

Criação e Fruição: Os Interesses Jurídicos na Produção Intelectual

DENIS BORGES BARBOSA

Advogado no Rio de Janeiro. Professor da Academia de Propriedade Intelectual e Inovação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial do Brasil, do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bacharel e Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito pela Columbia University, e em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho. E-mail: denisbarbosa@unikey.com.br

Recibido: 27-01-12 Aceptado: 16-05-12

Resumen

El sistema de producción de las creaciones intelectuales. Las premisas de la creación intelectual: creador y creación. Normativa jurídica para el creador. Normativa jurídica para las creaciones no materializadas. Mantenimiento de las ideas en estado no apropiable. *Corpus mysticum* y *corpus mechanicum*. Bienes inmateriales fuera de la propiedad. Autonomía de la creación fuera del creador. Hipótesis sobre el bien intangible fuera de la propiedad. La historicidad de la transformación de los bienes intangibles en propiedad competitiva. La creación intelectual fuera de la economía de mercado. Producción intelectual sin inductores artificiales. La propiedad intelectual es solo una manera de fomentar la producción intelectual. Creaciones intelectuales orientadas al mercado. El remedio y sus efectos secundarios. Derecho basado en el titular y derecho basado en la obra. PALABRAS CLAVE: Propiedad Intelectual, Creación Intelectual, Derecho de Autor, Inductores a la Creación.

Creations and Their Utilization: Legal Interests in Intellectual Production

Abstract

The production system for intellectual creations. Premises of intellectual creations: originator and creation. Legal status of the originator. Legal status of non-objectified creations. Maintenance of ideas in a non-appropriated status. *Corpus mysticum* versus *corpus mechanicum*. Intangible goods before property. Autonomy of the creation in face of the creator. Hypotheses of intangible goods outside property. Historicity of the transformation of intangible goods into competitive property. Intellectual creation outside the market economy. Intellectual production without artificial inductors. Intellectual property is just one way to encourage intellectual production. Market-oriented intellectual creations. The remedy and its side effects. Rights centered on the holder and rights centered on the work.

KEYWORDS: Intellectual Property, Intellectual Creation, Copyright Law, Inductors to Creation.

INTRODUÇÃO

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

Em estudo paralelo, vimos explorando os aspectos *econômicos* deste problema. Vale descrever nossas cogitações neste contexto, (Barbosa, 2012)¹:

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 Lord Camden 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 editor. O indutor à criação - diz o voto - não seria o pagamento de *royalties*, mas a fama perene e a consagração que virá do futuro².

Por que enfatizar – falando de *economia* - o aspecto não econômico da produção criativa? Simplesmente para ilustrar três elementos importantes do tema: a sociedade tem necessidade de criações intelectuais, a motivação econômica é a 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 detém.³

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

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 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 compusera⁴.

«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)⁵», (Ascensão, Parecer não publicado, 2011). Mas até hoje, plágio - como nota Richard Posner -, não é necessariamente um ilícito, nem se refere à obra protegida por propriedade⁶.

OS PRESSUPOSTOS DA CRIAÇÃO INTELECTUAL: ORIGINADOR E CRIAÇÃO

A expressão «autor» diz mais do que necessário para construir a noção de «criação⁷»; 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, 2012, no prelo).

«Originador»⁸ assim, é uma função específica em Propriedade Intelectual⁹ definindo-se como «a fonte de uma criação intelectual: individual, coletiva, ou virtual», (Foucault, pp. 789-821). 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 inidentificável das indicações geográficas; sucedendo-se ao originador nominal, mas também originando, a coletividade inteira, na criação do conteúdo das marcas¹⁰.

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 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 vigente¹¹ - a constituição de um direito de exclusiva, se este direito específico não for denegado pela lei para o tipo específico de criação¹². 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

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 humano¹³.

O ESTATUTO JURÍDICO DAS CRIAÇÕES NÃO OBJETIVIZADAS

O ponto crucial para fixação do resultado de um processo de produção intelectual, para que tenha relevância jurídica, é a transformação: a pena do poeta transmuda a imaginação em *forma* e lhe dá um espaço preciso e identificável.

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 idéias em estado não apropriável

Disto decorre a rejeição geral à proteção das *idéias*¹⁴ pela Propriedade Intelectual. «Nenhum capítulo *de direito de exclusiva* protege as idéias¹⁵», (Vivant, 2004, p. 78). No nosso direito, a Lei 9.610/98 exclui da proteção autoral as idéias¹⁶. 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 objetiva¹⁷, (Barbosa (b), 2007, pp. 9-29).

A idéia, como notava Thomas Jefferson, permaneceria imune à patente, a não ser quando capaz de produzir uma utilidade¹⁸. A questão do que é «forma», em oposição às idéias, no entanto, pode ser uma das mais complexas em Propriedade Intelectual¹⁹:

No direito europeu, desenvolveu-se desde Kohler a tese de que, ao lado da forma diretamente perceptível através da qual a obra se exterioriza («äussere Form»), existe uma forma interna («innere Form») que representa a estrutura da criação final. Existem, pois, três elementos básicos em toda obra intelectual: o tema, a forma interna e a forma externa²⁰. A expressão «forma interna» recebeu no direito francês o termo «composição». Alguns autores, porém, consideram difícil separar a forma interna protegida do conteúdo não protegido²¹ (Caselli (b), p. 182) e, evidentemente, distingui-los é uma das tarefas mais difíceis no Direito de Autor²².

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 planta²³.

Tal distinção entre o corpóreo (a que se dá o nome de *corpus mechanicum*²⁴) e o bem imaterial²⁵ (a que se dá o nome de *corpus mysticum*²⁶) tem enormes conseqüências para o direito²⁷.

Dissemos, no tocante ao direito autoral: «O direito autoral protege a obra imaterial, a criação autoral, e não o meio físico onde ela se incorpore²⁸»:

(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 deslealdade²⁹».

A AUTONOMIA DA CRIAÇÃO EM FACE DO CRIADOR

Como nota Newton Silveira³⁰:

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 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*³¹.

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.

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.

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 patente³².

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 propriedade³³.

Também haverá bem incorpóreo, separado da propriedade, nas idéias 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 absoluto³⁴», (Perlingière, 2007, p. 121), 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 concorrência³⁵.

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.

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 mercado³⁶.

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*³⁷, 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 Gutenberg³⁸. Também imediatamente, foi demandado e recebido um sistema de regulação da concorrência que justificasse o investimento *industrial*³⁹.

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 impressão⁴⁰.

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 autoral⁴¹ mas uma patente veneziana clássica – que se reputa indicar o início da propriedade intelectual, como sistema próprio à economia de mercado⁴². 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 produção⁴³.

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 Cortebarbe, Durand, Gautier le Leu, e Henry d'Andeli sem nenhum estímulo de *royalties*. Em economias planificadas, inventores, artistas e escritores não deixaram de produzir.

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 Telemann⁴⁴, assumiram a produção de 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*⁴⁵, 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 Lord Camden 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 Posner⁴⁶:

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 autopromoção. (...). (p.s/n).

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.

A produção intelectual sem indutores artificiais

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 mercado⁴⁷. 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 burgês⁴⁸». Tal ocorria, entre os escritores, filósofos, literatos de todo tipo - até que se profissionalizasse esse ofício, através dos direitos de exclusiva.

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, empresários, *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 INTELLECTUAL É APENAS UMA DAS FORMAS DE INCENTIVO À PRODUÇÃO INTELLECTUAL

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 história⁴⁹». Contam-se entre essas 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 resultam de atividade acadêmica e federal⁵⁰».

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

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*⁵¹». 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 criar⁵²; 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 dispersão⁵³. Ou seja, a informação ínsita na criação deixa de ser escassa⁵⁴, perdendo a sua economicidade.

As características desses bens são apontadas pela literatura⁵⁵:

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 primeira⁵⁶ (Parance, 2008, pp. 415-420).

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. (*ibid.*)

Como conseqüência 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 mercado⁵⁷, 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 mercado⁵⁸.

O remédio e seus efeitos secundários

Impõe-se assim a intervenção do Estado, pela ação de algum instrumento de direito⁵⁹. 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 uso⁶⁰, ou ainda; 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 Tesouro⁶¹. 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-lo⁶².

No entanto, a modalidade de intervenção historicamente preferida tem sido a concessão de direitos exclusivos⁶³. 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 à 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 que revelam a tecnologia; o incentivo a criação de novas expressões em livros e discos pode ser mantada em difusão menor do que 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 ⁶⁴?

Michel Vivant e Jean-Michel Bruguière suscitam mesmo uma questão interessante, que consiste em perquirir se existe um «*droit aux exceptions*⁶⁵», mencionando decisões francesas e estrangeiras a respeito desse tema, (Vivant (b), Bruguière, pp. 379-380). 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 cultura⁶⁶. 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 criativa⁶⁷. 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 garantido⁶⁸. 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 cultura⁶⁹, (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 tema⁷⁰.

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. 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.

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 Souza⁷¹. O direito de acesso é diretamente mencionado no texto constitucional entre os direitos culturais.

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 à *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 pessoalidade, e consagrar sua dignidade, não menos dignos e importantes são as demandas da sociedade daqueles que não são criadores, e dos criadores que precisam 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.

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

NOTAS

¹ Barbosa, Denis Borges. Uma Economia do Direito Autoral, de Direito de Autor, Lumen Juris.

² Donaldson v. Beckett, Proceedings in the Lords on the Question of Literary Property, 4 a 22 de fevereiro de 1774.

³ Idem. Eadem.

⁴ Ou seja, era como Marcial dissesse: “Findentino, 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 mea sint).

⁵ Ascensão, José Oliveira, Parecer de Agosto de 2011, não publicado: “É elemento

essencial do plágio a dissimulação: apontam-se autores que expressamente o afirmam, como Antônio Chaves. Distingue-se a ideia, a estrutura e a expressão, mas marca-se claramente a exclusão da idéia; 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 cita Karin Grau-Kuntz, em Rev. da ABPI. 99 , Mar/Abr. 09, p. 48 e 52.

⁶ Richard Posner, *On Plagiarism*.

⁷ Santos, Manoel J. Pereira dos, *A Questão da Autoria e da Originalidade em Direito de Autor, Direitos Autorais*, Saraiva, 2012 .

⁸ 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.

⁹ É uma função, e não só em Propriedade Intelectual. Vide Michel Foucault, “Qu’est-ce qu’un auteur?”. In: *Dits et écrits*, Gallimard, vol. I, pp. 789-821.

¹⁰ 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.

¹¹ BRASIL. 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.

¹² 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.

¹³ Vide *Is Copyright a Human Right?* by Paul L.C. Torremans 2007 *Mich. St. L. Rev.* 271 (Spring 2007), http://tarlton.law.utexas.edu/copyright/Torremans_Human_01-28-08.pdf, Karin Grau-Kuntz, *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. 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>. Geiger, Christopher, *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?* *IIC 2004 Heft 3*, p.268; Geiger, Christopher, *Constitutionalising“ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union* *IIC 2006 Heft 4*, p. 371. Zollinger, Alexandre, *Droits d’auteur et droits de l’Homme*. França:LGDJ, 2008; Proner, Carol .*Propriedade Intelectual Direitos Humanos: sistema internacional de patentes e direito ao desenvolvimento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

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

¹⁵ Vivant, Michel. *Les grands arrêts de La propriété intellectuelle*. Éditions Dalloz, 2004 p.78.

¹⁶ O 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).

¹⁷ Denis Borges Barbosa, *Inventos Industriais: A Patente de Software no Brasil*. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, v. 88, 10/10/2007, pp. 09 e 29.

¹⁸ “ideas which may produce utility”, Carta de Thomas Jefferson a Isaac McPherson Monticello, 13 de Agosto de 1813.

¹⁹ Manoel J. Pereira dos Santos. A Proteção autoral de programa de computador. Editora Lumen Juris, 2008.

²⁰ [Nota do original] Vide Frassi, Paola A. E., pp. 322-324; Caselli, Eduardo Piola, p. 615.

²¹ [Nota do original] Cf. Caselli, Eduardo Piola. *op. cit.* p. 182.

²² [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”).

²³ Vide o Pronunciamento do Comitê de Pronunciamentos Contábeis 04, aprovado pela Deliberação 553/08 da CVM. Disponível www.cvm.gov.br/asp/cvmwww/atos/Atos_Redir.asp?Tipo=D&File=%5Cdeli%5Cdeli553. [Acesso em 19.01.09].

²⁴ 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.

²⁵ Vide http://la.wikisource.org/wiki/Patrologia_Latina_Vol_139_Silvester_II. [Acesso em 20/12/2011].

²⁶ Vide 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.

²⁷ 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”.

²⁸ Denis Borges Barbosa, *Cadernos de Direito Ibmecc - Propriedade Intelectual - Direitos Autorais e Software*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003.

²⁹ Tullio Ascarelli, *Teoria de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales.*, Barcelona: Bosch, 1970, p. 289.

³⁰ Newton Silveira, *Propriedade material e concorrência*, Revista Forense - Vol. 300 Doutrina, p. 69.

³¹ Veja-se aqui uma clara diferença de instrumento analítico, mas não exatamente de conclusões.

³² [Nota do original] . Brasil. Código de propriedade intelectual - CPI/96, art. 45.

³³ [Nota do original] Ferreira, Sergio de Andréa. 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. (...)

³⁴ Perlingieri, *Perfis do Direito Civil - introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 3ª Edição, p. 121.

³⁵ 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, ressaltam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

³⁶ [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, *op. cit.*, 40.

³⁷ 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.

³⁸ “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 “the names of scribes, illuminators, parchment-makers and binders . . . [can be found] in tax.

³⁹ “The earliest legal response to the printing press appeared in the form of printing patents, or privilegii, in the Venetian Republic”. (Peter Yu). Petrucci obteve do estado veneziano em 1498 um privilégio de 20 anos para imprimir música, conforme lec Robertson and Denis Stevens, ed., *The Pelican History of Music*, Penguin Books, 1963, p. 72.

⁴⁰ “From 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”). (Peter Yu)

⁴¹ “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”, Mark Rose, *Authors And Owners: The Invention Of Copyright* 9 (1993)

⁴² Vide 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.

⁴³ “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. Theodor Adorno and Max Horkheimer, *The Culture Industry: Enlightenment as Mass Deception*, 1944.

⁴⁴ Citam-se aqui apenas os mais famosos, ou os de preferência deste autor como instrumentista.

⁴⁵ Vide documento da OMPI *Intellectual Property (Ip) Rights And Innovation In Small And Medium-Sized Enterprises* Disponível em http://www.wipo.int/sme/en/documents/pdf/iprs_innovation.pdf. [Acesso em 22/5/2007].

⁴⁶ William M. Landes and Richard A. Posner. *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 *J. Leg. Stud.* 325, 325-33, 344-53 (1989), encontrado em <http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/89land1.html>, visitado em 16/4/2012. (tradução nossa) .

⁴⁷ Vide Yu, Peter K., *Of Monks, Medieval Scribes, and Middlemen*. *Michigan State Law Review*, pp. 1-30, 2006; *MSU Legal Studies Research Paper n° 03-25*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=897710>.

⁴⁸ Alec Nove (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.

⁴⁹ Suzanne, Scotchmer. *Innovation and Incentives*. MIT Press, 2004: “Para gerar uma inovação é preciso de uma ideia e investimento nesta”.

⁵⁰ William M. Landes e Richard Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard Press, 2003, p. 313.

⁵¹ Denis Borges Barbosa. *On artefacts and middlemen: a musician’s note on the economics of copyright*, *IJIPM - International Journal of Intellectual Property Law and Creative Industries*, número especial, 2009.

⁵² 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.

⁵³ 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”.

⁵⁴ Vide Marky, Thomas, *Curso Elementar de Direito Romano*, ed. Saraiva, 6ª ed., 1992.

⁵⁵ 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).

⁵⁶ Béatrice Parance, *La Possession des Biens Incorporels*, *LGDJ* 2008, pp. 415-420.

⁵⁷ O que é simplesmente uma opção antropológica, tendo como alternativa a das sociedades de história cíclica, como a dos tchucarramães ou outros povos selvagens.

⁵⁸ 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”.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Vide Carlos 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*.

⁶¹ Certamente não é propósito nesta seção discutir formas alternativas de estímulo à criação.

⁶² 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>.

⁶³ 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), p. 485.. 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.

⁶⁴ Santos, Manoel J. Pereira dos, *As Limitações aos Direitos Autorais*, Direitos Autorais, Saraiva, 2012 (no prelo).

⁶⁵ [Nota do original] Vivant, Michel e Bruguière, Jean-Michel, *op. cit.*, pp. 379 e 380.

⁶⁶ Zechariah Chafee Jr., 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. Vide Chafee Jr., Zechariah. *Reflections on the Law of Copyright*, Columbia Law Review, vol. 45, n. 4, pp. 503-529, 1945.

⁶⁷ Vide Adolf Dietz, Germany, § 8[2][b][ii], in: Geller, Paul Edward (coord.), *op. cit.*

⁶⁸ Nem o acesso à cultura tampouco o direito à educação podem servir de pretexto para fazer os autores pagarem o preço da educação”. Hammes, Bruno Jorge. *O Direito de Propriedade Intelectual*. 3ª ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 115.

⁶⁹ Vide Burrell, Robert; Coleman, Allison. *Copyright Exceptions: the Digital Impact*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 103.

⁷⁰ III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, em São Paulo, nos dias 09 e 10 de novembro de 2009.

⁷¹ 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.

REFERENCIAS

- Adorno, Theodor e Horkheimer, Max. (1944). *The culture industry: Enlightenment as mass deception*.
- Ascarelli, Tullio. (1970). *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona: Bosch, p. 289.
- Ascensão, José de Oliveira. *A pretensa “propriedade” intelectual*, escrito destinado aos Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. J. M. Arruda Alvim.
- _____. Parecer de Agosto de 2011, não publicado.
- Barbosa, Denis Borges e Santos, Manoel J. Pereira dos. (2012). *Uma economia do direito autoral*, Direitos Autorais. São Paulo: Saraiva, (no prelo).
- Barbosa, Denis Borges. (2009). 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.
- _____. (2007). Inventos industriais: A patente de software no Brasil. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, v. 88, pp. 09 e 29.
- _____. (2003). *Cadernos de direito Ibmec - propriedade intelectual - direitos autorais e Software*. Rio de Janeiro: Lumen júris.
- _____. (1984). *Tributação da propriedade industrial e do comércio da tecnologia*, Forense.

- Boyle, James. (1997). *Shamans, software and spleens: Law and the construction of the information society*, Harvard University Press.
- Burrell, Robert e Coleman, Allison. (2005). *Copyright exceptions: The digital impact*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 103.
- Chafee JR., Zechariah. (1945). Reflections on the law of copyright, *Columbia Law Review*, vol. 45, n. 4, pp. 503-529.
- Correa, Carlos. (2000). *Intellectual property rights, the WTO and developing countries*. Malaysia: TWN, pp. 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. (2004). 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 Vasconcelos. (2010). O direito autoral e a noção de autoria. *Revista Eletrônica do IBPI - REVEL*, no. 4, p. 188 e seg. [Revista em linha], Disponível: <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/8a6e575f40fc6c7dffff80aeffffef.pdf>. [Acesso em 20/12/2011].
- Durantaye, Katharina de la. *The origins of the protection of literary authorship in ancient Rome*. [Documento em linha], Disponível: <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/international/volume25n1/documents/37-112.pdf>. [Acesso em 17/3/2009].
- Foucault, Michel. *Qu'est-ce qu'un auteur?*. In: Dits et écrits, Gallimard, vol. I, pp. 789-821.
- Geiger, Christopher. (2006). *Constitutionalising intellectual property law? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union IIC Heft 4*, p. 371.
- _____ (2004). *Fundamental rights, a safeguard for the coherence of intellectual property law?* IIC Heft 3, p.268.
- Goldstein, Paul. (2003). *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. (2005). *Dignidade humana e direito de patentes: Sobre o problema do acesso a medicamentos, in propriedade intelectual - Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso -*, Florianópolis: Juruá Editora.
- Hammes, Bruno Jorge. (2002). *O direito de propriedade intelectual*. 3ª ed. São Leopoldo: UNISINOS, p. 115.
- Kozinski, Ale. (1993). *Trademarks unplugged*. New York University Law Review, October 1993, 68 N.Y.U.L. Rev. 960.
- Landes, William M. e Posner, Richard A. (1989). *An economic analysis of copyright law*, 18 J. Leg. Stud. 325, 325-33, 344-53. (tradução nossa).
- Marky, Thomas. (1992). *Curso elementar de Direito Romano*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva.
- Nard, Craig Allen; Morriss, Andrew P. (2006). *Constitutionalizing patents: From Venice to Philadelphia*. Review of Law & Economic, v. 2, nº. 2. Case Legal Studies Research Paper nº 04-12, [Documento em linha], Disponível: <http://ssrn.com/abstract=585661> or DOI: 10.2139/ssrn.585661. [Acesso em: 20/12/2010.]
- Nove, Alec (1972) M.; *Tugan-Baranovsky (1865-1919)*. Annals of Public and Cooperative Economics 43 (2), 113-126 doi:10.1111/j.1467-8292.1972.tb00363.

- Parance, Béatrice. (2008). *La possession des biens incorporels*, LGDJ, pp.415-420.
- Perlingieri (2007). *Perfis do Direito Civil - introdução ao Direito Civil Constitucional*, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar, p. 121.
- Posner, Richard A. *On plagiarism*. [Documento em linha], Disponível: <http://denisbarbosa.addr.com/posner.htm>. por especial permissão do autor.
- Pozzo, Riccardo. (2006). *Immanuel Kant on intellectual property*. Trans/Form/Ação, Marília, v. 29, n. 2. Disponível: 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. (2008). *Propriedade Intelectual Direitos Humanos: Sistema internacional de patentes e direito ao desenvolvimento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Reichmann, J.H. Reichmann. (1995). *Charting the collapse of the patent-copyright dichotomy: Premises for a restructured International intellectual property system* 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 475.
- 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. [Documento em linha], Disponível: www.copyrighthistory.com/donaldson.html. [Acesso em: 1º mai. 2008].
- Robertson, Alec; Stevens, Denis. (1963). *The pelican history of music*, Penguin Books, p. 72.
- Rose, Mark. (1993). *Authors and owners: The invention of copyright* 9.
- Santos, Manoel J. Pereira dos. (2012). *A questão da autoria e da originalidade em direito de autor*, Direitos Autorais, São Paulo: Saraiva, (no prelo).
- _____ (2008). *A proteção autoral de programa de computador*. Editora Lumen Juris.
- Scotchmer, Suzanne. (2004). Innovation and incentives, MIT Press: «Para gerar uma inovação é preciso de uma ideia e investimento nesta».
- Silva, José Afonso da. (2001). *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, pp. 51-52.
- Silveira, Newton. Propriedade material e concorrência, *Revista Forense* – v. 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.
- _____. (2010). *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.
- Torremans, Paul L.C. (2007). *Is copyright a human right?* 2007 Mich. St. L. Rev. 271 (Spring 2007).[Documento em linha], Disponível: http://tarlton.law.utexas.edu/copyright/Torremans_Human_01-28-08.pdf. [Acesso em 20/12/2010].
- Vivant, Michel. (2004). *Les grands arrêts de La propriété intellectuelle*. Éditions Dalloz.
- Yu, Peter K. (2007). *Reconceptualizing intellectual property interests in a human rights framework*. UC Davis Law Review, v. 40, 2007. [Documento em linha], Disponível: <http://ssrn.com/abstract=927335>. [Acesso em 20/12/2010].

- _____ (2006). *Of monks, medieval scribes, and middlemen*. Michigan State Law Review, p. 1-30; MSU Legal Studies Research Paper n° 03 e 25, [Documento en línea], Disponible: <http://ssrn.com/abstract=897710>. [Acesso em 20/12/2010].
- Zollinger, Alexandre. (2008). *Droits d'auteur et droits de l'Homme*. França: LGD].