. Acesso em: 08/08/08.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**. Madri: Universidad Carlos III, 1999.

PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. **Considerações Introdutórias sobre Direito Autoral e Acesso ao Conhecimento**. Disponível em: <<http://www.culturalivre.org.br/artigos/Carlos-Affonso-DA-A2k.pdf>>. Acesso em: 08/08/08.

PEREIRA, Luiz Fernando C. **Tutela Jurisdiccional da Propriedade Intelectual: Aspectos Processuais da Lei 9.279/96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Michael. **Steal this Idea – Intellectual Property Rights and the Corporate Confiscation of Creativity**. New York: Palgrave Macmillan, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antônio-Henrique. **Los Derechos Fundamentales**. 9. ed. Madri: Tecnos, 2007.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial: As funções do direito de patentes**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. In: **Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso**. Curitiba: Juruá Editora. 2005. p 41-60.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Propriedade Intelectual**. 2007. Disponível em: <<http://www.culturalivre.org.br>>. Acesso em: 08/08/08.

POPP, Shane M. The Third Door Is off the Hinges: A Prospective Study on the Effects of the create Act Against Federal Patent Policies. **John Marshall Review of Intellectual Property Law.** p. 597-607. Spring 2005.

PORTAL UNIVERSIA. **Afinal, copiar trechos de livros é certo ou errado?** Notícia Publicada em 12/09/2005. Disponível em: <<http://www.universia.com.br/materia/materia.jsp?id=8743>>. Acesso em: 08/08/2008.

POSNER, Richard A., **Transaction Costs and Antitrust Concerns in the Licensing of Intellectual Property.** John Marshall Review of Intellectual Property. Vol. 4. Iss. 3. 2005.

POSNER, Richard A.; LANDES, William M. **The Economic Structure of Intellectual Property Law.** Cambridge: Harvard University Press, 2003.

PRADO, Safira Orçatto Merelles; **O Controle Judicial dos Serviços Públicos sob a Perspectiva de Concretização de Direitos Fundamentais.** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2007.

PRONER, Carol. **Propriedade Intelectual: Para uma outra ordem jurídica possível.** São Paulo: Cortez Editora, 2007.

PRONER, Carol. Saúde Pública E Comércio Internacional: A Legalidade Da Quebra De Patentes. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia.** Unibrasil. Vol 1. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 25.07.08.

REBELLO, Luiz Francisco. **Introdução ao Direito de Autor.** Lisboa: Dom Quixote, 1994.

_____. **Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.** 3. ed. Lisboa: Âncora Editora, 2002.

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual.** São Paulo: Manole, 2005.

ROCHA, Afonso P. P. **A Relação de Trabalho e a Tutela da Propriedade Intelectual em Tempos de Teletrabalho e de Parassubordinação.** XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Anais do XV Encontro Nacional do CONPEDI - Manaus. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux. 2006.

ROCHA, Afonso P. P.; MATIAS, João Luis Nogueira. **Repensando o Direito de Propriedade.** XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Anais do XV Encontro Nacional do CONPEDI - Manaus. Florianópolis : Fundação José Arthur Boiteux. 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROVER, Aires J. O Direito Intelectual e seus Paradoxos. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 33-38.

ROWLEY, Charles K. **Public Choice and the Economic Analysis of Law.** In: MERCURIO, Nicholas (ed.). **Law and Economics.** Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989. p. 123-173.

SABOIA CAMPOS, Maria Luiza. O Direito de Autor na Obra Fotográfica. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial.** São Paulo. Vol. 47, Ano 13. p. 18-28. Jan/Mar. 1989.

SALZBERGER, Eli M. Economic Analysis of the Public Domain. In: **The Future of the Public Domain.** GUIBAULT, L.; HUGENHOLTZ, P.B. (eds.). Amsterdam: Kluwer Law International. 2006. p. 27–58.

SAMPAIO CUNHA, Danilo Fontenele. **Patrimônio Cultural – Proteção Legal e Constitucional.** Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Milton. **Por uma Outra Globalização – do pensamento único à consciência universal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: GALDINO, Flavio; SARMENTO, Daniel. (orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudo em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 267-324.

SCUDELER, Marcelo Augusto. **Patentes e sua Função Social.** Dissertação de Mestrado. Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba. 2007.

SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Property Law.** Discussion paper nº 329. Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business. 2002. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center>. Acesso em: 10/06/2008.

SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico.** São Paulo: EdUsp. 1992.

SHIVA, Vandana. **Protect or Plunder? Understanding Intellectual Property Rights.** London: Zed Books, 2001.

SILVA, Alice Rocha da. Direito internacional público e soberania na Constituição brasileira: aplicação de decisões do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 80, p.72-87, ago./set., 2006.

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. O princípio da solidariedade . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9315>>. Acesso em: 09 ago. 2008.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Ordenação Constitucional da Cultura.** São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Direito ambiental constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 17. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005.

SOUZA, Allan Rocha. **A Função Social dos Direitos Autorais.** Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Carlos Fernando M. **Direito autoral: legislação básica.** Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998.

STAUT JR., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: Ed. Universitária. N. 42, p.155-170, 2005.

STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. **A função social e ambiental da propriedade intelectual: a complementaridade de institutos jurídicos de direito público e de direito privado**. In: Anais do XV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2006, Manaus. Florianópolis: JOSE ARTHUR BOITEUX, 2006.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDER, Madhavi. Foreword. **University of California – UC Davis Law Review**. Vol. 40. Issue 3. 2006. p. 563-580. p. 7.

SZTAIN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.) **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Economia dos Direitos de Propriedade. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 84-101.

TAVANI, Herman T. Recent Copyright Protection Schemes: Implications for Sharing Digital Information. In: SPINELLO, Richard A.; TAVANI, Herman T. (orgs.). **Intellectual Property Rights in a Networked World: Theory and Practice**. London: Information Science Publishing, 2005. p. 182-204.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

TEMMERMAN, Michelangelo. **The TRIPS Agreement, the Evergreening of Patents and Access to Medicines: Novartis v. India** NCCR Trade Regulation Working Paper No. 2008/16. 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1185282>>. Último acesso em 03/08/08.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: **Temas de Direito Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 287-286.

THEOTONIO, Sérgio Barcelos. **Proposta de Implementação de um Núcleo de Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia no CEFET/RJ.** Dissertação de Mestrado. Mestrado em Tecnologia. Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca – CEFET/RJ. 2004.

TIGRE, Paulo Bastos. **Gestão da inovação – A economia da tecnologia no Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

VAIDHYANATHAN, Siva. **Copyrights and Copywrongs. The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity.** New York: New York University Press, 2003.

VARELLA, Marcelo Dias; MARINHO, Maria Edelvacy. A Propriedade Intelectual na OMC. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.** Brasília, v. 2, n. 2, p.136-153, jul./dez. 2005.

VIANNA, Túlio Lima. **A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor.** In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer. 2006.Tomo II. p. 933-947.

WACHOWICZ, Marcos. Os Direitos da Informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). **Propriedade Intelectual & Internet.** Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 37-49.

_____. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação.** Curitiba: Juruá Editora, 2004.

_____. A revolução tecnológica da informação – Os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 39-84.

_____. **Desenvolvimento e Inclusão Digital.** 2º Encontro Ibero Latinoamericano de Governo Eletrônico e Inclusão Digital Universidad de Zaragoza Universidade Federal de Santa Catarina Zaragoza - Jaca, Espanha 26-27 de julho de 2007. Disponível em: <www.lefis.org/meetings/workshops/2007/jaca_2007/contenido/jaca07_marcos.ppt>. Acesso em: 08/08/08.

WACHOWICZ, Marcos; WINTER, Luis Alexandre Carta. **Os paradoxos da sociedade informacional e os limites da propriedade intelectual.** In: Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte: Fundação . Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux. 2007. p. 2489-2509.

YU, Peter K. Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework. In: **UC Davis Law Review Symposium – Intellectual Property & Social Justice.** Vol. 40. p. 1039-1149. 2006.

ZAITS, Daniela. **Direito & Know-How. Uso, Transmissão e Proteção dos Conhecimentos Técnicos ou Comerciais de Valor econômico.** Curitiba: Juruá Editora, 2005.