

Criação e fruição: os interesses jurídicos na produção intelectual

Denis Borges Barbosa*

Resumo Criação e fruição: os interesses jurídicos na produção intelectual. O sistema de produção de criações intelectuais. Os pressupostos da criação intelectual: originador e criação. O estatuto jurídico do originador. O estatuto jurídico das criações não objetivizadas. A manutenção das ideias em estado não apropriável. A oposição corpus mysticum e corpus mechanicum. O bem imaterial antes da propriedade. A autonomia da criação em face do criador. Hipóteses do bem incorpóreo fora da propriedade. A historicidade da transformação do bem incorpóreo em propriedade concorrencial. Criação intelectual fora da economia de mercado. A produção intelectual sem indutores artificiais. Uma noção essencial: a Propriedade intelectual é apenas uma das formas de incentivo à produção intelectual. Criação intelectual voltada para o mercado. O remédio e seus efeitos secundários. O direito centrado no titular e o direito centrado na obra. Uma rápida conclusão.

Palavra chave criação intelectual. direitos autorais. indutores à criação

Creation and enjoyment: the legal interests in intellectual production.

Abstract Creation and enjoyment: the legal interests in intellectual production. The production system for intellectual creations. The assumptions of intellectual creation: originator and creation. The legal status of the originator. The legal status of creations not objectified. The maintenance of the ideas in a non-appropriated status. The opposition between mysticum corpus and corpus mechanicum. The intangible property before the property. The autonomy of creation in face of the creator. Assumptions of intangible property outside the property. The historicity of the transformation of intangible property in competition. Intellectual creation out of the market economy. The intellectual production without artificial inductors. A key concept: the Intellectual property is just one way to encourage intellectual production. Market-oriented intellectual creation. The drug and its side effects. The right holder-centered and the right centered on the work. A terse conclusion.

Keywords intellectual creation. copyright law. inductors to creation.

* Doutor em Direito Internacional. Advogado e professor do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento (PPED) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). Endereço postal: Denis Borges Barbosa, Advogados, Rua do Ouvidor 121/6º andar, Centro, Rio de Janeiro, CEP 20040-030. Tel. (21) 39707704 e e-mail denis@nbb.com.br

O objeto deste estudo é, revendo os pressupostos dos sistema jurídico da propriedade intelectual, indicar a partir de tais bases como a sociedade – leitores de livros ou usuários de criações tecnológicas -, têm seus interesses protegidos em face desse sistema.

Em estudo paralelo, vimos explorando os aspectos *econômicos* deste problema. Vale descrever nossas cogitações neste contexto:

Uma importante característica da produção expressiva é de que, em geral, há um contínuo e exasperante excesso de oferta de criação em face da demanda do público. Antecipam-se, aqui, dois importantes temas econômicos: o de que a análise econômica pressupõe um mundo condicionado pela escassez, como o que queria von Mises; e o de que, como propõem Posner e Landes, a criação de bens expressivos não ocorreria sem uma motivação direta e objetiva do mercado.

Já sofreram dos efeitos dessa pulsão expressiva todos aqueles submetidos aos maus versos de parentes, aos insuportáveis estudos de Czerny repetidos ao piano pelos vizinhos, ou às teorias totalizantes do universo frequentemente ouvidas enquanto se está na cadeira do dentista. Na verdade, a produção expressiva testemunha uma escassez de demanda ou, pelo menos, uma escassez de intermediação.

Há toda uma indústria editorial destinada a atender os autores sem público, ou, pelo menos, àqueles cujo público não comporta uma edição comercial; e coisa similar ocorre no tocante à comunicação de artigos científicos, praticamente nunca remunerados a seus autores, sob o pretexto de que, devido à pequena tiragem de tais periódicos, toda a receita se destinaria a prover retorno aos custos de edição. No primeiro destes casos, aliás, cabe ao autor pagar os custos de edição, sem qualquer assunção de risco pelo *publisher*; fato que já não é raro no tocante à publicação científica.

Com efeito, há certos índices de que pelo menos uma parte extremamente significativa da produção expressiva é *motivada* por aspectos não econômicos; ou, se existe incentivo patrimonial, ele não será necessariamente resultante do mercado. Pesquisa recente, por exemplo, do conselho britânico para as artes determinou que, entre os profissionais de produção cultural consultados, apenas 17% tinham como principal motivação um retorno econômico; para os demais, os elementos não patrimoniais seriam os relevantes.

Tal postura representa um elemento tradicional no sistema de produção cultural. Testemunho disso é o sempre repetido voto de LordCamden no caso judicial que, em 1774, decidiu a questão inaugural para o direito dos autores: o de se a propriedade sobre as criações se constituía primordialmente em favor do criador ou do editor¹. O indutor à criação- diz o voto- não seria o pagamento de

¹ “It was not for gain, that Bacon, Newton, Milton, Locke, instructed and delighted the world; it would be unworthy such men to traffic with a dirty bookseller for so much a sheet of a letter press. When the bookseller offered Milton five pound for his Paradise Lost, he did not reject it, and commit his poem to the flames, nor did he accept the

royalties, mas a fama perene e a consagração que virá do futuro. (BARBOSA; SANTOS, 2012)

Por que enfatizar – falando de *economia* - o aspecto não econômico da produção criativa? Simplesmente para ilustrar três elementos importantes do tema: a sociedade necessita de criações intelectuais, a motivação econômica é apenas um dos indutores que a história aponta como tendo o efeito de motivar essa criação, e que a propriedade intelectual é apenas *um* entre vários sistemas de fundo econômico com tais propósitos, que se proporia a atuar mais eficientemente num modelo de mercado.

Assim, esse estudo se volta ao fato central da necessidade social de criações, através de duas considerações incidentais: tal interesse passa, muitas vezes, mas nem sempre, por um sistema *econômico* de indutores à criação, e que, num contexto de economia de mercado, frequentemente estes indutores são direitos exclusivos de reprodução de vários tipos, reunidos no campo da propriedade intelectual.

O nosso foco, porém, não é na pessoa do criador – ou como preferimos, originador – das criações, em sua humanidade e personalidade, mas na necessidade social de seu produto. O criador é pessoa (ou assim vai o dogma corrente) e como tal merece toda a projeção do direito, embora não mais nem menos do que qualquer outra pessoa; como notava o mesmo Lord Candem, o gênio é dado aos criadores como um poder-dever de repartição do poder criativo, para o benefício de todos os demais, e não como uma graça privada de quem o detém².

Assim, para efeitos de nosso estudo, os mecanismos que o direito protege para fazer não são olhadas pela *retribuição* à criação da pessoa, mas essencialmente como elementos utilitários de induzir que a criação tenha eficácia social.

O sistema de produção de criações intelectuais

A par da produção física – objetos, comida, edifícios – sempre houve alguma forma de produção intelectual. O astrônomo maia estabelecendo o calendário, Homero enunciando sua poesia épica, os juristas de Hamurabi construindo suas leis.

Em um número determinado de casos, a sociedade pré-capitalista reconhecia e imputava a produção intelectual ao seu originador. Tal se dava como medida de autoridade de fonte, ou

miserable pittance as the reward of his labour; he knew that the real price of his work was immortality, and that posterity would pay it.” (REINO UNIDO, 1774)

² "Those great men, those favoured mortals, those sublime spirits, who share that ray of divinity which we call genius, are intrusted by Providence with the delegated power of imparting to their fellow-creatures that instruction which heaven meant for universal benefit; they must not be niggards to the world, or hoard up for themselves the common stock." (REINO UNIDO, 1772).

eventual reconhecimento social, mas não se atribuía ao originador do resultado intelectual um poder jurídico de excluir o uso da produção pela sociedade em geral.

O exemplo sempre citado dessa expectativa de atribuição de fonte está no texto do poeta Marcial vergastando outro literato, que lhe declamava os versos sem dizer quem os compusera³. É o primeiro exemplo consagrado em que se evidencia uma norma de comportamento – social e não jurídica – indicando a relação necessária de nominação da fonte da criação.

Essa reprovabilidade social (ainda que não vedação jurídica) à falta de identificação de fonte, induzindo erro quanto a quem compusera o texto, se denominaria plágio (*πλάγιος*)⁴. Mas até hoje, plágio - como nota Richard Posner -, não é necessariamente um ilícito, nem se refere à obra protegida por propriedade⁵.

Por enorme tempo, o sistema de produção intelectual se manteve eficiente nas sociedades, sem necessitar a criação de um sistema de propriedade intelectual.

Os pressupostos da criação intelectual: originador e criação

³ Apesar de se atribuir a Marcial, em seus Epigramas, Livro I, o uso inaugural da expressão plágio - antes utilizada para designar furto de escravos - no sentido de esbulho de atribuição de autoria (I.52 "Hoc si terquequaterqueclamitaris, inpones plagiariopudorem), fato é que o poeta emprega diretamente a expressão "furto de poemas" (I.53 Una est in nostris tua, Fidentine, libellis pagina, sed certa dominisignata figura, quae tua traducit manifesto carmina furto".) para depois ilustrar, talvez satiricamente, a diferença entre atribuição de paternidade e aquisição de bem incorpóreo ("I.29 Fama refertnostros te, Fidentine, libellos non aliter populo quamrecitaretuos. Si mea vis dici, gratis tibi carmina mittam: si dici tua vis, hoc eme, ne mea sint"). Ou seja, era como Marcial dissesse: "Fidentino, pode declamar livremente meus poemas, me atribuindo a autoria (si mea vis dici) - mesmo porque não tenho direito exclusiva para impedir que o faça; mas se quiser dizer que são seus poemas, então mos compre (si dici tua vis, hoc eme, ne measint). Quanto ao estatuto do direito autoral em Roma, vide DURANTAYE, (s/d)

⁴ ASCENSÃO (não publicado): "É elemento essencial do plágio a dissimulação: apontam-se autores que expressamente o afirmam, como António Chaves. Distingue-se a ideia, a estrutura e a expressão, mas marca-se claramente a exclusão da ideia; enquanto que quer a estrutura quer a expressão podem ser objeto de plágio, entendido sempre como o ato de ocultar com astúcia a utilização de obra alheia." O autor, (1999, p 48 -52). cita Grau-Kuntz.

⁵ Richard Posner, On Plagiarism, encontrado em <http://denisbarbosa.addr.com/posner.htm>, por especial permissão do autor: "Plagiarism," in the broadest sense of this ambiguous term, is simply unacknowledged copying, whether of copyrighted or uncopyrighted work. (Indeed, it might be of uncopyrightable work—for example, of an idea.) If I reprint Hamlet under my own name, I am a plagiarist but not an infringer. Shakespeare himself was a formidable plagiarist in the broad sense in which I'm using the word. The famous description in Antony and Cleopatra of Cleopatra on her royal barge is taken almost verbatim from a translation of Plutarch's life of Mark Antony: "on either side of her, pretty, fair boys apparelled as painters do set forth the god Cupid, with little fans in their hands, with which they fanned wind upon her" becomes "on each side her / Stood pretty dimpled boys, like smiling Cupids, / With divers-colour'd fans, whose wind did seem / To glow the delicate cheeks which they did cool." (Notice how Shakespeare improved upon the original.) In The Waste Land, T. S. Eliot "stole" the famous opening of Shakespeare's barge passage, "The barge she sat in, like a burnish'd throne, / Burn'd on the water" becoming "The Chair she sat in, like a burnished throne, / Glowed on the marble."

A expressão “autor” diz mais do que necessário para construir a noção de “criação”; originador é um termo talvez mais preciso para nossos propósitos. Em torno da noção de “autor” o século XIX construiu uma mitologia, da qual ainda é difícil escapar (SANTOS, BARBOSA, 2012) ⁶.

“Originador”⁷, assim, é uma função específica em Propriedade Intelectual⁸, definindo-se como a fonte de uma criação intelectual: individual, coletiva, ou virtual. O autor individual, em particular das “criações do espírito” – o James Joyce de “Os Dublinenses”; o inventor – ou melhor, o autor da invenção; o “melhorista” do cultivar; o originador coletivo e talvez indetectável das indicações geográficas; sucedendo-se ao originador nominal, mas também originando, a coletividade inteira, na criação do conteúdo das marcas⁹.

Em suma, a função de “originação” pode ser descrita, para nossos propósitos presentes, como a relação entre a fonte a qual o direito imputa uma criação específica, e essa criação. Muitas vezes, essa imputação resulta na atribuição de titularidade de direitos àquela fonte – se ela é personalizada e capaz de adquirir direitos. Mas nem sempre isso se dá: em muitos outros casos a relação com o originador é um *requisito de legitimação* para a aquisição de uma titularidade por

⁶“Na verdade, na Antiguidade e na Idade Média, nem todas as obras eram relacionadas aos autores, porquanto, à exceção daqueles a quem se atribuía o caráter de "autoridade" (o que ocorria com mais frequência na área científica), vigorava geralmente o anonimato, comum na literatura. Até a modernidade, a criação era sucessivamente reformulada sem que isso resultasse em censura por se tratar de aproveitamento parasitário. SHAKESPEARE foi um autor que com regularidade reutilizou obras preexistentes para elaborar suas peças de teatro. Por essa razão, SÃO BOAVENTURA, ao analisar a autoria medieval, identificava a intervenção de quatro tipos de pessoas na elaboração de um livro: o copista que apenas reproduzia o texto; o compilador que selecionava passagens de outros textos, reunindo-os num conjunto sem contribuição pessoal; o comentador, que reproduzia textos de terceiros com suas anotações ou comentários; e o verdadeiro autor, que escrevia seu próprio texto, embora utilizando conteúdo preexistente. Apenas com o surgimento da imprensa no Século XV a autoria passa a ter um significado não só intelectual como econômico, na acepção do que FOUCAULT denominou de "função autor". A partir daí o autor passou a usufruir de um prestígio que acima de tudo reflete sua emancipação social, mas que BARTHES considera "tirânico" . Com efeito, a partir da segunda metade do Século XVIII, cresceu o número de pessoas que poderiam viver da receita de sua produção intelectual e não mais da patronagem que havia sido a regra até então . Portanto, no conceito moderno de autoria, o autor é quem origina uma obra e, por essa razão, tem o direito de explorar economicamente sua criação". Sobre o chamado conceito romântico de autor, vide BOYLE, 1997. Também, DIAS, 2010.

⁷ Muito se tem objetado à expressão “criador” no tocante às marcas. “Originador” da marca seria muito mais adequada do que criador ou ocupante; é um termo correntemente utilizado, neste contexto, na língua inglesa. Vide aqui José Antonio B.L. Faria Correa, “A dimensão plurissensorial das marcas: a proteção da marca sonora na lei brasileira”, publicado na edição de março/abril de 2004 da Revista da ABPI, No 69, p. 19: “Se é verdade que a doutrina vê, na maioria dos casos, o direito à marca como um direito de ocupação, verdade é , também, que, independentemente das hipóteses de pura criação intelectual (marcas inventadas pelo titular) a própria ocupação de sinal disponível para a designação de determinados bens ou serviços já constitui uma inovação semiológica, um uso particular do signo, dentro do qual se derrama novo conteúdo, diverso daquele convencionado, até então, pela cultura”.

⁸ É uma função, e não só em Propriedade Intelectual. Vide FOUCAULT, p. 789-821.

⁹ Alex Kozinski, Judge, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Trademarks Unplugged, New York University Law Review, October 1993, 68 N.Y.U.L. Rev. 960. "The originator of a trademark or logo cannot simply assert, "It's mine, I own it, and you have to pay for it any time you use it." Words and images do not worm their way into our discourse by accident; they're generally thrust there by well-orchestrated campaigns intended to burn them into our collective consciousness. Having embarked on that endeavor, the originator of the symbol necessarily - and justly - must give up some measure of control. The originator must understand that the mark or symbol or image is no longer entirely its own, and that in some sense it also belongs to all those other minds who have received and integrated it. This does not imply a total loss of control, however, only that the public's right to make use of the word or image must be considered in the balance as we decide what rights the owner is entitled to assert".

terceiros: por exemplo, no caso de uma invenção realizada por empregado contratado (inventor) pela pessoa jurídica (titular) precisamente para a pesquisa que levou à criação.

Os diferentes subsistemas da Propriedade Intelectual conferem assim distintas consequências à autoria (ou como preferimos, originação). Em todos eles, essa função é crucial: a exclusividade de uma obra literária é atribuída, no direito brasileiro vigente, primariamente ao seu autor; a denominação de origem é privativa daquela coletividade, geograficamente delimitada, cuja tradição ou engenho gerou a imagem de qualidade que se protege.

O que se *origina*, neste processo?

Para os fins de nosso estudo, é a “criação intelectual”. Um corpo de conhecimentos tecnológicos, ou texto literário, musical ou científico, ou um desempenho de intérprete suscetível de fixação, ou um artefato (escultura, quadro...). Algo que, sempre intelectual (pois distinto de qualquer materialização), seja:

- a) destacado do seu originador, por ser *objetivo*, e não exclusivamente contido em sua subjetividade;
- b) tendo uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante.

Assim, um poema que se enuncia em público, ainda que não levado a papel, ou gravado, é um ente em si, provavelmente capaz de ser memorizado e repetido, distinto da subjetividade do poeta, e distinto também de uma infinidade de outros poemas.

Como regra, a simples criação, desde que expressa ou fixada (ou seja, objetivada), pode deflagrar um conjunto de consequências jurídicas. Entre tais consequências pode acontecer - como ocorre no direito autoral brasileiro vigente¹⁰ - a constituição de um direito de exclusiva, se este direito específico não for denegado pela lei para o tipo específico de criação¹¹. Em outros casos, a criação apenas deflagra uma *faculdade* de obter posteriormente o direito de exclusiva, sem a automaticidade do direito autoral (como no caso de cultivares, topografias de semicondutores, patentes, etc.)

Essa criação objetiva e autônoma, assim, capaz de deflagrar seja um direito de exclusiva, sejam outras consequências jurídicas diferentes de um direito de exclusiva, constitui um *bem imaterial*.

Assim, não são apenas as hipóteses de bens protegidos por direitos de exclusiva que são bens imateriais. Há bens imateriais (ou incorpóreos, ou intangíveis) relativos aos resultados da produção intelectual *dotados de exclusiva*, e outros que não o são. Sobre isso passaremos a discutir em seguida.

O estatuto jurídico do originador

¹⁰ 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.

¹¹ O filtro de qual bem incorpóreo nasce dotado de exclusiva autoral, e o que não tem exclusiva, é dado, essencialmente, pelo art. 8º da mesma Lei.

O estatuto jurídico do originador das criações intelectuais tem sido constituído não só como parte dos direitos fundamentais, garantido pelos textos constitucionais, como em muitas hipóteses como direito humano¹².

O estatuto jurídico das criações não objetivizadas

The poet's eye, in a fine frenzy rolling,
doth glance from heaven to earth,
from earth to heaven;
And as imagination bodies forth
The forms of things unknown, the poet's pen
Turns them to shape, and gives to airy nothing
A local habitation and a name
(*Sonhos de uma noite de verão*)

O ponto crucial para fixação do resultado de um processo de produção intelectual, para que tenha relevância jurídica, é a transformação que Shakespeare descreve com precisão: a pena do poeta transmuda a imaginação em *forma* e lhe dá um espaço preciso e identificável. O texto poético é, aliás, extremamente interessante ao distinguir os elementos mais abstratos da massa intelectual (*forms of things*) da sua expressão (“*shape*”, dicionarizada como *a perceptual structure*).

É assim que, para que haja “criação intelectual”, é preciso que o resultado da produção intelectual seja destacado do seu originador, por ser objetivo, e não exclusivamente contido em sua subjetividade; e, além disso, que tenha uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante.

Se essa falta de objetivação em um ente destacado impede a constituição de direitos exclusivos, tal se dá de maneira indireta: a exclusividade não nasce, porque não existe, para lhe dar substância, o bem incorpóreo.

A manutenção das ideias em estado não apropriável

Disto decorre a rejeição geral à proteção das *ideias* pela Propriedade Intelectual. Nenhum capítulo *de direito de exclusiva* protege as ideias¹³. No nosso direito, a Lei 9.610/98 exclui da

¹² Vide TORREMANS (2007); GRAU-KUNTZ (2005); YU (2007); GEIGER (2004, 2006), ZOLLINGER (2008) e PRONER (2008).

proteção autoral as ideias¹⁴, utilizando-se assim de um filtro que recusa a exclusividade a toda a produção intelectual, qualquer que seja, não expressa ou fixada em suporte. Não destacada e objetivada, a ideia escapa inteiramente à proteção autoral; mesmo se expressa ou fixada, será a *forma presente* e não a *ideia abstrata* o que será protegido pela exclusiva¹⁵.

Assim também no direito de patentes:

Assim, não será técnico - como solução - o procedimento que importe, para sua execução, por exemplo, na mera atuação humana subjetiva (inclusive em elaboração matemática ou estética do ser humano), quando se dê meramente na instância psicológica.

O caráter industrial da criação implica que a solução não se dê, exclusivamente, pelos processos mentais do ser humano. Não seria invento, assim, um evento da kinestesia em que a mente deslocasse um objeto, implicasse em levitação, ou entortasse colheres à Uri Geller (não obstante o efeito técnico).

Assim, a solução técnica presume que o meio onde a solução se processa seja externo à elaboração psicológica - dele deve ser um meio extraído da *tekne* - da natureza objetiva (BARBOSA, 2007, p. 09 - 29).

A ideia, como notava Thomas Jefferson, permaneceria imune à patente, a não ser quando capaz de produzir uma utilidade¹⁶. A utilidade de Jefferson é o equivalente técnico do *shape* de Shakespeare, uma conformação que configure elemento destacado da subjetividade, e individualizado em face de outras ideias.

¹³ "Rien n'est plus dangereux qu'une idée, quand on n'a qu'une idée". Cette pensée d'Alain, formulée à propos de la religion pourrait, détournée de son sens premier bien sûr, être assez aisément reprise en matière de propriété intellectuelle. Les quatre importants arrêts examinés, ci-dessus rapportés, sont une bonne illustration de ce que le droit de la propriété intellectuelle réserve un sort tout particulier à l'idée : le refus de toute protection, et ce quelle que soit la branche du droit des propriétés intellectuelles concernée; qu'il s'agisse de propriété littéraire et artistique (Com. 29 nov. 1960), de dessins et modèles (Paris, 18 mai 2001) ou encore de brevets (Com. 31 mars 1954 et Paris, 2 avr. 1981), l'idée ne peut jamais faire l'objet d'une quelconque appropriation (I). L'idée doit bien sûr être comprise ici dans son acception la plus large : il ne s'agit pas seulement de l'idée au sens d'illumination, d'inspiration, mais également de l'idée telle qu'elle symbolise la pensée, l'opinion, la réflexion, la connaissance, voire l'intention, ou encore le projet. Or dans cette vision large, l'idée prend toute son importance dans notre société de communication. L'idée devient un bien, une valeur marchande, qui, si elle échappe à toute réservation privative, ne peut aujourd'hui être dépourvue de toute protection (II) » (VIVANT, 2004 p.78)

¹⁴ Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

¹⁵O mesmo se dirá de formas mais abstratas, como o estilo de época: "if the law protected style, at such a level of abstraction, 'Braque might have prevented Picasso from selling cubist paintings in the United States'." Landscape Forms, Inc. v. Columbia Cascade Co. 113 F.3d 373, 42 U.S.P.Q.2d 1641 (2d Cir. 1997)

¹⁶"ideas which may produce utility". Carta de Thomas Jefferson a Isaac McPherson Monticello, 13 de Agosto de 1813.

A questão do que é “forma”, em oposição às ideias, no entanto, pode ser uma das mais complexas em Propriedade Intelectual, como nota Manoel J. Pereira dos Santos num dos mais importantes livros brasileiros do nosso capítulo do direito (PEREIRA DOS SANTOS, 2008):

No direito europeu, desenvolveu-se desde Kohler a tese de que, ao lado da forma diretamente perceptível através da qual a obra se exterioriza (“äussereForm”), existe uma forma interna (“innereForm”) que representa a estrutura da criação final. Existem, pois, três elementos básicos em toda obra intelectual: o tema, a forma interna e a forma externa¹⁷. A expressão “forma interna” recebeu no direito francês o termo “composição”¹⁸.

Alguns autores, porém, consideram difícil separar a forma interna protegida do conteúdo não protegido¹⁹ e, evidentemente, distingui-los é uma das tarefas mais difíceis no Direito de Autor²⁰.

A oposição corpus mysticum e corpus mechanicum

Uma vez que se distinguem o bem intangível, ou incorpóreo, dos bens tangíveis perante os quais reagem os sentidos, é necessário reencontrar essa distinção no livro de papel ou pergaminho e a poesia, elocução ou imagem visual que nele se encerra. O bem incorpóreo subsiste, muitas vezes, além de qualquer suporte, mas pode habitar o livro, máquina ou planta ²¹.

¹⁷ [Nota do original] Vide FRASSI, Paola A. E. op. cit. p. 322-324; CASELLI, Eduardo Piola. op. cit. p. 615.

¹⁸ [Nota do original] DESBOIS, Henri. . 3. ed. Paris: Dalloz, 1978. p. 32.

¹⁹ [Nota do original] Cf. CASELLI, Eduardo Piola. op. cit. p. 182.

²⁰ [Nota do original] Um dos primeiros testes para esse fim foi introduzido nos Estados Unidos no caso *Dymow v. Bolton*, 11 F.2d 690 (2d. Cir. 1926): “[I]f the same idea can be expressed in a plurality of totally different manners, a plurality of copyrights may result, and no infringement will exist” (“[S]e a mesma ideia pode ser expressada em uma pluralidade de maneiras totalmente diferentes, uma pluralidade de direitos de autor pode resultar, e nenhuma infração existirá”).

²¹ Note-se que, de acordo com o Pronunciamento do Comitê de Pronunciamentos Contábeis 04, aprovado pela Deliberação 553/08 da CVM: “Alguns ativos intangíveis podem estar contidos em elementos que possuem substância física, como um disco (como no caso de software), documentação jurídica (no caso de licença ou patente) ou em um filme. Para saber se um ativo que contém elementos intangíveis e tangíveis deve ser tratado como ativo imobilizado ou como ativo intangível, nos termos do presente Pronunciamento, a entidade avalia qual elemento é mais significativo. Por exemplo, um software de uma máquina-ferramenta controlada por computador que não funciona sem esse software específico é parte integrante do referido equipamento, devendo ser tratado como ativo imobilizado. O mesmo se aplica ao sistema operacional de um computador. Quando o software não é parte integrante do respectivo hardware, ele deve ser tratado como ativo intangível. Entre outros, o presente Pronunciamento aplica-se a gastos com propaganda, marcas, patentes, treinamento, início das operações (também denominados pré-operacionais) e atividades de pesquisa e desenvolvimento. As atividades de pesquisa e desenvolvimento destinam-se ao desenvolvimento de conhecimento. Por conseguinte, apesar de poderem gerar um ativo com substância física (p.ex., um protótipo), o elemento físico do ativo é secundário em relação ao seu componente intangível, isto é, o conhecimento incorporado ao mesmo.” Em www.cvm.gov.br/asp/cvmwww/atos/Atos_Redir.asp?Tipo=D&File=%5Cdeli%5Cdeli553.doc acesso em 19.01.09.

Tal distinção entre o corpóreo (a que se dá o nome de *corpus mechanicum*²²) e o bem imaterial²³ (a que se dá o nome de *corpus mysticum*)²⁴ tem enormes consequências para o direito²⁵.

Dissemos, no tocante ao direito autoral²⁶:

O direito autoral protege a obra imaterial, a criação autoral, e não o meio físico onde ela se incorpora:

²² RECURSO EXTRAORDINARIO- RE-176626 / SP Relator: Min. SEPULVEDA PERTENCE Publicação: DJ DATA-11-12-98 PP-00010 EMENT VOL-01935-02 PP-00305 Julgamento: 10/11/1998 - Primeira Turma EMENTA: (...) III. Programa de computador: tratamento tributário: distinção necessária. Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de "licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador" "matéria exclusiva da lide", efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado "software de prateleira" (*off the shelf*) - os quais, materializando o *corpus mechanicum* da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.

²³ A noção de *corpus mysticum* aparentemente deriva da patrística, quanto à natureza do corpo de Cristo, se o corpo imaterial, que é a Igreja, se o corpo transmutado na hóstia, se o corpo histórico crucificado em Jerusalém: "Augustinus autem scribens corpus Christi tripliciter dicit, id est Ecclesiam, qui Christi corpus sumus, et illud mysticum, quod ex substantiâ panis et vini per Spiritum sanctum consecratur, subintulit, dicens: «Caeterum illud corpus, quod natum est ex Maria virgine, in quo illud corpus transfertur, quod pependit in cruce, sepultum est in sepulcro, resurrexit a mortuis, penetravit coelos, et pontifex factus in aeternum, quotidie interpellat pro nobis. Ad quem, si recte communicamus, mentem dirigimus; ut ex ipso, et ab ipso, nos corpus ejus, carne meum, illo manente integro, sumamus: quænimirum ipsa caro est, et fructus ipsius carnis, ut idem semper maneat, et universos qui sunt in corpore pascat". encontrado em http://la.wikisource.org/wiki/Patrologia_Latina_Vol_139_Silvester_II

²⁴ "The *corpus mysticum*, the work considered as an immaterial good, remains property of the author on behalf of the original right of its creation. The *corpus mechanicum* consists of the exemplars of the book or of the work of art. It becomes the property of whoever has bought the material object in which the work has been reproduced or expressed. Seneca points out in *De beneficiis* (VII, 6) the difference between owning a thing and owning its use. He tells us that the bookseller Dorus had the habit of calling Cicero's books his own, while there are people who claim books their own because they have written them and other people that do the same because they have bought them. Seneca concludes that the books can be correctly said to belong to both, for it is true they belong to both, but in a different way." (POZZO, 2006)

²⁵ Por exemplo, para o tratamento no campo do IRPJ dos pagamentos variáveis feitos pela exploração ou uso de bens. Do nosso Tributação da Propriedade Industrial e do Comércio da Tecnologia, Forense, 1984: "De outra parte, não é *royalty* o pagamento do custo das máquinas, equipamentos e instrumentos patenteados (Lei 4.506/64, art. 23, § 2º) Com efeito, difere o pagamento de *royalty* (rendimento pela exploração de direitos de propriedade industrial, etc.) e o preço do bem físico em que a tecnologia patenteada está inserida: uma coisa é o direito de reproduzir o bem (direito intelectual) e outra o direito ao bem reproduzido. Um, é o fruto do direito intelectual, outro, o resultado da alienação do *corpus mechanicum*. Economicamente, no preço do bem fabricado sob licença, há uma parcela correspondente aos *royalties*; este segmento do custo, porém, não é, juridicamente, *royalty*."

²⁶ "De forma análoga, diz Eduardo S. Pimenta em *Princípios de direitos autorais*, Livro I, Lúmen Editora, 2004, pág. 360: "O princípio do suporte físico é o divisor entre o *corpus mysticum* e o *corpus mechanicum*. O suporte físico é a materialização física da criação intelectual. O suporte físico é o objeto material que juridicamente se enquadra na natureza de coisa, que pode compor o universo de riqueza do homem. Com a venda da obra intelectual o autor transmite a propriedade sobre o suporte material da sua criação. O adquirente fica investido de todas as prerrogativas inerentes ao direito de propriedade (uso, gozo e fruição) sobre o suporte material que incorpora a criação intelectual, respeitados os direitos autorais de autor dentre estes os direitos morais (direito de paternidade, a modificação, destruição, transformação, direito de sequência (ver 6.3.II,b, etc.). Tendo em vista que estes direitos morais são irrenunciáveis e inalienáveis o adquirente do suporte material terá sempre uma relação com o autor, de guardião da

(Lei 9.610/98) Art. 37. A aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nesta Lei.

Assim, nota-se que, a título de exercício do direito exclusivo, descabe ao titular do direito autoral controlar as utilizações do citado *corpus mechanicum* da obra - por exemplo, o objeto físico, exemplar de um livro - após seu primeiro ato de disposição. Com a específica exceção do direito de distribuição, prevista no inciso VI do art. 29, toda e qualquer operação posterior com o *corpus mechanicum* recai no âmbito do direito comum.

O bem imaterial antes da propriedade

A doutrina e a jurisprudência apontam para a relevância jurídica do *bem imaterial*, a criação objetivizada, mesmo antes da constituição de direitos de exclusiva, ou de uma posição concorrencial. É quanto a ele que Tullio Ascarelli nota que há relação jurídica que se exerce diretamente sobre a criação intelectual e não sobre a atividade de mercado protegida pela exclusiva ou pelas normas de rejeição à deslealdade (1970, p. 289).

A autonomia da criação em face do criador

Como nota Newton Silveira (s/d, p. 69):

Já TULLIO ASCARELLI, em sua "Teoria de La Concurrencia y de los Bienes Inmateriales" (edição espanhola de 1970), estabelece a diferenciação entre o ato de criação e a criação intelectual objetivamente identificável (ps. 264 e segs.), a qual, por sua vez, se contrapõe às coisas nas quais se exterioriza. Assim, a disciplina jurídica da criação intelectual não se confunde com a dos objetos que lhe servem de veículo (p. 267) e por isso o direito sobre o bem imaterial não se projeta sobre a mera utilização da coisa material em que se exteriorizou (p. 272), não atingindo o consumo pessoal por parte do proprietário.

ASCARELLI emprega a expressão bem imaterial para indicar a criação intelectual individualizada e tutelada, objeto de um direito absoluto, e não em

criação intelectual – a obra.”. Também Ivana Córivel, Direitos Autorais na obra cinematográfica. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008, p. 34 “3.3.1 Suporte físico: *corpus mechanicum* - A película cinematográfica é o *corpus mechanicum* que envolve e corporifica a obra audiovisual cinematográfica em produto industrializado. É o suporte de uma obra audiovisual dramática exibida e executada em cinematografia, dentro dos princípios e parâmetros técnicos e artísticos do cinema, enquanto a obra cinematográfica é o conjunto de criações intelectuais difusas em *corpus mysticum* de estética cinematográfica, ainda não concretizadas em suporte físico.” (BARBOSA, 2003)

contraposição às coisas corpóreas (p. 286). O direito absoluto sobre tais bens se assemelha ao direito de propriedade, disciplina que se opõe ao sistema de monopólios e privilégios. O esquema da propriedade se baseia na possibilidade de considerar objetivamente a criação intelectual e individualizá-la em um bem imaterial (p. 288).

(...) Por isso ASCARELLI entende que, estruturalmente, os direitos de utilização exclusiva podem se enquadrar no esquema do direito de propriedade, entendido como um direito absoluto patrimonial de gozo e disposição, cujo ponto de referência é constituído por um bem externo ao sujeito (p. 293).

Afiliando-nos à visão de Ascarelli descrita quanto à destacabilidade da criação de seu criador, como objeto de direito, por sua vez entendemos que a natureza das relações jurídicas atinentes a esse objeto, num contexto contemporâneo de economia de mercado, se exerce *perante uma clientela*²⁷.

Hipóteses do bem incorpóreo fora da propriedade

Individualizado, como parte destacada do autor ou originador, o bem incorpóreo que resulta da produção intelectual se caracteriza como um objeto de direitos, mas não tendo *necessariamente* a natureza econômica comparável à dos bens sujeitos à propriedade física. Dissemos em nossa tese doutoral:

6.1.6.1. Bem incorpóreo fora da propriedade

Tal doutrina não é cega à constatação da existência de um *bem incorpóreo*, fora do escopo da *propriedade concorrencial*.

Em verdade, cremos inevitável o reconhecimento da noção de um bem imaterial prévio ou externo à propriedade. Há tal noção quando se reconhece à criação expressiva, abstraídos os direitos patrimoniais, um *direito moral*, mesmo ao fim do direito patrimonial, ou quando este não possa se constituir.

²⁷ Veja-se aqui uma clara diferença de instrumento analítico, mas não exatamente de conclusões. No mesmo trecho, Silveira ainda nota: “Nisso se diferencia do monopólio, visto exercer-se diretamente sobre a criação intelectual e não sobre uma atividade (p. 289). Assim, o titular de uma patente possui direito exclusivo não só sobre a fabricação, como sobre o comércio e a importação do produto; compreendendo seu direito exclusivo qualquer tipo de atividade que implique utilização do bem imaterial (p. 290).” Mas, nos trechos considerados, Ascarelli, rejeitando a tese do monopólio, acaba admitindo a tese da expectativa razoável de ganhos, a que nos filiamos: “Por eso, el derecho absoluto de utilización de los bienes inmateriales, al garantizar el goce y la disponibilidad de la creación intelectual, tutela la probabilidad de ganancia obtenible con la actividad dirigida a exteriorizar la creación intelectual en cosas materiales o energías y con la disponibilidad de la misma (mientras que el goce inmediato y directo de la creación intelectual exteriorizada se protege por las normas del derecho común relativas a las cosas o a las energías en las que la creación se ha exteriorizado)”. (p. 288)

Também existe tal noção ao reconhecermos *direito formativo gerador* na criação tecnológica, *antes* de exercido o direito de requerer patente ou registro de cultivar; ou na invenção nunca patenteada, que continuará sendo usada pelo seu criador, mesmo se outro criador autônomo vier a pedir e obter patente²⁸.

No que nos interessa, haverá igualmente um bem incorpóreo no signo criado (especificação) ou – se já existente - simplesmente sugado da *res nullius* (ocupação), apropriado pelo interessado, inclusive com vistas a obter-lhe a propriedade²⁹.

Também haverá bem incorpóreo, separado da propriedade, nas ideias abstratas, não suscetíveis de qualquer proteção *erga omnes*, ou no segredo de empresa, que não tenha sido objeto, ou não possa legalmente ser nem direito autoral nem patente.

Esses fatos jurídicos, ou objetos de direitos não patrimoniais, têm uma natureza absolutamente peculiar, cuja descrição provavelmente não poderia ocorrer sem utilizar-se alguma forma similar a “bem incorpóreo”, ou “bem imaterial”; ou “bem intelectual”.

Especifiquemos melhor quais são esses exemplos.

O primeiro deles é o chamado *direito moral*, que não resume certamente aos direitos autorais. Sempre que haja a figura jurídica de um *autor* ao qual se imputa o processo de produção de uma criação específica, haverá um *direito à nomeação*, muitas vezes especificado na lei, com seu direito xifópago, o de ser reconhecido como autor daquela criação (direito de paternidade). Direito certamente absoluto³⁰, mas em princípio não patrimonial.

Em muitos, mas não todos os casos, haverá também um direito não patrimonial de exigir que a criação se mantenha, em seu uso, da forma em que foi concebida (direito à integridade). Tais direitos, que crescem ou diminuem conforme a modalidade de proteção ou jurisdição, se exercem *sobre o bem incorpóreo* mesmo fora da concorrência³¹.

²⁸ [Nota do original] CPI/96, art. 45.

²⁹ [Nota do original] FERREIRA, Sergio de Andréa, op. cit. loc. cit., 1.1. Expõe Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, 4ª ed., São Paulo, RT, 1983, XVII: 6, p. 69) que, no âmbito desse Direito, há o direito de propriedade lato sensu, isto é, o direito patrimonial, que é potestativo (formativo) gerador, consistente no direito ao registro, e que, portanto, preexiste ao mesmo; e há o direito real, que resulta do registro, e que é o direito formado. (...)

³⁰ "No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo - propriedade privada crédito, usufruto - ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito ou noção transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular". (PERLINGIERI, 2007, p. 121)

³¹ Num fenômeno curioso de embate entre tais direitos e a posição jurídica de quem recebeu o mesmo bem incorpóreo como medula de sua exclusiva concorrencial, prescreve a Lei 9.610/98, Art. 24. São direitos morais do autor: VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; (...) § 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

O segundo exemplo é o da criação tecnológica que, já individualizada como uma solução para determinado problema, ainda não serviu de base para um pedido de patente. Na concepção de Pontes de Miranda, que subscrevemos, a simples criação de tal solução deflagra um direito subjetivo constitucional *de pedir patente*. Esta solução está, enquanto não divulgada pelo seu criador, em resguardo através dos preceitos da concorrência desleal, mas não tem a proteção da exclusiva concorrencial.

Note-se que, para o criador na situação acima descrita, mas que opta por não pedir patente, a lei brasileira de 1996 introduziu em seu art. 45 uma situação jurídica singular. Por ela, o direito ao pedido de patente, exercido por outro inventor independente da mesma criação, não afeta a atividade livre do inventor que não requereu patente, que pode assim continuar o uso empresarial da criação. O bem incorpóreo do originador que não pede patente tem garantida sua proteção – não exclusiva – em face mesmo do direito que é exclusivo para todos, menos para ele.

Ora, essa criação, individualizada e destacada do seu criador, é um bem incorpóreo que *ainda* não é dotado de exclusividade concorrencial (mas pode ser cedido, etc., com a pretensão que lhe acede), e pode ser mesmo defendido contra a exclusividade obtida por um terceiro.

Por fim, há criações (como – por exemplo - soluções práticas, mas não técnicas, como métodos de contabilidade, no direito brasileiro vigente) que não entram em qualquer dos sistemas de exclusividade existentes. Individualizadas, objetivadas em face de seu criador, são suscetíveis de interesses juridicamente tutelados, ainda que não patrimoniais, como por exemplo, de paternidade (o método XXX de contabilidade de ativos), e podem figurar como conteúdo de obrigações entre partes.

Em cada um desses casos (e eles se multiplicam, no tocante às criações intelectuais) certamente não há uma exclusividade concorrencial. Em alguns casos, essa situação é temporária, como também notamos em nossa tese:

6.1.6.2. Quando o bem incorpóreo se faz propriedade

Cada um desses bens pode ter existência autônoma em direito. Por exemplo, a criação de uma nova solução técnica, por si só, legitima o poder de requerer patente, e gera um direito autoral de nomeação. Mas não é objeto de propriedade. Sê-lo-á, no entanto, se o inventor requerer e obtiver a patente; neste caso, passa a ter um título de exclusividade do uso do bem imaterial, *na concorrência*.

Essa exclusividade não recai *sobre* o mercado, nem *sobre* o bem imaterial, mas tão somente na intercessão dos dois fenômenos, ou seja, quando o bem incorpóreo é trazido ao mercado (ou seja, ele se torna um bem-de-mercado). Assim, a possibilidade de uma *propriedade intelectual* surge quando se produz, se conforma, ou se transforma o bem intelectual com vistas ao mercado³².

³² [Nota do original] Como disse a Suprema Corte Americana em *Hanover Star Milling Co. V. Metcalf*, 240 U.S. 403 (1916) “(...) is the trade, and not the mark, that is to be protected”. Sobre o estatuto desse bem incorpóreo em economias que não a de mercado, vide BARBOSA, p. 40.

Assim, se distinguem os bens imateriais relativos às criações intelectuais - como objeto genérico de direitos -, dos bens-de-mercado, o que designaremos abaixo como sendo bens-oportunidade. Só quanto a esses *bens-de-mercado* são relevantes os direitos de exclusiva e a tutela de posição concorrencial. É preciso distinguir-se, assim, de quais objetos se fala em cada remissão ao direito comum.

Quanto ao bem incorpóreo (antes de ser bem-de-mercado), são pertinentes as relações jurídicas, morais ou de outra natureza, que ligam a criação a sua origem, individualmente autoral, ou imputada a uma pessoa jurídica. Quanto aos direitos de exclusiva (que se tecem em torno do bem incorpóreo), tem-se a situação concorrencial descrita como de *propriedade concorrencial*³³, que permite a assimilação – no relevante – aos direitos reais sobre coisas móveis.

A historicidade da transformação do bem incorpóreo em propriedade concorrencial

Em determinado momento da história econômica do Ocidente, o sistema de reprodução de obras literárias, que já incluía, além dos proverbiais monges, empresas de copistas profissionais, recebe uma fonte importante de competição, com a imprensa mecânica de Gutenberg³⁴. Também imediatamente, foi demandado e recebido um sistema de regulação da concorrência que justificasse o investimento *industrial*³⁵.

No entanto, por muito tempo o novo sistema tecnológico não induziu ao investimento em novas obras expressivas: apenas obras antigas e em circulação foram objeto de impressão ³⁶.

No entanto, eventualmente, essa *indústria da reprodução* passou a exigir uma proteção de mercado, não contra os copistas, mas seus próprios iguais. Não por acaso, tal se deu através, não de uma exclusiva autoral³⁷ mas uma patente veneziana clássica – que se reputa indicar o início da

³³ **Rp 1397** -Julgamento de 11/5/1988, DJ de 10/06/88, p. 14401 Ementário do STF - vol. -01505.01 pg. -00069. RTJ - vol. -00125.03 pg. -00969. EMENTA: - Bolsas e sacolas fornecidas a clientela por supermercados. O parágrafo 24 do artigo 153 da Constituição assegura **a disciplina do direito concorrencial, pois, a proteção a propriedade das marcas** de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial, na qual se incluem as insígnias e os sinais de propaganda, compreende a garantia do seu uso.

³⁴ “By the late thirteenth century in Paris (a century later in England), ateliers of scribes and illuminators were known by the name of their master artists,” and “[t]he names of scribes, illuminators, parchment-makers and binders ... [can be found] in tax records, though few names can be linked with surviving books.” (YU, 2006)

³⁵ “The earliest legal response to the printing press appeared in the form of printing patents, or privilegii, in the Venetian Republic”. (YU). Petrucci obteve do estado veneziano em 1498 um privilégio de 20 anos para imprimir música, conforme ROBERTSON, STEVENS (1963, p. 72).

³⁶ “[f]rom the time of the invention of printing, about 1450, to the end of the fifteenth century, the works of living authors played practically no part in the German book-trade, and the question of commercial results for their writers did not call for consideration”. “there is record ... of the publication before the close of the fifteenth century and early in the sixteenth, chiefly in Paris, of occasional volumes of original writings”). (YU)

³⁷ “The printing press irrevocably altered the balance of moral and economic claims to works of authorship. It also presented copyright law's central question. Paul Goldstein, *Copyright's Highway: From Gutenberg To The Celestial Jukebox* 31 (rev. ed. 2003). “historical emergence [of copyright] is related to printing technology” (ROSE, 1993)

propriedade intelectual, como sistema próprio à economia de mercado³⁸. E – após a solidificação de um mercado para produtos literários – passou a induzir à criação de determinadas obras particularmente adequadas a maximizar um retorno do investimento na indústria de reprodução³⁹.

Criação intelectual fora da economia de mercado

Não se imagine que o modelo da economia de mercado seja o único possível para fazer florescer a criatividade humana. Fora dele, os Príncipes Esterházy mantiveram vivo o fluxo de Haydn sob o regime do patronato, comunidades inteiras subvencionaram a arquitetura gótica, os *fabliaux* nasceram da pena de Jean Bodel, de Cortesbarbe, Durand, Gautierle Leu, e Henry d'Andeli sem nenhum estímulo de *royalties*. Em economias planificadas, inventores, artistas e escritores não deixaram de produzir.

Na verdade, pelo menos em certas circunstâncias, essa falta de uma *propriedade intelectual* não fazia que a produção fosse menor ou de menos qualidade do que a induzida pelas exclusivas.

O período anterior à coletivização de a criação dos monopólios privados autorais, em especial o período do início do século 17 aos fins do século dezoito, testemunha um interessante o fenômeno da fusão dos papéis do autor e do empresário ou editor. Importantes autores musicais ou dramáticos, e citamos especialmente Handel, Vivaldi e Telemann⁴⁰, assumiram a produção de

³⁸ "The Venetian Republic, on March 19, 1474, enacted the first known general patent statute, with overwhelming support in the Venetian legislature. This statute, which sought to encourage technological advancement by issuing private grants and importation licenses, established a foundation for the world's first patent system, leading one historian to proclaim that "the international patent experience of nearly 500 years has merely brought amendments or improvements upon the solid core established in Renaissance Venice" (Bugbee, 1964:24; also Mandich, 1948:166). Or, to paraphrase the noted American philosopher Alfred North Whitehead, all Western patent systems consist of but a series of footnotes to the Venetian patent statute" NARD, MORISS (2006). Tal lei assim dispunha (tradução nossa): "Qualquer pessoa nesta cidade que fizer qualquer artefato novo e engenhoso, que não tenha sido feito até agora em nosso território, deve, logo que seja aperfeiçoada de modo a que pode ser utilizado e exercido, dar conhecimento do mesmo ao nosso escritório de Provveditori de Comun, sendo proibida até 10 anos para qualquer outra pessoa, em qualquer parte de nosso território e do nosso lugar fazer um artefato da mesma forma e semelhança, sem o consentimento e licença do autor." "E se alguém ninguém fizer isso, os referidos autores e inventores terão a liberdade de citar ele perante qualquer corte desta cidade, que irá forçar o citado infrator a pagá-lo a soma de 100 ducados e imediatamente destruir o artifício." "Mas o nosso governo terá livre acesso, do jeito que quiser, de modo que for preciso a satisfazer suas necessidades, aos artefatos e instrumentos, desde que sejam os inventores, e ninguém mais, que as façam operar."

³⁹ "Not only are the hit songs, stars, and soap operas cyclically recurrent and rigidly invariable types, but the specific content of the entertainment itself is derived from them and only appears to change. The details are interchangeable." (ADORNO, HORKHEIMER, 1944).

⁴⁰ Citam-se aqui apenas os mais famosos, ou os de preferência deste autor como instrumentista. Era um padrão europeu na época. Graupner compôs pelo menos 2000 obras, dos quais 113 sinfonias, 85 ouvertures (suites), 44 concertos, 8 operas, 1418 cantatas religiosas e 24 seculares, 66 sonatas, 44 concertos, e 40 partitas para cravo; a produção reflete o período em que compunha para o mercado (a ópera de Hamburgo, onde dividia encargos de instrumentista com outro colega da Faculdade de Direito local – Handel), mas representa especialmente a demanda do regime de mecenato posterior à falência de tal teatro de ópera. Albinoni compôs 50 óperas; Johann Adolph Hasse 120; Johann Joachim Quantz 300 concertos; Alessandro Scarlatti 100 operas; Cimarosa 101, etc – sempre usando

seus espetáculos e a publicação de suas obras. Compunham, conduziam a orquestra e liam diretamente da partitura original. Controlando assim fisicamente os originais de suas peças, compensavam em parte a falta da exclusiva.

Mas é outra peculiaridade da produção desses autores-empresários que tem especial interesse para a análise econômica da produção expressiva.

Tendo como fonte de renda o pagamento dos ingressos pelo público de seus espetáculos, tais autores (e muitos outros de seu tempo) compunham e representavam novos concertos, oratórios, e óperas em quantidade inacreditável para os padrões atuais. Desta feita, criavam uma giratória de ciclos de consumo - como ocorre na mutação semanal dos filmes em cartaz - explorando eficazmente um mercado limitado. Mas, simultaneamente, impediam a competição de copistas, através da exploração do *lead time* ⁴¹, a renovação incessante da criação criando uma obsolescência em ciclo curto.

De outro lado, pelo menos no tocante à produção intelectual não técnica, e até certo grau, a produção científica, há sempre o incentivo não econômico, a que se referia LordCamden em 1774.

A par disso, sempre existiu motivação patrimonial, mesmo antes e fora da existência de um mercado de bens expressivos. Assim nota mesmo o rigor economocentrista de Landes e Posner.

Muitos autores derivam benefícios substanciais da publicação que superam quaisquer royalties. Isto é verdadeiro não somente nos termos do prestígio e outras renda não-pecuniárias, mas também da renda pecuniária, em formas como um salário mais elevado para um professor que publique do que para um que não o faça, ou uma renda de consultoria maior. (...) Publicar é um método eficaz de auto-promoção. (...) (LANDES, POSNER. 1989, p 325-33 tradução nossa)

As normas de rejeição ao plágio (isto é, copiar sem dar ao autor o crédito) reforçam o prestígio; até o ponto em que aquelas normas são eficazes, assegura-se de que o autor obtenha o reconhecimento, se não sempre os royalties, das obras que publicarem. (LANDES, POSNER. 1989, p. 344-53 tradução nossa)

como metodologia de escolha o fato de o autor ter sido executante das obras dos autores, e não qualquer pesquisa para o Guinness.

⁴¹ Supondo a inexistência de uma barreira artificial de entrada (como uma exclusiva autoral) o tempo necessário para um copista entrar no mercado, passando a competir com o criador. Vide o documento da OMPI Intellectual Property (Ip) Rights And Innovation In Small And Medium-Sized Enterprises: “Given some of the barriers faced in using the patent system, SMEs often use alternative means of appropriating their innovations. Some of the alternatives to patenting include secrecy, exploitation of lead-time advantages, moving rapidly down the learning curve, use of complementary sales and service capabilities, technical complexity, on-going innovation, relationships based on trust and use of trademarks to differentiate their products from those of imitators. It is often noted that secrecy and lead-time advantages may be the most common way of appropriating innovations among firms, particularly (though not exclusively) among SMEs”, encontrado em http://www.wipo.int/sme/en/documents/pdf/iprs_innovation.pdf, visitado em 22/5/2007.

Tomemos como exemplo, ainda, a produção de bens expressivos.

Há um sistema de produção de bens expressivos no qual atuam os personagens constantes em qualquer dos vários teatros econômicos (dentro, ou fora de uma economia de mercado). A doutrina costuma identificar, dentre eles, o criador, o intermediário e o público consumidor. Queremos, porém, crer que é o intermediário seja apenas presente numa modalidade específica da produção cultural, e no modo específico: o da economia de mercado ⁴². Os atores constantes são o criador - obviamente -, o público e o provedor dos recursos necessários à criação.

Como ocorre nos palcos, frequentemente mais de um papel é desempenhado por um ator; o criador pode usar de seus próprios recursos no processo criativo, no que Engels caracterizava como "o autor burgês" (NOVE, 1972, p. 113–126). Tal ocorria, entre os escritores, filósofos, literatos de todo tipo - até que se profissionalizasse esse ofício, através dos direitos de exclusiva. Assim, Frederico o grande da Prússia, compositor e intérprete, mantinha para seu deleite uma orquestra; Gesualdo, homicida estripador e compositor de obras de idêntico espanto, mantinha em seu castelo um coro para seus próprios madrigais.

O consumidor pode ser também o provedor direto dos recursos da criação; assim, os príncipes mecenas alugavam compositores, poetas e dramaturgos para seu exclusivo divertimento. Formando-se um mercado de bens expressivos, recursos passam também a ser fornecidos pelos intermediários da produção expressiva, impresarios, *marchands de tableaux*, *publishers*, tomando o risco do sucesso perante o público pagante.

O criador musical ou dramático, especialmente num momento em que já existe mercado ativo e bens expressivos, mas ainda sem a proteção dos direitos de exclusiva - em especial nos séculos XVII e XVIII -, tende a acumular os papéis de autor e empresário: Vivaldi, Handel e Telemann, para citar apenas alguns dos grandes autores da música do alto barroco, produziam ópera, oratório, concerto, e assumiam em alguma medida o encargo de publicar graficamente suas obras.

Uma noção essencial: a Propriedade intelectual é apenas uma das formas de incentivo à produção intelectual

⁴²“Moreover, the importance of intermediaries changes over time. For instance, printers, with their unique access to limited technical facilities, were very important in the fifteenth and sixteenth centuries. In the late sixteenth century, however, they “started to lose influence to copy-holding booksellers.” By the seventeenth century, they became “merely the agent[s] of the publisher[s],” who had since become “the central figure[s] in the book trade” by virtue of their ability to select, organize, and finance the manufacture of books. As intermediaries continue to emerge, adapt, and disappear in the dynamic business environment, the need to protect a particular group, or groups, of middlemen from obsolescence has become highly suspect”. (YU, 2006)

Mencionamos acima métodos de indução privada à produção expressiva. Sistemas similares se aplicariam à produção tecnológica.

Como pode ser *socialmente* necessário estimular esse tipo de produção, vários métodos de incentivo *público* foram construídas na história (SCOTCHMER, 2004). Contam-se entre esses a concessão de prêmios à criação intelectual (como o Nobel, Pulitzer, etc.); estímulos fiscais; financiamento público; subsídios (como os das Leis de Incentivos à inovação); compras estatais de bens, serviços e criações intelectuais; e a constituição dos mecanismos de intervenção do estado no mercado livre, que tomam o nome de Propriedade Intelectual.

A associação dos vários métodos é costumeira e mesmo indispensável. O sistema de apropriação e auto-estímulo através de patentes é insuficiente para a inovação. Um autor tão insuspeito de propensões desenvolvimentistas como Richard Posner afirma que “dois terços da pesquisa da indústria farmacêutica resulta de atividade acadêmica e federal” (POSNER, LANDES, 2003, p. 313).

Suzanne Scotchmer enfatiza que as inovações que são arcadas pelos contribuintes tributários podem ser disponibilizadas para o domínio público, gerando menos limitações para futuros projetos, permitindo melhor decidir e analisar as informações existentes, bem como eventualmente ligar os prêmios a custos esperados. Desta forma, a análise do que é a melhor forma de incentivo deve ter em conta o cenário em tela e a disponibilidade de ideias.

Como nota Scotchmer, essa socialização pode-se dar pela instituição de prêmios aos inventores:

...que podem ser oferecidos previamente quando houvesse certeza da necessidade e importância da pesquisa e solução, mas sem definição do valor que seria atribuído à solução a ser dada ou os a serem posteriormente avaliados. Uma solução é de somente pagar o prêmio quando houver a transferência para o domínio público da patente, mas isto pressupõe aceitação de que o prêmio tem valor pelo menos igual ao da patente.

Outra possibilidade, utilizada pela indústria de fabricação de seda em Lyon, era de condicionar os prêmios aos níveis de resultado (como p.ex. o número de fabricantes que passou a utilizar a técnica).

Outra solução apresentada por Michael Kramer seria de a autoridade patentária fazer um leilão entre os interessados. O valor maior da oferta, considerando que os pretendentes saberiam que o maior ofertante teria o direito, seria próximo ao valor da patente em si.

Criação intelectual voltada para o mercado

Voltemo-nos, assim, para a hipótese de um sistema de produção de bens incorpóreos voltadas para o mercado. Este sistema de produção para o mercado presume uma organização especial do

sistema de criação intelectual expressiva ou tecnológica que induza o investimento da empresa que age na *intermediação entre criador e público consumidor*⁴³. Nas situações em que a criação é estimulada ou apropriada pelo mercado, duas hipóteses foram sempre suscitadas:

1. ou a da socialização dos riscos e custos incorridos para criar ⁴⁴;
2. ou a apropriação privada dos resultados através da construção jurídica de uma *exclusividade artificial*, como a da patente, ou do direito autoral, etc. É desta última hipótese que falamos inicialmente como sendo o modelo preferencial das economias de mercado.

Por que exclusividade, e por que artificial? Por uma característica específica dessas criações técnicas, abstratas ou estéticas: a *natureza evanescente* desses bens imateriais. Quando eles são colocados no mercado, naturalmente se tornam acessíveis ao público, num episódio de imediata e total dispersão ⁴⁵. Ou seja, a informação ínsita na criação deixa de ser escassa ⁴⁶, perdendo a sua economicidade.

As características desses bens são apontadas pela literatura ⁴⁷:

⁴³ "Once the mediator system is established between creator and consumer, and the reproductive model becomes the dominant method, some market players would target on the maximum return opportunities. Those opportunities tend to be much crafted creators who are able to allow the publisher to sell the largest number of copies of the same work. Curiously, expressive production of such kind is quite scarce, what makes creators like Grisham, Clancy, Steele, Rowling, and Stephen King very valuable. Landes and Posner copyright economics analysis are most precise in such contexts of scarce offer from creators and maximum return considerations from mediators". (BARBOSA, 2009)

⁴⁴ Certamente não é propósito desta seção discutir formas alternativas de estímulo à criação. Mas na proporção em que o conhecimento disperso tenha um interesse para os operadores no mercado, a divulgação indenizada serve apenas de nivelamento da competição. Ou, se não houver nivelamento, a dispersão favorecerá aqueles titulares de empresas que mais estiverem aptos na competição a aproveitar desse conhecimento em condições de mercado. Assim, iniciativas como o de usar fundos estatais para aplicações de interesse geral, sem apropriação dos resultados, poderiam ser tidas como contrárias à moralidade pública. Pareceria correto, de outro lado, reservar o uso exclusivo, com uma ampla política de licenciamento.

⁴⁵ Thomas Jefferson -. "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".

⁴⁶ É uma das hipóteses de *res extra commercium*. "Por razões de ordem profana, eram consideradas fora do comércio (*res extra commercium humani iuris*) as coisas comuns a todos (*res communes omnium*), isto é, as indispensáveis à vida coletiva ou a ela úteis, como o ar, a água corrente, o mar e as praias". (MARKY, 1992)

⁴⁷ Citamos aqui, J.H. Reichman, Charting the Collapse of the Patent-Copyright Dichotomy: Premises for a restructured International Intellectual Property System 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 475 (1995); Wendy J. Gordon, Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982); Michael G. Anderson & Paul F. Brown, The Economics Behind Copyright Fair Use: A Principled and Predictable Body of Law, 24 Loy. U. Chi. L. J. 143 (1993). Vide Wendy J. Gordon, Asymmetric Market Failure and Prisoner's Dilemma in Intellectual Property, 17 U. Dayton L. Rev. 853, 861-67 (1992); do mesmo autor, On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse, 78 Va. L. Rev. 149, 222-58 (1992) e Assertive Modesty: An Economy of Intangibles, 94 Col. L. Rev. 8, 2587 (1994). Vide também Samuelson, Davis, Kapur e Reichmann, A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs, 94

1. o que certos economistas chamam de não-rivalidade. Ou seja, o uso ou consumo do bem por uma pessoa não impede o seu uso ou consumo por uma outra pessoa. O fato de alguém usar uma criação técnica ou expressiva não impossibilita outra pessoa de também fazê-lo, em toda extensão, e sem prejuízo da fruição da primeira⁴⁸.
2. O que esses mesmos autores se referem como não-exclusividade: o fato de que, salvo intervenção estatal ou outras medidas artificiais, ninguém pode ser impedido de usar o bem. Assim, é difícil coletar proveito econômico comercializando publicamente no mercado esse tipo da atividade criativa..

Diz José de Oliveira Ascensão:

A obra ou a invenção são coisas incorpóreas. Uma escultura, por exemplo, não é o bloco de pedra que materializa a criação artística, mas a própria ideia artística que na pedra ficou materializada. A mais valia econômica do exemplar original é uma realidade alheia ao direito de autor; mesmo o chamado direito de seqüência, nomeadamente, será um direito sobre o exemplar, mas em si não é conteúdo do direito de autor, pois este recai sobre a obra como bem incorpóreo. Ou, se quisermos, o direito de autor recai sobre a expressão intelectual da ideia e não sobre o suporte material desta. Quando se vende a estátua, não se aliena o direito de autor.

A *obra* tem uma característica fundamental, que a diferencia das coisas corpóreas: **a ubiqüidade**. A obra literária e artística não é aprisionável num dado continente. Comunica-se naturalmente a todos, desde que expressa ou revelada pelo seu autor. Não se desgasta com o uso, por mais extenso que ele seja. A poesia de Fernando Pessoa não se ressentiu com a globalização de que beneficiou.

E com isto surge uma diferença radical da propriedade comum. O autor pode naturalmente usar sempre a sua obra. Em nada essa faculdade é diminuída pelo fato de terceiros a usarem também, ainda que sem autorização. Inversamente, um proprietário deixa de poder usar se um terceiro se apodera da coisa.

Assim, o compositor continua a poder utilizar as suas sonatas, tocando-as no seu piano, ainda que estas sejam abusivamente exploradas por terceiro. Mas se lhe furtam o piano já não pode tocar; se lhe tiram os sapatos, fica descalço.

Col.L.Rev. 8, 2308, 2339 (1994). Ejan Machaay, Legal Hybrids: Beyond Property and Monopoly, 94 Col.L.Rev. 8, 2637 (1994).

⁴⁸."Les propriétés intellectuelles sont douées d'une faculté d'ubiquité qui signifie qu'elles peuvent donner lieu à des usages concomitants sur la même utilité de la création. Des lors, leur exclusivisme ne peut être que juridique et en aucun cas factuel. Il s'en suit que la possession des propriétés intellectuelles, qui relève du fait, ne sera jamais assurément exclusive. Certes, à un instant donné, il se peut qu'une seule personne utilise - de fait - l'une des utilités de la chose. Mais il est impossible d'avoir la certitude que d'autres personnes n'useront pas elles aussi de la même utilité de cette chose. Par exemple, un éditeur qui publie une oeuvre littéraire n'aura jamais la certitude qu'aucun autre éditeur ne publiera en même temps la même oeuvre. Les autres éditeurs n'ont pas le droit de la publier en raison du monopole d'exploitation économique de l'éditeur, mais sur le plan des faits, ils en ont la possibilité à partir du moment où ils peuvent avoir un exemplaire de l'oeuvre entre les mains. La possession ne remplit plus son rôle d'attribution exclusive d'une chose à une personne, elle ne garantit plus l'exclusivité factuelle" (PARANCE, 2008, p.415-420)

Esta diferença é radical. Os bens intelectuais, porque ubíquos, são inesgotáveis. As coisas corpóreas, pelo contrário, são de uso limitado. Cabe por isso ao Direito, necessariamente, ditar as regras de utilização dessas coisas. (ASCENSÃO, s/d)

Como consequência dessas características, o livre jogo de mercado é insuficiente para garantir que se crie e mantenha o fluxo de investimento em uma tecnologia ou um filme que requeira alto custo de desenvolvimento e seja sujeito a cópia fácil.

Já que existe interesse social em que esse investimento continue mesmo numa economia de mercado⁴⁹, algum tipo de ação deve ser intentada para corrigir esta deficiência genética da criação intelectual. A criação tecnológica ou expressiva é *naturalmente* inadequada ao ambiente de mercado⁵⁰.

O remédio e seus efeitos secundários

Impõe-se assim a intervenção do Estado, pela ação de algum instrumento de direito ⁵¹. A correção do desestímulo no investimento de longo prazo na inovação, assim, acontece através de uma garantia legal, por exemplo:

1. por meio de um direito exclusivo, ou seja, a apropriação privada tanto do uso, da fruição, e também da possibilidade de transferir a terceiros a totalidade desses direitos (no latim tão querido aos juristas, *usus, fructus; abusus*); ou então
2. por um direito não exclusivo, mas também de repercussão econômica, por exemplo, o direito de fruir dos resultados do investimento, cobrando um preço de quem usasse a informação, mas sem ter o direito de proibir o uso⁵²; ou ainda

⁴⁹ O que é simplesmente uma opção antropológica, tendo como alternativa a das sociedades de história cíclica, como a dos tchucarramães ou outros povos selvagens.

⁵⁰ Thomas Jefferson –“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”. O mesmo dizia D. Pedro II à Comissão de Elaboração do Código Civil no último ano de seu reinado, enfatizando o aspecto social: "O pensamento não pode ser objeto de propriedade, como as coisas corpóreas. Produto da inteligência, participa da natureza dela, é um atributo da personalidade garantido pela liberdade da manifestação, direito pessoal. Uma vez manifestado, ele entra na comunhão intelectual da humanidade, não é suscetível de apropriação exclusiva. O pensamento não se transfere, comunica-se. . . chamo a atenção da Comissão sobre a necessidade do harmonizar os direitos do autor com a sociedade..." (Ata sessões Comiss. Org. Proj. Cód. Civ. 1889 Rev. Inst. Hist., vol. 68, 1ª parte, 33). D. Pedro II (1889)

⁵¹ Note-se que nem mesmo o uso de outros meios artificiais, como a proteção eletrônica ou física contra a cópia, tem dispensado a proteção jurídica. Veja-se, por exemplo, o Digital Millenium Act, lei dos Estados Unidos que considera violação de direitos autorais a superação técnica desses meios físicos ou eletrônicos; o mesmo ocorre com os Tratados OMPI de 1996.

⁵² Um domínio público pagante, como a solução prevista por Correa (2000).

3. por uma garantia de indenização do Estado para quem investisse na nova criação tecnológica ou autoral.

A escolha, numa economia diversa da de mercado, provavelmente seria a opção número 3, a socialização dos custos da criação. O Estado indeniza o investimento privado na criação divulgada. Esta era uma opção prevista na legislação de alguns países nos fins do século XVIII e, na Constituição do Brasil, até 1967. Neste caso, em alguma parte o risco do investimento, ou mesmo o equivalente da receita esperada de seus frutos, seriam assumidos pelo Tesouro⁵³. Essa é, também, uma das formas complementares de estímulo ao investimento criativo em situações em que o mercado, por si só, mesmo com auxílio de direitos exclusivos, não é suficiente para fazê-lo⁵⁴.

No entanto, a modalidade de intervenção historicamente preferida tem sido a concessão de direitos exclusivos⁵⁵. Como indica o nome, são direitos de excluir terceiros, que não o titular, da fruição econômica do bem.

O direito centrado no titular e o direito centrado na obra

Subjacente a todas essas ponderações está a constatação de que há um interesse social na produção de criações do intelecto, tanto expressivas quanto de outra natureza. É por essa razão, e não pelo embevecimento na genialidade dos criadores, que o direito provê um tipo específico de incentivo às criações, que seja pertinente, e espera-se, eficiente numa economia de mercado.

Essa presunção faz com que – sempre atentos às dimensões humanas que os criadores repartem em igualdade de condições com todas as pessoas, inclusive a dignidade que neles é crucial – as análises que se têm mais recentemente exercido quanto à eficácia *social* dos direitos de propriedade intelectual passam principalmente pela noção do *acesso* aos frutos do incentivo.

No caso de criações tecnológicas, muito se tem suscitado não só quanto ao acesso à informação (as patentes *revelam* informação tecnológica) quanto aos frutos dessa inovação no bem estar humano (a inovação em produtos e serviços pode ser empatada ou restrita pelas próprias patentes

⁵³ Certamente não é propósito nesta seção discutir formas alternativas de estímulo à criação. Mas na proporção em que o conhecimento disperso tenha um interesse para os operadores no mercado, a divulgação indenizada serve apenas de nivelamento da competição. Ou, se não houver nivelamento, a dispersão favorecerá aqueles titulares de empresas que mais estiverem aptos na competição a aproveitar desse conhecimento em condições de mercado. Assim, iniciativas como o de usar fundos estatais para aplicações de interesse geral, sem apropriação dos resultados, poderiam ser tidas como contrárias à moralidade pública. Pareceria correto, de outro lado, reservar o uso exclusivo, com uma ampla política de licenciamento.

⁵⁴ Para uma discussão da questão vide, do autor, Incentivos fiscais no contexto da Lei Federal de Inovação, encontrado em <http://www.denisbarbosa.addr.com/inovafiscal.doc>.

⁵⁵ Succinctly stated, this body of law grants creators a bundle of exclusive property rights devised to overcome the “public good” problem arising from the intangible, indivisible and inexhaustible nature of intellectual creations, which allows them to be copied by second comers who have not shared in the costs and risks of the creative endeavor, (REICHMANN, 1995)

que revelam a tecnologia; o incentivo a criação de novas expressões em livros e discos pode ser mantada em difusão menor do que a a socialmente adequada pelo preço ou canais de venda).

Pois o que se tem de estar atento é em que, falando de *direitos de propriedade intelectual* (ou seja, de exclusivas de mercado) do ponto de vista social, a ênfase nos interesses do titular é sempre subsidiária ao interesse na obra. Não se tem – nos direitos de propriedade intelectual – o interesse de dar ao criador a sua dignidade como elemento principal; o que se pretende é que a sociedade lhes tenha os frutos, *num contexto de mercado*. Para os fins estranhos ao mercado, já se indicou que outros meios existem de propiciar acesso e fruição.

Haverá, realmente, neste sistema, um *direito ao aceso* aos frutos de criação, destinado à sociedade como um todo? Dissemos em outro texto, explorando as contradições na satisfação desse interesse social (SANTOS, BARBOSA, 2012, no prelo).

Michel Vivant e Jean-Michel Bruguièresuscitam mesmo uma questão interessante, que consiste em perquirir se existe um “*droit aux exceptions*”, mencionando decisões francesas e estrangeiras a respeito desse tema⁵⁶. Em apoio à tese negativa, evoca-se a constatação de que a exclusividade conferida ao autor com relação a qualquer forma de utilização de sua obra, que não configure um uso livre, é uma característica tanto do regime centrado na pessoa do autor, com seus interesses morais e patrimoniais sobre a obra (*droit d’auteur*), quanto do regime centrado na obra, em função do qual se atribuem a seu autor direitos predominantemente patrimoniais (*copyright*). (...)

Assim sendo, a exclusividade reconhecida ao autor não deve impedir o exercício de outros direitos fundamentais, em especial o direito de acesso à informação e à cultura⁵⁷. Imbricada com esse ponto é a teoria de “livre utilização” da Lei Autoral alemã, segundo a qual um autor pode se inspirar em obra preexistente, desde que não se aproprie de sua essência criativa⁵⁸. Esta doutrina favorece a conciliação de outro direito fundamental – a Liberdade de Expressão – com o Direito de Autor.

Há, porém, um aspecto relevante com relação à permissão de acesso do usuário às obras protegidas por direitos autorais com base no interesse público. Tal faculdade não pode importar em acesso livre de contraprestação em todos os casos, porque isso implica privar os autores de um direito juridicamente tutelável e constitucionalmente garantido⁵⁹. Em outras palavras, essa restrição não pode implicar uma forma de expropriação sem remuneração, argumento geralmente empregado quando se trata de contrapor o direito à informação e à cultura⁶⁰.

⁵⁶ [Nota do original] VIVANT, Michel e BRUGUIÈRE, Jean-Michel, *op. cit.*, pp. 379 e 380.

⁵⁷ Zechariah Chafee Jr. (1945, p. 503-529,) em seu estudo sobre os seis pressupostos para o Direito Autoral, afirmava que, embora ninguém pudesse comercializar a obra de um autor, todos deveriam poder utilizá-la.

⁵⁸ Vide Adolf Dietz, Germany, § 8[2][b][ii], *in*: GELLER, Paul Edward (coord.), *op. cit.*.

⁵⁹“Nem o acesso à cultura tampouco o direito à educação podem servir de pretexto para fazer os autores pagarem o preço da educação”. (HAMMES, 2002, p. 115.)

⁶⁰ Vide BURRELL, COLEMAN, 2005, p. 103.

Apontados aqui os dados desse problema, num contexto de propriedade intelectual, a questão aqui, então, é discernir as bases da construção desse eventual *direito* (já que pressupomos desde o início deste texto o *interesse*) na produção expressiva ou tecnológica, ou criativa em geral. Em ocasião recente, exploramos tal tema⁶¹.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, artigo 15, I, se fala do direito que todos nós temos de ter acesso à cultura, aos frutos da ciência, à tecnologia. Mas isso é *soft law*, é um dispositivo que não tem natureza cogente do ponto de vista jurídico, embora, evidentemente, tenha natureza cogente do ponto de vista intelectual ou moral. No entanto, o dispositivo que nós temos a frente, o Pacto das Nações Unidas de Direitos Sociais de 1966, tem um dispositivo similar, e foi incorporado ao direito pátrio pelo Decreto 591, ou seja, ele é de natureza de direitos humanos e foi trazido ao direito interno em 92.

Nesse momento, vamos pensar no direito de acesso como direito interno. O ponto relevante de 92 até aqui é a Emenda 45, que cria uma oportunidade de mudança desse dispositivo – que é lei ordinária, talvez, seguramente elemento de direito internacional incorporado a legislação pátria – a uma estatuta maior, de caráter constitucional. É bem verdade que um dos requisitos elementares dessa transmutação de tratado de direitos humanos a texto de cunho constitucional seria o requisito procedimental do número mínimo de votos. No entanto temos, aí, pelo menos um precedente no STJ - que é o Habeas corpus 18.799 - em que se entendeu que em relação mesmo aos pactos e tratados anteriores em que não houve esse tipo de maioria previsto no artigo 45, que também a ele seria atribuído de alguma forma ao mesmo estatuto constitucional.

Então, tratada essa questão, de como transmutar o Pacto das Nações Unidas em uma tessitura constitucional, vamos partir do princípio que nós temos o direito de acesso como um dos direitos de cunho constitucional brasileiro. A par daqueles direitos que resultam do artigo 27, II, da Declaração Universal - ou seja, os direitos humanos que garantem ao criador os frutos materiais, morais, da sua criação - temos igualmente o direito de acesso à cultura e aos frutos da ciência e à tecnologia.

Lógico que se podem, igualmente expressar a proteção jurídica desses interesses no contexto dos direitos culturais da CF88. Assim o faz Allan Rocha de Souza:

Dentre todos deve ser destacado o artigo 215, que estabelece o seguinte: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.” A análise deste artigo nos indica que o acesso às obras de valor cultural não poderá ser restringido ou impedido injustificadamente e fundamentadamente. Esse acesso torna-se possível através da instituição de espaços de livre interação, isentos de controle sobre a utilização de obras de

⁶¹ III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, em São Paulo, nos dias 09 e 10 de novembro de 2009.

caráter cultural, sendo obrigação dos poderes estatais proporcionar e garantir, através dos diversos instrumentos disponíveis, inclusive o estabelecimento de isenções legais ao monopólio dos direitos patrimoniais do autor (SOUZA, s/d) (grifamos)

E, em texto mais recente (SOUZA, 2010):

Nesta visão os direitos culturais são compostos do direito de produção cultural, direito de acesso à cultura, direito à memória histórica e ainda o direito à informação e o direito à participação nas decisões públicas sobre cultura.⁶²

Como indica o mesmo autor, o direito de acesso é diretamente mencionado no texto constitucional entre os direitos culturais⁶³.

Uma rápida conclusão

Não nos demoramos em justificar nossos pressupostos: de que o sistema jurídico *também* estimula a produção criativa para atender a demandas que são da sociedade, e não só do titular. Muito se tem bordado sobre este último fim dos instrumentos jurídicos, enfatizando que a pessoa do criador tem interesses, que são mesmo de natureza fundamental, ou humana. Não o contestamos, pelo menos nos termos em que desenvolvemos este estudo.

Nosso *tema*, porém, foi outro: de que o direito visa a *obra*, a contribuição da pessoa criadora a sociedade, com tanto, e possivelmente mais ênfase do que o titular. Por mais que a cultura ocidental se esmere em enaltecer as características da individualidade e da personalidade, e consagrar sua dignidade, não menos dignos e importantes são as demandas da sociedade daqueles que não são criadores, e dos criadores que precisam de revisitar a cultura e o conhecimento para reconstruir incessantemente o mundo.

Neste desenho, nossa proposta é de indicar que a propriedade intelectual é apenas um elemento parcial do sistema jurídico; parcial em escopo, e contido em um contexto de história econômica. Este instituto jurídico nem é mais do que um fragmento da juridicidade dedicada à criação humana, nem uma resposta perene e estável quanto à necessidade social de criações.

⁶²[Nota do original] FERNANDES, José Ricardo Oriá. A cultura no ordenamento constitucional brasileiro: impactos e perspectivas. In: ARAÚJO, José Cordeiro de; PEREIRA JÚNIOR, José de Sena; PEREIRA, Lúcio Soares; RODRIGUES, Ricardo José Pereira. Ensaio sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2008, p. 207.

⁶³Nisso, apoiando-se em SILVA (2001, p. 51-52).

Falamos, assim, de um assunto muito restrito, exatamente para apontar quão limitado é seu interesse no universo das coisas humanas.

Artigo enviado em 15/06/11 e aprovado em 30/06/11.

Referências

ADORNO, Theodor e HORKHEIMER, Max, *The Culture Industry: Enlightenment as Mass Deception* - 1944.

ASCARELLI, Tullio , *Teoria de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales.*, Barcelona: Bosch, 1970, p. 289.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *A Pretensa "Propriedade" Intelectual*, escrito destinado aos Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. J. M. Arruda Alvim.

ASCENSÃO, José Oliveira, Parecer de Agosto de 2011, não publicado

BARBOSA, Denis Borges, e SANTOS, Manoel J. Pereira dos *Uma Economia do Direito Autoral, Direitos Autorais*, Saraiva, 2012 (no prelo)

BARBOSA, Denis Borges, *Cadernos de Direito Ibmecc - Propriedade Intelectual - Direitos Autorais e Software* . Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003.

BARBOSA, Denis Borges, *Inventos Industriais: A Patente de Software no Brasil - I*. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, v. 88, p. 09 - 29, 10 out. 2007.

BARBOSA, Denis Borges, *On artifacts and middlemen: a musician's note on the economics of copyright*, *IJIPM - International Journal of Intellectual Property Law and Creative Industries*, número especial, 2009:

BARBOSA, Denis Borges, *Tributação da Propriedade Industrial e do Comércio da Tecnologia*, Forense, 1984

BOYLE, James, *Shamans, Software and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Harvard University Press, 1997.

BURRELL, Robert; COLEMAN, Allison. Copyright Exceptions: the Digital Impact. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 103.

CHAFEE JR., Zechariah. Reflections on the Law of Copyright, Columbia Law Review, vol. 45, n. 4, pp. 503-529, 1945.

CORREA, Carlos. Intellectual property rights, the WTO and developing countries. Malaysia: TWN, 2000, p. 248-251. Transitional Periods and Provisions, para a aplicação dos Direitos Especiais de Comercialização do art. 70.9 do TRIPs.

CORREA, José Antonio B.L. Faria, "A dimensão plurissensorial das marcas: a proteção da marca sonora na lei brasileira", publicado na edição de março/abril de 2004 da Revista da ABPI, No 69, p. 19:

DIAS, Eduardo Tibau de Vasconcellos, O direito autoral e a noção de autoria, Revista Eletrônica do IBPI - REVEL, no. 4, 2010, p. 188 e seg., encontrado em <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/8a6e575f40fc6c7dffff80aeffffef.pdf>.

DURANTAYE, Katharina de la , The Origins Of The Protection Of Literary Authorship In Ancient Rome, encontrada em <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/international/volume25n1/documents/37-112.pdf>, visitado em 17/3/2009.

FOUCAULT, Michel, "Qu'est-ce qu'un auteur?". In: Dits et écrits, op. cit., Gallimard, vol. I, pp. 789-821.

GEIGER, Christopher, "Constitutionalising" Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union IIC 2006 Heft 4, p. 371.

GEIGER, Christopher, Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?, IIC 2004 Heft 3, p.268

GOLDSTEIN, Paul, Copyright's Highway: From Gutenberg To The Celestial Jukebox 31 (rev. ed. 2003). "historical emergence [of copyright] is related to printing technology",

GRAU-KUNTZ, Karin , Dignidade Humana e Direito de Patentes: sobre o Problema do Acesso a Medicamentos, in Propriedade Intelectual - Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso -, Juruá Editora, 2005.

HAMMES, Bruno Jorge. O Direito de Propriedade Intelectual. 3ª ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 115.

KOZINSKI, Ale , Trademarks Unplugged, New York University Law Review, October 1993, 68 N.Y.U.L. Rev. 960

LANDES, William M. e POSNER, Richard A., An Economic Analysis of Copyright Law, 18 J. Leg. Stud. 325, 325-33, 344-53 (1989), tradução nossa.

MARKY, Thomas, Curso Elementar de Direito Romano, ed. Saraiva, 6ª ed., 1992.

NARD, Craig Allen and MORRISS, Andrew P., Constitutionalizing Patents: From Venice to Philadelphia. *Review of Law & Economic*, Vol. 2, No. 2, 2006; Case Legal Studies Research Paper No. 04-12, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=585661> or DOI: 10.2139/ssrn.585661.

NOVE, Alec (1972) M. i. Tugan-Baranovsky (1865-1919) *Annals of Public and Cooperative Economics* 43 (2), 113-126 doi:10.1111/j.1467-8292.1972.tb00363.

PARANCE, Béatrice, *La Possession des Biens Incorporels*, LGDJ 2008, p.415-420."

PERLINGIERI, Perfis do Direito Civil - introdução ao Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 3ª Edição, p. 121,

POSNER, Richard A., OnPlagiarism, encontrado em <http://denisbarbosa.addr.com/posner.htm>, por especial permissão do autor

POZZO, Riccardo. Immanuel Kant on intellectual property. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 29, n. 2, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732006000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 Jan. 2009. doi: 10.1590/S0101-31732006000200002.

PRONER, Carol. *Propriedade Intelectual Direitos Humanos: sistema internacional de patentes e direito ao desenvolvimento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008

REICHMANN, J.H. Reichmann, Charting the Collapse of the Patent-Copyright Dichotomy: Premises for a restructured International Intellectual Property System 13 *Cardozo Arts &Ent. L.J.* 475 (1995).

REINO UNIDO. Câmara dos Lordes. *Donaldson v. Beckett*, Proceedings in the Lords on the Question of Literary Property, 4 a 22 de fevereiro de 1774. Disponível em: www.copyrighthistory.com/donaldson.html. Acesso em: 1o mai. 2008.)

ROBERTSON, Alec and STEVENS, Denis ed., *The Pelican History of Music*, Penguin Books, 1963, p. 72.

ROSE, Mark, *Authors And Owners: The Invention Of Copyright* 9 (1993)

SANTOS, Manoel J. Pereira dos, e BARBOSA, Denis Borges, *A Questão da Autoria e da Originalidade em Direito de Autor, Direitos Autorais*, Saraiva, 2012 (no prelo):

SANTOS, Manoel J. Pereira dos, *A Proteção autoral de programa de computador*, Editora Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos, e BARBOSA, Denis Borges, *As Limitações aos Direitos Autorais, Direitos Autorais*, Saraiva, 2012 (no prelo)

SCOTCHMER, Suzanne , *Innovation and Incentives*, MIT Press, 2004: "Para gerar uma inovação é preciso de uma ideia e investimento nesta".

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51-52.

SILVEIRA, Newton , *Propriedade material e concorrência*, Revista Forense - Vol. 300 Doutrina, p. 69.

SOUZA, Allan Rocha de, *A Função Social Dos Direitos Autorais: Uma Interpretação Civil-Constitucional Dos Limites Da Proteção Jurídica*. Brasil: 1988 - 2005. (Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Campos, como requisito à obtenção do título de Mestre em Relações Privadas e Constituição, sob a orientação do Professor Dr. Ricardo Pereira Lira.

SOUZA, Allan Rocha de, *Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito, 2010.

TORREMANS, Paul L.C. , *Is Copyright a Human Right?*, 2007 Mich. St. L. Rev. 271 (Spring 2007), http://tarlton.law.utexas.edu/copyright/Torremans_Human_01-28-08.pdf,

VIVANT, Michel. *Les grands arrêts de La propriété intellectuelle*. Éditions Dalloz, 2004

YU, Peter K., "Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework" . UC Davis Law Review, Vol. 40, 2007 Available at SSRN:<http://ssrn.com/abstract=927335>

YU, Peter K., *Of Monks, Medieval Scribes, and Middlemen*. Michigan State Law Review, pp. 1-30, 2006; MSU Legal Studies Research Paper No. 03-25, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=897710>

ZOLLINGER, Alexandre, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*. França: LGDJ, 2008;