

PROPRIEDADE INTELECTUAL NO SÉCULO XXI: EM BUSCA DE UM NOVO CONCEITO E SUBSTRATO TEÓRICO

INTELLECTUAL PROPERTY IN THE 21ST CENTURY: SEARCHING FOR A NEW CONCEPT AND THEORETICAL BACKGROUND

Humberto Alves de Vasconcelos Lima¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Que É Propriedade Intelectual e quais são as Implicações da Apropriação de Coisas Intangíveis?; 1.1 A Imaterialidade do Objeto da Propriedade Intelectual: Propriedade Sobre a Informação; 1.2 A Origem Intelectual do Padrão de Informações Protegido Por Propriedade Intelectual e as Fronteiras Conceituais Entre Invenção e Descoberta; 2 Contexto Histórico Socioeconômico do Surgimento da Tutela Estatal à Apropriação Intelectual – O Enlace com o Capitalismo; 3 Paradigma Tecnológico, Capitalismo Contemporâneo e Crise da Propriedade Intelectual; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

Os recentes avanços tecnológicos e o atual contexto socioeconômico não suportam os clássicos conceitos delineados para definir o que venha a ser propriedade intelectual. Portanto, é necessária uma revisitação de conceitos e do substrato teórico em que se insere o instituto. Por se propor a esta tarefa, este trabalho demonstra a inexatidão dos conceitos clássicos sobre propriedade intelectual e, após, traça um conceito cientificamente adequado para a mesma. Posteriormente, dedica-se a investigar as origens da tutela estatal à apropriação intelectual, definindo o contexto socioeconômico e tecnológico de sua ocorrência e excursa-se historicamente em acompanhamento à sua evolução. Por fim, evidencia-se a crise que hoje enfrentam os direitos de propriedade intelectual. Este esforço busca contribuir para o debate que, mesmo sem esperanças de encontrar solução conciliatória, é saudável para o aprimoramento científico do instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade intelectual; Trabalho intelectual; Tecnologia da Informação; Capitalismo.

¹ Graduado em Direito pela Universidade de Itaúna. Mestrando em Inovação com ênfase em propriedade intelectual pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). humberto_vasconcelos@hotmail.com.

ABSTRACT

Recent technological progress and the current socio-economic context do not support the classical concepts of intellectual property. Therefore, it is necessary to revise the concepts and theoretical background in which it inserts. By proposing this task, this paper demonstrates the inaccuracy of the classical concepts of intellectual property and, later, gives a suitable scientific concept for it. Posteriorly, this text is dedicated to investigate the origins of state protection for intellectual property rights, setting their technological and socio-economic context and a historically analysis of its evolution. Finally, shows that intellectual property rights are now facing crisis. This effort t seeks to contribute to the debate that, even without hope of finding conciliatory solutions, it is beneficial for the scientific improvement of the institute in question.

KEYWORDS: Intellectual property; Intellectual work; Information Technology; Capitalism.

INTRODUÇÃO

Nos últimos 30 anos o mundo assistiu a uma onda de revoluções tecnológicas que se propagou com uma intensidade e velocidade nunca experimentadas na história da humanidade. A criação da *internet* juntamente com o aprimoramento de outros meios de comunicação, o desenvolvimento da nanotecnologia e da biotecnologia são exemplos emblemáticos de representação do patamar tecnológico em que nos situamos hoje.

É nesse contexto de rápida evolução tecnológica, limiar de século XXI, que o instituto da propriedade intelectual foi confrontado diante de novas formas de produção e disseminação de conhecimento, hoje somente limitados pela criatividade humana. A par da facilidade na circulação da informação, tornou-se consideravelmente mais dificultosa a proteção da propriedade intelectual e, assim como todo instituto quando em crise, tem por isso sua existência questionada.

Neste espaço de confronto, é necessário revisitar a ideia de apropriação intelectual, averiguando sua origem e readequando seu conceito ao novo e atual paradigma tecnológico e socioeconômico.

1 O QUE É PROPRIEDADE INTELECTUAL E QUAIS SÃO AS IMPLICAÇÕES DA APROPRIAÇÃO DE COISAS INTANGÍVEIS?

"Troque um ovo com o seu vizinho e vocês continuarão a ter um ovo cada um. Troque uma ideia com o seu vizinho e ambos terão duas ideias". (Provérbio Chinês).

Na tarefa de definir o conceito de propriedade intelectual, divergem sensivelmente os autores que se propõem a fazê-lo. As próprias incertezas que se têm em relação ao que seja esta forma de propriedade, algo relacionada ao intelecto humano, contribui para a dificuldade na formulação de um conceito adequado. E por adequado se deve entender aquele conceito que permita reunir sob sua definição todos os entes que se clama serem espécies de determinado instituto e, em paralelo, se possa distingui-lo dos demais. Assim é que o conceito de propriedade intelectual deve ser definido de forma a não permitir sua confusão com outros tipos de propriedade e ainda se adequar e reunir as espécies "direitos de autor" e "inventiva industrial"².

Socorrem-se os autores, então, na formulação de um conceito de conteúdo exemplificativo. Afirma-se que propriedade intelectual é o conjunto de direitos relativos a obras literárias, científicas e artísticas (*direitos de autor*), às interpretações, execuções e difusão dos mesmos (*direitos conexos*), bem assim os direitos atinentes às invenções – expressão utilizada aqui em sentido amplo – marcas, indicações geográficas, cultivares, segredo de empresa e outros objetos da inventiva industrial.^{3 4}

² As expressões "inventiva industrial" ou "propriedade industrial" devem ser concebidas no sentido de que sua proteção exige *aplicabilidade industrial* (ou *utilidade*) e não conduzir ao equívoco de que somente se destinam a invenções feitas no âmbito da indústria. Essa terminologia é restritiva e contribui, inclusive, para um errôneo posicionamento epistemológico do estudo da propriedade intelectual no âmbito do Direito Empresarial quando lhe deveria ser reconhecida autonomia científica.

³ No Brasil, é pequeno o número de autores que enfrentam o problema da conceituação e, mesmo aqueles que analisam o tema da propriedade intelectual sob uma perspectiva mais teórica, acabam por recorrer a um conceito exemplificativo. Conferir, por todos, BARBOSA, Denis. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 10-11.

Estes conceitos são construídos à semelhança daquele definido na Convenção constitutiva da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO), assinada em Estocolmo em 1967 e cujo texto que aqui interessa é o seguinte:

Artigo 2 – Definições: Para os propósitos dessa Convenção:

[...] (viii) 'propriedade intelectual' deve incluir os direitos relativos a:

- obras literárias, artísticas e científicas,
- interpretações de artistas, fonogramas e transmissões de radiodifusão,
- invenções em todos os campos da atividade humana,
- descobertas científicas,
- desenho industrial,
- marcas comerciais, de serviço e firmas e designações comerciais,
- proteção contra concorrência desleal e todos os outros direitos resultantes da atividade intelectual nos campos industrial, científico, literário ou artístico⁵.

O mesmo foi adotado na redação do Acordo Sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC/TRIPS), onde se afirma no artigo 1.2 que "Para os fins deste Acordo, o termo 'propriedade intelectual' refere-se a todas as categorias de propriedade intelectual que são objeto das Seções 1 a 7 da Parte II".

Como a exemplificação – neste caso a mera especificação de elementos materiais – não é suficiente para a formação de um conceito técnico-científico adequado de determinado instituto, é necessária a identificação das

⁴ Mesmo a definição de conteúdo exemplificativo é de difícil formulação, pois o âmbito de matérias patenteáveis, isto é, o que pode ser objeto de propriedade industrial, varia sensivelmente de país para país. Além disso, em cada um deles, tal espectro pode incluir desde métodos a genes isolados, passando por variedades de plantas, softwares e topografias de circuitos integrados, exemplificativamente.

⁵ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **Convention Establishing the World Intellectual Property Organization**, 1967. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/convention/trtdocs_wo029.html> Acesso em: 06 mar. 2013. Traduzido do original: "Article 2 – Definitions: 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".

características que permitem que estes mesmos elementos sejam agrupados sob uma única definição. Em outras palavras: estabelecer a natureza essencial do conceito de propriedade intelectual.

Neste ponto surgem as dificuldades para a formação do conceito. É que a expressão “propriedade intelectual” remete a duas ideias centrais de implicações complexas: primeiro, a de que se trata de propriedade abstrata, distinta da noção clássica de propriedade corpórea dos romanos; segundo, a de que esta propriedade está relacionada ao intelecto humano. Estas implicações serão a seguir analisadas, quando será demonstrada a razão de sua complexidade.

1.1 A imaterialidade do objeto da propriedade intelectual: propriedade sobre a informação

Em relação à primeira noção, com efeito, a propriedade intelectual é espécie de propriedade sobre bens imateriais. Se a propriedade real evoca direitos sobre bens corpóreos, constituídos de matéria, a propriedade imaterial objetiva bens idealizados para fins jurídicos..

A distinção entre a corporeidade dos bens remonta aos romanos, que discriminavam aqueles que poderiam ser tocados, os tangíveis, e os intangíveis, com o fim de disciplinar a forma de transmissão. Para os primeiros, era reservada a *traditio* ou a *mancipatio* e, aos segundos, o ritual da *in iure cessio*.⁶ No atual paradigma científico, todavia, é tecnicamente mais adequado distinguir os bens pela sua materialidade; aqueles constituídos de matéria⁷ são bens materiais e os demais são bens imateriais. Desses últimos, se encontram os *direitos subjetivos* que podem ser objeto de propriedade, integrando o

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 22 ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 408.

⁷ As energias deveriam ser classificadas como bens materiais, pois o fato de não serem tangíveis não muda o de serem elas matéria acelerada, o que se sabe desde as descobertas de Albert Einstein traduzidas na equação $E=mc^2$.

patrimônio jurídico de uma pessoa. Os artigos 80 e 83 do Código Civil Brasileiro⁸ permitem essa conclusão – não pelo fato de ser um texto legal, mas por ser resultado de sólido consenso doutrinário. Nessa categoria teríamos, por exemplo, ações e quotas de sociedades empresárias, o fundo de comércio e os direitos de propriedade intelectual.

A nota distintiva dos bens imateriais é sua natureza ideal. Não possuem natureza ontológica mas por conveniência jurídica lhes é reconhecida existência, ainda que fictícia, e proteção. No que diz respeito à propriedade intelectual, essa natureza ideal é relacionada à criação intelectual abstrata do homem, a ideia. Como a ideia precede e define a criação de algo material – isto é, o processo cognitivo é anterior ao executivo em uma atividade criativa – a propriedade intelectual é a proteção jurídica à *criação ideal* e a propriedade real promove a proteção jurídica à *criação materializada*.

Todavia, a ideia abstrata não é precisamente o objeto da propriedade intelectual, muito embora encontre nela sua raiz. Isto porque, para que se caracterize o objeto da propriedade intelectual é necessário que a ideia se transforme em algo factível, seja realizada em algum bem exterior ao sujeito cognoscente. Naturalmente, não se pode reclamar a propriedade de uma concepção abstrata que não possa ser exteriorizada do intelecto do indivíduo que a concebe. Um pianista que crie em pensamento determinado arranjo musical, somente poderá ver reconhecida a propriedade sobre sua criação no momento em que executá-la publicamente ou reduzi-la a uma partitura, notadamente para fins de comprovação, o mesmo ocorrendo com o escritor em relação ao livro e ao inventor em relação ao projeto de uma invenção protegida por uma patente.⁹

⁸ Art. 80 do Código Civil: “Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II - o direito à sucessão aberta”. Art. 83 do Código Civil: “Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - as energias que tenham valor econômico; II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”.

⁹ Sabe-se que a tutela estatal ao direito do autor surge a partir do momento da criação da obra, e à inventiva industrial surge quando da concessão da carta-patente ou do registro, conforme o caso. Para os direitos de autor, os Estados costumam disponibilizar sistemas de registro facultativo, facilitando a comprovação da autoria.

Logo, o reconhecimento da propriedade sobre a exteriorização física da criação intelectual protege a ideia de forma indireta:

Propriedade intelectual é geralmente caracterizada como propriedade não-física que é produto do processo cognitivo e cujo valor é baseado em alguma ideia ou conjunto de ideias. Tipicamente, direitos não englobam a entidade abstrata não-física, ou a *res*, da propriedade intelectual; ao contrário, os direitos de propriedade intelectual envolvem o controle de manifestações ou expressões físicas. Os sistemas de propriedade intelectual protegem direitos sobre a ideia através da proteção do direito de produzir e controlar as manifestações físicas dessa ideia. Sob esta perspectiva, propriedade intelectual é a propriedade intangível que assume a forma de tipos abstratos, desenhos, padrões, ideias ou conjunto de ideias. Os direitos de propriedade intelectual são direitos que envolvem o controle das manifestações físicas ou símbolos dessa(s) ideia(s)¹⁰.

É extremamente importante ressaltar que a noção de “manifestação física” não deve ser confundida com a de “objeto concreto”. Explica-se com exemplos: uma dançarina que imagine determinada coreografia tem uma ideia abstrata que será exteriorizada no momento em que ela executar a dança. Haverá então a manifestação física de uma ideia – protegida por direito autoral – ainda que não haja qualquer objeto concreto como resultado da criação, na hipótese. O músico, da mesma forma, pode nunca ter reduzido sua composição a uma partitura, mas, quando executada a melodia, ocorrerá a manifestação física da ideia.

Na verdade, a manifestação física de uma ideia pode ser traduzida em um conceito mais evoluído, que é o de *informação*. Tome-se, para fins ilustrativos, o escritor de um livro publicado por uma editora. Ele não detém propriedade sobre as folhas utilizadas para a confecção da obra ou sobre a tinta nela impressa, nem

¹⁰ MOORE, Adam D. Intellectual Property, Innovation, and Social Progress: the case against incentive based arguments. **Hamline Law Review**, v. 26, n. 3, 2003. p. 604. Traduzido livremente do texto original: “*Intellectual property is generally characterized as non-physical property that is the product of cognitive processes and whose value is based upon some idea or collection of ideas. Typically, rights do not surround the abstract non-physical entity, or res, of intellectual property; rather, intellectual property rights surround the control of physical manifestations or expressions. Systems of intellectual property protect rights to ideas by protecting rights to produce and control physical embodiments of those ideas. On this view, intellectual property is non-tangible property that takes the form of abstract types, designs, patterns, ideas, or collections of ideas. Intellectual property rights are rights that surround control of the physical manifestations or tokens of the idea(s)*”.

mesmo sobre o computador servidor em que o texto digitalizado possa vir a ser alocado, mas tão somente sobre o *padrão de informações ali contido* que, expressado por aquelas exatas palavras e naquela exata ordem, representa a *exteriorização do trabalho intelectual do autor*. Nesse exemplo, o livro impresso é o objeto concreto, o substrato material em que se externa a ideia, ao passo que o texto, isto é, o padrão de informações, é a manifestação física da ideia, esta sim objeto da propriedade intelectual. Não se confundem, portanto, o substrato material e a manifestação física da ideia. Como bem pontua Tom Palmer, "Direitos de propriedade intelectual são direitos em objetos ideais, que são distintos do substrato material no qual eles são instanciados".¹¹

A reforçar a tese acima exposta, tem-se o exemplo de um inventor de um motor automotivo movido a base de hidrogênio, que tenha sua invenção patenteada. Ele tem propriedade sobre a informação necessária para a produção do mesmo, ou seja, o conhecimento dos métodos e processos empregados para sua fabricação e também sobre a forma de funcionamento do motor. A princípio, o inventor não detém qualquer propriedade sobre o objeto "motor" já construído, posto que possa impedir que outros utilizem sua invenção. Ainda que terceiros possam ter a *posse* dessa informação – uma vez que a patenteabilidade pressupõe a publicação – somente o inventor poderá, além de usá-la, perceber seus frutos (através do recebimento de *royalties* pelo licenciamento da tecnologia) ou dela dispor (mediante a venda dos direitos sobre a patente).

Conclui-se, dessa forma, que ***propriedade intelectual é propriedade sobre um padrão de informações constituído a partir de uma criação do intelecto humano***. Obviamente que o reconhecimento e a tutela jurídica estatal dessa propriedade dependerão da confluência de requisitos jurídicos externos, como a *novidade*, a *não obviedade* e a *aplicabilidade industrial* da informação, mas o objeto da propriedade continua sendo apenas o padrão de informações.

¹¹ PALMER, Tom G. Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects. In: SYMPOSIUM: INTELLECTUAL PROPERTY, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, n. 3, 1990, p. 818. Traduzido do original: "*Intellectual property rights are rights in ideal objects, which are distinguished from the material substrata in which they are instantiated*".

Assim, o conceito acima delineado permite reunir sob a ideia uma de propriedade intelectual as noções derivadas de direitos de autor – e os a estes conexos – bem como de propriedade industrial. Impossibilita, por outro lado, que se reconheça a apropriação intelectual de informações no mesmo estado em que elas se encontram *in natura*, ou seja, a apropriação intelectual de descobertas científicas, fenômenos ou leis da natureza, ou outras informações que não envolvam o acréscimo da atividade inventiva ou criativa do homem. Daí surge, precisamente, a distinção conceitual entre *invenção* e *descoberta* que será melhor explorada na seção seguinte.

Peter Drahos também propõe um conceito que não se limita à simples exemplificação, e alcança conteúdo similar ao acima apresentado:

Uma definição de propriedade intelectual que vá além de listas ou exemplos e se comprometa a lidar com os atributos essenciais da propriedade intelectual deve focar em dois elementos: o elemento 'propriedade' e o objeto ao qual o elemento 'propriedade' se relaciona. Os direitos de propriedade intelectual são frequentemente descritos com direitos intangíveis. A ideia por trás dessa classificação é que o objeto do direito é intangível. Todos os direitos de propriedade posicionam o titular em uma relação jurídica com terceiros. A diferença chave entre os direitos da propriedade real e os direitos de propriedade intelectual é que neste último caso, o objeto do direito é não-físico. Pode-se pensar neste conceito como um objeto abstrato ao invés de um objeto físico. É possível que alguém possa 'possuir' o objeto abstrato sem possuir uma particular manifestação física deste objeto. Uma carta enviada a um amigo, por exemplo, implica na transferência da propriedade sobre a carta para o amigo, mas não do direito autoral [...] Os direitos de propriedade intelectual são direitos de exploração de informação.¹²

¹² DRAHOS, Peter. The Universality of Intellectual Property Rights: origins and development. **WIPO Panel Discussion on Intellectual Property and Human Rights**, Geneva, 1998. p. 2. Disponível em: <<http://www.wipo.int/tk/en/hr/paneldiscussion/papers/pdf/drahos.pdf>> Acesso em: 03 mar. 2013. Tradução feita do original: "A definition of intellectual property that moves beyond lists or examples and attempts to deal with the essential attributes of intellectual property has to focus on two elements: the property element and the object to which the property element relates. Intellectual property rights are often described as intangible rights. The idea behind this classification is that the object of the right is intangible. All property rights place the rightholder in a juridical relation with others. The key difference between rights of real property and intellectual property rights is that in the latter case the object of the right is non-physical. One can think of it as an abstract object rather than a physical object. It is possible that

Há, no entanto, situações em que esse dualismo entre tangível/intangível, matéria/informação, não pode ser definido. Pode ocorrer que a *informação* e o *meio físico* em que ela se concretiza estão em uma relação de interdependência tão elevada que não há como segregá-los e reconhecer a propriedade sobre somente um deles. Se, por um lado, é possível transcrever com perfeita exatidão as palavras empregadas por Miguel de Cervantes nos originais de “*O Engenhoso Fidalgo Dom Quixote da Mancha*”, ou ainda, descrever minuciosamente o processo de fabricação de um *iPad* da *Apple*, por outro, não se pode identificar quantas pinceladas Michelangelo utilizou para pintar “*A Criação de Adão*” no teto da Capela Sistina ou mesmo quantos golpes de talhadeira foram necessários para insculpir o “*Davi*” em um único bloco de mármore. Ou seja, não se pode, nesses últimos casos, separar a informação do substrato material em que ela se realiza. Esta peculiaridade, obviamente, não desnatura o caráter intelectual da informação transformada em obra, cujos autores estarão igualmente protegidos pelos direitos de propriedade intelectual.

Denis Borges Barbosa, em sóbria análise acerca do objeto da apropriação intelectual, invocando o instituto da especificação (art. 1.269 do Código Civil Brasileiro), ilustra:

A escultura especificada no mármore, assim, distingue-se da matéria física; ela não é tangível. Na metáfora da estátua em que a obra surge *naquilo que o artista retirou da pedra*, a criação é avassaladoramente imaterial. A Arte está naquilo que era tangível, e foi retirado – seus dedos sentem a superfície polida do que ficou, mas só a imaginação e a intuição discernem o que foi retirado. É nesse espaço de contemplação, a que se referia Blackstone (ou no dizer menos jurídico de Théophile Gautier, o espaço do *sonho flutuante*), que circulam os bens da propriedade intelectual¹³.

Nesse ponto do raciocínio, proposta a noção de que propriedade intelectual objetiva padrão de informações e não objetos concretos, poderia se questionar

one can 'own' the abstract object without owning a particular physical manifestation of the abstract object. A letter sent to a friend, for example, results in the property in the letter passing to the friend, but not the copyright. [...] intellectual property rights are rights of exploitation in information”.

¹³ BARBOSA, D. B. *op. cit.*, p. 36.

qual é precisamente o conceito de informação de que ele se vale. Uma incursão aprofundada em busca dessa definição deturparia seriamente os objetivos dessa pesquisa, mas pode-se dizer que o conceito de informação varia sensivelmente de acordo com a ciência na qual a expressão é empregada. Assim é que encontramos conceitos distintos na matemática e ciência computacional, na economia e na biblioteconomia.¹⁴ À margem dessas construções teóricas, para a finalidade exclusiva da presente investigação, entenda-se por **“informação” o conjunto de signos que possibilita descrever uma manifestação física** – lembrando sempre que “manifestação física” não se confunde necessariamente com “objeto concreto”.

É natural que a noção de propriedade de informações – bens intangíveis por excelência – não tenha sido compreendida logo no surgimento da tutela estatal à propriedade intelectual, que ocorreu, conforme se analisará adiante, em um contexto em que o próprio reconhecimento à propriedade privada – até então classicamente afeta a bens corpóreos – ressurgia após a superação do feudalismo e a inauguração do Estado Moderno (v. seção 2). Em verdade, a ideia que a época se tinha acerca do que seria “informação” era imatura, certamente em razão das dificuldades práticas em reproduzi-la e disseminá-la.

Esta limitada compreensão somente veio a se aprimorar com o desenvolvimento de técnicas de reprodução e disseminação em massa da informação escrita, notadamente após a invenção da prensa móvel de Johannes Gutenberg¹⁵ por volta de 1439 (Revolução da Imprensa), e a alcançar seu ápice com a Revolução da Informação, denominada por alguns de “terceira revolução industrial”, iniciada no século XX.

¹⁴ MATHIESEN, Kay. What is Information Ethics? **Computers and Society**, v. 32, n. 8, 2004. p. 3.

¹⁵ Apesar de se reconhecer que a chamada “Revolução da Imprensa” tenha se iniciado após a invenção da prensa móvel de Gutenberg, sabe-se que os chineses já haviam inventado os caracteres móveis no século XI. Explica Rita de C. R. de Queiroz que: “Desde o século XI que os chineses já conheciam os caracteres móveis. A imprensa foi, a princípio, mais um prolongamento da escrita manual. Os impressores rivalizavam com os copistas. (...) A imprensa, ou seja, a técnica baseada no uso dos tipos móveis e na prensa, provoca uma revolução. Até a metade da década de 1450 só era possível reproduzir um texto copiando-o à mão. Com a imprensa, reduz-se o tempo de reprodução do texto, diminuindo também o custo do livro. Gutenberg foi o primeiro a mecanizar os procedimentos de impressão”. Cf. QUEIROZ, Rita de C. R. **A informação escrita: do manuscrito ao texto virtual**, 2005, p. 11. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/limc/escritacoletiva/pdf/a_info_escrita.pdf>. Acesso em 20 mar. 2012.

1.2 A origem intelectual do padrão de informações protegido por propriedade intelectual e as fronteiras conceituais entre invenção e descoberta

Apresentada a primeira nota distintiva da propriedade intelectual, que é a imaterialidade de seu objeto (o padrão de informações), passe-se à análise da segunda característica central dessa forma de propriedade, que é a origem intelectual do padrão de informações. Essa peculiaridade tem a finalidade de distinguir a propriedade intelectual de outras formas de propriedade e, principalmente, distinguir a invenção da descoberta.

Isso porque, os direitos de propriedade intelectual conferem ao seu titular a exclusividade na exploração daquele padrão de informações e com isso permitem que aquele obste, por certo período de tempo e em determinadas condições, a utilização desse padrão por terceiros. Logo, o inventor de uma fechadura nova, mais segura, poderá impedir que terceiros fabriquem a mesma fechadura ou, por exemplo, que outro inventor utilize o mecanismo em uma nova porta que esteja desenvolvendo. Em outras palavras, os direitos de propriedade intelectual restringem, por determinado prazo, a aplicação daquele padrão de informações protegido e o surgimento de outras invenções derivadas.

É em razão dessa limitação juridicamente imposta que não se poderia conferir exclusividade na exploração das descobertas, que são conhecimentos fundamentais e, portanto, essenciais para o desenvolvimento científico e tecnológico. Eventual reconhecimento de propriedade intelectual sobre descobertas científicas impediria, por cerco lapso temporal, o surgimento de várias invenções que dela pudessem derivar. Explica Salvador Darío Bergel:

A descoberta científica (à qual, por si mesma, inclusive lhe faltaria o caráter da materialidade) [...] pode constituir a premissa da posterior invenção, mas a tutela concerne a esta e não àquela; concerne à invenção enquanto tal, não importando que implique ou não (como é normal) em nova descoberta. Isto não é pela maior "importância" da invenção com relação à descoberta (pois, a verdade é justamente o

contrário), mas precisamente porque, dadas as inúmeras invenções que podem ter como premissa comum a descoberta científica, uma exclusividade que tivesse diretamente por objeto a utilização da descoberta científica ia se converter em uma carga para o progresso cultural e para o mesmo progresso técnico que a tutela da invenção trata de promover.¹⁶

No mesmo sentido, Douglas L. Rogers pontua que

A lógica subjacente para a exclusão [da descoberta] é que os avanços científicos dependem de um substrato disponível de conhecimentos básicos, e que, portanto, patentear as fundações intelectuais de um campo tem um efeito adverso sobre seu progresso.¹⁷

É verdade que o artigo 2, alínea viii, da Convenção Constitutiva da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (1967) reconhece que descobertas científicas podem ser objeto de propriedade intelectual. Todavia, o artigo 27.1 do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) (1994) exige a ocorrência de atividade inventiva para que se reconheça a matéria como patenteável. O que ocorre é que, em determinados países, notadamente nos Estados Unidos, cria-se uma retórica tendente a confundir os limites entre invenção e descoberta objetivando alargar o âmbito de matérias patenteáveis sem infringir a exigência do Acordo. As implicações desse discurso serão analisadas no estudo de alguns julgados do judiciário norte-americano quando do exame do requisito de patenteabilidade da atividade inventiva.

Mas como distinguir conceitualmente a invenção da descoberta? Há critérios seguros que permitam fazê-lo? Na verdade há um grande abismo epistemológico

¹⁶ BERGEL, Salvador Darío. A situação limite do sistema de patentes: em defesa da dignidade das invenções humanas no campo da biotecnologia. Trad. de Alejandra Rotania. In: CARNEIRO F.; EMERICK (Org.) **LIMITE – A Ética e o Debate Jurídico sobre Acesso e Uso do Genoma Humano**, Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000. p. 5-6.

¹⁷ ROGERS, Douglas L. Coding for life - should any entity have the exclusive right to use and sell isolated dna? **Pittsburgh Journal of Technology Law and Policy**, v. XII, outono 2011, p. 6. Tradução livre do original: "The underlying rationale for the exclusions is that scientific advances depend on an available substrate of basic knowledge, and that, therefore, patenting the intellectual foundations of a field has an adverse effect on its progress."

entre esses dois entes e aqueles que sustentam conclusão contrária o fazem através de um esforço interpretativo equivocado.

A *descoberta* é a aquisição inédita de informação *in natura* ou reaquisição de informação por um sujeito cognoscente. A transferência de informação se dá do ambiente para o sujeito¹⁸ e a modificação ocorre no sujeito, que agrega informação, não no mundo, que permanecerá materialmente inalterado após a descoberta. Trata-se de um processo de internalização de informações que existem naturalmente ou não, mas até aquele momento não tinham sido compreendidas por alguém. Essa compreensão pode se dar em dois níveis: em relação à *existência* da informação ou em relação ao *funcionamento* da informação. Os primeiros homens experimentaram a gravidade – ou seja, conheciam sua existência – mas somente se pode dizer que a lei da gravidade foi descoberta com a compreensão inédita do fenômeno (do funcionamento da informação) por Isaac Newton. Já na hipótese de reaquisição de informações, pode ocorrer que o sujeito redescubra informações que foram perdidas ao longo do tempo e aqui não se exige que sejam elas naturais. Assim é que a descoberta das informações gravadas na Pedra de Roseta, durante a expedição de Napoleão ao Egito em 1799, foi uma importante descoberta científica arqueológica (*existência*), muito embora a compreensão dos hieróglifos nela insculpidos somente tenha ocorrido integralmente em 1822, com estudos de Jean-François Champollion (*funcionamento*).

São, portanto, os elementos da descoberta:

- a) internalização;
- b) ineditismo ou reaquisição;
- c) compreensão
 - c.i) em nível de existência;

¹⁸ Ressalta-se que a noção de externo e interno que aqui se coloca não é em relação ao corpo do sujeito, mas sim ao seu conhecimento. Dessa forma, nada impede que alguém faça alguma descoberta científica examinando o próprio corpo. A informação adquirida, antes externa ao conhecimento do sujeito, será também internalizada nessa hipótese.

c.ii) em nível de funcionamento.

A *invenção*, por sua vez, é a modificação da informação natural através da intervenção intelectual do homem. A transferência de informação ocorre do sujeito para o ambiente, que é então alterado, ou melhor, o arranjo de informações é alterado. Há na verdade, uma manipulação de informações para gerar algo novo, resultado da atividade inventiva humana. Logo, são os elementos da invenção (ou de qualquer criação):

- a) externalização;
- b) modificação.

A implicação mais importante dessa distinção é a de que, se do processo criativo resulta o mesmo padrão de informações de algo já encontrado na natureza, não há modificação e, por consequência, invenção. Pense-se, por exemplo, no desenvolvimento de um diamante sintético cuja composição química seja absolutamente idêntica a do diamante natural. Como não houve criação de padrão de informações novo, não houve invenção e sim reprodução de algo natural, ainda que por meios artificiais. Nessa hipótese, a atividade inventiva concentra-se exclusivamente no processo de criação do diamante sintético, não no diamante em si – aquele, portanto, deve ser patenteável; este não deveria.

Não se ignora que, normalmente, descobertas dão origem a várias invenções que por sua vez possibilitam outras, e assim os processos de internalização x externalização / modificação do sujeito x modificação do objeto ocorrem simultaneamente e se sobrepõem. Também devemos assumir que há elementos que, quando não analisados sob critérios precisos, como são os apresentados acima, acabam por ser posicionados em uma zona cinzenta na qual há grande divergência sobre a sua natureza inventiva ou de descoberta. Isso ocorre com frequência no domínio da biotecnologia, na hipótese das patentes conferidas a genes isolados do corpo humano, por exemplo.

2 CONTEXTO HISTÓRICO SOCIOECONÔMICO DO SURGIMENTO DA TUTELA ESTATAL À APROPRIAÇÃO INTELECTUAL – O ENLACE COM O CAPITALISMO

*"Se a história pudesse nos ensinar algo seria que a propriedade privada está indissociavelmente vinculada à civilização"*¹⁹ (Ludwig Von Mises)

Sabe-se que a mais antiga referência histórica à ideia de apropriação intelectual remonta ao relato do historiador grego *Philarco*, que descreveu que os *Sibaritas* – povo da colônia grega de *Sibaris* – por volta do ano 500 A.C., gozavam de monopólio sobre a exploração econômica de determinadas receitas culinárias²⁰.

Distanciando destas hipóteses em que estes direitos monopolísticos eram conferidos por razões discricionárias de conveniência dos governantes, é relevante precisar qual o marco histórico no qual ocorreu o reconhecimento estatal legal da propriedade intelectual e sua consequente tutela.

Como já antecipado, o desenvolvimento de técnicas de reprodução em massa da informação escrita em meados do século XV implicou em uma revolução na disseminação do conhecimento, que até então era limitada pela própria capacidade prática dos copistas em reproduzir determinado texto. Já o período de final de século XV e início do século XVI marca a queda do sistema feudalista na Europa ocidental e o surgimento do mercantilismo, que seria o paradigma socioeconômico que séculos depois daria origem ao sistema capitalista.

A aceleração do processo informacional e o desenvolvimento da economia industrial passou (sic) a exigir, desde o Renascimento, a criação de uma nova categoria de direitos de propriedade. Tal se deu, essencialmente, a partir do momento em que a tecnologia passou a permitir a reprodução em série de produtos a serem comercializados:

¹⁹ MISES, Ludwig Von. *Omnipotent government: the rise of the total state and total war*. **Yale University Press**, 1944, p. 58. Traduzido do original: "If history could teach us anything it would be that private property is inextricably linked with civilization".

²⁰ Cf. MOORE, Adam D. **A lockean theory of intellectual property**. Ohio University, 1997, p. 12. Disponível em: <http://etd.ohiolink.edu/send-pdf.cgi/Moore%20Adam%20D.pdf?osu1214419634> Acesso em: 08 maio 2012. e BARBOSA, *op. cit.*, p. 25.

além da propriedade sobre o produto, a economia passou reconhecer direitos exclusivos sobre a idéia de produção, ou mais precisamente, sobre a idéia que permite a reprodução de um produto²¹.

Nesse contexto, a confluência destes dois fatores – a) técnicas de disseminação em massa de informação e b) sistema mercantilista, no qual ressurgia a tutela à propriedade privada – demandou o reconhecimento estatal à propriedade intelectual, que em suas origens era confundido com concessão de monopólios de exploração econômica do invento ou obra.

Peter S. Menell apontou o surgimento do primeiro mecanismo legal de proteção às patentes, que teria se dado na República de Veneza em 1474, em fase inicial do mercantilismo:

Os direitos de propriedade intelectual emergiram durante o início do período mercantilista como forma de os Estados-Nação unificarem e aumentarem seu poder e riqueza através do desenvolvimento de manufaturas e o estabelecimento de monopólios comerciais estrangeiros. O termo 'patente', derivado do Latim '*patere*' (tornar aberto), refere-se a uma carta aberta de privilégio do governo para a prática de uma arte. [...] O Estado Veneziano promulgou o primeiro estatuto de patentes em 1474 provendo ao inventor de qualquer 'dispositivo novo e engenhoso ... reduzido à perfeição a ponto de que pudesse ser usado e operado' uma licença exclusiva de 10 anos para praticar a invenção. Outras nações seguiram o exemplo, e a garantia de monopólios limitados para invenções, e posteriormente a editores e autores de obras literárias, tornou-se o principal meio de promover a inovação e a literatura²².

No mesmo sentido, novamente recorrendo às lições de Peter Drahos:

²¹ BARBOSA, *op. cit.*, p. 23.

²² MENELL, Peter S. Intellectual property: general theories. **Encyclopedia of law and economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 131. Texto original: "*Intellectual property rights emerged during the early mercantilist period as a means for nation-states to unify and increase their power and wealth through the development of manufactures and the establishment of foreign trading monopolies. The term patent, derived from the Latin patere (to be open), refers to an open letter of privilege from the government to practice an art [...] The Venetian Senate enacted the first patent statute in 1474 providing the maker of any 'new and ingenious device ... reduced to perfection so that it can be used and operated' an exclusive license of 10 years to practice the invention. Other nations followed suit and the granting of limited monopolies for inventions, and later to publishers and authors of literary works, became the dominant means of promoting innovation and literature*".

Muito provavelmente, todas estas leis podem ter sua origem identificada no sistema de concessão de privilégio real que parece ter operado na maior parte da Europa medieval. Os Venezianos são creditados com a primeira lei de patentes propriamente desenvolvida em 1474. Na Inglaterra, o Estatuto de Monopólios de 1623 extinguiu todas as formas de monopólios, com exceção daquelas instituídas pelo "verdadeiro e primeiro inventor" de um "método de manufatura". A França revolucionária reconheceu os direitos dos inventores em 1792 e, fora da Europa, os E.U.A. instituíram uma lei de patentes em 1790²³.

Com efeito, os direitos de propriedade intelectual, reconhecidos através da concessão real de privilégios monopolísticos, objetivavam o fomento industrial e econômico, ainda que por efeito colateral resultassem em concentração de poder e riqueza. O certo é que os direitos de propriedade intelectual – que em sua origem se perfaziam através da concessão de monopólios – não tinham por objetivo a tutela dos interesses de autores e inventores. No mesmo contexto, foi natural que, como todo instituto jurídico ou político que possibilita controle sobre relações de poder econômico, a propriedade intelectual fosse utilizada pelos governantes como mecanismo de dominação.

Em texto sobre a tutela penal da propriedade intelectual, Túlio Lima Vianna, afirma:

Com a invenção da imprensa, os soberanos sentiam-se ameaçados com a iminente democratização da informação e criaram um ardiloso instrumento de censura, consistente em conceder aos donos dos meios de produção dos livros o monopólio da comercialização dos títulos que editassem, a fim de que estes, em contrapartida, velassem para que o conteúdo não fosse desfavorável à ordem vigente²⁴.

²³ DRAHOS, *op. cit.*, p. 3. Traduzido livremente do seguinte trecho: "Very probably all these laws can be traced back to the system of royal privilege-giving which seems to have operated in most of medieval Europe. The Venetians are credited with the first properly developed patent law in 1474. In England the Statute of Monopolies of 1623 swept away all monopolies except those made by the 'true and first inventor' of a 'method of manufacture.' Revolutionary France recognized the rights of inventors in 1791 and, outside of Europe, the U.S.A. enacted a patent law in 1790".

²⁴ VIANNA, Túlio Lima. A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Tomo II, 2006, p. 934.

Um exemplo da utilização dos direitos de propriedade intelectual como instrumento de dominação, manifestada em forma de censura, verificou-se na Inglaterra durante a dinastia Tudor em meados do século XVI.

Em 1557, dezoito anos depois que Wiliam Caxton lá [na Inglaterra] introduziu a máquina de escrever (printing press), Felipe e Maria Tudor concederam à associação de donos de papelaria e livreiros o monopólio real para garantir-lhes a comercialização de escritos. A corporação, então, tornou-se uma valiosa aliada do governo em sua campanha para controlar a produção impressa. Eram comerciantes que, em troca da proteção governamental ao seu domínio de mercado, manipulavam os escritos direitos? (sic) do indivíduo ao conteúdo, exercendo a censura sobre aqueles que lhe fossem desfavoráveis na oposição à realeza. A esse privilégio no controle dos escritos chamou-se copyright, que nasceu, pois, de um direito assegurado aos livreiros, e não como um direito do autor dos escritos. Durou mais ou menos duzentos anos, e é a semente das leis (Statutes) relativas a esse direito herdadas pela Inglaterra, e, mais tarde, pelos Estados Unidos da América do Norte²⁵.

Expostas estas afirmações, o que não parece correto afirmar é que os direitos de propriedade intelectual tenham sido idealizados com a finalidade premente de atender aos interesses absolutistas de elites, muito embora tenham efetivamente servido a este propósito. Na verdade, como já afirmado anteriormente, qualquer instituto político ou jurídico que possibilite manipulação de relações de poder econômico, eventualmente será utilizado por classes dominantes em favor de seus interesses, o que não significa necessariamente que este mesmo instituto tenha nascido para cumprir esta função.

Assim, após seu surgimento como mecanismos de concessão de monopólios para os detentores dos meios de produção e reprodução da informação no século XV, os direitos de propriedade intelectual se voltaram, três séculos depois, à tutela dos interesses dos autores e inventores, tanto os de ordem patrimonial quanto os de natureza moral, para então encontrar um substrato de legitimação mais forte que o existente em sua origem.

²⁵ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 28. *apud* VIANNA, *op. cit.*, p. 934.

É que, diante do avanço tecnológico proporcionado pela Revolução Industrial, iniciada no Reino Unido na metade do século XVIII e, como consequência, o aprimoramento das técnicas de produção de máquinas e reprodução de informações, foi necessário proteger, agora sim, os criadores, contra eventuais alterações que terceiros pudessem efetuar no conteúdo de suas obras, deturpando-a, bem como de cópias não autorizadas que lesassem seus interesses patrimoniais.

Sobre o avanço nas técnicas de reprodução auferido na revolução industrial em comparação com o que se realizou com a invenção da prensa móvel de Gutenberg:

Até 1783, conheciam-se ainda as prensas manuais, que não haviam mudado quase nada desde os tempos de Gutenberg. Seu rendimento não superava as trezentas folhas ao dia. Nesta introduziram uma platina de ferro e uma prancha de cobre, o que permitiu a impressão de formatos de grande tamanho. Em 1819 já havia uma prensa que fazia a impressão de prancha contra cilindro. Em 1846, na Filadélfia, havia uma prensa moderna capaz de tirar 95000 exemplares por hora. A composição do texto se fazia, desde Gutenberg, letra a letra. Assim, a composição de um texto se fazia a uma velocidade de 1200 a 1500 signos. Em 1872, com o surgimento da linotipia, passou-se a 6000 - 9000 signos por hora²⁶.

A revolução industrial propiciou, além dos avanços tecnológicos, grandes níveis de acumulação de capital, através da concentração e controle dos meios de produção ou, segundo uma concepção marxista, da "passagem da subsunção formal à subsunção real do trabalho no capital"²⁷.. E como trabalho intelectual é pressuposto de propriedade intelectual, esta viria a ser um dos fatores fundamentais no processo de acumulação de capital e, por conseguinte, elemento-chave no desenvolvimento do capitalismo.

²⁶ QUEIROZ, R. C. R. *op. cit.*, p. 12.

²⁷ BOLAÑO, César Ricardo Siqueira. Trabalho Intelectual, Comunicação e Capitalismo: A reconfiguração do fator subjetivo na atual reestruturação produtiva. **Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política**, n.11, Rio de Janeiro, 2002, p. 7.

Destarte, no século XVIII, limiar do capitalismo moderno, vieram a lume as primeiras teorias cientificamente mais elaboradas para justificar o instituto da propriedade intelectual, de cunho utilitarista e oriundas de grandes pensadores como Adam Smith, Jeremy Bentham, Thomas Jefferson e John Stuart Mill²⁸. Estas teorias são hoje os fundamentos da política norte-americana relativa à propriedade intelectual.

A estreita relação entre capitalismo e as primeiras teorias de justificação da propriedade intelectual é confirmada na literatura:

Teorias utilitaristas da propriedade intelectual se desenvolveram e evoluíram em uma relação simbiótica com a evolução do Estado moderno: da formação e maturação dos Estados-Nação mercantilistas, passando pela Revolução Industrial até o surgimento da moderna economia capitalista²⁹.

Naturalmente, teorias antagônicas ao capitalismo, incumbidas da tarefa de atacar seus fundamentos, sustentaram argumentos que fluíram de um patamar moderado até propostas abolicionistas sobre propriedade intelectual. Não por acaso, na antiga União Soviética, os direitos sobre os inventos eram de propriedade do Estado, que fornecia um pagamento ao inventor como forma de indenização.

Um desafio bem conhecido, mas agora largamente ultrapassado, foi apresentado pela ideologia dos países do leste europeu, para quem o próprio conceito de propriedade privada era repugnante; e a consequência deste desafio era que, ao invés de direitos de patente, a velha União Soviética e outros países tinham um sistema de certificados de inventor, sob o qual o "direito" à invenção pertencia ao estado e o pagamento por este direito era uma forma de maior ou menor recompensa arbitrária ao inventor³⁰.

²⁸ MENNEL, P. *op. cit.*, p. 131-132.

²⁹ *Ibidem*, p. 131. Original: "Utilitarian theories of intellectual property developed and evolved in a symbiotic relationship with the evolution of the modern state: from the formation and maturation of the mercantilist nation-states through the Industrial Revolution to the rise of the modern capitalist economy".

³⁰ HARRIS, Bryan. **Intellectual Property in the European Union**. *apud* BARBOSA, *op. cit.*, p. 23, nota de rodapé. Traduzido de: "A well-known, but now largely outdated, challenge was presented by the ideology of the Eastern European countries, to whom the very concept of

Atualmente, o paradigma tecnológico vigente, cuja tônica foi determinada pelos avanços obtidos na revolução da informação, denuncia ainda mais a submissão do trabalho intelectual e das informações por ele geradas à lógica de acumulação capitalista. O conhecimento passa a ser um ativo econômico e definidor das formas de produção industrial e a relação “capitalismo-propriedade intelectual” é condensada no conceito de *capital intangível*, que ocupa hoje posição de destaque na análise econômica³¹.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, podemos afirmar que o elemento central da Terceira Revolução Industrial é aquilo a que Pierre Lévy (1994) chamou de “tecnologias da inteligência” (mais especificamente, as tecnologias informacionais). O fato marcante deste final de século é o surgimento, em decorrência do desenvolvimento das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC’s) e das redes telemáticas, de uma tendência ao apagamento de fronteiras entre trabalho manual e intelectual, manifesta tanto naquilo que venho chamando de subsunção do trabalho intelectual, quanto na intelectualização geral dos processos de trabalho na indústria e no setor de serviços³².

Todo este excursus histórico serve para demonstrar que o instituto da propriedade intelectual está simbioticamente relacionado ao capitalismo, sendo que desta ideologia maior é extraída suas fontes e teorias de legitimação. Em outros termos: o substrato teórico da propriedade intelectual é o capitalismo.

Não é objeto deste trabalho a análise das teorias de legitimação da propriedade intelectual e, logo, não se estabelece aqui qualquer juízo de valor a respeito da relação entre capitalismo e propriedade intelectual.

private property was repugnant; and a consequence of the challenge was that, instead of patent rights, the old Soviet Union and certain other countries had a system of inventor’s certificates, under which the ‘right’ to the invention vested in the state and the payment for the right was a form of more or less arbitrary reward to the inventor”.

³¹ HERSCOVICI, Alain. **Capital intangível e direitos de propriedade intelectual**: uma análise das novas formas de produção imaterial no capitalismo contemporâneo, p. 10. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27773-27783-1-PB.pdf>> Acesso em 08 mai. 2012.

³² BOLAÑO, C. R. S. *op. cit.*, p. 7.

Não obstante, releve-se que qualquer teoria que se proponha a buscar argumentos para deslegitimar a propriedade intelectual deve estar inserida em uma teoria mais ampla que questione os próprios fundamentos do capitalismo.

É verdade que algumas linhas de pensamento conseguem sugerir alterações na atual sistemática da propriedade intelectual, e o fazem com consistência teórico-científica, sem a necessidade de colocar sob crivo todo o capitalismo como ideologia. Entretanto, vozes abolicionistas que se ouvem em meio acadêmico, com discursos tais como "*Somos contra a propriedade intelectual!*"³³, não enfrentam a questão com o nível de profundidade analítica que lhes é exigido e se furtam à tarefa de examinar o contexto subjacente ao instituto da propriedade intelectual, que é o próprio sistema socioeconômico em que ele surgiu e está inserido³⁴.

Esquecem ainda os autores destes verdadeiros "manifestos" que propriedade intelectual não serve somente a interesses patrimoniais, tutelando também a faceta moral da criação, que se relaciona com o enaltecimento do vínculo entre autor e obra. É devido ao reconhecimento deste liame moral que se pode reclamar, por exemplo, a manutenção da integridade da obra ou o reconhecimento de sua autoria.

3 PARADIGMA TECNOLÓGICO, CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO E CRISE DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

"A primeira lição da economia é a escassez: Nunca há o suficiente de qualquer coisa para satisfazer todos aqueles que as querem. A primeira lição

³³ A expressão remete a dois textos, ao menos, a saber: ORTELLADO, Pablo. **Por que somos contra a propriedade intelectual?**, 2002. Disponível em: <<http://paje.fe.usp.br/~mbarbosa/cursopos/artpablo.pdf>> Acesso em: 08 mai. 2012. e KINSELLA, N. Stephan. Against intellectual property rights: tangible and intangible. **Journal of Libertarian Studies**, v. 15, n. 2, Ludwig Von Mises Institute, 2001.

³⁴ Esclarece-se que a crítica que aqui se aventa contra estes textos se limita à forma indiscriminada com que questionam a propriedade intelectual como um todo e sem que se analisem os aspectos econômicos subjacentes. Não obstante, ambos os textos possuem valiosas contribuições que eventualmente servirão para fundamentar outros pontos deste trabalho.

da política é ignorar a primeira lição da economia". (Thomas Sowell)³⁵

Um dos principais e mais fortes argumentos a que recorrem os teóricos defensores da propriedade intelectual para justificar o instituto, se fundamenta na ideia – de nítida inspiração utilitarista – de que a proteção à criação intelectual pressupõe sua publicação (*disclosure*) e esta é fator que contribui para a disseminação de conhecimento.

De fato, os direitos de exclusividade na exploração econômica da inventiva industrial (invenções, modelos de utilidade, desenho industrial e marcas) somente surgem após o processo de patenteamento ou registro perante um órgão oficial do Estado e este, por sua vez, exige a publicação da criação. O titular da criação concorda em revelar os segredos de seu invento a troco de um período de exclusividade na sua exploração econômica, como forma de compensação, tanto pelo ato de publicação quanto pelos investimentos depreendidos na pesquisa e desenvolvimento.

Análises do sistema de patentes têm enfatizado vários benefícios da lei que promovem eficiência econômica: a proteção legal para a invenção encoraja investimentos; a exigência de publicidade realça o conhecimento tecnológico e fomenta pesquisas futuras; os incentivos para desenvolver e comercializar a pesquisa rapidamente difundem os avanços [...] Estas análises enfatizam a teoria da recompensa, enxergando a apropriação dos retornos econômicos do investimento como a força motriz por trás da inovação tecnológica³⁶.

Optando por não publicar a invenção, o titular estará sujeitando a informação ao *segredo industrial*, admitindo, por consequência, que a exclusividade na exploração econômica do produto ou processo dependa tão somente de sua

³⁵ SOWELL, Thomas. **Is Reality Optional?**: And Other Essays. 1993, p. 131. Texto original: "The first lesson of economics is scarcity: There is never enough of anything to satisfy all those who want it. The first lesson of politics is to disregard the first lesson of economics".

³⁶ MENNEL, P. *op. cit.*, p. 146. Texto original: "Standard accounts of the patent system have emphasized several features of the law that promote economic efficiency: legal protection for invention encourages investment; disclosure requirements enhance technological knowledge and spur further research; incentives to develop and commercialize research rapidly diffuse advancements [...] These accounts emphasize a reward theory, seeing the appropriability of economic returns from investment as the driving force behind technological innovation".

capacidade na manutenção da confidencialidade. Desta sorte, caso a informação protegida pelo segredo venha a ser licitamente obtida pelo concorrente – entenda-se: fora dos casos de concorrência desleal – o titular original daquela informação não poderá reclamar a exclusividade em sua exploração, que agora poderá ser reproduzida e fruída por outros que estejam aptos a fazê-lo. Observe-se que os riscos que o Estado relega ao segredo industrial motivam a publicação, o que seria outra evidência de que os direitos de propriedade intelectual estimulam a disseminação do conhecimento e alimentam novos avanços tecnológicos.

No campo dos direitos autorais, a relação entre “publicação” e “compensação econômica” não conduz a uma justificativa aceitável. Isto porque, a tutela do Estado à propriedade de determinada obra surge, ao contrário da inventiva industrial, no momento de sua criação, não sendo necessário, para tanto, qualquer espécie de registro junto a órgãos estatais. Por isso, quando o Estado confere exclusividade ao autor na exploração econômica de sua obra, ele não está, com isto, motivando sua publicação, que é uma exigência lógica de trabalhos autorais³⁷.

Ocorre que, como afirmado anteriormente, o paradigma tecnológico atual possibilita elevadíssimo grau de disseminação e reprodução de informação, sendo quase impossível limitar sua livre circulação no espaço virtual da *internet*. Diante desse cenário, a manutenção no monopólio de exploração econômica de direitos autorais torna-se cada vez mais dificultosa: uma música pode ser infinitamente reproduzida em meio digital e inclusive ter sua integridade maculada, através de técnicas de mixagem; *softwares*, da mesma forma, podem ser livremente distribuídos na rede.

No século XX, com a invenção dos sistemas informáticos e o advento da Internet, as funções de divulgação e distribuição das obras intelectuais, que tradicionalmente eram realizadas

³⁷ É em razão deste *déficit* de legitimidade que a proteção aos direitos autorais enfrenta, atualmente graves questionamentos e se apresenta em franca crise. Confirmam-se, a título de exemplo, as críticas formuladas por KAPCZYNSKI, Amy. *The Access to Knowledge Mobilization and the New Politics of Intellectual Property*. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**. v. 117, 2008; KINSELLA, *op. cit.* e ORTELLADO, *op. cit.*

pelas editoras, gravadoras e produtoras, puderam ser realizadas diretamente pelo próprio autor através de páginas pessoais. Assim, qualquer pessoa conectada à Internet pode ter acesso a livros, músicas, filmes e programas de computador produzidos em qualquer lugar do mundo e, em questão de horas, ou mesmo minutos, pode copiá-los, a um custo ínfimo, para seu computador³⁸.

Este espaço de livre circulação e apropriação de informações possui uma tendência pandecista, na medida em que se propõe a servir de receptáculo de todo o conhecimento humano.

A contemporaneidade vem delineando um mundo com novos limites ou, quiçá, sem limites. Emerge daí o *Ciberespaço*, no qual a produção do conhecimento humano e a informação acontecem. Nesse novo mundo instala-se e reinstala-se uma rede viva de todas as memórias informatizadas³⁹.

É precisamente em razão deste novo mecanismo de propagação de informações que o instituto da propriedade intelectual se encontra em crise, notadamente no que diz respeito aos direitos autorais. O Estado não consegue garantir a exclusividade de exploração que se propôs a tutelar, juntamente com o compromisso de fomentar o progresso tecnológico e a cultura. Pugnando por maior liberdade econômica na aquisição de bens culturais, as pessoas trocam livremente na *internet* músicas, textos, imagens e programas de computador, sem que com isso tenham que arcar com custos mais elevados caso adquirissem a obra em cujo preço estariam embutidos os *royalties* dos direitos autorais e, principalmente, sem que com isto se sintam culpadas.

Quando aparelhos de reprodução se popularizaram (o mimeógrafo, a fita cassete, a copiadora e em seguida a reprodução digital por computador), as pessoas automaticamente começaram a reproduzir livros, canções, fotos e vídeos, para si e seus amigos, sem pagar os devidos direitos, assim como, antes, já encenavam peças nas escolas e nos bairros e cantavam e tocavam canções para os amigos e para a comunidade também sem pagar os direitos. Por mais que a campanha "cívica" promovida pela indústria e pelo governo lembrasse a todos a importância de "pagar os direitos", as pessoas desconfiavam, freqüentemente de forma intuitiva, que aquele pagamento não fazia sentido pois

³⁸ VIANNA, T. L. *op. cit.*, p. 937.

³⁹ QUEIROZ, R. C. R. *op. cit.*, p. 14.

quem apenas usufruía desse bem coletivo que é a cultura humana não podia estar roubando nada de ninguém⁴⁰.

Além de pragmática, a crise que afeta os direitos autorais também é de legitimidade. Argumenta-se que, ao contrário do que ocorre à inventiva industrial, as obras autorais seriam, de qualquer forma, publicadas, pois existem para tanto, e assim não seria necessária uma compensação econômica ao autor somente por fazê-lo. Em outros termos: a lógica utilitarista não socorreria a razão dos interesses autorais patrimoniais.

Transpondo a análise para termos econômicos, surge o problema relacionado à escassez. Sabe-se que, em uma sociedade capitalista regida pela economia de mercado, o valor de um bem é inversamente proporcional à sua disponibilidade para a sociedade. Quanto mais escasso for este bem, maior será o preço que as pessoas pagarão pelo mesmo⁴¹.

Com o advento da *internet*, a escassez de obras autorais reduziu drasticamente, dada as facilidades em sua reprodução e disseminação. Logo, o valor destes bens, argumentam os críticos, deveria ser regido pelos mecanismos da oferta e demanda, sem a incidência de custos correspondentes aos *royalties*. O que os direitos de propriedade intelectual promoveriam então, dentro desta ótica, seria uma *escassez artificial* de bens que agora são *naturalmente abundantes*.

Somente os recursos escassos tangíveis são os possíveis objetos de um conflito interpessoal, por isso são os únicos aos quais as regras de propriedade são aplicáveis. Assim, patentes e direitos autorais são monopólios injustificados garantidos pela legislação estatal. Não é de se surpreender que, como Palmer observa, "o privilégio do monopólio e a censura residem na raiz histórica da patente e do direito autoral". É este privilégio de monopólio que cria uma escassez artificial onde não havia anteriormente⁴².

⁴⁰ ORTELLADO, P. *op. cit.*, p. 9-10.

⁴¹ VIANNA, T. L. *op. cit.*, p. 936.

⁴² KINSELLA, N. *op. cit.*, p. 25. Traduzido de: "Only tangible, scarce resources are the possible object of interpersonal conflict, so it is only for them that property rules are applicable. Thus, patents and copyrights are unjustifiable monopolies granted by government legislation. It is not surprising that, as Palmer notes, '[m]onopoly privilege and censorship lie at the historical root of patent and copyright.' It is this monopoly privilege that creates an artificial scarcity where there was none before".

Por fim, a agravar a crise dos direitos de propriedade intelectual, autores denunciam um paradoxo insuperável que os mesmos ostentam em uma sociedade democrática e capitalista. É que, se por um lado, a proteção aos direitos de propriedade intelectual favorece a disseminação de conhecimento, aprimoramento cultural e inovação tecnológica, principalmente por pressupor a sua publicação, por outro e ao mesmo tempo, limita o acesso aos bens a que protegem em razão do mecanismo de preços de uma economia de mercado.

O ideal *habermasiano* de criação de espaços democráticos de informação e debates – isto é, uma proposta de inclusão – é diametralmente confrontado com a inerente tendência do capitalismo em limitar este acesso através dos preços – aqui uma proposta de exclusão.

O professor Alain Herscovici, explica que:

A economia atual, na qual a Informação e todas as formas de Conhecimento são fatores chaves, é o objeto desta contradição: se, por um lado, ela oferece condições para criar espaços democráticos e para divulgar Informação e Conhecimento, por outro lado, em função das lógicas da acumulação capitalista, ela tem que limitar, a partir de um sistema de exclusão pelos preços, ou de um sistema de direito de propriedade, as modalidades de acesso social a essas Informações⁴³.

Reconhecendo o mesmo paradoxo, afirmou o professor Antonio Márcio Buainain, *et. alia*:

O sistema de patentes persegue um duplo e contraditório objetivo: i) proteger os inventores contra imitações e estimular a atividade inventiva e ii) disseminar a informação tecnológica como mecanismo de facilitar a invenção e inovação em benefício de toda a sociedade⁴⁴.

⁴³ HERSCOVICI, Alain. Economia da Informação, direitos de propriedade intelectual, Conhecimento e novas modalidades de re-apropriação social da Informação. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación**, v. VI, n. 3, 2004, p. 168.

⁴⁴ BUAINAIN, Antonio Márcio. *et alia*. **Propriedade Intelectual e Inovação Tecnológica: algumas questões para o debate atual.** p. 4. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/secex/sti/indbrasopodesafios/coletanea/ofutindcadp/rodutiva/AntonioMarcio.pdf>> Acesso em: 08 mai. 2012.

Estes são alguns dos fatores que denunciam, inequivocamente, a atual crise da propriedade intelectual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os paradigmas tecnológicos e socioeconômicos vigentes exigem a revisitação de conceitos tradicionais de propriedade intelectual e a proposta de um novo conceito adequado a esta nova realidade.

Este novo conceito de propriedade intelectual pode ser definido como *propriedade sobre informação constituída a partir de uma criação do intelecto humano*. Ele permite reunir sob a ideia una de propriedade intelectual as noções derivadas de direitos de autor e de propriedade industrial. Possibilita ainda uma exata distinção das noções de *invenção* e *descoberta*.

Inspirando-se pelo conceito proposto, nota-se que trabalho intelectual não se confunde com propriedade intelectual; o objeto desta, a informação, representa a exteriorização daquele.

Na mesma ideia, concluiu-se que a propriedade intelectual é, com efeito, espécie do gênero "propriedade", pois se adequa conceitualmente à sua definição analítica.

Em uma análise de caráter socioeconômico, foi observado que as teorias sobre propriedade intelectual, sejam elas de justificação ou deslegitimação, devem se estabelecer sobre um substrato teórico maior, que é o capitalismo como ideologia, de onde devem ser extraídos os fundamentos para tanto.

Por fim, o exame do instituto no vigente contexto tecnológico e socioeconômico e de recentes fatores que implicam em um *déficit* de legitimidade, permitiu concluir que a propriedade intelectual se encontra em franca crise.

LIMA, Humberto Alves de Vasconcelos. Propriedade intelectual no século xxi: em busca de um novo conceito e substrato teórico. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BERGEL, Salvador Darío. A situação limite do sistema de patentes: em defesa da dignidade das invenções humanas no campo da biotecnologia. Trad. de Alejandra Rotania. In: CARNEIRO F.; EMERICK (Org.) **LIMITE – A Ética e o Debate Jurídico sobre Acesso e Uso do Genoma Humano**, Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000.

BOLAÑO, César Ricardo Siqueira. Trabalho Intelectual, Comunicação e Capitalismo: A re-configuração do fator subjetivo na atual reestruturação produtiva. **Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política**, n.11, Rio de Janeiro, 2002.

BUAINAIN, Antonio Márcio. *et alia*. **Propriedade Intelectual e Inovação Tecnológica**: algumas questões para o debate atual. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/secex/sti/indbrasopodesafios/coleta/nea/ofutindcadprodutiva/AntonioMarcio.pdf>> Acesso em: 08 mai. 2012.

DRAHOS, Peter. The Universality of Intellectual Property Rights: origins and development. **WIPO Panel Discussion on Intellectual Property and Human Rights**, Geneva, 1998. Disponível em: <<http://www.wipo.int/tk/en/hr/paneldiscussion/papers/pdf/drahos.pdf>>. Acesso em 10 mar. 2012.

HERSCOVICI, Alain. **Capital intangível e direitos de propriedade intelectual**: uma análise das novas formas de produção imaterial no capitalismo contemporâneo. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27773-27783-1-PB.pdf>> Acesso em 08 mai. 2012.

_____. Economia da Informação, direitos de propriedade intelectual, Conhecimento e novas modalidades de re-apropriação social da Informação. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación**, v. VI, n. 3, 2004.

KAPCZYNSKI, Amy. The Access to Knowledge Mobilization and the New Politics of Intellectual Property. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**. v. 117, 2008.

KINSELLA, N. Stephan. Against intellectual property rights: tangible and intangible. **Journal of Libertarian Studies**, v. 15, n. 2, Ludwig Von Mises Institute, 2001.

MATHIESEN, Kay. What is Information Ethics? **Computers and Society**, v. 32, n. 8, 2004.

MENELL, Peter S. Intellectual property: general theories. **Encyclopedia of law and economics**, Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

LIMA, Humberto Alves de Vasconcelos. Propriedade intelectual no século xxi: em busca de um novo conceito e substrato teórico. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

MOORE, Adam D. **A lockean theory of intellectual property**. Ohio University, 1997. Disponível em: <http://etd.ohiolink.edu/send-pdf.cgi/Moore%20Adam%20D.pdf?osu1214419634>> Acesso em: 08 mai. 2012.

_____. Intellectual Property, Innovation, and Social Progress: the case against incentive based arguments. **Hamline Law Review**, Vol. 26:3, 2003.

ORTELLADO, Pablo. **Por que somos contra a propriedade intelectual?**, 2002. Disponível em: <http://paje.fe.usp.br/~mbarbosa/cursopos/artpablo.pdf>> Acesso em: 08 mai. 2012.

PALMER, Tom G. Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects. In: SYMPOSIUM: INTELLECTUAL PROPERTY, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, n. 3, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 22 ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

QUEIROZ, Rita de C. R. **A informação escrita: do manuscrito ao texto virtual**, 2005. Disponível em: http://www6.ufrgs.br/limc/escritacoletiva/pdf/a_info_escrita.pdf>. Acesso em 20 mar. 2012.

ROGERS, Douglas L. Coding for life - should any entity have the exclusive right to use and sell isolated dna? **Pittsburgh Journal of Technology Law and Policy**, v. XII, outono 2011.

VIANNA, Túlio Lima. A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Tomo II, 2006.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **Convention Establishing the World Intellectual Property Organization**, 1967.